

CONSIDERACIONES SOBRE EL DERECHO ANTE LA EMERGENCIA: LOS DÍAS DEL CORONAVIRUS

Sergio GARCÍA RAMÍREZ*

Pude titular este artículo con una paráfrasis de la denominación que dio John Reed a una crónica famosa. Habría dicho: “Siete meses que cambiaron el mundo”. Pero no se trata apenas de algunos meses. Corre el tiempo, persisten los males y no sabemos cuál será la desembocadura cierta del problema que nos tiene insomnes. En fin de cuentas, la era del coronavirus pudiera ser mucho más prolongada. Escribo en octubre de 2020, consciente de que llevará algún tiempo —suele ocurrir— la edición de la obra colectiva a la que aportó estas líneas. Y mucho más deberemos aguardar para ver la luz en el fondo del túnel. Espero que sea la luz que anuncia el término de un trayecto en la tiniebla, no la que advierte el arribo de otra locomotora que nos embista. Ya hemos tenido demasiado.

Hace siete meses, que no son gran cosa para la historia de nuestra especie, apenas se mencionaba la posibilidad de que alguna plaga impusiera una vuelta total a nuestras vidas. Que esto ocurriera parecía tema de ciencia ficción o de malicia política, aunque hubo voces premonitorias, como la de Bill Gates. Pero “vino la bola y nos alevantó”, para decirlo con las palabras de Mariano Azuela al referirse a la Revolución mexicana en su novela *Los de abajo*. Y en efecto llegó, en términos tan devastadores —o más todavía— que una revuelta popular y nos “alevantó” en todas las latitudes y en todos los órdenes.

Ahora vemos que esta pandemia —COVID-19 es una expresión corriente y una amenaza constante— y sus consecuencias nos acompañarán por mucho tiempo —¿por todo el tiempo?—, instalando en su itinerario una “nueva normalidad”. Observada con los ojos con que mirábamos las cosas hace siete meses, sería una “impensable anormalidad” muy alejada de nuestra experiencia. Hoy, lo que somos, hacemos y haremos debe mirarse a la sombra de una nueva circunstancia “orteguiana”, alojada en las nuevas

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

meditaciones de don Quijote. El gran personaje de nuestra vida es la pandemia. Otras plagas lo fueron en siglos pasados, cuando la marea de males irresistibles diezmó al mundo conocido. Ocurrió en el nuestro, en los años iniciales de la invasión de Mesoamérica, que trajo algunos frutos mediterráneos, entre ellos la sífilis y la viruela.

Recogiendo y adaptando ligeramente la invitación que agradezco a mi apreciado colega Hugo Concha Cantú, me propongo mencionar de nuevo, desde mi perspectiva —¿cuál otra?— ciertos temas que han adquirido fuerte presencia en el marco de la pandemia. Temas para todos, ciertamente opinables, que han merecido y siguen atrayendo diversos diagnósticos y encontrados pareceres. Haré y daré los míos, con respeto para los ajenos. Todos tienen material aprovechable para iluminar nuestra experiencia y ensanchar nuestra ciencia sobre algunas cuestiones planteadas por la emergencia a la atención de juristas, sociólogos, economistas y politólogos. Esas cuestiones se hallan en el alterado ambiente de México y del mundo, girando como las piezas profundas de un caleidoscopio, que a cada vuelta mudan su figura y proponen novedades.

La pandemia opera como un espejo plantado ante nuestros ojos. Espejo en el que se observan, redescubren, redefinen, muchos personajes: el mundo, la nación que formamos, los individuos que somos. Ahí nos miramos, extrañados, incrédulos, angustiados. En la estampa hay un halo constante, que mueve nuestra figura: el halo de la incertidumbre, que es lo único cierto, valga la paradoja, en nuestra marcha colectiva. Por supuesto, también en la individual, a merced de las fortalezas y debilidades de aquella y de las propias de cada caminante.

Si pensamos en México —y en él pensaré a lo largo de esta nota, porque es el origen, la sede y el destino de mis preocupaciones— el escenario que aparece en ese espejo, como telón de fondo, es revelador y sombrío. Nos ha perseguido, en medio de voces exaltadas y opiniones enfrentadas, en el curso del 2020. ¿Qué vemos en aquel telón que abraza el escenario?

A mi juicio (comparto una opinión generalizada, aunque no lo sean las causas aducidas, las culpas atribuidas y las soluciones esperadas), observamos un país fragmentado, en el que discurren, se encuentran y se enfrentan sectores e intereses contrapuestos; declina la economía y se derrumba el producto interno general y *per capita*; decaen las condiciones de vida de un enorme sector del pueblo (a reserva de que otro, muy reducido, mantenga y crezca su participación en el “gran pastel” del patrimonio y de la renta); surgen demandas tumultuosas, que han salido a la calle, con insólita violencia, o aguardan la oportunidad de hacerlo; prevalece una inseguridad

rampante, que se muestra en las cifras del crimen y de la percepción social (a despecho del invariable discurso que proclama victorias pírricas sobre las bandas criminales); hay inestabilidad democrática que se manifiesta en el desempeño y en las relaciones entre el poder público y los ciudadanos, sujetos a tensiones sistemáticas, y abundan las decisiones controvertidas que rasgan el antiguo “tejido social” de los consensos. Todo eso se hallaba en curso, pero “nos alevantó” cuando llegó la pandemia.

* * *

Creo que podemos clasificar nuestras cuitas actuales en algunas categorías que permiten análisis separados y sugieren cuestiones distintas, aunque todos tengan una base (más o menos) común y un destino (relativamente) compartido. Intentemos un diseño, por fuerza provisional y convencional, de ese conjunto.

En primer término identificamos una masa de asuntos muy relevantes para la sociedad y el Estado —servidor de aquella—, cuyas soluciones se han detenido, aplazado, diferido. Me represento esta masa como las aguas crecientes de una presa gigantesca, que almacena el líquido y no provee salidas. Llegará el momento —de hecho, se ha presentado y adquirido creciente apremio— en que se abran las compuertas de la presa y el agua corra, abrumadora, colmando el paisaje. Nos veremos anegados por corrientes que rebasan nuestras capacidades y expectativas.

Pensemos, por ejemplo, en la acumulación de asuntos pendientes ante los órganos jurisdiccionales y en el número, seguramente superior, de litigios en la fragua, cuyos actores aguardan el mejor momento —que sería el peor, visto desde otra perspectiva— para abrumar con ellos el despacho de los tribunales. Con gran trabajo —y en medio de fuertes debates— han recommenzado las funciones jurisdiccionales. Hileras de litigantes se forman en demanda de justicia, que estuvo contenida y resultará diferida. Pero nadie está obligado a lo imposible, ni siquiera los decidores de la justicia. Operan el caso fortuito y otros argumentos. Sea lo que fuere, comienza la cascada. Obviamente, no me refiero únicamente a los peldaños más elevados de la administración de justicia —la “macrojusticia”, gran favorita de la especulación académica— sino a todos los planos: principalmente los de la base —la “microjusticia”— a los que deben sujetarse millones de ciudadanos.

En segundo término, mencionaré los problemas que tuvimos que enfrentar y resolver de alguna manera, porque no pudimos cercarlos con la cortina de la presa. Temas políticos, administrativos, económicos, entre mu-

chos, que no aguardaron y promovieron soluciones prontas, inmediatas, porque no era posible negarlas o diferirlas: composiciones sociales, inversiones, gastos, providencias, medidas urgentes. Tuvieron y están teniendo respuesta. Adoptadas en circunstancias excepcionales, muchas soluciones de este carácter ameritarán revisión cuidadosa cuando las circunstancias se modifiquen y el agua tome su nivel (¿cuál será?). Encontraremos que no pocas soluciones diligentes e imperiosas fueron erróneas, excesivas, insuficientes o inadecuadas. Se multiplicarán las impugnaciones, las revisiones, las correcciones. Sin embargo, las manecillas del reloj no retrocederán: subsistirán las nuevas condiciones creadas, con el costo que tengan. El arsenal de los problemas demandará respuestas jurídicas oportunas y razonables. No será fácil proveerlas.

En tercer término —no iré más lejos en este punto— aparecerán, como ya están surgiendo, los problemas del porvenir (vale la pena hacer, desde ahora, futurología a partir de la pandemia). En la “nueva normalidad” ocurrirá el agravamiento de los temas del pasado y nacerán otros, que hoy calificamos como problemas del futuro: aguardan muy cerca, al alcance de los próximos minutos. Son la cauda de la pandemia, sus consecuencias (previstas o imprevistas): digamos, la nueva economía, la nueva educación, la nueva salud pública, la nueva seguridad ciudadana; en otros términos, el panorama entero de los derechos del ser humano y los deberes del poder público en un mundo inesperado.

Quienes ejercemos profesiones jurídicas, en amplio sentido —pero también los conciudadanos interesados en la normativa que se les aplica y en la forma en que esa aplicación ocurre—, deberemos volver la mirada a los quehaceres del derecho. Son nuestros quehaceres, “revisitados”. Apuntan, como lo hicieron o debieron hacerlo, hacia valores en la entraña y el destino del orden jurídico: justicia, seguridad, bien común, temas clásicos. Empero, siempre hubo revisión sobre el significado y el ejercicio inmediato, actual, de aquellos designios. Y esa revisión se acentuará en la nueva circunstancia, que no siempre será atendida bajo los patrones de la vieja.

Los actores de esa “revisita” seremos los abogados: insisto, en sentido muy amplio, que no se agota en los litigios particulares. Pero esa actuación se dará en condiciones y circunstancias alteradas —vuelvo a la expresión orteguiana—, y con una audiencia diferente de la acostumbrada. Teníamos parlamentos sabidos y coros familiares en el drama de la vida; tendremos otros en lo sucesivo. El escenario será distinto y el público se hallará pendiente de las novedades.

Nada de eso nos ha sido absolutamente ajeno, pero sí sus características actuales y futuras. Son diferentes el desempeño del derecho y de sus actores en una sociedad estable —la nuestra, en determinados capítulos del pasado distante—, en la que cada día reproduce al precedente y prefigura al subsecuente; en una sociedad dinámica —también la nuestra, en el pretérito inmediato— en movimiento constante y con frecuentes novedades; y en una sociedad en crisis, donde menudean la incertidumbre, la duda, el desconcierto, abundan las exigencias (inaplazables: atención a la gobernabilidad democrática) y surgen extraordinarios desafíos. Utilizamos con frecuencia esta expresión histórica: retos y desafíos. Estemos a punto para la multiplicación que se avecina.

* * *

Hay datos de la vida social, su estructura y su buena o mala marcha, sobre los que opera la pandemia en condiciones radicales. Uno de ellos, sobresaliente, es la desigualdad que nos caracteriza, domina la realidad en que nos desenvolvemos y gobierna las decisiones que adoptamos. Cuando llegaron los vientos de la pandemia, México constituía una sociedad desigual. Este carácter injusto e inequitativo, fuertemente arraigado —hasta la médula—, ha dado sus frutos y los dará cuantiosos en el futuro cercano: pandemia y desigualdad, compañeras del camino —ésta, inveterado caminante; aquélla, superveniente— están causando los estragos que derivan de su irresistible naturaleza. Entramos desiguales al torbellino de la pandemia, y de ella saldremos —cuando salgamos— más desiguales todavía. Y de paso, menos libres, obviamente.

Con la licencia del editor de esta obra, tomaré prestadas algunas líneas que Nuria González y yo pusimos en la presentación de otra obra colectiva, también patrocinada por nuestro Instituto de Investigaciones Jurídicas. Recordamos lo que ahora reproduzco, por vía de referencia sobre la abrumadora desigualdad que opera en la pandemia y nutre sus efectos, en contraste con los desiderata de la sociedad democrática y los derechos de sus ciudadanos. Es la antigua antinomia entre las normas y los hechos, que sube de punto cuando se trata de las normas de rango supremo, nacional e internacional, y de los hechos flagrantes y dominantes en una gran sociedad cuya redención ha marchado a paso lento.

Las ideas de la Ilustración informaron la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, del 26 de agosto de 1789, que reconoció: “Los hombres nacen y viven libres e iguales en derechos” (artículo 1o.).

La misma *Déclaration* agregó que la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre “es el objeto de toda sociedad política”. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, del 2 de mayo de 1948 —primer instrumento declarativo de alcance supranacional, fuente del Derecho internacional de los derechos humanos— sostuvo que “todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos” (artículo 1o.). La Declaración Universal de Derechos Humanos, del 10 de diciembre de 1948, contiene la misma fórmula: “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos” (artículo 1o.).

En el plano interno, la nación emergente asumió la orientación liberal que conduciría la marcha del constitucionalismo mexicano. El Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana —Constitución de Apatzingán, del 22 de octubre de 1814— expuso: “La felicidad del pueblo y de cada uno de los ciudadanos consiste en el goce de la igualdad, seguridad, propiedad y libertad. La íntegra conservación de estos derechos es el objeto de la institución de los gobiernos y el único fin de las asociaciones políticas”. De esta suerte quedaron previstos la supremacía de los derechos y la obligación central del Estado.

Bajo el derecho internacional de los derechos humanos —y específicamente el orden interamericano de esta materia, que establece deberes para el Estado mexicano, comprometido a su cumplimiento—, se ha consagrado el binomio de la igualdad y la no discriminación. Lo ha reiterado la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: los principios de igualdad y no discriminación forman parte del orden público internacional, figuran en el *ius cogens* y deben ser respetados y garantizados sin salvedad ni reserva. Complemento del principio de igualdad es el principio de especificidad, que advierte las diferencias materiales que prevalecen en la realidad y dispone correctivos y medios de igualación que permitan el disfrute universal de los derechos y las libertades.

Los autores de esos documentos eminentes no tuvieron a la vista —aunque quizás sí en la mente— la posibilidad de que las magníficas intenciones reguladas debieran descender a la tierra en condiciones excepcionalmente adversas, que determinan el naufragio de los derechos humanos. Suele invocar la impresionante experiencia del barón Alexander Humboldt, que conserva vigencia, cuando describió hace más de dos siglos las excelencias de la Mesoamérica mexicana, bella y opulenta, pero también el doloroso espectáculo de la desigualdad imperante. No he visto mayor desigualdad —dijo Humboldt— en ningún otro lugar. Desiguales, pues, ingresamos a la historia. Hemos persistido. Y así ingresamos al torbellino de la pandemia,

que se ha abatido —“a la mexicana”— en forma diferente donde impera la “opulencia” y donde prevalece la “indigencia”, que quiso moderar Morelos.

En un reciente coloquio, virtual como tantos otros, promovido por el Instituto Max Planck en su brazo de Heidelberg, analizamos estos problemas desde varios miradores nacionales y con perspectiva internacional. Los participantes subrayaron los hallazgos que arroja la pandemia, es decir, en las palabras que puse en las primeras líneas de esta nota, lo que se ha mirado frente al espejo en el que se colocaron el mundo, sus naciones y sus individuos.

La pandemia reveló carencias, numerosas y abrumadoras, muchas de ellas ampliamente analizadas e insuficientemente atendidas. Expuso factores de unión, cuando las comunidades afectadas resolvieron, tropezando, asociar sus fuerzas para enfrentar al adversario, y también factores de división, separación e incluso conflicto, cuando inició el retraimiento para custodiar los intereses propios, surgió la disputa por los satisfactores y se hizo cuenta de los costos de la batalla. En este ambiente de análisis se instó, con lucidez —y optimismo, hay que confesar este natural movimiento de la voluntad, con buena dosis de imaginación—, a pensar de nuevo las pautas del pacto social para atraer condiciones de equidad y justicia, desvaídas en la aplicación de un pacto hipotético celebrado entre miembros muy diversos de una comunidad heterogénea.

El pacto sugerido debiera replantear sus características y las consecuentes reglas para satisfacer los derechos y exigir las obligaciones en el doble plano de las comunidades nacionales y de la comunidad internacional. Por supuesto, hay mucho camino andado —pero el destino se mueve con diligencia: se aleja, se enrarece— en el universo de los trabajos regionales y mundiales de los organismos supranacionales. El pacto comenzaría por aceptar que no hay nada nuevo bajo el sol.

Hemos dicho que no seremos los mismos cuando concluya la pandemia. Me parece necesario revisar la expresión. Si traemos a cuentas el tema al que me acabo de referir, la desigualdad estructural que nos aqueja, tendremos que incorporar a esa expresión algo más que matices: para definir hasta qué punto no seremos los mismos y en qué medida seguiremos siendo los que fuimos en una sociedad cuyo signo ha sido la desigualdad. ¿Cómo podríamos ser diferentes —es decir, mejores y más provistos— si aquélla prevalece, se agrava, profundiza, y escasean los medios para remediarla.

* * *

En seguida me referiré a algunos temas que deben mover la reflexión de los juristas y determinar acciones políticas. No se trata, debo advertirlo, de asuntos que sólo correspondan a los profesionales del derecho —aunque éstos asuman compromisos especiales, como acabo de decir—, sino de cuestiones que conciernen a la sociedad entera. Entrañan riesgos y dilemas, proponen encrucijadas, animan preocupaciones. En el conjunto hay datos que compartimos: desvalimiento, irritación, peligro, asedio, acaso desvío en el punto —o en muchos puntos: sucesivas encrucijadas— donde es preciso analizar situaciones y elegir rumbos y medidas, con las consecuencias que puede acarrear una elección desafortunada.

Voy primero a un tema constante en la reflexión de los juristas, pero también en la vida de los que no lo son: en otros términos, en la vida de todos. Me refiero al Estado de derecho. Nos hemos enfrascado, como es natural e inevitable, en los temas de la salud individual y de la salud pública, espacio regular de nuestras actuales tribulaciones. Sin embargo, hay otras expresiones de la salud, entendida en su expresión dilatada, que no podemos ni debemos desatender. En ellos puede haber errores o deslices, excesos o defectos que incidirán sobre la comunidad y, a la postre, sobre sus integrantes: nosotros, uno a uno. Aludo a la salud del Estado de derecho y la democracia, o bien, en distintas palabras, a la salud, la integridad, la incolumidad de nuestros derechos y libertades. Nada de esto figura en el discurso y en los informes de los sanitaristas y de los políticos que dicen acoger las orientaciones de los científicos y los técnicos de la salud.

El 14 de mayo de 2020 concurrimos a un orientador coloquio en la Facultad de Derecho de la UNAM, que trabajó bajo un título sugerente: “Rediseñar el Estado a través de la pandemia”. Cabría preguntar: ¿tanto así? Y responder: sí, por supuesto. La pandemia y las acciones adoptadas para enfrentarla conducen en línea recta, inexorable, al replanteamiento de las relaciones —que también dejan de ser ordinarias en una situación extraordinaria, es obvio— entre el poder público y los ciudadanos. Éste es el asunto crucial, central, radical de las Constituciones: la estructura del Estado adquiere importancia en la medida en que sirve —u obstruye, enrarece, oscurece— esa relación. Apuntamos, en consecuencia, hacia las formas de ser y gobernar del poder público y su incidencia en los derechos y garantías de los individuos agitados por la pandemia y por la actuación sanitaria del Estado en ebullición.

Aquí introduzco una impresión que ha cundido en México desde los primeros días de la pandemia, impresión que no cesa, sino crece. Si se trata de una percepción fundada, con asidero en la realidad, tenemos a la vista un grave peligro encubierto por la pandemia. Ésta se vuelve motivo, razón o pretexto para acciones de diversa entidad que ponen en riesgo al Estado de derecho y, por ende, a los confiados ciudadanos. Formularé una serie de preguntas que aquella impresión —ya documentada— suscita; las respuestas fluirán en la experiencia y en el análisis de cada quien: un análisis que la academia no ha dejado al garete; abundan los foros y las publicaciones que lo recogen.

El ejercicio del poder público en la presente situación, ¿es consecuente con ésta? Quiero decir: las medidas adoptadas para hacer frente a la pandemia, ¿son idóneas para enfrentar los problemas y proporcionales a éstos? Esas medidas, ¿son respetuosas de la división de poderes, estructura garantizadora de los derechos fundamentales, o distraen fronteras y rompen equilibrios bajo el alegato de la salud?

Por otra parte, pero en la misma línea de análisis, ¿qué ha sido del órgano diseñado por la propia Constitución —con atribuciones de enorme alcance que pasan sobre las facultades regulares de otras instituciones— para hacer frente a los más severos peligros que pueden asediar a la nación en materia de salud? Por supuesto, me estoy refiriendo al Consejo de Salubridad General —que depende directamente del presidente de la República—, cuya presencia en esta situación ha sido tenue y tardía, afirma la *vox populi*. No parece haber tenido el rol de protagonista que le asigna el artículo 73 de la ley suprema.

Visto el tema desde la perspectiva de los derechos humanos —observatorio que debiera alojar todas las miradas—, las medidas a las que me estoy refiriendo, es decir, las medidas adoptadas desde el poder y ejercidas con poder, ¿son plausibles conforme a las exigencias de respeto y garantía de tales derechos, proclamadas en la Constitución y en los tratados internacionales celebrados por México?

Para alimentar la pregunta y su inquietante respuesta, destaquemos que se mantiene —oficialmente— el reconocimiento sobre el primado de los derechos humanos, cauce de cualquier política y medida. En consecuencia, ninguna debiera ir más allá del lindero que la carta fundamental y los tratados internacionales fijan para la acción —o la omisión— del Estado. Ha habido pronunciamientos de los órganos de supervisión internacional a los que nuestro país está vinculado: Comisión Interamericana y Corte Interamericana de Derechos Humanos. No existe una formal suspensión

de derechos y garantías —o suspensión en el ejercicio de derechos o en el cumplimiento de deberes del Estado, si se prefiere decirlo así— que justifique presiones o erosiones de los derechos básicos.

Entre los puntos relevantes de esa interacción entre el Estado y los individuos y la sociedad, figura la atención al principio de legalidad, desenvuelto como patrón de legitimidad. Esto requiere observancia de las “reglas del juego”, para decirlo en términos coloquiales, siempre invocados por quienes aceptan desempeñarse en la arena de las relaciones políticas, económicas y sociales *lato sensu*. Es inquietante la vulneración de esas reglas, sobre las que se han construido los derechos y los deberes de los particulares, así como las expectativas sociales.

La presencia de la pandemia puede ser —y ha sido, de hecho— una buena oportunidad para la erosión de las reglas, sometidas al arbitrio de quien maneja el “juego”. El tema económico, tan destacado en el escenario actual, las ha movido de pronto o ha concurrido, con otros factores, a ese nervioso movimiento. Las afectaciones por motivos económicos se hallan presentes en el rejuego normativo de los fideicomisos públicos y el trato a las instituciones de cultura, ciencia y tecnología y a los cultivadores de diversas disciplinas. Las exigencias derivadas de la lucha contra la pandemia obligan —así se ha dicho, entre otros argumentos— a “reconsiderar” la posición del Estado frente a diversas instituciones, programas y proyectos.

Paso a referirme a la vinculación precisa de las medidas de gobierno con la atención de los problemas generados por la pandemia, tema al que ya dediqué, *supra*, algunas consideraciones iniciales. En este sentido, la pregunta es: ¿las medidas guardan relación directa con la situación que se pretende afrontar? ¿no se proponen, a menudo, alcanzar otros objetivos, cercanos al manejo político general, partidista o personalista, y distantes del que corresponde rigurosamente a la acción frente a la pandemia?

Este asunto apareció, entre otros, en un importante ciclo de estudios desarrollados en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, bajo la responsabilidad del doctorado de dicha institución, entonces a cargo de la doctora Andrea Pozas Loyo, y de la línea de investigación orientada por el maestro Hugo Concha Cantú. El ciclo reunió investigaciones bien documentadas por parte de doctorandos del Instituto, a las que me he referido en otras oportunidades y que contienen valiosa información, análisis y conclusiones relevantes.

Ha sido notorio que en no pocos casos las medidas invocadas en la acción frente a la pandemia sirven —no obstante su motivación sesgada— a la concentración del poder, más que a la pura atención de la salud. Se han

mellado instituciones del sector salud y de otros ámbitos, y se han afectado o cuestionado atribuciones y recursos de órganos autónomos. Todo ello ahonda divisiones en el seno de la sociedad y resuelve “a modo” antiguas o recientes discrepancias, pero no contribuye a frenar o mitigar la pandemia y sus consecuencias. Quizás a esto se refirió el depositario del Poder Ejecutivo de la Unión cuando señaló, con una expresión sobre la que llovieron las críticas, que la pandemia nos había caído “como anillo al dedo”, frase que en un comentario periodístico sustituí por otra: “soga al cuello”.

En este campo de consideraciones se debe traer a cuentas el desempeño del régimen federal, sometido a una prueba de la que no parece salir airoso. No pretendo hacer ahora un examen del federalismo mexicano, que requiere analistas mejor calificados y espacio más amplio. No omitiré decir, sin embargo, que hemos cultivado un federalismo “a la mexicana”, cuyos rasgos se han modificado en mayor o menor medida en el curso de muchos años. Ese calificativo no entraña censura. El federalismo es, en fin de cuentas, una regla flexible de organización política que responde a una circunstancia y sirve a un tiempo y a unos requerimientos mudadizos. Ni el federalismo norteamericano de esta hora es el mismo que diseñaron los redactores de la Constitución de Filadelfia, ni todos los federalismos que operan en el mundo —el nuestro es uno de ellos— se sujetan a un modelo invariable.

Ahora bien, es notorio que al calor de la pandemia —un calor que ha subido muchos grados en la temperatura política mexicana— se ha movido y se está rediseñando, con futuro incierto, el perfil del federalismo vernáculo. En la práctica, no tenemos el mismo federalismo que tuvimos hace un par de años, y en todo caso al principio de la pandemia, y el que tenemos no sirve cabalmente a las exigencias de la subsidiariedad y la colaboración que anidan en la Constitución de la República.

En aquellas reflexiones de los doctorandos del Instituto de Investigaciones Jurídicas, muchas de las cuales figuran en esta obra colectiva, se advirtieron no sólo las omisiones y demoras del Consejo de Salubridad General, al que ya me referí y que posee atribuciones que gobiernan —o debieran— todos los planos del poder público, sino la existencia de un copioso universo de acuerdos encaminados, se dice, a resistir la pandemia. Acuerdos, éstos, tan diversos como dispersos, muchos de ellos con discutible fundamentación jurídica —y la consecuente inobservancia del principio de legalidad-legitimidad que se pretende atender con esa fundamentación—, que no siempre guardan relación directa con la pandemia. En algún caso se ha llegado a invocar, a guisa de fundamento, el discurso político que el presidente de la República difunde en sus mensajes cotidianos.

Con preocupación hemos observado la incomunicación que frecuentemente prevalece entre las autoridades federales y estatales (políticas, económicas, sanitarias), que lleva a constantes confrontaciones, sin contar las fracturas que han aparecido en el seno de algún órgano representativo del poder en el marco de la Federación: así, la Conferencia Nacional de Gobernadores. Y también hemos advertido —como lo acreditan las reflexiones de los doctorandos que he invocado— la operación de autoridades estatales fuera de las fronteras de sus atribuciones constitucionales, disponiendo restricciones y modalidades que corresponderían, en su caso, a instancias de la nación, como el Consejo de Salubridad General, o federales, como la autoridad sanitaria central, si nos ajustamos a las prevenciones constitucionales. Todo esto trasciende a la esfera de los derechos individuales y el bienestar de los ciudadanos.

En la misma línea de consideraciones destaquemos otro extremo que conviene ponderar: transparencia en el ejercicio del poder. Nuestro país ha dado importantes pasos adelante en el régimen y la práctica de la transparencia, que ésta puede y debe alcanzar las acciones excepcionales motivadas por la pandemia, entre ellas las conducentes a conocer la “verdad” sobre lo que está ocurriendo y acerca de las medidas con las que estamos enfrentando la emergencia sanitaria, convertida en una emergencia nacional. La verdad es huidiza y tropieza en el debate, no resuelto, entre especialistas que esgrimen diagnósticos y pronósticos diferentes.

Ahora bien, la transparencia es apenas un paso adelante al que deben seguir otros en la misma dirección democrática, que implica legitimidad: rendición de cuentas y asunción de responsabilidades. Estos aspectos del gran circuito de la probidad en el ejercicio del poder no se han visto satisfechos. Transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad son una triple exigencia que toca a la Federación, a las entidades federativas y a los órdenes municipales, sin salvedad.

En este ámbito habría que saber, con absoluta claridad y más allá del discurso sobre la buena administración y el combate a la corrupción, cómo se han manejado los recursos —ya cuantiosos— cuyo destino oficial es el control de la pandemia. En los términos de la información difundida por Transparencia Mexicana, con fuente en la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, durante el primer semestre de 2020 el gobierno federal y once estados —la tercera parte del número total— contrataron deuda por 140,000 millones de pesos para enfrentar la pandemia.

* * *

Dejo el análisis que suscita la salud del Estado de derecho y la democracia, que mencioné sin perjuicio de la salud personal y pública, y paso a referirme a otra cuestión inquietante que se ha mirado en los meses recientes: la tensión entre intereses legítimos y derechos a salvo, pero en riesgo. El Estado se construye para mediar en los conflictos de este carácter y proveer cauces adecuados a su solución razonable y practicable. A esa mediación confiada al Estado sirve el orden jurídico puesto a media vía entre el despotismo y la anarquía —para decirlo en términos de Edgar Bodenheimer—, que serían dos métodos extremos, inadmisibles, para zanjar disputas.

La tensión entre intereses atendibles y derechos exigibles existe en situaciones normales, bajo el Estado constitucional y en la sociedad democrática. Y esa tensión crece de punto cuando se ingresa en situaciones que ponen bajo severo apremio la atención de intereses y derechos, e incluso proponen dilemas que es preciso afrontar y resolver sin quebranto de aquellos dos patrones: Estado constitucional y sociedad democrática. Es obvio que la pandemia ha sometido a intensa presión la capacidad pública para proveer a todos con los satisfactores que requieren —y a los que tienen derecho, no cuestionado en situaciones ordinarias— y ha determinado opciones que se hallan sujetas a fuerte debate, en la medida en que implican alternativas que lesionan derechos e intereses de algunos en aras de intereses y derechos de otros (muchos, la mayoría).

En este orden, una instancia del Consejo de Salubridad General planteó hace algunos meses una propuesta —hasta donde tengo conocimiento, no se pretendió que fuese regla vinculante— sobre conflictos graves en la preservación de la vida de personas sujetas a tratamiento médico por hallarse infectadas por el virus de la pandemia. Se trató de la situación que sobreviene cuando los médicos atienden a varios pacientes que afrontan peligro de muerte, y sólo cuentan con instrumentos o medios para preservar la vida de uno, pero no la de todos.

¿Qué hacer en tales situaciones? ¿A quién beneficiar, si resulta imposible —este es el supuesto determinante— salvar a todos? He aquí una de las más graves hipótesis de conflicto que pudieran suscitarse en el terreno de la bioética, con repercusiones de gran entidad para la práctica médica en centros de atención públicos o privados, y desde luego para las decisiones y responsabilidades de quienes ejercen funciones de autoridad en el ramo de la salud. Dejo pendiente, por lo pronto, las objeciones de conciencia que pudieran elevarse en estas circunstancias. Están en juego, pues, el sen-

tido y el alcance del derecho a la protección de la vida y de los deberes que son contrapartida de aquél.

En algún momento, la guía que despertó intensa polémica y fuerte rechazo sugirió preferir la preservación de la vida de quien contaba con mejores posibilidades de conservarla por mayor tiempo, es decir, destinar al enfermo joven los recursos técnicos disponibles, excluyendo —por insuficiencia de recursos— al enfermo mayor de edad. En tal virtud, se salvaría a los niños, a los adolescentes, a los jóvenes y se postergaría a los ancianos.

En materia penal esta cuestión provoca reflexiones especiales, que se han presentado desde hace tiempo. Ahora sólo me referiré a una parte sobresaliente de ellas, invocadas por quienes analizaron el problema al que estoy aludiendo. Mencionaré la excluyente de incriminación caracterizada como estado de necesidad, que se presenta en una doble circunstancia: cuando la colisión ocurre entre bienes de la misma jerarquía —que es el caso que ahora nos ocupa: colisión entre vidas humanas— y cuando se plantea entre bienes de diferente rango. Entre los penalistas domina el parecer igualitario y garantista, que a su vez tiene sólido cimiento ético. Al ocuparme de esta materia he citado a Claus Roxin cuando afirma la estricta igualdad de todas las vidas, merecedoras de plena protección: “no se puede sacrificar al débil mental por el premio Nobel, ni al anciano achacoso para mantener la vida del joven vigoroso, ni al criminal antisocial para conservar una vida valiosa”.

Si nos colocamos en el mirador de los derechos humanos, habrá que invocar el carácter universal de todos los derechos —ningún titular es “mejor titular” o “titular preferente” cuando se trata de los mismos bienes tutelados— y de los correspondientes deberes del Estado, obligado a respetar y garantizar los derechos de todas las personas sujetas a su jurisdicción. Esta universalidad impone las soluciones pertinentes al problema planteado. No se modifica la universalidad de las obligaciones del Estado, que aquí lo son de medios, no de resultados.

La infracción de los derechos humanos, tratése del plano nacional, tratése del internacional, genera responsabilidad del Estado, además de la que corresponda al individuo que, actuando en ejercicio de una función pública, incurre en la acción o en la omisión violatorias. Habrá que estar atentos a la comisión de violaciones con motivo —y bajo el pretexto— de la lucha contra la pandemia. Las implicaciones pueden ser políticas, administrativas, penales o civiles, con diversas características y manifestaciones. Por lo que hace a las internacionales, recuérdese que la responsabilidad opera con independencia de la intención del agente. Se indagará la omisión

en la adopción de medidas que pudieron aplicarse y en la provisión de elementos que debieron reunirse para enfrentar los problemas que generaron el quebranto de los derechos de la persona.

Estoy hablando de tensión y colisión entre intereses legítimos y derechos a salvo. Bajo el mismo rubro corresponde aludir a la opción más grave que se plantea bajo la pandemia. Es claro que en determinada etapa, la primera en el asedio de la enfermedad, todas las acciones se hallan dominadas por la atención estricta, rigurosa, a la salud individual y a la salud pública. Es la hora de las enérgicas restricciones al empleo, el trabajo, la educación, la comunicación, la recreación y otras actividades legítimas, cuyo libre desempeño se pliega a las exigencias sanitarias.

Esas restricciones no pueden permanecer indefinidamente, en forma total e inflexible. Llega el momento, determinado por necesidades perentorias, de la “apertura” gradual o total. He aquí una opción que genera consecuencias calculadas o calculables y en todo caso relevantes. Aparece la tensión entre las exigencias de la salud, que militan por las restricciones, y los apremios de la economía, que lo hacen por las liberaciones.

Algunos estadistas plantearon abiertamente el dilema entre la salud y la economía, como lo hizo tempranamente el presidente de los Estados Unidos y también se ha hecho en otros medios, inclusive México. Dijo aquél: si mitigamos las medidas preventivas y abrimos la economía habrá consecuencias fatales para la salud y la vida de cierto número de personas; si no lo hacemos, también las habrá para un número mayor de ciudadanos; en consecuencia, optemos por el mal menor y emprendamos el retorno —gradual o apresurado— a las actividades económicas de las que dependen la generación, el suministro y el aprovechamiento de bienes y servicios necesarios para la vida de la sociedad.

He aquí un grave dilema que debe ser atendido con gran ponderación. Las consecuencias de la elección pueden ser incalculables e incluso devastadoras. No es lo mismo tener diez mil o veinte mil decesos que llegar a ochenta o noventa mil —o muchos más— por obra de una apertura precipitada y desordenada, que se agrava por la indisciplina social. Y tampoco lo es condenar a grandes sectores de la población a la caída en situaciones de pobreza y desvalimiento como efecto del cierre de empresas, la pérdida de empleo y la declinación de salarios. Nuevamente surge la apreciación jurídica sobre las medidas que adopta el poder público, de la que derivan responsabilidades a cargo del Estado y a las que no escapan los individuos que disponen acciones u omisiones de las que resulta el quebranto de los derechos y el menoscabo de los bienes.

Desde luego, las tensiones y las soluciones difieren en los Estados que cuentan con recursos abundantes para enfrentar los problemas y en los que apenas disponen de medios para la subsistencia de sus poblaciones. Sin embargo, el quebranto ha sido generalizado —aunque no idéntico—, como observamos en el cotejo entre los efectos de la pandemia y de las acciones públicas en sociedades bien provistas y en sociedades desvalidas.

Es estas condiciones se necesita, es obvio, un alto grado de conocimiento y comunicación entre las autoridades que tienen a su cargo las grandes decisiones y los destinatarios de éstas: toda la sociedad. De nuevo vienen al caso la responsabilidad del Estado previsor y proveedor, y la responsabilidad de los titulares y ejecutores que operan en los órganos de decisión. La mera existencia de una situación excepcional no absuelve de explicar y justificar el comportamiento del poder público —y de quienes lo ejercen— a la luz de la racionalidad de las medidas y el alcance de los resultados.

También vale la pena interrogarnos sobre la suficiencia o la deficiencia de nuestro orden jurídico para sustentar decisiones de tan dilatado alcance. Y si ese orden es inadecuado o insuficiente, conviene preguntarnos por la posibilidad de proveer a su revisión inmediata en las presentes circunstancias, que no favorecen una deliberación pausada, ordenada, reflexiva. Hemos observado cambios precipitados de los que derivan consecuencias desfavorables.

* * *

Agreguemos a estas consideraciones una preocupación adicional: la que promueve la eventual —o no tanto— emergencia de fuertes tentaciones autoritarias, que acechan. Éstas implicarían ir más lejos de lo necesario o incurrir en medidas injustificadas. Esto nos pone en la víspera de la denominada “dictadura constitucional”, a cuya presencia en el panorama latinoamericano ha dedicado un estudio relevante el profesor Diego Valadés. De esta eventualidad me ocuparé brevemente en los siguientes párrafos.

Tanto el artículo 29 de la Constitución mexicana como diversos textos normativos internacionales —así, el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que influyó en la revisión de aquel precepto doméstico, realizada en 2011— se refieren a situaciones de emergencia que ponen en peligro la vida del Estado y la sociedad. Los supuestos son diversos y no me propongo analizarlos detalladamente, pero desde luego incluyen la presencia de riesgos y daños de gran magnitud para la salud pública, con distintas caracterizaciones, que pudieran sobrepasar la posibilidad

de enfrentarlos por las vías ordinarias. Los problemas excepcionales demandan soluciones del mismo alcance.

Este asunto ha sido materia para el debate y la formulación de propuestas en distintas ocasiones. Entre éstas mencionaré los terremotos de septiembre de 1985 y la pandemia del COVID 19. En aquel caso se desechó la aplicación del artículo 29 constitucional; en el segundo y actual se ha desvanecido la inicial sugerencia de suspender el ejercicio de los derechos y adoptar las medidas excepcionales que figuran en ese mandamiento supremo.

Enhorabuena, en mi concepto, que no se haya recurrido a la suspensión formal del ejercicio de ciertos derechos, aunque de facto éstos se han visto menoscabados o erosionados en los términos a los que me he referido *supra*. Los riesgos que entrañaría una suspensión formal serían desmesurados. Habría que tomar en cuenta, a la hora de reflexionar y decidir sobre este punto, las condiciones de nuestra realidad, que “sí existe” más allá de los gabinetes académicos y las tribunas parlamentarias. La eventual suspensión operaría en circunstancias sumamente adversas: fragilidad democrática, inmadurez institucional, incultura de derechos humanos, disputas crecientes en el seno de una sociedad dividida.

* * *

Concluyo estas reflexiones con la alusión a un tema que he abordado en diversas ocasiones, tanto en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM como en el marco de otros foros: la inseguridad pública, uno de los problemas dominantes en los últimos años. Perdió alguna visibilidad bajo las olas de la pandemia, pero pronto se “recuperó” y volvió al centro de la atención, donde comparte el escenario con el COVID-19. Ambos se hallan en el eje de la crisis que hemos padecido y seguiremos resintiendo en el futuro cercano, asociados con el derrumbe económico. Severa “trinidad” que agobia la espalda de la nación y desafía las fuerzas del Estado.

Nos hallábamos en un momento ascendente de la pandemia, y también de la rampante inseguridad —asociada en el discurso oficial a la impunidad y la corrupción; agreguemos la incompetencia—, cuando el Ejecutivo de la Unión resolvió poner el acento en la actuación de las Fuerzas Armadas para enfrentar la criminalidad. Esta orientación política no es cosa de los últimos meses. Llega de lejos.

No examinaré ahora todo el itinerario seguido por la corriente militarizadora de la seguridad pública, pero traigo a colación las reformas constitucionales de 2019 que crearon el cuerpo militar —con cierto aire civil— de-

nominado Guardia Nacional y facultaron al Ejecutivo para mantener a las Fuerzas Armadas en tareas de seguridad pública durante cinco años. Esto así, no obstante los sonoros cuestionamientos elevados frente a la propuesta de reforma constitucional, sustentada en el instrumento de (futuro) gobierno publicado el 14 de noviembre de 2018 bajo la denominación de “Plan Nacional de Seguridad y Paz, 2018-2024”.

En tiempos de pandemia, la disposición constitucional sirvió de fundamento para la emisión de un acuerdo del Ejecutivo que vio la luz el 11 de mayo de 2020 y que promovió intensos cuestionamientos, pronto agotados, en diversos medios académicos. Los autores de la reforma constitucional de 2019 y del acuerdo de 2020 se remitieron a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que alude a la posible inclusión de las Fuerzas Armadas en tareas de seguridad pública, cuando prevalezcan graves condiciones de inseguridad —verdadera emergencia— incontrolables por las instancias civiles naturalmente llamadas a proveer seguridad. Las sentencias invocadas —pero mal leídas— por aquellos emisores de disposiciones excepcionales fueron las dictadas por la Corte Interamericana en los casos *Cabrera García y Montiel Flores*, del 29 de noviembre de 2010, y *Alvarado Espinosa y otros*, del 28 de noviembre de 2018.

En otras publicaciones me he ocupado en analizar los textos constitucionales, el acuerdo del Ejecutivo y las decisiones del Tribunal de San José. Sólo recordaré ahora que este órgano judicial supranacional se refirió en su sentencia sobre el caso *Alvarado Espinosa* al severo riesgo que la actuación militar entraña para la observancia de los derechos humanos, a la situación de vulnerabilidad que aquélla genera, a los objetivos, características y preparación diferenciadas entre las fuerzas policíacas civiles y las militares, y a la necesaria asignación a la policía civil de las tareas de control que requieren el orden público y la seguridad ciudadana.

La Corte Interamericana acogió la posibilidad de intervención militar en este ámbito sólo en condiciones excepcionales y bajo ciertas reglas claramente manifestadas: que sea extraordinaria, que esté subordinada y tenga carácter complementario de la función civil, que no incluya actuaciones propias de la procuración de justicia y la policía judicial, que se halle regulada a través de mecanismos, protocolos, principios y capacitación apropiados para las tareas policiales, y que se someta a fiscalización por órganos civiles independientes, competentes y técnicamente capaces, y no por las propias dependencias sujetas a control. Es claro que el acuerdo administrativo del 11 de mayo de 2020, dictado en el tiempo de la pandemia, no satisface estas condiciones.

PARTE 1

LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN MOMENTOS DE EXCEPCIÓN