

ESTADO DE DERECHO, DEMOCRACIA Y PANDEMIA

Javier HURTADO*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Derecho*. III. *Estado y derecho*. IV. *Estado constitucional de derecho*. V. *Derecho y racionalización*. VI. *Estado de derecho y democracia*. VII. *Desafíos actuales del Estado de derecho*. VIII. *La pandemia y las afectaciones al Estado de derecho y de derechos. Las interrogantes del doctor Sergio García Ramírez y un bosquejo de respuesta*. IX. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Antes de iniciar, deseo dejar constancia del honor que significa participar en este muy merecido homenaje al doctor Sergio García Ramírez, en reconocimiento a sus fecundas aportaciones como jurista, servidor público, investigador y maestro emérito de la UNAM y otras instituciones. El presente trabajo se inscribe en el tema de Estado de derecho y democracia de esta magna obra colectiva. Durante los cinco años que he tenido el privilegio de tratarlo, he encontrado en él sapiencia, inteligencia, sencillez y un gran sentido del humor. El presente artículo recupera algunas de las aportaciones que sobre los dos primeros temas ha publicado en su prolífica obra; y en la última parte, trata de dar respuesta a las muy profundas y pertinentes interrogantes que él mismo planteara en la conferencia que con el título de “Estado de derecho, derechos humanos y pandemia”, lo invité a impartir en El Colegio de Jalisco A. C. el 29 de enero de 2021. Hombres como él mucha falta le hacen a México. Felicidades a los impulsores de esta obra en su homenaje.

* Profesor e investigador de El Colegio de Jalisco; miembro del Sistema Nacional de Investigadores.

II. DERECHO

Pareciera una discusión bizantina argumentar en torno a qué fue primero: el Estado o el derecho. Todo depende de qué entendamos por ambos términos. Si por lo primero se entiende la separación del cuadro administrativo con el medio de administración, el monopolio para la creación de normas y de la coacción para hacerlas cumplir,¹ entonces estamos hablando de un Estado moderno o un “Estado legislativo de derecho”, como lo llama Luigi Ferrajoli,² derivado de la máxima hobbesiana: *Auctoritas non veritas facit legem* (la autoridad, no la verdad, hace la ley). El surgimiento del derecho, propiamente dicho, tiene que ver con la creación de un órgano que, en el ámbito de su competencia, monopoliza la producción o generación de reglas o normas de conducta vinculantes y obligatorias.

En cambio, el “derecho premoderno”, según Ferrajoli, corresponde a formas tradicionales o preestatales de dominación política³ en las que el derecho tenía múltiples fuentes derivadas de la tradición, la costumbre, preceptos religiosos y una jurisprudencia realizada por sacerdotes, “doctores de la ley” o Sulemas. Esto correspondería a la fórmula *Veritas non auctoritas facit legem* (la verdad, no la autoridad hace la ley). Max Weber, lo observa así:

El desenvolvimiento general del derecho y del procedimiento, estructurado en “etapas teóricas” de desarrollo, conduce de la revelación carismática a través de profetas jurídicos, a la creación y aplicación empírica del derecho por notables (creación cautelar de acuerdo con los precedentes); después al “otorgamiento” del derecho por el *imperium* profano y los poderes teocráticos y, por último, al “derecho sistemáticamente estatuido” y a la “aplicación” del mismo por juristas especializados, sobre la base de una educación letrada de tipo lógico-formal.⁴

¹ Son las características que Max Weber señala como propias del Estado moderno. Véase Weber, Max, *La política como vocación*, México, Folios Ediciones, 1982, pp. 308-364.

² Véase Ferrajoli, Luigi, “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en Carbonell, Miguel et al. (coords.), *Estado de derecho: concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México, Siglo XXI Editores, 2002, pp. 187-204.

³ Concepto utilizado por García Cotarelo para referirse a los imperios antiguos, la polis griega, La República romana y las monarquías helenísticas, el imperio romano y el feudalismo. García Cotarelo, Ramón (comp.), “Las formas preestatales de dominación política”, *Introducción a la Teoría del Estado*, Barcelona, Teide, 1981, pp.17-46.

⁴ Weber, Max, *Economía y sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1964, pp. 649 y 650.

III. ESTADO Y DERECHO

El surgimiento del “Estado legislativo de derecho” trae como consecuencia “un cambio de paradigma, que atañe a la forma, más que al contenido de la experiencia jurídica [...] lo que cambia es el tipo de legitimación, ya no es la autoridad de los doctores, sino la autoridad de la fuente de producción; no la verdad, sino la legalidad”.⁵ La evolución del derecho en esta etapa —como lo reconoce Ferrajoli—, si bien significó un avance importante con relación a una producción jurídica derivada de diferentes fuentes institucionales (Iglesia, municipios, corporaciones), también eran normas legitimadas sólo por el hecho de ser producidas por una autoridad central, pero que carecía de fundamento “constitucional”. Es decir, no atendía los derechos de los gobernados, y la autoridad emisora no estaba sujeta a controles institucionales ni sociales. Este sería el paso al Estado constitucional de derecho, en el que la ley se aplica no sólo porque sea emitida por una autoridad reconocida, sino que ésta sólo será válida porque esté acorde con una Constitución que contenga los dos principios a que hace referencia el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano: que la garantía de sus derechos esté asegurada y que exista una separación de poderes que contribuya a hacerlos efectivos.

Este nuevo paradigma viene a resolver también el debate de si el derecho es anterior al Estado o el Estado anterior al derecho, puesto que se reconoce que “es solamente en el Estado donde un Derecho puede producirse [...] Fuera del Estado no hay Derecho, porque el Derecho es una institución eminentemente política, es decir, eminentemente propia del Estado”.⁶ Esto es, en lo que implica la existencia de órganos especializados para producir la ley, aplicarla y sancionar sus violaciones, tanto por gobernados como por gobernantes.

No obstante, es importante tener presente que regulación jurídica en las sociedades existió antes de que surgiera el Estado. Estas etapas de evolución del derecho, de alguna manera se encuentran en la evolución de la historia universal, tanto en el derecho romano, como en las leyes de los pueblos árabes o sociedades musulmanas. Era un derecho casuístico y subjetivo: en la vieja Roma, los pontífices conjugaban ser intérpretes de la religión y de un derecho consuetudinario que ellos mismos aplicaban; en tanto que, en

⁵ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, p. 191.

⁶ Borja, Rodrigo, *Derecho político y constitucional*, México, Fondo de Cultura Económica, 1992, p. 297.

la sociedad musulmana, los Sulemas aplicaban la Sharía (ley de la religión islámica) también inspirados en el Corán.

De acuerdo con la conceptualización de Weber, se trata de un derecho de tipo material. En cambio, el derecho formal —producto de la evolución que va teniendo el derecho romano en las sociedades occidentales, concretamente en las del Mediterráneo y en toda la Europa occidental— es un derecho codificado, secularizado y con deseables grados variables de generalización, abstracción y sistematización, reduciendo en la mayor medida de lo posible referencias a cuestiones éticas, religiosas o ideológicas, sin que ello implique el arribo a una situación de total observancia de preceptos lógicos abstractos y sistemáticos.⁷

Conviene tener presente que, en lo que respecta al Estado —como asegura Elías Díaz—, “no todo Estado es Estado de derecho”, y que en su evolución como órgano de poder político iría del Estado liberal al Estado social y al Estado democrático.⁸

En lo que concierne al Estado de derecho, propiamente dicho, Eric Millard señala:

Kaarlo Tuori propuso una clasificación operativa que identifica al menos tres modelos del Estado de derecho en la historia de las ideas constitucionales: El llamado modelo liberal, el modelo material y el modelo formal. Cabe señalar también que se trata de tres modelos sucesivos sólo en el pensamiento alemán, la cuna de *Rechtsstaat* desde el siglo XIX.⁹

Como se puede observar, la ordenación evolutiva de ambos autores es similar, aunque el último pone el énfasis en las transformaciones que el derecho tiene en el aparato estatal. Conviene precisar que esta última clasificación es más coincidente con los tipos de racionalidad y de derecho que Weber identifica en la evolución de las sociedades, como más adelante se mostrará.

Estas etapas, Millard las describe así:

⁷ Hurtado, Javier, “Sociología del derecho de Max Weber: desafíos y paradojas que le plantea al mundo contemporáneo”, en *id.* (coord.), *Actualidad del pensamiento de Max Weber a cien años de su fallecimiento*, México, Tirant lo Blanch, 2021, p. 90.

⁸ Para una exposición más detallada a este respecto, véase Díaz, Elías, *Estado de derecho y democracia*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, p. 117.

⁹ Véase Millard, Eric, *L'État de droit, idéologie contemporaine de la démocratie*, Université de Perpignan, 2004, pp. 112-140.

En el llamado modelo liberal, las reglas de derecho deben ser generales y abstractas (de ahí el culto a la Ley) y racionales (en la continuidad de las filosofías de Ilustración y Kant). Esta idea de racionalidad define un criterio no material sino formal, ya que es el procedimiento legislativo el que se supone que lo garantiza (la aprobación parlamentaria de la ley) [...] El modelo material corresponde al constitucionalismo alemán de mediados del siglo XIX (antes de Bismark), que acuñó el término *Rechtsstaat* (que se debe a Robert Von Mohl)¹⁰

[...]

el Estado de derecho se ha convertido en un modelo material: corresponde a una reivindicación (que el Estado respeta este derecho superior), no a una técnica que indicaría una limitación legal [...] El modelo formal corresponde al positivismo jurídico (finales del siglo XIX). El estado es una persona jurídica y la ley un conjunto de normas que realizan el orden prescrito por la Constitución [...] El imperio de la ley es aquél en el que los órganos del Estado deben respetar las normas jurídicas que los órganos superiores del Estado deben respetar y han promulgado.¹¹

El concepto de *Rechtsstaat* (Estado de ley o legal) surge en oposición al de *Machtstaat* (Estado de fuerza), “pero con una clara tendencia a considerarlo como el ‘Estado de la razón’, capaz de asegurar la libertad de los ciudadanos y la primordial limitación de cualquier organización del poder público”.¹² No obstante, hacía falta el sustrato axiológico (o por decirlo también deontológico) de ese Estado, para ligarlo con los derechos y valores de la dignidad de las personas, el sometimiento de todos los órganos del poder del Estado y de las leyes a la Constitución, asegurando la tutela jurídica de esos derechos (Estado constitucional de derecho) y de los derechos políticos que en las sociedades contemporáneas deben tener los ciudadanos (Estado constitucional y democrático de derecho).

Con lo que respecta a las transformaciones que, en el paradigma del derecho, produjo el nacimiento del Estado moderno, Ferrajoli identifica cuatro: 1. La afirmación del principio de legalidad como fuente generadora del derecho positivo, y la subordinación de esa legalidad a constituciones rígidas; 2. El Estado constitucional de derecho impone prohibiciones y obligaciones de contenido, “correlativas unas a los derechos de libertad y las

¹⁰ Véase Mohl, Robert von, *Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates: Band III*, Adamant Media Corporation, 2000.

¹¹ Véase Millard, Eric, *op. cit.*, p. 118.

¹² Véase Vignolo Cueva, Orlando, “La cláusula del Estado de derecho, el principio de legalidad y la administración pública. Postulados básicos y transformaciones”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 131.

otras a los derechos sociales”; 3. “Se altera el derecho de jurisdicción, que es aplicar la ley solo si es constitucionalmente válida”; y 4. La subordinación de la norma a la Constitución implica también a la democracia “para la que represente un límite, a la vez que la complementa. Un límite porque a los derechos constitucionalmente establecidos corresponden prohibiciones y obligaciones impuestas a los poderes de la mayoría, que de otra forma serían absolutos”.¹³

IV. ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

Esta evolución del Estado de derecho, y la diferencia entre Estado de derecho legal (*Rechtsstaat*) y Estado de derecho constitucional, Humberto Nogueira Alcalá lo refiere así:

La desubstancialización del Estado de Derecho realizada por el positivismo jurídico de fines del siglo XIX y a principios del siglo XX llevaron a homologar Estado de Derecho con existencia de un ordenamiento jurídico, que ofreciera seguridad jurídica, con independencia de los aspectos sustantivos que determinaban el tipo de régimen o sistema político y el aseguramiento de los derechos esenciales para todos.¹⁴

Rodrigo Uprimny lo expresa así, recordando también a Nogueira:

En forma sintética, y según la exitosa formulación del jurista alemán Herbert Kruger, mientras que en el Estado de derecho legislativo (concepto en el que coincide con Ferrajoli), los derechos fundamentales sólo tienen validez en el marco de la ley, en el Estado constitucional de derecho, en cambio, la ley sólo vale en el ámbito de los derechos fundamentales (citado por Nogueira Alcalá, 2005: 15). [...] debe existir alguna forma de control judicial de constitucionalidad, a fin de que una autoridad judicial independiente pueda controlar que la ley no viole esos derechos fundamentales.

La diferencia entre esos dos tipos de Estado, con relación al derecho, estriba que el primero consiste básicamente en la secularización, racionalización y concentración del monopolio de su producción; en tanto que el segundo, además de lo anterior, concede especial importancia a los derechos fundamentales; la autoridad emisora debe tener un origen legítimo y

¹³ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, pp. 192 y 193.

¹⁴ Nogueira Alcalá, Humberto, “Estado de derecho democrático y buen gobierno”, *Revista de Derecho, Criminología y Ciencias Penales*, núm. 2, 2008, p. 26.

popular; las normas sólo serán válidas si están acordes a una Constitución que reconoce esos derechos; y la importancia creciente de los tratados y organismos internacionales. Es decir, no sólo es un Estado de derecho, sino de derechos (humanos). Sergio García Ramírez lo precisa así:

El Estado de derecho no es simplemente una situación de orden, de control y de contención de los individuos y de las sociedades. El Estado de derecho es algo más profundo y ambicioso en su alcance, El Estado de derecho es un Estado de justicia, un Estado de derechos de los individuos, donde prevalecen los derechos de los particulares, de los individuos, de los ciudadanos y de los deberes imperiosos y resueltos por el gran obligado que es el poder público.¹⁵

El tránsito del Estado premoderno de derecho al Estado legislativo de derecho, y de éste al Estado constitucional de derecho, desde el punto de vista de la soberanía sería el paso de considerar que ésta reside en el Estado, a considerar que dimana del pueblo (con las limitaciones de la época y de la democracia en ese tiempo); y de ahí a que se localiza en la nación y en la Constitución, ordenamiento al que todos están sometidos.

En esta apretada síntesis de la evolución del Estado de derecho, no puede soslayarse indicar que la idea de los constituyentes soberanos y de Constituciones ilimitadas —propia del Estado legislativo de derecho—, en la actualidad ha experimentado un severo cuestionamiento por los controles de convencionalidad derivados de la creciente importancia de los tratados internacionales —especialmente los relativos a los derechos humanos—,¹⁶ el *ius cogens* (normas imperativas de derecho internacional) que hacen valer cortes y tribunales regionales, a los que se han adherido los Estados nacionales contemporáneos;¹⁷ situación ésta que plantea un nuevo desafío al Estado constitucional de derecho.

¹⁵ Transcripción de la conferencia en línea: “Estado de derecho, derechos humanos y pandemia”, del 29 de enero de 2021, organizada por El Colegio de Jalisco.

¹⁶ “Será el término de la Segunda Guerra Mundial y la tragedia humana que ella generó, la que lleva un replanteamiento del Estado de derecho formal por un Estado de derecho substancial o material que reconoce su fundamento en los derechos esenciales de la persona y que somete al legislador a la supremacía del orden constitucional y al imperativo del orden jurídico positivo de respetar los derechos esenciales, surgiendo el derecho internacional de los derechos humanos, al que están sometidos y son sus principales obligados los Estados y sus órganos constituidos”. Nogueira Alcalá, *op. cit.*, p. 26.

¹⁷ “Dicha perspectiva lleva, asimismo, en la segunda mitad del siglo XX, a la estructuración de un sistema político y jurídico mundial y regional de protección de tales derechos ante la actuación arbitraria o el abuso de poder de los Estados o sus agentes, a través del sistema de Naciones Unidas (Comité de Derechos Humanos, Relatores, Consejo de Seguridad y Asamblea General); en el contexto europeo (el desarrollo y consolidación de la Corte Euro-

Nogueira Alcalá enuncia esta nueva realidad de la siguiente manera:

El derecho constitucional se adapta a la nueva realidad que deja de ser el “yo” del Estado nacional moderno, para asumir la dimensión de un “nosotros” de los procesos de integración, como parte de la realidad que emerge a fines del siglo XX y comienzos del siglo XXI, como asimismo, de la construcción de la conciencia postnacionalista e integracionista que permita rescatar las dimensiones culturales y sociales subregionales y regionales frente a los procesos uniformadores de la globalización.¹⁸

V. DERECHO Y RACIONALIZACIÓN

Por otro lado, el surgimiento de un derecho centralizado, abstracto en su formulación, independiente de criterios ético-religiosos, y de aplicación generalizada en los ámbitos en que ejerce su jurisdicción, tuvo un papel determinante en el mundo occidental y sus procesos de racionalización. Al respecto, conviene recordar de manera muy breve algunas características esenciales del derecho, propio de los Estados modernos: en primer lugar, su universalidad y/o su abstracción; es decir, se trata de normas universales, abstractas e impersonales que no son aplicadas para ninguna persona o grupo social en específico; en segundo término, esas normas deben estar ordenadas de manera sistemática; es decir, deben de tener una estructura lógica y coherente. Estas dos características principales del derecho (universalidad y sistematicidad) nos conectan con el concepto de racionalidad —específicamente con la formal e instrumental— en la obra de Max Weber.

Siguiendo estos criterios, existen tres ámbitos fundamentales en los que la racionalidad (formal-instrumental) se presenta en las sociedades modernas y contemporáneas: la ciencia, la economía y el derecho. Para la sistematización de procedimientos y planificación de la administración de la dominación con cuadro administrativo, la ciencia; para la homologación de los sujetos sociales en su productividad y rendimientos, la economía (junto con el taylorismo y el fordismo); y, para la universalización de pautas de conducta socialmente aceptadas y sanciones para quienes las infrinjan, el derecho. Así, todo queda homologado y todo es cuantificable, como bien lo ha explicado Luis F. Aguilar en el siguiente párrafo:

pea de Derechos Humanos) y en el ámbito americano (la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”. *Ibidem*, p. 26.

¹⁸ *Ibidem*, p. 50.

Esta homogeneización equivalente ha sido también lograda por la dominación política moderna mediante una juridificación universal, es decir, por haber reconducido y reducido a ‘unidades jurídicas’ equivalentes todos los miembros-actores que forman parte de la asociación estatal. Todos ellos son portadores de los mismos derechos subjetivos y son sujetos a la misma reglamentación en el ejercicio de sus derechos. La cuantificación-monetarización universal de la sociedad permite ‘el cálculo del capital’, el cálculo de la rentabilidad del capital invertido dentro de un mercado. La juridificación universal permite el cálculo de la dominación ‘social’. Es decir, el derecho tendrá un papel de primer orden en el aseguramiento de la dominación, especialmente la de tipo legal-racional, en la que la legitimidad y obediencia, más que ser a personas, es a un orden jurídico-institucional.¹⁹

Llegado a este punto, y para lo que enseguida se expondrá, conviene recordar que para Max Weber habrá dos tipos de derecho: el derecho formal y el derecho material, conceptualización un tanto deducida de sus conceptos sobre racionalidad. El primero es establecido de manera coherente, escrito con reglas impersonales y, en la medida de lo posible, prescindiendo de juicios de valor; de consideraciones de carácter ético, religioso y político. En cambio, el derecho material va a ser aquel que hace referencia a cuestiones de carácter particular, que tienen que ver con consideraciones de carácter religioso, ético, político, ideológico o incluso soteriológico, por lo regular no estatuido totalmente de manera escrita y basado mucho en la costumbre o en la tradición.

Importa destacar que, para el gran pensador alemán, el derecho material puede ser tanto racional como irracional; y que el derecho formal también puede ser racional e irracional.²⁰ Dado que lo deseable es que en

¹⁹ Aguilar, Luis F., *Política y racionalidad administrativa*, México, INAP, 1982, p. 44.

²⁰ “La creación del derecho y su aplicación pueden ser racionales o irracionales. Desde el punto de vista formal son lo segundo, cuando para la regulación de la creación de normas o de la actividad judicial se recurre a procedimientos no controlados racionalmente, como, por ejemplo, los oráculos y sus sucedáneos. Aquellas actividades son irracionales desde el punto de vista material, cuando la decisión de los diversos casos depende esencialmente de apreciaciones valorativas concretas de índole ética, sentimental o política y no de normas generales. La creación y la aplicación del derecho pueden también ser *racionales*, en sentido formal, o en sentido material. Todo derecho formal es, cuando menos, relativamente racional. Un derecho es ‘formal’ cuando lo jurídico material y lo jurídico procesal no tienen en cuenta más que características generales, ‘unívocas’, de los hechos. Este formalismo ofrece dos aspectos. Puede suceder, en primer lugar, que las características jurídicamente relevantes sean de orden sensible. La sujeción a estas características externas representa el caso extremo de formalismo jurídico [...] una interpretación lógica, para construir con ellas una serie de conceptos jurídicos claramente definidos, a fin de aplicarlos en forma de reglas rigurosamente abstractas. El

el mundo contemporáneo lo que prevalezca es el derecho formal-racional, éste sería, en todo caso, un ideal a alcanzar. El derecho, aunque sea formal, puede ser irracional, cuando sus generalizaciones sean unívocas, pero no con base a una lógica abstracta, sino a necesidades utilitarias de cualquier tipo de una época. Y sería racional, como una aspiración o deber ser que, si bien se basa en una generalización lógica y conceptos jurídicos abstractos, al momento de aplicarse y ser traducido en sentencias de los jueces, puede traer como consecuencia el casuismo, el gobierno de los jueces o la judicialización de la política.²¹

VI. ESTADO DE DERECHO Y DEMOCRACIA

La democracia difícilmente es realizable en un contexto de ausencia de instituciones, en este caso jurisdiccionales, que protejan y tutelen las libertades individuales, consustanciales a todo régimen democrático. De igual forma, resulta prácticamente imposible encontrar en la realidad sociedades que posean un sistema estable, institucionalizado, racionalizado y de normas de conducta universalmente aceptadas, y que al mismo tiempo no sea un Estado constitucional de derecho.

En una sociedad democrática, los individuos deberían tener igualdad de oportunidades para formular sus preferencias, manifestarlas públicamente, y para recibir por parte del gobierno igualdad de trato, con independencia del contenido u origen de tales preferencias. De acuerdo con Robert Dahl, para tener tales oportunidades se requieren instituciones que garanticen las siguientes libertades y derechos: libertad de asociación, libertad de expresión, libertad de voto, libertad para que los líderes políticos compitan en busca de apoyo, diversidad de fuentes de información, elegibilidad para el

rigor del formalismo de orden externo resulta atemperado por esta racionalidad formal, pues desaparece el aspecto unívoco de las características externas. Pero de este modo se agudiza la oposición frente a la racionalización *material*. Pues la última significa, precisamente, que en la decisión de los problemas jurídicos deben influir ciertas normas cuya dignidad cualitativa es diversa de la que corresponde a las generalizaciones lógicas que se basan en una interpretación abstracta: imperativos éticos, reglas utilitarias y de conveniencia, o postulados políticos que rompen tanto con el formalismo de las características externas como con el de la abstracción lógica [...] Únicamente la abstracción interpretativa hace posible la tarea sistemática que consiste en ordenar y racionalizar, con ayuda de la lógica, las reglas jurídicas cuya validez se acepta, formando con ellas un sistema coherente de preceptos abstractos". Weber, *op. cit.*, pp. 510 y 511.

²¹ Para una argumentación más amplia a este respecto, véase Hurtado, *op. cit.*, pp. 85-101.

servicio público, elecciones libres e imparciales, y finalmente, lo que es más importante, instituciones que garanticen que la política del gobierno dependa de los votos y de más formas de expresar las preferencias.

Así pues, “el gobierno democrático se caracteriza fundamentalmente por su continua actitud para responder a las preferencias de sus ciudadanos sin establecer diferencias políticas entre ellos”.²² Lamentablemente existe la creencia de que la ampliación de la esfera de las libertades individuales sólo se da a costa de la reducción de la esfera de las instituciones gubernamentales y del Estado, cuando lo único que puede asegurarlas es precisamente el Estado. Por eso, Guillermo O’Donnell sostiene que el primer derecho humano que se debe garantizar es el “derecho al Estado”,²³ pues de éste dependen los demás.

De acuerdo con Elías Díaz, “El Estado de derecho es la institucionalización jurídica de la democracia”.²⁴ No siendo éste un espacio para discurrir largamente sobre la democracia, lo primero que puede señalarse es que efectivamente lo es. Sin embargo, habrá que señalar que, así como no todo Estado es un Estado de derecho, también no toda democracia es una democracia plena (si es que existiera) o una poliarquía. Empero, si de identificar algunos valores que le caracterizan y que deben estar planteados como principios en los textos constitucionales, éstos serían los de libertad, igualdad, así como seguridad jurídica y humana, para hacerlos efectivos. La característica de toda democracia moderna es ser representativa. De esto deriva la integración de la representación política, así como las facultades, atribuciones y competencias de autoridades y órdenes de gobierno; a su vez, la responsabilidad política, la rendición de cuentas; y lo que es más importante, “la creación de instituciones para limitar y controlar el poder político, *telos* de toda Constitución”, como lo señalara Karl Loewenstein.²⁵

En la actualidad, múltiples son los problemas y desafíos que enfrenta la democracia en los distintos países del mundo. Dada la mutua implicación que tiene el Estado de derecho y la democracia, puede decirse que el principal problema que le atañe a la democracia es la debilidad del Estado de derecho, pues con mucho, aquélla depende de la fortaleza de éste. A su vez,

²² Dahl, Robert, *La poliarquía. Participación y oposición*, Madrid, Tecnos, 1990, pp. 13-15.

²³ Conferencia “Estrategias y reformas político-institucionales para incrementar la capacidad de gobierno en democracia”, XIII Congreso del CLAD, Buenos Aires, 2008.

²⁴ Díaz, Elías, *Estado de derecho y democracia*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 2001, p. 203.

²⁵ Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1983, p. 151.

la calidad de una democracia en gran medida depende de la situación que presente el Estado de derecho en un país determinado.

Sin embargo, estas relaciones mutuamente determinantes no son exclusivamente positivas, ya que una democracia plebiscitaria o populista afecta al Estado de derecho, como también un Estado de derecho muy social afecta el carácter universal e impersonal que debe distinguir al derecho. Por su parte, la cada vez más creciente universalización del sufragio puede afectar también la calidad de la democracia. Rodrigo Uprimny visualiza así esta difícil relación:

Estas tensiones entre democracia y Estado de derecho son explicables pues son conceptos que se refieren a fenómenos distintos: la idea democrática aparece más asociada al origen del poder político, mientras que el Estado de derecho parece referirse más a su ejercicio legal y a sus límites [...] la democracia, en la medida en que se funda en la soberanía popular, aspira al gobierno ilimitado del pueblo, mientras que el Estado de derecho está asociado a la idea de gobierno dividido, limitado y reglado.²⁶

La democracia es un sistema de distribución del poder, y la Constitución —cúspide de la pirámide normativa en un Estado nacional— es un documento creado, además para reconocer derechos fundamentales, también para establecer límites o controles al poder. Sin duda, intentar superar estas tensiones es uno de los más grandes desafíos para el Estado de derecho y la constitucionalización de la democracia.

A su vez, la creciente importancia e influencia internacional de los derechos humanos ha provocado también el efecto no deseado del debilitamiento de la soberanía del Estado-nación y de la facultad de autodeterminación de los congresos constituyentes, los parlamentos o asambleas legislativas. En Europa, los poderes constituyentes han pasado a ser poderes constituidos, dada la importancia cada vez más creciente del derecho de la Unión y de la jurisprudencia y sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el territorio de sus 27 países miembros. Paradójicamente, la plena vigencia de los derechos humanos es determinante para la existencia de un verdadero Estado constitucional y democrático de derecho. Como lo señala Sergio García Ramírez: “Derechos humanos y democracia se reclaman y condicionan mutuamente; lo que ocurre en un extremo repercute en el otro”.²⁷

²⁶ Uprimny, Rodrigo, “Estado de derecho”, *Eunomía. Revista de Cultura de la Legalidad*, núm. 5, septiembre de 2013-febrero de 2014, pp. 168-176.

²⁷ García Ramírez, Sergio, “La ‘navegación americana’ de los derechos humanos: hacia un *ius commune*”, en Bogdandy, Amin von *et al.*, *Ius Constitutionale Commune en América Latina*.

Las constituciones democráticas constituyen un complejo andamiaje no sólo de libertades y derechos de los gobernados, sino que regulan además la forma de gobierno (presidencial, parlamentario o semipresidencial), su estructura y controles, como también los del sistema de organización política (federal o unitario) y sus competencias; las reglas electorales para la integración de la representación política, así como los mecanismos interórganos e intraórganos para el control del poder. Es decir, Estado de derecho y democracia, si bien constituyen una difícil combinación, vale la pena hacer todo lo necesario para que sea lo menos tensionante posible.

VII. DESAFÍOS ACTUALES DEL ESTADO DE DERECHO

Además de la ya de por sí compleja relación entre Estado de derecho y democracia, conviene enunciar brevemente cuales serían algunos de los principales desafíos del derecho y del Estado de derecho en nuestros días. Siendo característica propia de las sociedades contemporáneas la tendencia creciente a la juridificación de las relaciones e intercambios sociales, resulta pertinente inquirir sobre ¿cuál sería la paradoja de la formalización del derecho en el mundo contemporáneo?

En primer lugar, que su necesaria generalización, universalización y abstracción, traen como consecuencia inevitable el surgimiento del casuismo, para que aquel entramado tan general, tan universal y amplio de preceptos de justicia, normas, valores, principios y reglas, puedan aplicarse a un caso concreto.

Otro problema es el derivado de que el surgimiento del Estado social necesariamente va a ir en el sentido de crear códigos o leyes para determinados grupos o segmentos sociales, afectando el carácter universal y abstracto del derecho, y exigiendo una mayor especialización —no siempre lograda— de legisladores y jueces. Las constituciones cada vez están más cargadas de valores y principios, más que de reglas, lo que las hace difícilmente exigibles.

Por su parte, la aplicación y generalización de las normas obligan necesariamente a la interpretación de la ley por los impartidores de justicia, realizando un ejercicio de ponderación, o aplicando un test de proporcionalidad para un caso concreto cuando exista una colisión de derechos, una antinomia jurídica o constitucional. Ahí, inevitablemente habrá un sesgo de

Rasgos, potencialidades y desafíos, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, p. 460.

subjetividad que atenta contra el carácter formal y abstracto que debe tener el derecho racional.

Sin embargo, eso es inevitable: el juez no puede dejar de interpretar, ya que si así fuera, la justicia no se impartiría, sino que sólo se aplicaría y las leyes no serían leyes, sino preceptos específicos de conducta para cada persona, sin que ninguna pueda ser tan específica para prevenir cómo se va a comportar cada ser humano, pues entonces dejaría de ser derecho, por ya no ser abstracto y universal. Entonces, asumiendo la necesidad de la interpretación, ¿cómo debería ser ésta? Sólo apelando al profesionalismo de los intérpretes y aplicadores de la ley para que cada vez se vaya reduciendo más el margen de subjetividad, para que todo sea con referencia a ciertos preceptos estatuidos de manera argumentativa, dialógica y racional a través de un consenso entre expertos.

De acuerdo con Ferrajoli, el Estado legislativo y constitucional de derecho se encuentra actualmente en crisis por lo siguiente: existe una “regresión a un derecho jurisprudencial de corte premoderno” con una inflación legislativa “obra de legisladores todavía más desordenados que los jueces”. Otro problema es que cada vez más se localizan “fuera de los límites de los estados nacionales las fuentes normativas, tradicionalmente reservadas a su soberanía” cuestionando “el monopolio exclusivo del Estado para la producción jurídica” (rasgo distintivo del Estado legal y constitucional de derecho). A su vez, el proceso de integración económica mundial llamado “globalización” ha generado un derecho que se determina “antes que, en las formas públicas, generales y abstractas de la ley, en las privadas del contrato, signo incontrovertible de la economía sobre la política y del mercado sobre la esfera pública”. Así, para él, “la única alternativa al ocaso del Estado de derecho es la promoción de una integración jurídica e institucional, complemento de la integración económica y política hoy ya irreversible”.²⁸

Ha emergido

una nueva dogmática, con base a un sistema jurídico plural en el que se entrecruzan principios, normas y regulaciones de los órdenes supranacional, transnacional y estatal, fenómeno contemporáneo categorizado mediante distintas nociones como “acoplamiento”, “redes horizontales de colaboración”, “interconstitucionalidad”, “metaconstitucionalidad recíproca”, influjos y lecturas simultáneas, *multilevel constitutionalism*, “normativismo supranacional”, transconstitucionalismo.²⁹

²⁸ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, pp. 194-196.

²⁹ Morales Antoniazzi, Mariela, “El Estado abierto como objetivo del *Ius Constitutionale Commune*. Aproximación desde el impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humana-

Conceptos todos que denotan la nueva realidad de los Estados constitucionales de derecho en el mundo contemporáneo.

Otro asunto que, desde inicios de 2020, ha venido a afectar más recientemente el Estado de derecho y su formalismo, es la excepcionalidad. Es decir, los regímenes de excepción que en todo el mundo se están implantando para enfrentar la pandemia, y que desde principios de dicho año se están aplicando. Lo característico de la excepcionalidad aplicada hoy en día, es que muchas de las declaratorias de excepción o emergencia ni siquiera tienen fundamento constitucional. En América Latina, sólo en dos países las declaratorias de emergencia sanitaria tienen ese fundamento o están consideradas en la Constitución.

VIII. LA PANDEMIA Y LAS AFECTACIONES AL ESTADO DE DERECHO Y DE DERECHOS. LAS INTERROGANTES DEL DOCTOR SERGIO GARCÍA RAMÍREZ Y UN BOSQUEJO DE RESPUESTA

Ante la crisis mundial producida por la enfermedad COVID-19, causada por el virus SARS-CoV2,³⁰ naciones de distintas regiones han recurrido a múltiples medidas para contener los impactos de la pandemia en sus territorios, recurriendo a la declaratoria del “estado de excepción”, “estado de emergencia” o “estado de alarma”. Estas disposiciones son las que generan mayor debate y preocupación, por la afectación que hacen al Estado de derecho y a la democracia.³¹ Conviene destacar que la gravedad de los decretos de medidas excepcionales cobra mayor relevancia cuando la figura que se aplica sólo se menciona de manera ambigua en los textos constitucionales y sin leyes que las reglamenten.³² Además, el decreto emitido no contiene una

nos”, en Bogdandy, Amin von *et al.*, *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, p. 272.

³⁰ El 11 de marzo de 2020, el director general de la OMS consideró al COVID-19 “una pandemia”. Al 8 de marzo de 2022, de acuerdo con The Johns Hopkins Coronavirus Resource Center, el total de casos de contagio en el mundo asciende a 450,744,919 casos, y el número de muertes supera los 6,021,064 en 191 países.

³¹ Se ha señalado, particularmente, la restricción y/o suspensión de derechos y libertades fundamentales; el fortalecimiento de poderes discrecionales de los ejecutivos, en detrimento del legislativo; así como la suspensión de elecciones constitucionales y campañas electorales, de las sesiones de los congresos o parlamentos, y la paralización de tribunales u órganos encargados de la impartición de justicia.

³² En un estudio realizado por Hurtado y Aguilar, se consideran a 18 países iberoamericanos, de una lista de 22 naciones efectuada por la Secretaría General Iberoamericana, que prescinde de Andorra —por tratarse de un pequeño principado ubicado entre Francia y Es-

enumeración detallada del ejercicio de esos poderes extraordinarios; o bien, medidas de carácter legal y administrativo restringen o suspenden derechos humanos de facto, sin estar fundamentadas en un orden constitucional. Llegado a este punto es menester ligar una brillante reflexión del doctor Sergio García Ramírez en El Colegio de Jalisco, el 29 de enero de 2021, intitulada *Estado de derecho, derechos humanos y pandemia*:³³

La pandemia nos ha obligado a vernos en un espejo [...] que nos revela un paisaje sombrío y una crisis reveladora. La desigualdad social se proyecta sobre la pandemia o la pandemia sobre la desigualdad [...] Los tribunales y los órganos legislativos no están actuando en condiciones de normalidad. La pandemia nos ha revelado profundas carencias que no podemos resolver fácilmente y nos ha sugerido revisar las pautas de nuestro pacto social a la luz de lo que es justo y de lo que es injusto. Habrá que reflexionar sobre el papel de la comunidad nacional (sobre todo en los países federales) y la comunidad internacional en esta pandemia [...] Difícilmente saldremos bien librados si no se hace un inmenso esfuerzo internacional; en el cual, se logren ciertos equilibrios entre los poderosos y los desvalidos; entre los fuertes y los débiles, para superar los problemas que se nos han planteado.

La comunidad internacional, a través de la ONU, se ha planteado como objetivo tener vacunada al 70% de la población mundial para 2022. Sin embargo, asimetrías entre países para acceso a las vacunas hace que “la probabilidad de que los países desarrollados vacunen a sus ciudadanos es mucho más alta que en los países en desarrollo,³⁴ una situación que conlleva el riesgo de prolongar la pandemia y aumentar la desigualdad”.³⁵

paña—, y de Cuba, Nicaragua y Venezuela, por no considerarse plenamente democráticos. De los 18 tomados en cuenta (Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, España, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, Portugal, y Uruguay), sólo España posee una Ley reglamentaria de los estados de alarma, excepción y sitio (Ley Orgánica 4/1981). A continuación, la explicación sobre las medidas de excepción o emergencia, utilizadas en esos 18 países iberoamericanos, se hará con referencia a la obra: Hurtado, Javier y Aguilar, Gerardo, *Estados de excepción en Iberoamérica por el COVID-19: afectaciones al Estado de derecho y la democracia*, El Colegio de Jalisco, 2021.

³³ García Rodríguez, Sergio, Conferencia “Estado de derecho, derechos humanos y pandemia”, El Colegio de Jalisco, 2005, consultado el 13 de noviembre de 2021, disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=P84Ybcw4PZU>.

³⁴ Por ejemplo, hasta marzo de 2022, se menciona que: “solo el 7% de la población en países de ingresos bajos han recibido todas las dosis de vacuna Covid-19, en comparación con el 73% de las naciones de ingreso alto”. Acta Sanitaria, disponible en actasanitaria.com/2022.

³⁵ *Idem*.

Esta situación agrava la ya de por sí difícil situación que al Estado de derecho le plantea la época de la globalización, por la creciente importancia de los organismos y tribunales internacionales en su legislación y decisiones, pues ahora es la capacidad económica de sus gobiernos lo que determina el acceso a un bien que debería estar al alcance de toda la humanidad, al margen de la capacidad económica de los países para adquirirlo.

Por lo que hace al problema de salud pública provocado por esta epidemia mundial, en la conferencia magistral de referencia, García Ramírez expresó lo siguiente:

Hemos estado preocupados por nuestra salud individual; pero ésta no es la única salud: debemos atender también la salud del Estado de derecho, la salud de la república [...] Debemos preguntarnos también cómo anda la salud del Estado de derecho, de esa masa de derechos de los individuos y de obligaciones del Estado; y cómo anda la salud de la república: ese conjunto de instituciones al que llamamos república [...] No podríamos dejar las cosas como se encuentran y resolver el problema de la pandemia sin un rediseño del Estado.

En su disertación magistral del 1 de febrero del 2021, García Ramírez planteó casi una decena de interrogantes, todas sumamente pertinentes y de la mayor importancia para el futuro del Estado de derecho y de los derechos humanos en el mundo contemporáneo. A cada una de estas preguntas se intentará esbozar una breve respuesta, no sin antes aclarar que algunas de ellas bien pueden ser válidas para responder más de una.

1. *¿El ejercicio del poder es consecuente con la situación que nos aqueja; se lleva adelante en forma idónea, en forma proporcional al problema que enfrenta el poder público por el mal de la pandemia?*

El ejercicio del poder para enfrentar la pandemia en los diferentes Estados nacionales, ha ido de la omisión de políticas o estrategias eficaces y profesionales, al abuso de facultades extraordinarias —con frecuencia autoconcedidas— que han afectado derechos fundamentales de la población; y, de ahí, a la discrecionalidad y ausencia de rendición de cuentas por las decisiones tomadas. El ejercicio del poder en el contexto de la pandemia —lejos de ser idóneo o adecuado al Estado de derecho y la democracia— lo que ha provocado son afectaciones (como enseguida se verá), así como un incremento y acentuación de la desigualdad, toda vez que los sectores más vulnerables son los pobres, las mujeres (que ya de por sí lo eran, pero ahora muchas de ellas quedaron viudas) y los niños, que perdieron a uno de sus padres, a ambos y/o a sus abuelos.

2. *¿El acervo de medidas es congruente con la división de poderes; con el Estado de derecho, que no han sido abolidos. Estamos preservando esta estructura de la sociedad democrática a lo largo de la gestión frente a la pandemia, o estamos fallando?*

Las facultades extraordinarias de las que se han investido los gobiernos fueron declarados sin sustento constitucional, utilizando figuras o conceptos no acordes para enfrentar una pandemia. Si bien es cierto que la influenza española de principios del siglo XX, fue enfrentada con instrumentos gubernamentales que no derivaban, ni eran aplicados, por un Estado constitucional y de derecho (porque éste aún no existía), lo cuestionable es que con los avances que ha experimentado el Estado de derecho y la democracia a partir de la segunda mitad del siglo XX, los Estados nacionales no se hubieran preparado (excepción hecha de España) para introducir en sus Constituciones los estados de emergencia sanitaria, que no puede ser similar a la emergencia por fenómenos meteorológicos ni a la causada por desastres naturales. Si la emergencia conlleva la suspensión o restricción de derechos fundamentales, eso sólo puede hacerse si lo autoriza la Constitución.

En el estudio mencionado de Hurtado y Aguilar se evidencia la ausencia de controles entre poderes u órganos del Estado, tanto en su declaratoria, como para la vigilancia de su aplicación y prórroga. Sólo en El Salvador la declaratoria de excepcionalidad fue emitida por la Asamblea Legislativa, a solicitud del poder ejecutivo.

Por lo que toca a las 17 declaratorias emitidas con fundamento legal en los 18 países iberoamericanos, México es el único país en el que un organismo colegiado de la administración pública con base en su reglamento, el Consejo de Salubridad General (órgano dependiente del presidente de la República), emitió la *declaratoria de emergencia sanitaria por causa de fuerza mayor*; cuando lo predominante es que sea declarada ya sea por el Ministerio de Salud, o el presidente de la República, en los regímenes presidenciales.

3. *¿Las medidas adoptadas son congruentes con las atribuciones constitucionales de ciertos órganos del poder público; en el caso de México, de su Consejo de Salubridad General?*

El Consejo de Salubridad General data de la época virreinal, reimplantado en el imperio de Maximiliano como Consejo Central de Salubridad y establecido en 1868 como Consejo Superior de Salubridad. Ese organismo hoy es por completo extraño al México plural, diverso y formalmente federal de nuestros días. Lo más grave es que el ancestral organismo colegiado ni siquiera se reúne y ha sido anulado por un solo hombre que toma las decisiones contra la pandemia.

Si bien, la Ley General de Salud reconoce al Consejo de Salubridad General (CSG) y a los gobiernos de las entidades federativas como autoridades sanitarias, a estas dos instancias no se les toma en cuenta en el diseño de las políticas y estrategias para hacer frente al virus del SARS-CoV-2. Más aún, a pesar de la gran cantidad de víctimas de la pandemia en México,³⁶ en la Ley General de Salud no existe esta enfermedad transmisible, cuando sí aparece de manera profusa el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida.

No se convoca al CSG, porque seguramente el Gobierno federal no tendría el apoyo suficiente a sus estrategias, ya que además de los 11 altos funcionarios federales que lo integran, también forman parte de este organismo 17 representantes de universidades, de gobiernos de las entidades federativas, así como de la industria farmacéutica, y de colegios de profesionistas. Durante la pandemia no se le ha convocado con la regularidad reglamentaria requerida (al menos a dos sesiones semestrales por año).

4. *¿Las medidas adoptadas en el ejercicio del poder, bajo la presión de la pandemia, son consecuentes con los derechos humanos; sus libertades básicas? ¿No se han suspendido de facto derechos fundamentales?*

En la tabla 1, que se incluye en las siguientes páginas, se puede observar que en todos los países se afectaron uno o más derechos fundamentales, y que las medidas ejecutivas no derivaron de una disposición constitucional, fundamentándose en todo caso en disposiciones, si bien legales, derivadas de otros ordenamientos no aplicables; y, en otras ocasiones, afectando o suspendiendo derechos sin ningún fundamento constitucional.

Como se confirma en dicha tabla 1, en la mayoría de los casos existe una restricción hacia el derecho de locomoción, aunque también han quedado afectados otros derechos como la educación y de residencia. Lo peor es que en todos esos casos la aplicación de la restricción no tenía fundamento constitucional.

Quizá el caso más impactante, producido por la pandemia, sea el de los niños huérfanos, tras las pérdidas de padres como de abuelos. En el reciente informe de *The Lancet*, se puede observar a detalle esta problemática, a partir de un estudio en 21 países entre el periodo del 1 de marzo de 2020 hasta el 30 de abril de 2021, a partir de la orfandad directa y de los abuelos en custodia (véase tabla 2 en páginas subsecuentes).

³⁶ Según la consultora TRResearch, al 16 de noviembre de 2021, el total de decesos por la pandemia ascendía a 343,475, de los cuales 291,241 son los reconocidos por la Secretaría de Salud, y el resto son el exceso de muertes registrado por el Instituto Nacional de Estadística e Informática. De acuerdo al Johns Hopkins Coronavirus Resoucer Center, ese mismo día el número de muertes era de 291,204.

Tabla 1. Países que afectaron derechos y libertades a partir de medidas ejecutivas

<i>País</i>	<i>Medidas</i>	<i>Derechos afectados directamente e indirectamente</i>	<i>Fundamento</i>	<i>Característica de la suspensión de derechos</i>
Bolivia	Cuarentena en todo el territorio.	Derecho de locomoción y de residencia.	Legal	Ilegal e inconstitucional
Costa Rica	Restricciones al tránsito vehicular.	Derecho de locomoción.	Legal	Legal
El Salvador	Restricción de la circulación de personas en playas, balnearios y centros turísticos.	Derecho de locomoción.	Legal	Legal
Guatemala	Cierre de establecimientos públicos y privados, toques de queda y restricciones a la movilidad peatonal.	Derechos de locomoción, de residencia y al trabajo.	Legal	Legal e ilegal
Honduras	Suspensión de clases, toques de queda y cuarentena obligatoria.	Derechos de locomoción, de residencia y a la educación.	Legal	Ilegal e inconstitucional
México	Restricción de actividades consideradas como “no esenciales”.	Derecho al trabajo, derecho a la educación, el derecho de acceso a la cultura, el derecho a la libre práctica de una religión, el derecho al esparcimiento, el derecho de reunión.	Legal	Ilegal e inconstitucional
Panamá	Toques de queda y cuarentenas obligatorias.	Derecho de locomoción y de residencia.	Legal	Ilegal e inconstitucional

Paraguay	Restricción al tránsito de personas y de vehículos; así como cuarentenas obligatorias.	Derecho de locomoción y de residencia.	Legal	Legal e ilegal
República Dominicana	Toques de queda.	Derecho de locomoción y de residencia.	Legal	Ilegal e inconstitucional
Uruguay	Cierre de centros educativos públicos y privados.	Derecho a la educación.	Legal	Legal
Argentina	Aislamiento obligatorio.	Derecho de locomoción y de residencia.	Legal	Ilegal e inconstitucional
Portugal	Suspensión de actividades de formación presencial.	Derecho a la educación.	Legal	Legal

FUENTE: Hurtado, Javier y Aguilar, Gerardo, *Estados de excepción en Iberoamérica por el Covid-19: afectaciones al Estado de derecho y la democracia*, El Colegio de Jalisco, 2021, pp. 170, 227 y 228.

Como puede percibirse, en la tabla 2 de las páginas siguientes, los países latinoamericanos presentan números elevados de niños en situación de orfandad, sobresaliendo en particular los casos de México, Brasil y Perú. Este problema ha afectado severamente los derechos de las niñas y los niños, sin que ningún gobierno haya planteado una política pública para atenderlo.

5. *¿Estamos atendiendo en el ejercicio del poder al principio de legalidad, en una sociedad que quiere ser gobernada por la ley y no por los hombres; o se ha avanzado por los territorios de la arbitrariedad, del subjetivismo, de las decisiones personalistas?*

En el caso de México, es público que la desastrosa estrategia contra la pandemia depende de un solo hombre, apartándose de los preceptos legales que obligan a que las decisiones surgieran del organismo colegiado denominado Consejo de Salubridad General; no obstante las deficiencias que presenta en su integración, como ya se mencionó.

En los 18 países analizados en el estudio de referencia, destaca que sólo El Salvador, España y Honduras, cuentan con declaratorias de excepcionalidad constitucional ante crisis sanitarias por epidemias. Por tanto, puede decirse que el personalismo y el subjetivismo, así como el desapego al principio de legalidad ha sido el signo distintivo de las acciones gubernamentales para hacer frente a la pandemia.

Tabla 2. Pérdida de cuidadores primarios debido a muertes asociadas a Covid-19 o exceso de mortalidad en 21 países incluidos desde el 1 de marzo de 2020 hasta el 30 de abril de 2021

	Orfandad				Pérdidas de abuelos con custodia			Pérdida de los cuidadores principales*
	Maternal	Paternal	Doble	Total	Abuela	Abuelo	Ambos	
EUROPA								
Inglaterra y Gales	2357	6136	2	8495	172	218	1	8886
Francia	1068	2995	1	4064	121	185	1	4371
Alemania	369	1221	0	1590	108	133	1	1832
Italia	671	2529	1	3201	191	175	1	3568
Polonia	942	2217	0	3159	493	441	4	4097
Rusia	8194	14093	6	22293	3994	3409	28	29724
España	617	1691	1	2309	173	186	1	2669
AMÉRICA								
Argentina	2658	10341	4	13003	533	577	4	14117
Brasil	25608	87529	13	113150	8567	8577	69	130363
Colombia	5270	24576	5	29851	1413	2018	11	33293
México	33342	97951	32	131325	4429	5342	36	141132

Perú	19568	73119	15	92702	2501	3754	18	98975
Estados Unidos	29222	75645	17	104884	4172	4618	34	113708
ÁFRICA								
Kenia	738	3574	0	4312	62	126	0	4500
Malawi	371	1862	0	2333	41	93	0	2367
Nigeria	556	3297	0	3853	37	57	0	3947
Sudáfrica	26673	55733	16	82422	8305	3868	30	94625
Zimbabue	746	1921	0	2667	55	76	0	2798
ASIA								
India	25500	90751	12	116263	1132	1766	9	119170
Irán	8916	31503	7	40426	231	337	2	40996
Filipinas	2481	4019	2	6502	346	376	3	7227
TOTAL								
	195867	592703	134	788704	37076	36332	253	862365

* Los cuidadores primarios son los padres y los abuelos con custodia. Todas las estimaciones para estos países se basan en las muertes por Covid-19, debido a la falta de disponibilidad de datos para el exceso de muertes o, en el caso de Polonia, a que las muertes por Covid-19 son más altas que las muertes en exceso.

FUENTE: Hillis, Susan *et al.*, "Global Minimum Estimates of Children Affected by Covid-19 Associated Orphanhood and Deaths of Caregivers: a Modelling Study", *The Lancet*, vol. 398, núm. 10298, 2021, pp. 391-402.

6. *¿Los fines a los que sirven las medidas adoptadas tienen que ver con la situación que enfrentan esas medidas; o las hemos llevado hacia otros fines, hacia el alcance de otros objetivos. No será que estamos atendiendo a la concentración del poder con el pretexto de la lucha contra la pandemia?*

De esos 18 países analizados en el estudio de referencia, se encontró que sólo en Colombia, Ecuador, Panamá y República Dominicana, los funcionarios pueden ser sujetos de responsabilidad por las declaratorias de excepcionalidad que emitan, pero en ninguno existe responsabilidad por las declaratorias de emergencia sanitaria. Lo deseable sería que los funcionarios sean sujetos de responsabilidad penal y política por las decisiones adoptadas, y que los gobiernos también asuman responsabilidades por las consecuencias que las emergencias sanitarias generen en la vida económica y social de la población.

7. *¿Qué ha pasado con el federalismo; con nuestro sistema federal (a la mexicana o vernáculo)? Cuál ha sido el impacto de la pandemia sobre las estructuras federales; y cómo saldrá de esta situación ese federalismo a la mexicana. Cómo está operando las vertientes de la colaboración y de la subsidiariedad, que son guías del ejercicio federativo.*

En el caso de México, la Ley General de Salud, en vigor desde 1984, con mucho es una reproducción del Código Sanitario de 1926, tanto en su conceptualización como en su esquema de distribución competencial. La legislación en vigor no reconoce a los gobiernos municipales como autoridad sanitaria para aplicar acciones extraordinarias en materia de salubridad general, y los equipara con las autoridades de las comunidades indígenas, al establecer para ambos que sólo podrán participar en acciones de vigilancia y seguridad sanitaria si firman convenios con las autoridades sanitarias de los estados de los que formen parte. Las autoridades municipales sólo pueden emitir declaratorias de emergencia con base en la Ley de Protección Civil, pero no acciones extraordinarias en materia de salubridad general.

Dos errores o problemas principales presenta la gestión de la pandemia en nuestro país: 1. La ausencia explícita de sustento constitucional de las medidas adoptadas por todos los gobiernos, principalmente el federal; y 2. Enfrentar la pandemia con un grado de centralización mayor que algunos países unitarios, y con autoridades no electas popularmente. México es el único país de América Latina en el que un secretario de salud tiene la facultad de declarar una emergencia sanitaria (que después aprueba el presidente de la República). Somos también el único en el que la declaratoria de emergencia no se localiza en su Constitución, sino en el reglamento interior de un organismo de la administración pública federal (Consejo de Salubridad General), y del que no forma parte ningún funcionario de elec-

ción popular. No parece propio de un país federal enfrentar esta pandemia como se viene haciendo.

Con lo que respecta al programa de vacunación, la Ley General de Salud en su artículo 157 bis 14, a la letra dice: “La operación del Programa de Vacunación Universal en el ámbito local corresponde a los gobiernos de las entidades federativas”. Sin embargo, en el caso del Covid-19, la compra y distribución de las vacunas lo ha centralizado el gobierno federal, dejando a los gobiernos de las entidades federativas y municipios su aplicación.

Pese a lo anterior —o, más bien, gracias a lo anterior— habrá que reconocer que la pandemia produjo una revalorización del federalismo en México.

8. *¿Son maduras las instituciones para poder hacer frente a una suspensión de garantías?*

Uno de los aspectos menos estudiados en el derecho constitucional es precisamente el de los estados de excepción. Con frecuencia se confunde estado de emergencia sanitaria con estado de catástrofe, y éstos, con el estado de sitio y el estado de excepción. Con mucho, los yerros, ineficiencias y consecuencias desastrosas que ha tenido la lucha contra la pandemia derivan de lo anterior.

Puede asegurarse, sin temor a equivocarse, que en México ni la sociedad ni las instituciones del Estado están maduras para enfrentar la pandemia, sin que se afecten los derechos humanos y la democracia.

Por todo lo anterior, puede decirse que el mundo es ya otro a partir de la pandemia. El problema es que esta anomalía constitucional quiera convertirse en normalidad y que no se aproveche la experiencia tenida para introducir en los textos constitucionales las figuras adecuadas, así como las garantías y correctivos que impidan que con pretexto de una pandemia se fortalezca el gobierno de los hombres, no de las leyes; y se incremente las arbitrariedades y la discrecionalidad en el ejercicio del poder.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR, Luis F., *Política y racionalidad administrativa*, México, INAP, 1982.
BORJA, Rodrigo, *Derecho político y constitucional*, México, Fondo de Cultura Económica, 1992.
DAHL, Robert, *La poliarquía. Participación y oposición*, Madrid, Tecnos, 1990.
DÍAZ, Elías, *Estado de derecho y democracia*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 1966.

- FERRAJOLI, Luigi, “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en CARBONELL, Miguel *et al.* (coords.), *Estado de derecho: concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México, Siglo XXI Editores, 2002.
- GARCÍA CORTARELO, Ramón, *Introducción a la Teoría del Estado*, Barcelona, Teide, 1981.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “La ‘navegación americana’ de los derechos humanos: hacia un *ius commune*”, en BOGDANDY, AMIN VON *et al.*, *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014.
- GARCÍA RODRÍGUEZ, Sergio, Conferencia “Estado de derecho, derechos humanos y pandemia”, El Colegio de Jalisco, 2005, consultado el 13 de noviembre de 2021, disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=P84YbcwAPZU>.
- GOULD, Elise, “Older Workers were Devastated by the Pandemic Downturn and Continue to Face Adverse Employment Outcomes. EPI Testimony for the Senate Special Committee on Aging”, *Economic Policy Institute*, 2021.
- HILLS, Susan *et al.*, “Global Minimum Estimates of Children Affected by COVID-19 Associated Orphanhood and Deaths of Caregivers: a Modelling Study”, *The Lancet*, vol. 398, núm. 10298, 2021.
- HURTADO, Javier, “Sociologías del derecho de Max Weber: desafíos y paradojas que le plantea al mundo contemporáneo”, en *id.* (coord.), *Actualidad del pensamiento de Max Weber a cien años de su fallecimiento*, México, Tirant lo Blanch, 2021.
- HURTADO, Javier y AGUILAR, Gerardo, *Estados de excepción en Iberoamérica por el COVID-19: afectaciones al Estado de derecho y la democracia*, El Colegio de Jalisco, 2021.
- LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1983.
- MILLARD, Eric, *L'État de droit, idéologie contemporaine de la démocratie*, Université de Perpignan, 2004.
- MOHL, Robert von, *Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates: Band III*, Adamant Media Corporation, 2000.
- MORALES ANTONIAZZI, Mariela, “El Estado abierto como objetivo del *Ius Constitutionale Commune*. Aproximación desde el impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en BOGDANDY, AMIN VON *et al.*, *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014.
- Naciones Unidas, “Noticias ONU”, disponible en news.org/story/2021, consultado el 14 de noviembre de 2021.

- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “Estado de derecho democrático y buen gobierno”, *Revista de Derecho, Criminología y Ciencias Penales*, núm. 2, 2008.
- Organización Mundial de la Salud, “Brote de enfermedad por coronavirus (COVID-19)”, OMS, 2020, disponible en <https://www.who.int/es/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019>, consultado el 25 de abril de 2020.
- Organización Mundial de la Salud, “Discursos del director general de la OMS”, OMS, 2020, disponible en <https://www.who.int/es/dg/speeches>, consultado el 25 de abril de 2020.
- Our World in Data, “Vaccination per 100”, 2022, disponible en <https://ourworldindata.org/grapher/covid-vaccination-doses-per-capita?tab=map>, consultado el 8 de marzo de 2022.
- “Tracking Home”, The Johns Hopkins Coronavirus Resource Center, 2022, disponible en <https://coronavirus.jhu.edu/map.html>, consultado el 8 de marzo de 2022.
- UPRIMNY, Rodrigo, “Estado de derecho”, *Eunomía. Revista de Cultura de la Legalidad*, núm. 5, septiembre de 2013-febrero de 2014.
- VIGNOLO CUEVA, Orlando, “La cláusula del Estado de derecho, el principio de legalidad y la administración pública. Postulados básicos y transformaciones”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 131.
- WEBER, Max, *La política como vocación*, México.
- WEBER, Max, *Economía y sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1964.