

**Foro Permanente sobre Acceso a la Justicia y Derecho a la Salud en América Latina
en el contexto de la pandemia del COVID-19**

Grupo de Trabajo en Acceso a la Justicia

Formato Relatoría Sesiones de trabajo

Nombre de la sesión y duración: El rol de la justicia en situaciones de crisis. Duración de 2 horas.

Participantes de la sesión:

1. Coordinadora y asistente de la sesión: María Lucía Torres Villareal
2. Experto(s) invitado(s)¹:
Elena Attard Bellido (Bolivia), Nicolás Figueroa García Herreros (Colombia) y Gerardo Tripolone (Argentina).
3. Expertos permanentes²:
Paula Danese, Francisco Verbic, Ana María Arboleda, Regina Oviedo, Marco Fandiño, Renata Bregaglio, Fernando Castañeda, Isabel Erreguerena, Jorge Escobedo, Marisol Méndez, Nitze Pérez, Roberth Puertas, Úrsula Indacochea, Víctor Práxedes Saavedra, Rebeca Groterhorst, Constanza Alvia
4. Representante Grupo CEJA Dirajus: Walter Jorge Albán Peralta y Alexander Schubert.
5. Participante CEJA: Pablo Cantillana

Actividades de la sesión

1. Introducción a cargo de María Lucía Torres. Se presentan los objetivos de la sesión, la metodología y los expertos invitados.
2. Realización de la mesa redonda, moderadora por María Lucía Torres y con los expertos invitados como panelistas, María Elena Attard Bellido, Nicolás Figueroa García Herreros, Gerardo Tripolone
3. Espacio de preguntas y diálogo sobre la mesa redonda, entre los expertos invitados y expertos permanentes.

Reflexiones y aportes

Presentación de la sesión por María Lucía Torres.

Se inicia el espacio con una breve recapitulación de los temas abordados en la sesión pasada, alrededor del concepto de acceso a la justicia en sentido amplio y práctico, para después presentarles a los expertos los ejes temáticos sobre los cuales girará la discusión en la sesión:

- La existencia y suficiencia de medidas diseñadas para garantizar el acceso a la justicia en estados de excepción.
- El estado del poder judicial durante y después de la pandemia.
- Inquietudes sobre el equilibrio de poderes y un eventual quebrantamiento del Estado de Derecho.

¹ Los expertos invitados son aquellos profesores visitantes que asisten a las sesiones para dar una charla, participar de talleres, etc.

² Los expertos permanentes son aquellos que están invitados a todas las sesiones.

- Problemas de acceso a la justicia previos y posteriores a la pandemia.
- Recomendaciones internacionales para los poderes judiciales en tiempos de emergencia.
- El papel del derecho en épocas de crisis.
- Lecciones que deja la pandemia, en términos de acceso a la justicia y administración de justicia.

Luego de ello, se explica la metodología de la sesión: en primer lugar, habrá una mesa redonda en la que los panelistas Elena Attard, Nicolás Figueroa y Gerardo Tripolone presentarán ideas alrededor de los ejes temáticos de discusión; para en un segundo momento, abrir un espacio de diálogo entre los expertos invitados y los permanentes, alrededor de los ejes temáticos.

Espacio mesa redonda con expertos invitados:

En la primera parte de la mesa redonda los expertos invitados plantearon sus perspectivas y posturas alrededor de tres preguntas, con el fin de sentar las bases para la segunda etapa de la mesa redonda.

Primera pregunta de discusión: ¿Cuáles fueron las medidas frente a los estados de excepción aplicadas en su país, en temas de acceso a la justicia, y cómo fue su ejecución?

Elena Attard explicó que, en el caso de Bolivia, la Constitución previó una modalidad de estado de excepción que se ha aplicado durante el periodo de pandemia, denominado estado de emergencia sanitaria. Dicho estado de excepción y las medidas asumidas no fueron suficientes, a juicio de Attard, debido a los problemas de independencia judicial que se incrementaron durante la pandemia. Resaltó igualmente que en Bolivia, conformado como Estado plurinacional, los derechos no se ejercen en igualdad de condiciones, de manera que no se pueden evaluar las medidas a la luz de la igualdad formal. De ahí que la justicia debe aplicar los enfoques diferenciales y diálogos interjurisdiccionales e interculturales para romper las barreras de acceso a la justicia y esto se extiende a toda América Latina. Finalmente, resaltó que se deben analizar las falencias presupuestales relacionados con los derechos sociales, económicos y culturales, como por ejemplo en los casos de las violencias contra las mujeres basadas en género. Los obstáculos no son solo normativos, también hay obstáculos culturales y formalistas que ponen en problema el acceso a la justicia.

Nicolás Figueroa señaló que la invocación de los estados de excepción durante la pandemia fueron una prueba del modelo de la Constitución de Colombia 1991, que buscó limitar el uso de este tipo de estados. Durante 40 años, antes de la expedición de la Constitución, Colombia tenía una figura de "estado de sitio" en los que la norma era la excepción. Por esa razón, la Constitución de 1991 consagró tres figuras de estados de excepción y, además, atribuyó controles en las ramas del poder a las medidas que toma el ejecutivo, el control de constitucionalidad a la Corte Constitucional y el control político al Congreso. En este modelo, las tres ramas del Poder Público están llamadas a

intervenir, incluso en una situación excepcional. La pandemia, puso a prueba el estado de excepción cuando el Presidente expidió más de 120 decretos legislativos y la Corte Constitucional se vio saturada en el ejercicio de su control de constitucionalidad, generando decisiones tardías. En este control, la Corte colombiana declaró la constitucionalidad de varias medidas que ampliaban los poderes del Presidente, para no afectar las medidas adoptadas. Por otro lado, se demostró una tensión constante entre los gobiernos locales y nacionales, debido a que el presidente buscaba asumir funciones a través del estado de excepción que en principio estaban en las autoridades territoriales. Por lo que concluyó, que la figura del estado de excepción pasó la prueba, aunque se mantiene la preocupación por los posibles abusos de poder.

Gerardo Tripolone resaltó que, para el caso argentino, los parámetros fundamentales sobre las restricciones a las libertades que puede decretar el Estado se encuentran en el artículo 27.2 de la Convención Americana; esta norma señala la imposibilidad de restringir las garantías judiciales para la protección de derechos que no pueden ser vulnerado aún en situaciones de emergencia. En Argentina la Convención tiene jerarquía constitucional por lo que ningún poder puede ir en contra de sus disposiciones, además, resaltó que la jurisprudencia de la Corte Suprema estableció que la doctrina de la Corte Interamericana tiene la misma jerarquía constitucional. Por último, desde 1994 la Constitución estableció la acción de amparo, el habeas corpus y la prohibición de suspender el habeas corpus en estados de sitios, como mecanismos de protección de los derechos.

Sin embargo, en la práctica, hubo una concentración del poder en el Ejecutivo gracias al modelo hiperpresidencialista, fortalecido a través de los decretos de necesidad de urgencia y los decretos delegados. En el caso argentino, las limitaciones a las libertades durante la pandemia fueron impuestas por medio de decretos de necesidad de urgencia (categoría que surgió debido al pasado nefasto del estado de sitio). También hubo una deferencia del Poder Judicial en estos casos de emergencia, a pesar del activismo de la Corte Suprema en otras medidas adoptadas por el Ejecutivo y el Legislativo.

Segunda pregunta de discusión: ¿Qué ocurrió con el poder judicial durante la pandemia? ¿Hubo un cuestionamiento frente al equilibrio de poderes y como consecuencia se quebrantó el Estado de Derecho?

Gerardo Tripolone condensó su balance como una parálisis relativa del poder judicial federal y provincial, porque de todas maneras en temas penales, violencia de género y amparo se mantuvo la prestación de la justicia. Al mismo tiempo, que se avanzó en la digitalización de la justicia.

Los poderes judiciales recibieron pedidos de declaración de inconstitucionalidad sobre las medidas decretadas por el Ejecutivo, argumentando vicios formales y de fondo. Un caso para resaltar fue la declaración de inconstitucionalidad de un tipo penal en blanco completado a través de un decreto, pues la Constitución prohíbe que mediante decretos de urgencia se dicten medidas penales; sin embargo, la decisión que declaró la inconstitucionalidad fue revocada con posterioridad por lo que se terminó avalando la medida. Otro caso fue la consulta realizada por la presidenta del Senado sobre la constitucionalidad de las sesiones virtuales del Congreso, la Corte señaló que cada Poder

se rige por sus propias normas y validó las sesiones virtuales. Por último, sobre la restricción de las clases presenciales en Buenos Aires, la ciudad permitió las clases presenciales aun cuando el decreto de necesidad de urgencia del poder federal las prohibía. En este caso, la Corte aprobó la medida argumentando que la ciudad autónoma tenía la facultad de regular la materia, sin analizar de fondo la constitucionalidad del decreto federal.

Elena Attard diagnóstico en el caso boliviano una ruptura del Estado plurinacional y constitucional de derecho. Explicó que como hay un sistema plural de fuentes y sistemas jurídicos, el análisis de las medidas adoptadas durante la pandemia debe contemplar todos los contextos. Como señaló Gerardo, bajo el sistema presidencialista, la pandemia fue el escenario propicio para la ampliación desproporcionada de las funciones del presidente.

El poder judicial, como un órgano plural de control de constitucionalidad, ha tenido responsabilidad dentro de la ruptura del Estado de derecho. Por ejemplo, la Constitución estableció la acción popular para proteger derechos colectivos como la salud. En un caso, se permitió ampliar la franja agrícola y de los transgénicos lo que afectó los territorios de los derechos indígenas; sin embargo, la tutela fue denegada debido a la falta de la independencia judicial. También se presentaron acciones populares para la protección de la educación contra medidas de políticas públicas homogeneizadoras que desconocían las realidades sociales. En la teoría, la acción popular debe aplicar medidas de reparación integral de daños y mecanismos dialógicos de construcción plural de derechos, pero se mantienen deficiencias por la poca independencia judicial y los abusos de poder.

Nicolás Figueroa indicó sobre la situación de Colombia que esta fue un ejemplo sobre las dudas del poder judicial para la defensa de los derechos y el control de los abusos. Hasta cierto punto, la pandemia fue una oportunidad para que el presidente experimentara formas de burlar el control de constitucionalidad. Por ejemplo, las medidas más estrictas como las cuarentenas fueron adoptadas a través de decretos ordinarios y no en el marco de los decretos del estado de excepción. Por eso, las medidas más agresivas sobre la limitación de los derechos escaparon al control automático de legalidad por parte de la Corte Constitucional y el control inmediato de legalidad del Consejo de Estado. A pesar de que la norma no regula de manera clara la forma en que el presidente puede imponer una limitación tan severa a las libertades fundamentales, debe existir algún mecanismo legal efectivo para cuestionar estas normas, con independencia a la idoneidad de la medida. A pesar del desarrollo institucional bajo la Constitución, la pandemia demostró como el Ejecutivo utilizó la vía administrativa para burlar los controles judiciales.

Tercer eje de discusión: hay un Ejecutivo fortalecido en el marco de la pandemia junto con un poder judicial que aparentemente lo controla, pero sin independencia o limitado en sus competencias para ejercer un verdadero control, ¿esto rompe el Estado de derecho y el equilibrio de poderes? Por otro lado, ¿cuál es el papel del derecho en épocas de crisis? ¿durante la pandemia el papel del derecho cambió? ¿la pandemia dejó lecciones para entender el acceso a la justicia?

Nicolás Figueroa resaltó la lección que dejó la pandemia de que el poder y la política siempre van un paso más adelante del derecho. La Constitución buscó limitar el poder del Ejecutivo, pero este utiliza mecanismos legales para burlar controles judiciales, por lo que más regulación sobre la materia está condenada al fracaso. Una solución a este fenómeno podría ser que la Corte asuma de oficio el estudio de estos decretos por su contenido material de ley. Sin embargo, la Corte Constitucional rechazó esta opción bajo una interpretación formalista del derecho y bajo la consideración de que asumir nuevas competencias podría generar críticas ante la opinión pública. Otra alternativa sería expandir las competencias de los tribunales, aunque corre el riesgo de ser una medida insuficiente.

Elena Attard, por su parte, señaló que el derecho juega un rol fundamental y necesita un cambio hacia la justiciabilidad, especialmente de los grupos de atención prioritaria. Hay una crisis del sistema judicial que no se soluciona con un cambio legislativo como lo indicó Nicolás, sino a partir de la cultura jurídica desde la perspectiva del acceso a la justicia y las fortalezas de los sistemas constitucionales latinoamericanos. En el caso boliviano, hay una fortaleza en el control de constitucionalidad en herramientas de protección directa para los ciudadanos que tiene mayor legitimidad.

Otra solución es implementar los modelos polifónicos para limitar el poder y asegurar el activismo judicial en el marco de construcciones plurales del derecho. Hay potencialidades en acciones tutelares para establecer la reparación de daños con vocación transformadora y diseño de políticas públicas con enfoque diferencial, de género, interseccional e intercultural como una forma de eliminar el hiperpresidencialismo desde el Poder Judicial. Se llaman modelos polifónicos porque la construcción plural de los derechos favorece diálogos con las personas históricamente excluidas y no tiene como base solo las reglas jurídicas, sino también principios que responden a sociedades diversas con profundas brechas de desigualdad.

También es importante fortalecer las veedurías ciudadanas, los *amicus curiae* y la academia, como un mecanismo para generar debates plurales, pensando en quién accede a la justicia y quienes están en desventaja para ejercer plenamente los derechos.

Gerardo Tripolone señaló como lección, una advertencia sobre el desconocimiento de los límites del poder del Estado, pues cada vez se puede ampliar más. El papel del derecho es fundamental, aunque en el caso de las emergencias, el control es principalmente político, a partir de los partidos y los ciudadanos. La derrota de los oficialismos en las elecciones debe ser un signo de castigo, por medio de procedimientos democráticos en la medida en que esté garantizada la libertad de expresión.

Hay que analizar igualmente las condiciones personales de quienes toman las decisiones, pues es una variable importante que se deja de lado por parte del derecho y se delega a otras disciplinas como la ciencia política.

Diálogo y discusión sobre las ideas planteadas en la mesa redonda

María Lucía Torres indicó que las reflexiones presentadas por los panelistas a partir de la experiencia de su país se pueden hacer extensivas al resto de países de la región, de manera que invitó a los participantes a aportar a la discusión a partir de su experiencia y su contexto. A continuación, se presentan los resúmenes de las intervenciones:

Fernando Castañeda planteó en sus intervenciones dos aspectos relevantes vividos en el caso peruano. Por un lado, destacó que el Tribunal Constitucional no ha discutido las medidas de confinamiento, a diferencia de países como España. A su juicio, producto de la excepcionalidad de la situación, muchas de las medidas fueron producto del ensayo y error de los gobiernos, como las medidas de cierre de fronteras en territorios subnacionales. Ello se debió igualmente a que las autoridades no contaban con información completa y certera para la toma de decisiones. Lo que se vio acompañado, por una falta de capacidad de los organismos de policía para hacer cumplir las normas. Muchos órganos judiciales se desactivaron ante el miedo de contagio y la falta de recursos como las mascarillas y las vacunas.

En un segundo momento, puso sobre la mesa otro punto a analizar: el de la colaboración entre todos los órganos y entidades del Estado. En el caso de Perú, se solicitaron facultades para la delegación legislativa con el objetivo de disminuir el hacinamiento carcelario, pero fueron rechazadas por el Congreso, también se presentaron proyectos de ley con el mismo resultado. En un segundo intento de delegación de facultades, se logró la que más de 8.000 condenados pagaran su pena en otros sitios. Hubo una tensión entre los poderes a pesar del deber de colaboración en medio de una situación de crisis.

Walter Albán, por su parte, resaltó que durante la primera parte de la pandemia, hubo un déficit de atención sobre la población carcelaria. Bajo este contexto, en gran parte se asignó al Ejecutivo la responsabilidad sobre el manejo la crisis y sus consecuencias. Señalando entonces que estamos en un momento, para el estudio de las consecuencias de la pandemia ya que en ese momento no había información suficiente, en temas como la afectación a las libertades individuales, los derechos de las mujeres y la distribución de recursos para la atención sanitaria a partir de una mirada regional y un estudio comparado.

Frente al funcionamiento de los sistemas de justicia, **Víctor Práxedes** indicó que no se han realizado investigaciones basadas en evidencia. Esto plantea la necesidad de la evidencia para abordar los cambios en la administración de la justicia. Resaltó igualmente que las grandes medidas de digitalización generan problemas sobre el manejo de la variedad de sistemas y formalismos en las plataformas por parte del poder judicial. Por lo que, concluyó, deben aprovecharse los espacios de investigación adelantados por la academia antes de proponer grandes cambios que pueden generar externalidades negativas.

Por su parte, **Úrsula Indacochea**, hizo énfasis en una variable más "silenciosa" que ha afectado el equilibrio de poderes o al menos creado condiciones para el desequilibrio: el mayor protagonismo

que han adquirido las fuerzas armadas en la ejecución de medidas dictadas en el marco de los estados de excepción. A estas se les ha encargado controlar fronteras, controlar el cumplimiento de medidas de aislamiento o cuarentena, reparto de alimentos, e incluso vacunas. Es un factor que muy pocos han cuestionado, que es difícil cuestionar, pero que puede ser un factor de riesgo importante para democracias que ya había hecho enormes esfuerzos para alejarlos de roles más activos en el espacio público.

En este punto, **Francisco Verbic** hizo énfasis en la tendencia de analizar el viejo rol del poder judicial para controlar al Ejecutivo en aras de proteger las libertades. Indicando que hay que abordar también el cumplimiento de obligaciones positivas por parte del Estado para la protección de otros derechos en acciones colectivas, como las medidas de prevención para los profesionales de la salud, el acceso a internet, las condiciones de las personas privadas de la libertad y los temas ambientales.

Sobre el caso mexicano, **Regina Oviedo** destacó que al comienzo hubo un retraso en la toma de acciones, pero posteriormente se establecieron sanciones económicas por el incumplimiento de las medidas que en su mayoría causaban miedo; señaló de igual forma la afectación de los derechos del personal de salud, no solo en el acceso a vacunas sino al verse inmersos en escenarios de discriminación. Sobre este aspecto, **Marisol Méndez** destacó el rol de las acciones judiciales para la protección de poblaciones vulnerables. Así, en el caso de las personas migrantes en México se acrecentó su vulnerabilidad y falta de acceso a la justicia, pues no hubo un tratamiento diferencial en las políticas públicas sobre protección de la salud. A raíz de eso, se solicitó a través del amparo no detener a las personas migrantes en las estaciones con el objetivo de no ponerlas en riesgo, así como liberar a las personas que estuvieran detenidas. En muchos casos fueron negados los amparos, pues no se reconoció el interés legítimo de las instituciones de la sociedad civil aun cuando las personas migrantes no tenían un acceso efectivo a la justicia. Otro caso, fue la vacunación de niños y niñas en la que a través del amparo los padres solicitaban el acceso a las vacunas, la solución en muchos casos no fue uniforme y los casos se estudiaban a partir del interés público sobre lo individual.

Sobre el caso mexicano, **Nitze Pérez** destacó igualmente algunas problemáticas alrededor de la virtualización de la justicia. Con la pandemia, señaló, se suspendieron los tribunales nacionales y locales. Aún cuando los medios electrónicos para los juicios estaban establecidos desde 2013, la pandemia demostró la falta de acceso a internet y la desigualdad en el acceso a la justicia. Por lo que, es necesario discutir sobre la impartición de justicia en el marco del estado de pandemia desde las personas que no pueden acceder a estos medios electrónicos.

Retomando la discusión sobre el equilibrio de poderes y una eventual ruptura del Estado Social de Derecho, **Mónica Cáceres**, indicó que lo cierto era que el principio de la legalidad se había roto en altos niveles y cuestionó si realmente el aislamiento preventivo es un estado de excepción. Por ejemplo, en Paraguay el ejecutivo se puso al frente de toda medida regulatoria durante la pandemia juntando disposiciones legales del código sanitario, la ley de delitos contra el ambiente y

el código penal, creando un caos interpretativo para el derecho, frente a lo cual, el sistema judicial en vez de ejercer control se alineó con el ejecutivo. Esto afectó las libertades públicas y creó más de 10 mil causas judiciales por violación de la cuarentena, aun cuando el término cuarentena no se usó en ninguno de los decretos dictados y todas las causas judiciales por violación al "aislamiento preventivo" fueron acompañadas de otros tipos penales como resistencia, perturbación de la paz pública, amenaza, etc.

Por último, el acceso a la justicia en la pandemia se podría dividir en tres ejes principales: garantías constitucionales, servicios sanitarios y debate sobre vacunas.

Finalmente, **Ana María Arboleda** resaltó la importancia de analizar cómo lo excepcional se empieza a volver permanente, para que sea considerado por quienes hacen las leyes y administran justicia, pues así como puede recoger buenas prácticas como la virtualidad en la justicia, puede volver permanente legislación que realmente debería tener vocación de temporalidad por la forma en que fue concebida.

Maria Lucía Torres concluyó la sesión agradeciendo la participación de los expertos. Resumió la discusión señalando que el acceso a la justicia visto desde el poder judicial presentó unas limitaciones que no fueron temporales, por lo que se pueden incluir en las recomendaciones que serán elaboradas más adelante por el Grupo.