Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

PANDEMIA POR COVID-19 Y EL PROBLEMA CONSTITUCIONAL MEXICANO*

Alfonso Herrera García
Profesor de la Universidad Panamericana

I. Líneas introductorias

Es obligado iniciar estas líneas con una certitud. Ninguna aplicación más o menos razonable de un ordenamiento jurídico puede determinar el éxito o el fracaso del combate a una pandemia como la que ha asolado al mundo desde inicios del 2020. Ninguna estrategia institucional, por más jurídicamente satisfactoria que sea, pudo ser suficiente para frenar los estragos a la salud pública de un virus con la potencialidad de contagio y de fallecimientos como la demostrada por la COVID-19.

Fue entre febrero y marzo de 2020 cuando aparecieron los primeros contagios en los países latinoamericanos. El primer caso confirmado en México fue detectado el 27 de febrero de 2020, en la Ciudad de México. A partir de esos momentos, estuvo latente en nuestra región la pregunta acerca de qué podían las Constituciones políticas por sociedades inmersas en el peligro de una pandemia activa. Este interrogante tiene sentido no sólo porque las medidas adoptadas por los gobiernos no pueden dejar de tener un asidero jurídico. En función de las diversas etapas pandémicas es perfectamente posible evaluar la pertinencia o la efectividad de esas medidas, de cara a las posibilidades jurídicas que tenían los poderes públicos para afrontarlas.

Cabe cuestionarnos si el distanciamiento social y las medidas de higiene frente al contacto físico, recomendados por la Organización Mundial de la Salud, se

* Algunas ideas preliminares de esta ponencia fueron desarrolladas en el VII desayuno constitucional: «Constitución y emergencia sanitaria», organizado por el Área de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú, el 17 de julio de 2020. Agradezco a los participantes de ese desayuno virtual, así como del Encuentro Iberoamericano, sus reacciones y cuestionamientos, algunos de los cuales fueron tomados en consideración a la hora de redactar este texto.

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

implementaron con la debida oportunidad o con la intensidad pertinente, por ejemplo. También es posible valorar cuan fiel a las instituciones dispuestas para estas emergencias en las Constituciones han sido legítima o apropiadamente aplicadas. Todo ello, sin dejar de considerar la problemática situación que padecen muchas de las instituciones, tanto de salud como de seguridad pública, en nuestra región.

Al momento en que se revisa este texto (noviembre de 2022), México ocupa el quinto lugar mundial por número de fallecimientos ocasionados por el nuevo coronavirus (330,393, según cifras oficiales); y el segundo lugar en América Latina, sólo después de Brasil, de acuerdo con los datos estadísticos de la Universidad Johns Hopkins.[1]

En este artículo, presentaré una reflexión acerca de la problemática jurídico-constitucional mexicana. Esta situación evidencia, desde mi punto de vista, una ineficacia general debida a un conjunto de omisiones deliberadas frente a esta grave pandemia.

II. La Constitución mexicana frente al coronavirus

En la discusión constitucional mexicana —que no en la discusión política, donde no tuvo lugar la ambivalencia— se advirtió que había dos posibilidades para enfrentar la crisis sanitaria. La primera, desplegar los efectos de la suspensión de derechos (art. 29 de la Constitución). La segunda, instalar el llamado Consejo de Salubridad General por casos de «epidemias de carácter grave» (art. 73). Esta última posibilidad no implicaba una excepción constitucional sino, en principio, medidas preponderantemente administrativas en el sector de la salud pública. El gobierno federal mexicano no dudó en implementar el segundo procedimiento y excluir el primero.

Sin embargo, desde el punto de vista constitucional, era posible pensar una distinta doble solución: a) declarar formalmente un estado constitucional de emergencia, con la consecuente identificación de derechos y libertades con tutela reforzada mientras se hiciera frente a la misma; y b) hacer convivir ambos mecanismos, estado de emergencia e instalación de Consejo de Salubridad, con una comprensión constitucionalmente adecuada de la crisis sanitaria.[2]

---

[1] Estos datos fueron obtenidos de la página Web del *Coronavirus Resource Center* de esa Universidad: https://coronavirus.jhu.edu/map.html

[2] Una posición distinta a la aquí sostenida puede verse en: Zeind Chávez, M. A., «Suspensión de derechos o declaratoria de emergencia sanitaria, ¿cuál es la vía idónea para enfrentar el Covid-19?», en: *Nexos. El juego de la Suprema Corte*, México, 18 de marzo de 2020, consultable en el enlace: https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=11192 (fecha de consulta: 2 de noviembre de 2022).

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

La declaración de excepción fue tratada en el estratégico discurso oficial como una ruta para suspender ilimitada e indiscriminadamente derechos y libertades. Tuvo un propósito muy claro: generar un rechazo social a la suspensión, mientras este escenario sí estaba verificándose (no sin llamativas complejidades, por supuesto) en otros países del mundo.

No obstante, la señalada vía dual de acción habría ceñido a las autoridades gubernamentales a someterse a los controles excepcionales del artículo 29 constitucional, en términos de derechos insuspendibles y de participación activa de los tres poderes de la Unión. Esa ruta dual habría involucrado directamente al Congreso Federal en el análisis de la emergencia. El Congreso habría tenido el deber de aprobar el decreto presidencial inicial de suspensión. Además, le habría obligado a analizar si debían concederse, o no, distintas autorizaciones al presidente de la República para hacer frente a las gravedades sobrevenidas de la crisis. El Congreso habría tenido facultades para revocar las medidas de carácter normativo que, motivadas por la pandemia, hubiera emitido el Ejecutivo federal.[3] Habría tenido atribuciones para revocar incluso las medidas administrativas que adoptara el Presidente, sin que a éste pudiera asistirle una facultad de veto a este respecto. Todo ello está así dispuesto en el artículo 29 constitucional.

Sin la declaratoria de excepción también se privó a la Suprema Corte de analizar de manera oficiosa el propio decreto presidencial de suspensión y sus medidas sucesivas. Sin la declaratoria correspondiente, prácticamente se anularon los mecanismos públicos y dialógicos de la Constitución para enfrentar la pandemia. Exigibles todos ellos pese a la inexistencia de la ley reglamentaria del artículo 29. Por cierto, una ley que debió emitirse por el Congreso de la Unión desde el 11 de junio de 2012, por mandato de la reforma constitucional del 2011 en materia de derechos humanos, sin que al momento, más de diez años después, se haya expedido.[4]

---

[3] En los meses pandémicos, proliferaron acuerdos presidenciales de dudoso apego a la legalidad o a la constitucionalidad, incluso algunos con nula conexión a la crisis sanitaria pero emitidos en el marco de esa dinámica regulatoria. Un ejemplo de ello es el denominado «Acuerdo por el que se dispone de la fuerza armada permanente para llevar a cabo tareas de seguridad pública de manera extraordinaria, regulada, fiscalizada, subordinada y complementaria», publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de mayo de 2020. En torno a ese acuerdo se han reunido interesantes análisis en el libro: Vv. Aa., *Emergencia sanitaria por COVID-19. Un acuerdo desconcertante ¿emergencia por motivos de salud o de seguridad?* [N. González Martín, coord.], Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2020.

[4] Véase el artículo cuarto transitorio del decreto de reforma respectivo, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio del 2011. Junto a E. Ferrer Mac-Gregor escribimos un comentario a este precepto constitucional: «Artículo 29», en: *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*, 9ª ed., edición conmemorativa del centenario de la Constitución de 1917, tomo VII (sección tercera), Cámara de Diputados / SCJN / TEPJF / CNDH / INE / Senado de la República / IIJ-UNAM / Miguel Ángel Porrúa, México, 2016, pp. 669-694.

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

III. La jurisdicción evadida: Suprema Corte y Poder Judicial como guardianes de la suspensión de derechos en una emergencia sanitaria

La reforma del 10 de junio de 2011 introdujo la competencia de la Suprema Corte para que, de oficio, revisara «inmediatamente» los decretos expedidos por el Ejecutivo durante una suspensión de derechos. Este elemento procedimental es inédito para el constitucionalismo mexicano y resulta claramente revelador de la transformación democrática del mecanismo de la suspensión.

Dice el párrafo relativo del artículo 29 de la Constitución:

> Los decretos expedidos por el Ejecutivo durante la restricción o suspensión serán revisados de oficio e inmediatamente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la que deberá pronunciarse con la mayor prontitud sobre su constitucionalidad y validez.

Esta competencia es la única que la Constitución reconoce a la Suprema Corte como una atribución que puede ejercer de oficio, desde el impulso mismo del control jurisdiccional, esto es, sin que medie petición de parte alguna. La configuración competencial cobra todo su sentido por el extraordinario interés social que recae sobre un acto del poder público de tanta gravedad para el Estado y para la sociedad. En este tenor, el control de regularidad de la medida puede activarse por la propia Corte desde el momento inmediatamente posterior al en que esos actos hayan tenido lugar.

Por otro lado, aun cuando no se prevé de manera expresa una vía diferente al control oficioso, no hay razones jurídicas encomiables para negar la procedencia del juicio de amparo en contra de actos concretos de aplicación del decreto suspensivo, aún por vicios de la propia legislación de emergencia.[5] Así incluso sucedió en determinados supuestos durante la única experiencia histórica de excepción bajo la Constitución de 1917, hoy aún vigente.

Cuando se emitió el decreto de suspensión publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 13 de junio de 1942 (con motivo de la participación de México en la 2ª Guerra Mundial), la correlativa Ley de Prevenciones Generales, reglamentaria de ese decreto, estableció en su artículo 18 la improcedencia del juicio de amparo cuando se reclamara la inconstitucionalidad de alguna disposición de las leyes

[5] En ese sentido: Fix-Zamudio, H., «Los estados de excepción y la defensa de la Constitución», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 111, septiembre-diciembre de 2004, p. 851; Burgoa, I., *Las garantías individuales*, 41ª ed., Porrúa, México, 2011, pp. 230-242; Carpizo, J., «México, la Constitución y las situaciones de emergencia», en: *Temas constitucionales*, 2ª ed., Porrúa / UNAM, México, 2003, p. 45.

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

de emergencia o de algún acto derivado de ellas. La Suprema Corte, al conocer de casos de aplicación de esa Ley, estableció que la improcedencia del amparo no podía ser lisa y llana, sino que debía analizarse la debida aplicación de las leyes de emergencia en cada caso, y resolver en consecuencia. Además, determinó que el amparo en tiempos de excepción no era improcedente si las leyes reclamadas no estaban relacionadas con la suspensión de garantías.[6]

En el marco actual, puede igualmente sostenerse que dependería de los méritos de cada caso concreto dilucidar la admisibilidad del juicio de amparo en un contexto de emergencia. Podría pensarse que, si se cumplen a cabalidad las exigencias de la suspensión, por ejemplo, que se suspenda un derecho no indicado como «insuspendible», y que efectivamente haya debido decretarse para hacer frente rápida y eficazmente a una situación emergente, se actualizaría la improcedencia de un amparo. Sin embargo, por regla general, en estos casos no podría desecharse un juicio sin un análisis de fondo de los planteamientos de una demanda.

Por tanto, en términos generales, el juicio de amparo también resultaría una vía idónea para que los tribunales de la Federación analizaran la supuesta vulneración a cualquiera de los elementos que la Constitución y el orden internacional imponen a las autoridades en circunstancias extraordinarias. De hecho (si bien, fuera de un contexto formal de suspensión), ese ha sido el rol del amparo durante la pandemia por COVID-19, a través del cual jueces federales se han pronunciado sobre posibles vulneraciones a derechos y libertades, a veces incluso con medidas de suspensión de actos reclamados.

Ahora bien, al respecto debe también tomarse en cuenta lo determinado por la Corte Interamericana al resolver la improcedencia de la suspensión de las «garantías judiciales indispensables» para la protección de derechos insuspendibles, así como respecto de la institución del *habeas corpus*. En la Opinión Consultiva OC-8/87, dicha Corte estimó que tanto el *habeas corpus*, establecido en el artículo 7.6, como el recurso de amparo, consagrado en el artículo 25.1, ambos de la Convención Americana, son «garantías judiciales indispensables» para la protección de los derechos cuya suspensión está prohibida, y, en esa medida, ellas mismas constituyen también derechos insuspendibles.[7]

En consecuencia, a la luz de la jurisprudencia interamericana, los artículos 7.6 y 25.1 son *implícitos* derechos insuspendibles a los efectos del artículo 27.2 de

[6] Para un análisis pormenorizado del artículo 18 de esa Ley, véase: Burgoa, I., *Las garantías individuales, op. cit.* nota anterior, pp. 231-242.

[7] Ambas instituciones se hallan indisolublemente unidas en razón de que el amparo es el género, en tanto que el *habeas corpus* es uno de sus aspectos específicos. Cfr. Corte IDH, *El* habeas corpus *bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987, Serie A No. 8, párrafo 34.

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

la Convención.[8] Ello dista de ser irrelevante para la comprensión de este tema en el sistema constitucional, considerando que una conclusión contraria compromete las obligaciones del Estado mexicano con el sistema interamericano y con la comunidad internacional.[9]

Finalmente, cabe cuestionarse acerca de la posibilidad de controvertir actos y normas relativos al procedimiento de suspensión de derechos y garantías mediante otras vías de control de constitucionalidad, como las controversias constitucionales o las acciones de inconstitucionalidad.

En lo tocante a las controversias constitucionales (conflictos de competencia), no debieran suscitarse demasiadas dudas en que también constituye una potencial vía para impugnar tanto decretos de suspensión como otros actos en diversas etapas de los procedimientos. En esta vía es posible considerar como eventual objeto de impugnación las leyes emanadas de las facultades presidenciales extraordinarias para legislar, así como las etapas del procedimiento mediante el cual el Congreso otorgue las mismas.[10] Para ello, desde luego, sería necesario que las controversias fueran promovidas por un sujeto legitimado, a la luz del artículo 105, fracción I, de la Constitución, en contra de actos de los poderes públicos que participan en estos casos.[11]

Por cuanto hace a las acciones abstractas de inconstitucionalidad, considerando que no existe una causal expresa de improcedencia, en el sistema en vigor no habría obstáculo legítimo alguno para negar su análisis por la Suprema Corte.[12]

---

[8] Cfr. Corte IDH, *El* habeas corpus *bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987, Serie A No. 8, párrafos 42-43 y su punto resolutivo. *Mutatis mutandis*: Corte IDH, *Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, Serie A No. 9, párrafos 26, 31-33.

[9] Al respecto, permítasenos otra remisión a: Ferrer Mac-Gregor, E., y Herrera García, A., «La suspensión de derechos humanos y garantías. Una perspectiva de Derecho comparado y desde la Convención Americana de Derechos Humanos», en: *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*, 9ª ed., edición conmemorativa del centenario de la Constitución de 1917, tomo V (sección segunda: Transversalidad constitucional con prospectiva convencional), Cámara de Diputados / SCJN / TEPJF / CNDH / INE / Senado de la República / IIJ-UNAM / Miguel Ángel Porrúa, México, 2016, pp. 925-947.

[10] Coincido en este punto con lo planteado por Cossío Díaz, J. R., *La controversia constitucional*, Porrúa, México, 2008, pp. 144-145.

[11] Cfr. Herrera García, A. y Caballero González, E. (eds.), *Controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad. Ley Reglamentaria del Artículo 105 constitucional con jurisprudencia*, Tirant Lo Blanch, México, 2017, pp. 9-11.

[12] Por la importancia de su pensamiento en estos temas, tómese en cuenta que, al analizar el esquema anterior a la reforma de 2011, H. Fix Fierro fue de la opinión que las acciones de inconstitucionalidad resultarían «notoriamente improcedentes para combatir las leyes de emergencia que dictara el presidente de la República en uso de facultades extraordinarias». Cfr. Fix Fierro, H., «Artículo 29», *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada y concordada*, 18ª ed., tomo I, Porrúa / UNAM-IIJ, México, 2004, p. 508.

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

En mi opinión, no alteraría esa conclusión que las leyes sean «de excepción», a diferencia de aquellas que se generan en la normalidad constitucional, por más que aquellas leyes no son producidas por el Poder Legislativo sino por el Poder Ejecutivo en ejercicio de facultades delegadas.

Las condiciones de anormalidad incentivan aún más un escenario de control jurisdiccional sobre esas leyes. Además, toda vez que en la actualidad la Corte está facultada de manera expresa para conocer de la validez de los decretos de suspensión, no se advierten razones suficientes para negar que pueda juzgar la constitucionalidad y validez de las leyes de emergencia cuando el control sea instado por un sujeto legitimado en acciones de inconstitucionalidad.

Como se observa, los límites a los poderes políticos en un estado de excepción constitucional son en la actualidad sumamente amplios y complejos. También lo son, por tanto, los controles que desde la máxima Corte del país pueden y deben desplegarse en esas extraordinarias circunstancias. Se trata de un precio apenas justo que hay que pagar a cambio de un intervencionismo estatal legítimo que, de conformidad con el artículo 29, permitiría hacer frente a crisis que pongan en entredicho la existencia misma del Estado o que pongan en grave riesgo a la sociedad mexicana.

El impacto extraordinario que ha demostrado el coronavirus en México se traduce en la constatación de más de 330,000 fallecimientos oficialmente considerados, con motivo de la enfermedad que provoca. Esta sombría situación ubica al país como destacado ejemplo negativo en el concierto mundial. Si ese impacto extraordinariamente dramático para la sociedad no ameritaba formalizar una excepcionalidad constitucional (porque la hubo «de facto» en ciertos aspectos, y de manera incontrolada, como lo referiré a continuación), entonces ninguna otra circunstancia podría considerarse capaz de reunir los presupuestos normativos de inusitado riesgo para la sociedad, bajo la perspectiva del artículo 29 constitucional.

IV. La evasión de controles democráticos como problema constitucional

La situación ocurrida bajo la pandemia por coronavirus ha reflejado el extremo indeseable contrario al sentido democratizador de las emergencias: un Congreso federal ausente en la peor crisis de salud pública y potencialmente económica que haya experimentado el país en todo un siglo. Una Suprema Corte que no tuvo ocasión de emitir un pronunciamiento inmediato relevante respecto de ninguna acción u omisión relacionada con la pandemia. El Poder Judicial apenas pudo emitir resoluciones adyacentes, mediante resoluciones cautelares de jueces

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

federales en juicios de amparo, en una lógica difusa y, por tanto, inconexa de los casos.[13]

Como lo he afirmado, la aplicación del artículo 29 constitucional habría fijado un caparazón jurídico infranqueable a ciertos derechos fundamentales. Habría llevado, por ejemplo, a decretar la prohibición de suspender derechos tales como la integridad personal, la protección de la familia, los derechos de la niñez, o los derechos políticos, así como las garantías judiciales indispensables para la protección de estos propios derechos, entre otros básicos, en consonancia con el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Así, tampoco se activó la obligación de notificar las medidas gubernamentales a la Organización de Estados Americanos, en términos de ese tratado interamericano. La Convención Americana es, para México, como se dijo, un ordenamiento que agrega límites irreductibles a la actuación estatal en el procedimiento de suspensión de derechos.[14]

Adicionalmente, cabe considerar un escenario que en todo caso debió materializarse, pese a la evasión del artículo 29 y las consecuentes omisiones que ello conllevó. En mi opinión, si la Constitución preveía limitaciones estrictas para afrontar un estado de emergencia, el sentido finalístico de ellas no podía ignorarse cuando se optó por el procedimiento habilitante de facultades formalmente administrativas de cara a la pandemia. El hecho de no transitar los dificultados controles del estado de emergencia y las reglas correlativas de la suspensión de derechos, no podía interpretarse en el sentido de que la vía de la gestión administrativa se sustraería de dichos controles. La sistemática constitucional no podía pretender el absurdo de que, si no pueden suspenderse ciertos derechos en la excepción, en cualquier otro caso sí pueden implícitamente suspenderse esos mismos derechos. Como en el caso de un estado de «normalidad» con especiales atribuciones epidemiológicas para autoridades administrativas.

Sin embargo, de facto, esa anomalía sí se verificó en una cierta medida en la realidad: se decretó en sede administrativa la suspensión de actividades denominadas «no esenciales», con restricciones a la libertad de comercio, la libertad de movilidad o la libertad de trabajo, mediante acuerdos de autoridades sanitarias.[15]

---

[13] Para un ejemplo de estos juicios, véase: García Montero, Y., y Hernández León, S., «Ciencia, derecho y Covid-19: el amparo sobre los equipos de protección del personal de salud», en: *Nexos. El juego de la Suprema Corte*, México, 1 de junio de 2020, consultable en el siguiente enlace: https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=11592 (fecha de consulta: 2 de noviembre de 2022).

[14] Así, también: Salazar Ugarte, P., «Estado de excepción, suspensión de derechos y jurisdicción», en *Derechos humanos en la Constitución: Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana* [E. Ferrer Mac-Gregor, J. L. Caballero Ochoa y Ch. Steiner, coords.], tomo I, SCJN / UNAM / Konrad Adenauer Stiftung, México, 2013, p. 237.

[15] Cfr. Garza Onofre, J. J.; López Ayllón, S.; Luna Plá, I.; Martín Reyes, J.; y Salazar Ugarte, P., «México: Democracia en vilo —y Constitución también—», en VV. AA., *Emergencia sanitaria por*

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

El discurso oficial siempre buscó comunicar que la «suspensión» de derechos implicaba la mera «suspensión» sin tutela reforzada de derechos básicos, y el uso de la fuerza para hacer valer coercitiva e indiscriminadamente esas limitaciones. Sin mencionarlo, o más bien, en la búsqueda deliberada de ignorarlo, buscó legitimar la inhabilitación del artículo 29.

El estado constitucional de emergencia, bien comprendido, fija límites democráticos a la autoridad presidencial. En cambio, sin decretarlo formalmente, en tiempos de coronavirus se abrió paso a limitaciones ilegítimas. Se dejó a la merced y a la voluntad de los acuerdos del Poder Ejecutivo el goce y ejercicio de libertades. Las restricciones a las actividades económicas y laborales se sujetaron a fuentes ajenas a la ley y se prescindió de la intervención de los máximos órganos del Estado mexicano para analizar las preocupaciones de la pandemia.

V. Algunos casos (tardíos) ante la Suprema Corte

Como se mencionó al principio, el primer caso confirmado de contagio por COVID-19 en México fue detectado el 27 de febrero de 2020, en la Ciudad de México. Ha sido casi un año después cuando una Sala del máximo tribunal del país se pronunció por primera vez para resolver un caso jurisdiccional relacionado con la pandemia. Por su parte, el Tribunal en Pleno de la Suprema Corte lo hizo casi dos años después.

En su sesión del 20 de enero de 2021, al resolver vía remota las controversias constitucionales 72/2020 y 96/2020, la Segunda Sala reconoció la validez de dos decretos que había emitido el Poder Ejecutivo del Estado de Sonora vinculados con la declaratoria estatal de emergencia por COVID-19 y la reapertura de actividades económicas en esa entidad federativa del norte del país. En esencia, la Sala reconoció que una entidad federativa cuenta con facultades para regular estas materias, entre otras razones porque el régimen federal no impide su competencia para decretar medidas de vigilancia epidemiológica, prevención y control de enfermedades transmisibles de naturaleza aguda e infecciosa, como la derivada del virus SARS-CoV2.

Durante el 2021, las Salas analizaron otro par de casos en los cuales la COVID-19 constituyó un elemento fáctico relevante. La Primera Sala determinó que en el contexto de la pandemia podía suspenderse la convivencia presencial entre padres e hijos a efecto de que se realizara a distancia, a través de medios electrónicos (contradicción de tesis 267/2020).[16] Mientras que la Segunda Sala negó la

COVID-19. Derecho constitucional comparado [N. González Martín y D. Valadés, coords.], Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2020, pp. 109-112.

[16] Resuelta por la Primera Sala de la Suprema Corte el 17 de marzo de 2021.

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

suspensión de un acuerdo federal que preveía la política nacional de vacunación contra el virus SARS-CoV-2, en el territorio de un municipio (recurso de reclamación 30/2021-CA).[17]

En cambio, el Tribunal Pleno pudo analizar un asunto vinculado con la pandemia hasta su sesión del 8 de febrero de 2022. Se trata de la acción de inconstitucionalidad 48/2021 (control abstracto) en la cual estudió la constitucionalidad de una reforma a la Ley Estatal de Salud del Estado de Nuevo León. Esta reforma de orden estatal había establecido el uso obligatorio de cubrebocas como medida de seguridad durante el tiempo que permaneciera vigente una emergencia sanitaria declarada por la autoridad competente. El análisis se concentró en un aspecto competencial: se concluyó que esa regulación no transgredió las competencias de la federación en materia sanitaria porque tenía cobertura en una habilitación normativa reconocida a las entidades federativas en la Ley General de Salud. Esta Ley es una fuente legítima, de acuerdo con una línea de jurisprudencia constitucional, en cuanto la materia de salubridad general es concurrente para la federación y los estados de la República.

Sin embargo, son dos los casos más destacados que sobre la pandemia por COVID-19 ha resuelto la Suprema Corte, ambos en este 2022. Por tanto, ambos prácticamente irrelevantes para coadyuvar con el difícil combate del Estado mexicano al nuevo coronavirus, considerando el inoportuno —por desfasado— momento de su debate y resolución.

En la contradicción de tesis 152/2021, resuelta en la sesión del 25 de mayo de 2022, la Segunda Sala resolvió que el personal médico del sector privado debía ser vacunado contra el virus SARS-CoV2 en iguales condiciones que el personal médico del sector público. En el caso, dos tribunales federales habían sostenido criterios contradictorios en dos fundamentales temas: el primero, si la suspensión en el amparo debía analizarse de oficio o a petición de parte; y el segundo, si debía concederse la medida cautelar en casos en los que se reclamara la omisión de las autoridades sanitarias de vacunar contra el coronavirus a médicos del sector privado que prestaban servicios médicos cotidianos. La resolución que negada otorgar la medida cautelar, asumida por uno de los tribunales federales discrepantes, tenía su base en la aplicación irrestricta de la política nacional de salud, que excluyó a los médicos privados de los grupos prioritarios de la población candidata a la vacunación.[18]

---

[17] Resuelto por la Segunda Sala de la Suprema Corte el 2 de junio de 2021.

[18] Véase la estrategia de vacunación, etapas y logística establecida en: «Política nacional de vacunación contra el virus SARS-CoV2 para la prevención de la COVID-19 en México. Documento rector», versión 5.1, Gobierno de México, 28 de abril de 2021, en especial, pp. 31-44. Disponible en: https://coronavirus.gob.mx/wp-content/uploads/2021/04/28Abr2021_13h00_PNVx_COVID_19.pdf

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

La Segunda Sala determinó que, en términos de la Ley General de Salud, en la medida en que tanto el personal del sector público como el del sector privado forman parte del mismo sistema nacional de salud, las autoridades encargadas de aplicar la vacuna contra la COVID-19 debían suministrar a todos, en las mismas condiciones y tiempos, las dosis y refuerzos posteriores de la vacuna. El hecho de no contar con la vacuna (que en México fue administrada exclusivamente por la autoridad federal) los médicos privados prestaron atención médica sin la protección inmunológica necesaria para disminuir altas posibilidades de contagio, o para evitar el desarrollo de formas graves de la enfermedad. Así, la omisión de vacunar médicos del sector privado constituyó un acto discriminatorio y violatorio de su dignidad humana.

Además, se determinó que la medida cautelar que al respecto se solicitara en la demanda de amparo debe concederse, de oficio y de plano, a todas las personas médicas que reclamen la omisión de la vacunación por parte de las autoridades sanitarias responsables de ejecutar esa política. Así debe interpretarse el artículo 126 de la Ley de Amparo con base en el cual la suspensión debe otorgarse en casos de peligro de contagio y, en consecuencia, cuando haya riesgo de pérdida de la vida por la prolongada exposición directa a altas cargas virales.

Por otra parte, son también trascendentes (igualmente, por su temática, que no por su oportunidad) las contradicciones de tesis 255/2021 y 8/2022, ambas decididas por el Tribunal Pleno el 27 de junio de 2022. En estos casos, la discrepancia entre los tribunales colegiados de circuito involucrados consistía en si debía concederse, o no, la suspensión del acto reclamado en juicios de amparo en los que se hubiere promovido la omisión de aplicar la vacuna contra el virus SARS-CoV2 a niñas, niños (entre 5 y 11 años) y adolescentes (entre 12 y 17 años) sin comorbilidades.

La Suprema Corte determinó que la omisión de aplicar las vacunas autorizadas por la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (COFEPRIS) colocaba a las niñas, niños y adolescentes que no contaran con dichas vacunas, en una situación de riesgo de contagio. Por lo que, en caso de contraer la enfermedad, resultaría físicamente imposible restituir su derecho a la salud.

El artículo 127 de la Ley de Amparo, fracción II, establece que el incidente de suspensión debe abrirse de oficio «siempre que se trate de algún acto que, si llegare a consumarse, haría físicamente imposible restituir al quejoso en el goce del derecho reclamado». Por tanto, la Corte concluyó que en estos casos la suspensión debe concederse a niñas, niños y adolescentes que no padecen alguna comorbilidad. Se determinó que en estos casos las autoridades responsables deben aplicar a personas demandantes que pertenecen a este grupo etario, a la brevedad posible, el esquema completo de vacunación.

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

VI. Una cuestión conclusiva ¿es posible una aplicación constitucionalmente adecuada de un estado de emergencia sanitaria?

Como he tratado argumentar en estas líneas, frente a la impactante pandemia por COVID-19, la Constitución mexicana proporcionaba al menos dos esquemas hipotéticos que no debieron considerarse indisociados. Bien pudo haberse declarado formalmente la excepción con una función esencialmente persuasiva, no policial —y menos, militarizante— en el marco del combate a la pandemia. Al mismo tiempo, bien pudieron habilitarse facultades emergentes al Consejo de Salubridad General y a la Secretaría de Salud para afrontarla.

Una declaratoria de emergencia constitucionalmente adecuada pudo tener finalidades no necesariamente coercitivas en sentido fuerte. La Constitución puede aplicarse para conseguir otros efectos en el discurso gubernamental y sobre todo en la convivencia en espacios públicos durante una pandemia. Pudo buscar efectos didácticos en la conciencia social respecto a la magnitud del grave problema sanitario que se atravesaba. Pudo poner en el centro de la discusión pública las necesidades de cuidados extremos con talante pedagógico y también dialéctico.

Una declaratoria de emergencia constitucionalmente adecuada pudo ser posible para paliar, reducir o aminorar la discrecionalidad política. La discrecionalidad política ante un fenómeno epidémico con tan pocas certezas, además de indeseable, se reveló imprecisa, errática, confusa y contradictoria para la ciudadanía.

No puede pretenderse que las Constituciones provean de soluciones inequívocas para casos extraordinariamente fortuitos. No se trata de apelar a la ilusión de que las normas jurídicas sean capaces de conseguir la suspensión automática de una pandemia. Tampoco se trata de trazar una solución institucional ajena a la debilidad que en México experimenta el Estado de derecho, la cultura de legalidad y de cumplimiento de la ley. O ajena a la fragilidad de la infraestructura de una seguridad pública no experimentada, ni menos profesionalizada, para esta clase de contingencias. No se trata de ignorar la desigualdad social y económica de carácter estructural que, como en otras latitudes, se padece en el país.

De lo que se trata es de que se tomen en serio los instrumentos que en algún momento histórico se establecieron precisamente para posibles escenarios de riesgo, que pusieran en predicamento la supervivencia de la población. Esos instrumentos no fueron colocados de manera gratuita en la Constitución. No se previeron para protagonizar su inutilidad. Se establecieron y adaptaron para cumplir una función rectora, para disciplinar la actuación política frente a fenómenos incontrolables o difícilmente controlables por la voluntad humana. Se pusieron ahí para algo: para sentar pilares democráticos frente a potenciales crisis.

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

Los estados de urgencia o emergencia no son licencias para la arbitrariedad o la discrecionalidad incontrolada. El Estado de derecho no habilita su exención en estados de emergencia. Por el contrario, en circunstancias pandémicas, debe comprenderse como habilitante de mecanismos para conseguir la legítima protección de los bienes en juego. Permite que las políticas se sometan a las respuestas de la ciencia, así como, primordialmente, a las técnicas jurídicas propias del Estado democrático de Derecho.

En definitiva, toda Constitución democrática tiene un indudable papel que cumplir incluso en los desoladores e inciertos tiempos de una pandemia.

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es