

LA GARANTÍA POLÍTICA DE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA EN ESTADOS DE EMERGENCIA

Daniel BARCELÓ ROJAS*

Con el objetivo de proteger los derechos a la salud y la vida de los mexicanos contra los efectos de la pandemia del COVID-19 (en adelante C19), los gobiernos federal y de los estados de la República Mexicana tomaron medidas sanitarias que han implicado fuertes restricciones a varios de los derechos fundamentales y libertades públicas que constituyen los pilares de la economía. En ello parece no haber variación con el resto de los países de Iberoamérica, que confrontaron decisiones similares. Sin embargo, sí ha habido una clara diferencia en cuanto a la forma mediante la cual en cada Estado Nacional se hizo la ponderación entre derechos entre el presidente del gobierno y el congreso; en su implementación en sede administrativa en Estados federales; y en la activación de los controles parlamentarios y jurisdiccionales sobre las acciones y omisiones de cada gobierno.

En el caso de México el inesperado, expansivo y letal C19 ha expuesto la insuficiencia del ordenamiento constitucional vigente para responder a la pandemia de conformidad con las garantías políticas y jurisdiccionales a los derechos y libertades públicas establecidas en el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En este contexto, el primer objeto del presente comentario constitucional es explicar los diferentes supuestos de excepción contemplados en la Constitución mexicana, y sus respectivos mecanismos de activación y control. Su segundo propósito se dirige a identificar las insuficiencias del orden jurídico mexicano en estados de emergencia sanitaria que han quedado expuestos por la epidemia C19 y, en particular, lo concerniente con el Congreso. Necesariamente al registrar y describir las insuficiencias se infieren a

* Investigador de tiempo completo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España); Maestro en Política y Gobierno en América Latina por la Universidad de Essex (Inglaterra); Licenciado en Derecho por la Universidad Iberoamericana (campus Ciudad de México). Miembro del Sistema Nacional de Investigadores CONACyT.

contrapunto recomendaciones sobre qué y cómo se podrían superar tales déficits de control para enfrentar con mejores herramientas jurídicas las pandemias que el futuro le depara a México.

Comienzo por señalar que la Constitución prevé por separado en dos artículos —29 y 73 fracción XVI— dos escenarios de peligro para la República y los instrumentos para hacerles frente. Cada amenaza alude a un supuesto de diferente naturaleza y potencia destructiva. Respectivamente, se refieren: a la integridad política y física de la República Mexicana, el de más alta peligrosidad;¹ y a la sanidad pública amenazada por epidemias y enfermedades exóticas.² En los dos casos la Constitución dispone facultades para su tratamiento expedito por el Poder Ejecutivo, adecuadas a la intensidad del peligro, con capacidad para restringir derechos fundamentales, y aún para modificar las relaciones intergubernamentales del arreglo federal. Las medidas son temporales. Importan diferencias sustanciales de las fuentes del derecho a utilizar por el Presidente en cada supuesto con respecto a las que operan para tiempos de normalidad, y en paralelo diferencias en cuanto a los mecanismos para su control parlamentario.

Es digno de mencionar desde el inicio que mientras el artículo 29 de la Constitución experimentó una reforma en el año 2011³ para adecuarse a las garantías políticas y jurisdiccionales de los derechos establecidas en el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Fundamentales, el artículo 73 fracción XVI que habilita la restricción de derechos para el tratamiento de epidemias no tuvo la misma suerte. Como se explica enseguida, las consecuencias de tal omisión son hoy ostensibles.

He dicho que la Constitución distingue dos escenarios de peligro, y que para cada uno dispone una fuente formal de derecho que mana del titular del Poder Ejecutivo (decreto). Pero para cada supuesto de hecho la Constitución diferencia con claridad los requisitos para su formación; y también sus efectos jurídicos, tanto en la esfera jurídica de los gobernados, como en el grado de autonomía de las obligaciones que impone a las autoridades ejecutivas estatales las órdenes del Presidente. Por ser la Constitución mexicana una de las más longevas del mundo, explicablemente no incorpora los conceptos que actualmente se usan en el derecho comparado para identifi-

¹ Fix Zamudio, Héctor, *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, México, Porrúa-UNAM, 2005, pp. 157-159.

² Al investigar el origen del artículo 73 fracción XVI de la Constitución de 1917, Felipe Tena Ramírez, señala “la materia de salubridad está regida por disposiciones excepcionales que contrastan con todo nuestro sistema constitucional”, en *Derecho constitucional mexicano* (T. I, 2ª. ed.), México, Porrúa, 1949, p. 359.

³ DOF 10 de junio de 2011.

car los diferentes tipos de peligro. Y por la misma razón, tampoco identifica los distintos tipos de decretos que emite el titular del Poder Ejecutivo en cada supuesto de hecho. Para efectos de claridad expositiva y de derecho comparado en este libro, convencionalmente me referiré al peligro previsto en el artículo 29 como “estado de excepción”, y los decretos que emite el Presidente en el contexto de dicho estado como “decreto-ley”; y a la crisis prevista en el artículo 73 fracción XVI como “estado de emergencia”, y “decreto-legislativo” a los decretos que emite el Ejecutivo en tal supuesto de hecho.

Por disposición de la Constitución el estado de excepción por ser la situación de peligro de mayor intensidad para la República, ha de ser declarado por el Presidente mediante un decreto que necesariamente tiene que contar con la aprobación previa del Congreso —es decir, la Constitución prevé un potente control interorgánico del poder para declarar que se ha materializado el supuesto fáctico establecido por la Ley Fundamental—.⁴ La razón es de peso: una vez declarado el estado de excepción el Presidente reúne en sus manos dos poderes, el legislativo y el ejecutivo, y puede restringir el goce de derechos fundamentales de los gobernados, así como erigirse como superior jerárquico sobre los gobernadores de los Estados que deben obedecer sus mandatos, por ejemplo, ante una invasión militar extranjera o el intento de un golpe de Estado.

La forma en la que se produce la declaración formal del estado de excepción del artículo 29 es claramente desemejante a la exigida para el estado de emergencia sanitaria del 73 fracción XVI. Éste último es declarado por decreto del titular del Poder Ejecutivo, *sin requerir intermediación del Congreso*. Y una vez declarada la emergencia, la Constitución le confiere al Poder Ejecutivo la facultad de emitir “disposiciones” con fuerza de ley capaces de restringir derechos y libertades públicas.⁵ La Ley General de Salud reglamentaria del citado precepto constitucional habilita expresamente al Presidente en su artículo 183 a restringir los derechos fundamentales de los gobernados. Y la Constitución y dicha Ley reglamentaria le atribuyen además al Presidente la potestad de coordinación sobre los gobernadores de los Estados para la contención de la epidemia, según dispone en el artículo 73 fracción XVI base 3ª en los siguientes términos: “La autoridad sanitaria

⁴ El Poder Revisor de la Constitución suprimió el control intraorgánico del consejo de ministros que desde 1857 preveía la Constitución, y que complementaba el control interorgánico, DOF 10 de febrero de 2014.

⁵ Quero Molares, José, “El derecho sanitario mexicano”, *Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM*, número 49, 1963, pp. 150-158.

será ejecutiva y sus disposiciones serán obedecidas por las autoridades administrativas del país”.

Ha de decirse que en consideración a los importantes poderes de decisión y ejecución atribuidos al Presidente que la declaratoria de emergencia sanitaria trae aparejados, la Constitución mexicana, desde 1917, estableció dos controles intraorgánicos para garantizar el ejercicio racional de los poderes de emergencia sanitaria por el Presidente de la República: el primero de ellos es la declaratoria de emergencia que compete emitir al Consejo de Salubridad General para alertar a la sociedad y a su gobierno que el país se encuentra objetivamente en una emergencia sanitaria por una epidemia. Su régimen jurídico toma sustento en los artículos 73 fracción XVI de la Constitución; 15, 16 y 17 de la Ley General de Salud y; en el 9 fracción XVII del Reglamento Interior del Consejo de Salubridad General. El segundo control intraorgánico sobre la declaratoria de estado de emergencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 92 de la Constitución, es el refrendo del Secretario de Salud al decreto presidencial en el que se expresa el estado de emergencia, y que contiene además al detalle las primeras medidas sanitarias a ejecutar.

Empero durante la crisis del C19 los controles intraorgánicos aludidos han cedido con facilidad extrema a la voluntad presidencial, porque no han podido ser apuntalados por controles parlamentarios y jurisdiccionales diseñados específicamente para operar en estados de emergencia sanitaria. He aquí la consecuencia directa de la injustificada omisión del Poder Revisor de la Constitución para adecuar las disposiciones sobre tratamiento de epidemias del artículo 73 fracción XVI de la Constitución mexicana, a lo dispuesto en el artículo 27 del Pacto de San José: Si bien la pandemia se manifestó durante el periodo de sesiones ordinario del Congreso, ambas cámaras determinaron no celebrar sesiones presenciales para evitar contagios por acuerdo de sus respectivas Mesas Directivas; e interpretaron que tampoco podían convocar sesiones telemáticas con el argumento que éstas no estaban contempladas en la normativa parlamentaria vigente.

En el caso de los controles jurisdiccionales se hizo evidente que no existe lo que podría llamarse un “derecho procesal constitucional de emergencia”, a pesar que éste se encuentra ordenado por el artículo 29 constitucional para el estado de excepción —y que también podría servir para las emergencias sanitarias del artículo 73 fracción XVI—. Es una omisión inexplicable del Congreso federal que debió acometer la tarea legislativa indicada inmediatamente después que se adecuó en el año 2011 el artículo 29 constitucional a las disposiciones convencionales sobre estados de excepción. En adición a ello cabe decir que los tribunales de la Federación cuyas compe-

tencias jurisdiccionales son las más adecuadas para el control jurisdiccional en estados de excepción, notablemente la Suprema Corte de Justicia de la Nación,⁶ los juzgados y tribunales que conocen de amparo, y el Tribunal Federal de Justicia Administrativa,⁷ acordaron por iniciativa propia la suspensión de labores jurisdiccionales. Y ello desde el 17 de marzo, dos días antes que en el país se declarase formalmente la pandemia por el Consejo de Salubridad General y el Presidente de la República.

Como antes apunté, por la ausencia de controles parlamentarios y jurisdiccionales activos y expeditos, los controles intraorgánicos del Poder Ejecutivo cedieron con facilidad. La secuencia de la actuación de las autoridades sanitarias es prueba de ello: la Organización Mundial de la Salud declaró la pandemia el día 11 de marzo de 2020, pero el Consejo de Salubridad General de México no sesionó hasta el día 19 de marzo por falta de convocatoria de quien funge como Presidente de dicho Consejo, el Secretario de Salud Pública del Presidente de la República. No sólo se puede observar que la primera sesión del Consejo fue tardía, sino que además éste no ejerció con rigor jurídico la potestad que le atribuye el artículo 9 fracción XVII de su Reglamento Interior, que lo empodera para “Aprobar y publicar en el *Diario Oficial de la Federación* la declaratoria en los casos de enfermedades graves que sean causa de emergencia o atenten contra la seguridad nacional, por iniciativa propia o a solicitud por escrito de instituciones nacionales especializadas en la enfermedad, que sean acreditadas por el Consejo, en la que se justifique la necesidad de atención prioritaria”. En lugar de aprobar y mandar publicar la declaratoria de emergencia, se emitió un “Acuerdo por el que el Consejo de Salubridad general reconoce la epidemia de enfermedad por el virus SARS-CoV2 (COVID-19)”.⁸ Éste se tomó el día 19 de marzo, y a pesar de que en una emergencia epidemiológica el tiempo contado por horas es valioso para proteger la salud y salvar vidas, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el día 23 de marzo. Posteriormente, el día 30 de marzo —19 días después que lo hiciera la OMS—, el Consejo de Salubridad General ejerció la competencia aludida y aprobó un “Acuer-

⁶ Acuerdos generales del Pleno de la SCJN: 3/2020, adoptado el 17 de marzo del 2020, por medio del cual suspende las actividades jurisdiccionales el máximo tribunal del 18 de marzo al 19 de abril; 4/2020, del 13 de abril de 2020, por medio del cual se regula las sesiones a distancia utilizando herramientas informáticas; 6/2020 del 13 de abril, por medio del cual se prorroga la suspensión de labores desde el 20 de abril hasta el 5 de mayo; 7/2020, del 27 de abril de 2020, por medio del cual se prorroga la suspensión de labores jurisdiccionales del 6 al 31 de mayo.

⁷ Pleno General de la Sala Superior Acuerdo SS 10/2020, de 17 de marzo de 2020.

⁸ DOF 23/03/2020.

do por el que se declara como emergencia sanitaria por causa de fuerza mayor, a la epidemia de enfermedad generada por el virus SARS-CoV2 (COVID-19)".⁹ Entremedias el Presidente de la República declaró el estado de emergencia sanitaria sobre la base del "acuerdo" del Consejo de Salubridad General.¹⁰

La falta de legalidad del citado Consejo de Salubridad General en la convocatoria de sus sesiones y en la toma de sus resoluciones quedó expuesto por uno de sus prominentes miembros, el rector de la UNAM.¹¹ Y es de advertir además que en la página web del Consejo no se han publicado todas las resoluciones que ha tomado durante la pandemia. La sociedad solo ha podido conocer los acuerdos del Consejo publicados en el Diario Oficial de la Federación.

Es pertinente enfatizar que de conformidad con la Constitución y la Ley General de Salud, el Consejo de Salubridad General es una pieza clave para garantizar el ejercicio objetivo, racional y proporcional de las potestades jurídicas que se delegan en el Presidente de la República durante el estado de emergencia. De acuerdo al indicado esquema normativo, la ciencia informa las decisiones públicas que afectan derechos y arreglos federales. La garantía judicial perfecciona el citado control intraorgánico del poder. Pero recuérdese que, como se ha dicho antes, para contener el contagio entre empleados y usuarios de los servicios jurisdiccionales los tribunales federales tomaron la decisión de suspender sus trabajos. Y ello afectó necesariamente la garantía judicial sobre las decisiones y omisiones en que hayan podido incurrir el Presidente de la República, el Secretario de Salud y el Consejo de Salubridad General durante ese periodo.

Un punto por demás importante en situaciones de excepción y de emergencia sanitaria, es el control parlamentario. Para el caso del estado de excepción expresamente la Constitución mexicana establece un control congresual *ex post* para el decreto-ley previsto en el artículo 29 y del ejercicio de las potestades extraordinarias delegadas al Presidente por el Poder Legislativo. Se restringe la potestad de control parlamentario en tiempo real que ordinariamente tienen las cámaras del Congreso, esto es, no tiene poder el Congreso para llamar al Secretario de Defensa a comparecer mientras, por ejemplo, se conduce una guerra. Y no hay obligación que sean atendidas inmediatamente por el Poder Ejecutivo las solicitudes de información, o las preguntas orales o escritas mientras dure el estado de peligro extraordina-

⁹ DOF 30/03/2020.

¹⁰ DOF 24/03/2020.

¹¹ Boletín UNAM-DGCS-336, del 14 de abril de 2020.

rio. El hipotético abuso de tal prerrogativa puede ser contenido por el Congreso en tanto que la Constitución le atribuye a éste la potestad de dar por concluido el estado de emergencia mediante un decreto al que no se puede oponer el Ejecutivo, decreto que tiene el efecto de obligar al Presidente a rendirle cuentas al Congreso del ejercicio de los poderes que se le hubiesen delegado durante el estado de excepción.

En el estado de excepción la Constitución concentra el ejercicio de los poderes legislativos y ejecutivos en el Presidente para hacer expedita su acción. Pero al tiempo previene en el artículo 29, de conformidad con el artículo 27 del Pacto de San José, que: “Los decretos expedidos por el Ejecutivo durante la restricción o suspensión (de derechos fundamentales y libertades públicas), serán revisados de oficio por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la que deberá pronunciarse con la mayor prontitud sobre su constitucionalidad y validez”.

Ahora bien, por contraste a lo señalado en el artículo 29 sobre el control parlamentario de los decretos-ley y demás potestades extraordinarias delegadas al Presidente, la Constitución no indica nada sobre el control congresual con respecto a los decretos legislativos que tienen su fundamento en el artículo 73 fracción XVI concernientes con la gestión de la salud pública en tiempos de emergencia sanitaria. ¿Cómo se debe interpretar este silencio constitucional? En mi opinión, que el control congresual sobre el gobierno se mantiene intacto. Más aún si se considera que el supuesto de hecho sobre la epidemia y las autoridades ejecutivas para su contención se encuentran regulados en el artículo 73 de la Constitución dentro de las competencias del Congreso, no en el artículo 89 concerniente con la organización y competencias del Poder Ejecutivo. Y en el marco de la división de poderes con forma presidencial de gobierno, ello le otorga un margen de supervisión amplio al Congreso con base en las potestades implícitas que le concede la Constitución en el artículo 73 fracción XXXI. Sin embargo las dos cámaras se mantuvieron oficialmente en suspensión de actividades desde el 27 de marzo hasta concluir el periodo de sesiones ordinario el 30 de abril; y posteriormente la Comisión Permanente que se instaló ha tenido escasa actividad por videoconferencia.

La falta de control parlamentario en tiempo real a la gestión de la pandemia a cargo del Presidente, ha tenido efectos sistémicos negativos en el engranaje de controles intraorgánicos, inter orgánicos y verticales del ejercicio del poder. En primer lugar, como ya se dijo, se han aflojado los resortes del control intraorgánico a cargo del Consejo de Salubridad General, al grado de anularlo. Ha sido notorio que dicho Consejo, como el Secretario de Salud que lo preside, han sido sustituidos de facto por el Subsecretario de

Prevención y Promoción de la Salud, que no es autoridad sanitaria según lo dispuesto por la Constitución y la Ley General de Salud.

Cabe advertir que la imposición constitucional de las autoridades sanitarias del Poder Ejecutivo ha tenido una trascendencia notable: bien pudo la Comisión Permanente del Congreso de la Unión haber tomado sus decisiones sobre celebrar sesiones o no celebrarlas, con autonomía, siguiendo el precedente del 17 de marzo sentado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En lugar de ello, determinó no sostener reuniones presenciales con sustento en una opinión del Subsecretario de Prevención y Promoción de la Salud del Poder Ejecutivo.

El segundo efecto de la falta de control parlamentario de la gestión de la pandemia por el gobierno, ha sido agravar la crisis de credibilidad sobre la información que suministra directamente el Poder Ejecutivo a la ciudadanía por conducto del Subsecretario de Prevención y Promoción de la Salud.

El tercer efecto de la falta de control parlamentario en tiempo real sobre la gestión de la pandemia, ha sido fracturar la cohesión federal. En lo que va de la crisis del C19 no ha habido oportunidad de participación parlamentaria de los Estados en el proceso de toma de decisiones del gobierno federal, porque el Senado —tanto por su inactividad, como por la forma de su integración— no ha actuado como cámara de representación territorial. El Secretario de Salud y Presidente del Consejo de Salubridad General no ha comparecido en sede parlamentaria para informar, explicar y justificar los criterios territoriales para la toma de las decisiones sanitarias con efecto directo sobre la salud y la vida de los representados de los Senadores en los Estados, y sobre las economías locales.¹² El Poder Ejecutivo federal ha decidido unilateralmente la distribución entre Estados del equipamiento para médicos y enfermeras en primera línea de contención del C19, y el número de respiradores para evitar la muerte de los enfermos de mayor gravedad y, lo más importante, los criterios para su distribución en los 31 Estados de la República Federal y la Ciudad de México. En suma, en cuanto a control parlamentario, el Senado ha actuado en la lógica de grupos parlamentarios de partidos, no de representación de los Estados: Por un lado, la coalición legislativa liderada por el partido en el gobierno (Morena) e integrada por el PES, PT y PVEM; y por otro el autodenominado “bloque de contención” formado por el PAN, el PRI, el PRD y MC.

La falta de canales institucionales de los Estados en el proceso de toma de decisiones del gobierno federal, y del control parlamentario sobre su eje-

¹² El Senado ha citado al Subsecretario de Prevención y Promoción de la Salud.

cución, ha llegado a tal grado, que se han formado bloques regionales de gobernadores para tomar medidas distintas, y aún contrapuestas, a las que toma el titular del Poder Ejecutivo. No hay norma constitucional escrita que obligue al Presidente de México a consultar sus medidas de contención sanitaria a los gobernadores, pero sí manan deberes de principios anejos al pacto federal. La cooperación es la esencia del federalismo, y de ello se desprende la exigencia de lealtad bidireccional en las relaciones intergubernamentales del Presidente a los gobernadores y de éstos hacia el Presidente, así como de los gobernadores entre sí. Esto no sólo es un principio político sino también de racionalidad administrativa.

Llegados a este punto es pertinente plantear las siguientes preguntas: ¿En el contexto de la pandemia del Covid 19 qué interpretación debemos dar en México a los artículos 23.1 inciso a,¹³ en conexión con el artículo 27.1, 2 y 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos? Concretamente ¿qué derechos específicos se encuentran comprendidos dentro del concepto convencional de los “derechos políticos” que, según el precepto 27 del Pacto de San José, no se pueden suspender? ¿sólo los derechos político electorales del 23.1 inciso b?, ¿o podemos interpretar que este derecho necesaria y lógicamente se desdobra pasadas las elecciones, hasta abarcar el derecho de los gobernados a ser representados en el Congreso en la función de gobierno y de supervisión al gobierno¹⁴ aún en tiempos de emergencias sanitarias?¹⁵ En mi opinión esta última es la lectura correcta de tal precepto.¹⁶ Ello si se considera que la supervisión y el control del gobierno es uno de los medios más potentes del parlamento en tanto cámara de representación política, para que “todos” los ciudadanos puedan ejercer influencia

¹³ Convención Americana sobre Derechos Humanos: “Artículo 23. Derechos Políticos 1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades... a) de participar en la dirección de los asuntos públicos directamente o por medio de representantes libremente elegidos”.

¹⁴ De Vergottini, Giuseppe, “La forma de gobierno de oposición garantizada”, en *Revista de Estudios Políticos*, número 9, 1979, pp. 5-41. Sánchez Agesta, Luis, “Gobierno y Responsabilidad”, en *Revista de Estudios Políticos*, Nos. 113-114, 1960, pp. 35-39.

¹⁵ La Comisión IDH reitera que los “derechos políticos” no pueden ser suspendidos durante la pandemia C19, y que no debe haber “afectaciones del sistema democrático de gobierno” por efecto de la declaración del estado de emergencia. Sin embargo no llega a expresar que la función de control parlamentario sea elemento esencial de dicho sistema democrático, lo que contrasta con su disposición habitual a explayarse sobre el significado y alcances del control jurisdiccional. *Resolución 1/2020. Pandemia y Derechos Humanos en las Américas*, Washington, 10 de abril de 2020, p. 9.

¹⁶ Murray, Santiago, “La democracia representativa en el sistema interamericano”, en Orozco Henríquez, Jesús (coord.), *Democracia y representación en el umbral del siglo XXI*, México, IJ-UNAM, 1999, pp. 271 y ss.

en la toma de decisiones públicas, y particularmente aquellos representados por partidos políticos minoritarios o por diputados y senadores electos bajo la modalidad de “candidatura independiente” que reconoce la legislación electoral mexicana.¹⁷

En apoyo de mi argumento ha de considerarse que la interpretación convencional que elabora la Corte Interamericana de DDHH incorpora necesariamente el contexto histórico de cada país al emitir sus sentencias y, destacadamente, en lo que concierne a los derechos políticos.¹⁸ En este sentido no se puede pasar por alto que la gran reforma política de México de 1977 —mediante la cual se modificó la elección de mayoría por un sistema electoral mixto que actualmente combina mayoría con representación proporcional para elegir representantes populares al Congreso federal—, tuvo el propósito expreso que “todos” los mexicanos tuviesen representación política, incluidos los segmentos minoritarios dentro del pluralismo ideológico.¹⁹

Finalmente, al comentar sobre el control parlamentario de las medidas sanitarias que toma el Presidente, punto de la mayor importancia es determinar qué está excluido de los poderes presidenciales. Al respecto cabe señalar que el poder delegado al Presidente establecido en el artículo 29 para garantizar la sobrevivencia del Estado mexicano, implica igualmente amplios poderes fiscales: El Presidente de México puede determinar en qué va a gastar y cómo va a obtener los ingresos sin consultar al Congreso, una vez que éste ha declarado el estado de excepción y le ha otorgado tales poderes excepcionales. Pero, en cambio, la potestad que se le confiere al Presidente para atender emergencias sanitarias en el artículo 73 fracción XVI no incluye poderes fiscales.

He de decir, sin embargo, que en la gestión del C19 el Presidente de México viene decidiendo por sí solo, sin consultar al Congreso, la modificación del presupuesto federal. A ello le habilita, aún para tiempos de normalidad, la ley de presupuestos del país, en clara contravención a lo dispuesto

¹⁷ Apoyado en documentos oficiales de la Comisión como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Daniel Zovatto había sugerido desde hace tres décadas que los derechos políticos de la CADH no se circunscriben a los político-electorales Zovatto, Daniel, *Los estados de excepción y los derechos humanos en América Latina*, Caracas, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Editorial Jurídica Venezolana, 1990, pp. 183-184.

¹⁸ Corte IDH. Caso *Castañeda Gutman vs. México*, sentencia del 6 de agosto de 2008. Serie C no. 184.

¹⁹ Woldenberg, José, “Partidos, Congreso y Gobierno en la Constitución (de 1977 a la fecha)”, en Gerardo Esquivel, Francisco Ibarra, y Pedro Salazar (coords.), *Cien Ensayos para el Centenario* (tomo 4), México, Senado de la República-IIJUNAM, 2017, pp. 400-405.

por el artículo 72 inciso F de la Constitución mexicana. Esto es un legado del viejo autoritarismo presidencial del siglo XX asumido en la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria, promulgada y publicada por el primer presidente de la alternancia del siglo XXI (PAN, 2000-2006)²⁰ y aprobada por la LIX Legislatura del Congreso de la Unión en la que el PRI, otrora partido hegemónico, no tenía mayoría. Cabe aun el comentario que no obstante contar con dicha potestad inconstitucional —que ya le permite disponer del presupuesto sin requerir aprobación parlamentaria mientras no rebase el 5% de su monto— el Presidente de la República presentó en plena crisis del C19 una iniciativa para ampliar el porcentaje establecido en la Ley vigente, que fue vivamente resistida por las oposiciones y la academia.

Otro importante ámbito material que queda excluido del poder delegado en el Presidente en tiempos de emergencia sanitaria, es la determinación de la celebración o no de elecciones para cargos de elección popular federal y de los Estados y Municipios. Como expresamente señala el artículo 29 de la Constitución que se adecuó en el año 2011 al artículo 27 del Pacto de San José, los decretos-ley en el estado de excepción no pueden restringir ni suspender derechos políticos, entre ellos el derecho a votar y ser votados. Con mayor razón, tampoco puede el Presidente suspender elecciones con fundamento en su competencia constitucional en estados de emergencia sanitaria.

Una facultad más excluida al Presidente en estados de emergencia sanitaria, por disposición del artículo 129 de la Constitución, es el uso del ejército. Sin embargo, el C19 ha exigido al máximo los recursos médicos del Estado mexicano, y en este contexto el Presidente ordenó el uso del personal e instalaciones médicos de las fuerzas armadas. Ello con un notable consenso social y parlamentario, por lo que puede sostenerse que se ha generado un precedente que válidamente se podría invocar para la contención de futuras pandemias. Los Presidentes de México habían recurrido al ejército en tiempos de paz en auxilio a la población por desastres naturales, con fundamento en la competencia constitucional sobre protección civil del artículo 73 fracción XXIX, inciso I. La finalidad constitucional de protección civil ha condicionado satisfactoriamente la función que desempeña en estos casos el ejército y su temporalidad, lo que también podría argüirse para el estado de emergencia sanitaria. Empero ha de apuntarse una decisión añadida y de distinta naturaleza que también tomó el Presidente de México durante el proceso de gestión de la pandemia C19, sin sustento en el artículo 73 en su fracción XVI o, en la fracción XXIX inciso I: ordenar

²⁰ DOF 30 de marzo de 2006.

que el ejército asuma funciones de policía para proveer seguridad pública en tiempos de paz.²¹ Por contraste, al uso del ejército por razones médicas por el C19, esta última decisión presidencial no ha concitado consenso entre las fuerzas políticas del país.

Primera conclusión. En México, el COVID-19 ha expuesto la insuficiencia del ordenamiento constitucional vigente para casos de emergencia sanitaria —sin cambios desde 1917—, para responder a la pandemia, de conformidad con las garantías políticas y jurisdiccionales a los derechos y libertades públicas a que se refiere el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El COVID-19 descubrió, además, los peligros multiplicados que entraña, en una situación de emergencia sanitaria, una forma de gobierno presidencial caduca que por décadas ha tenido como nota emblemática la debilidad de los controles horizontal y vertical de poderes.²² Es incuestionable la legitimación constitucional y convencional del Presidente de México para ponderar entre los derechos a la salud y la vida, por un lado, frente a los derechos estructurales de la economía con los que aquellos han entrado en tensión por efecto del COVID-19. Pero resulta inconsecuente con la Constitución del país que establece una democracia representativa con forma presidencial de gobierno que, en ésta o en una futura pandemia, el Presidente de la República pueda tomar decisión tan delicada unilateralmente, sin diálogo con el Congreso compuesto de representantes populares de la Nación y de los Estados democráticamente electos; y, por añadidura, sin el control jurisdiccional que junto con el control de la representación política, no debiera suspenderse en supuestos de restricción de derechos en estados de excepción según dispone el artículo 27 del Pacto de San José. La experiencia del COVID-19 debe servir por tanto para actualizar el ordenamiento jurídico mexicano.

Segunda conclusión. El COVID-19 ha puesto de relieve que la academia mexicana se ha volcado casi en su totalidad al estudio de la garantía jurisdiccional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y ha descuidado el análisis de la garantía política de los derechos y libertades públicas que debe proveer el Congreso en el marco del sistema presidencial.

²¹ DOF 11/05/2020.

²² Carpizo, Jorge, *El presidencialismo mexicano*, México, Siglo XXI, 1978. Orozco Henríquez, Jesús, “El sistema presidencial mexicano en el Constituyente de Querétaro y su evolución posterior”, en VVAA, *El sistema presidencial mexicano*, México, UNAM, 1988, pp. 71-86. Valadés, Diego, “Formación y transformación del sistema presidencial en América Latina. Una reflexión sobre el *ius constitutionale commune* en América Latina”, en Bogdandy, Armin von; Fix Fierro, Héctor; Morales Antoniazzi, Mariela (coords.), *Ius constitutionale commune en América Latina. Rasgos, potencialidades, desafíos*, México, IJ-UNAM, 2014, pp. 184-194.

De la garantía política, los estudios en México se han centrado únicamente en el mecanismo de las elecciones periódicas, que por diseño no inhiben las afectaciones a los derechos que en tiempo real produce el gobierno por su acción u omisión.²³ El COVID-19 es, en mi opinión, evidencia irrefutable que la garantía jurisdiccional nacional e interamericana para la protección de los derechos humanos, es claramente insuficiente durante estados de emergencia por la naturaleza misma del proceso judicial sobre hechos pasados, no en curso. En un estado de emergencia, como bien apunta en su resolución 1/2020 la Comisión IDH, se han de tomar medidas sanitarias de carácter restrictivo sobre los derechos humanos para proteger la salud y vida de las personas, a la vez que acciones de apoyo económico para los segmentos y grupos sociales más vulnerables de los países de América Latina. Esto significa que se ha de hacer una ponderación entre derechos que necesariamente se proyecta en el presupuesto de egresos que deciden conjuntamente los Presidentes y Congresos en las democracias representativas con forma presidencial de gobierno. Y no basta con tomar decisiones sobre el presupuesto para proteger debidamente los derechos humanos: la ejecución y aplicación honesta de los recursos económicos escasos debe llevarse a cabo bajo supervisión congresual, en tiempo real, para evitar dispendio y corrupción, y en especial clientelismo político-electoral.

Tercera conclusión. El COVID-19 se presenta como una ocasión ineludible para que la Comisión Interamericana de DDHH haga explícitos qué derechos están contenidos en el artículo 23.1 inciso a de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su relación con el artículo 27. Concretamente que señale con absoluta claridad si dentro de este derecho se encuentra la garantía político-parlamentaria de control del gobierno en tiempo real en estados de emergencia sanitaria, y en particular el derecho de supervisión al gobierno de las minorías parlamentarias; o en palabras del título de este libro colectivo, que responda la pregunta ¿durante una pandemia, pueden entrar en cuarentena los parlamentos?

²³ Warren, Mark E., “Accountability and Democracy”, en *The Oxford Handbook of Public Accountability*, Oxford, Oxford University Press, 2016, pp. 39-40.