

Parámetros Constitucionales y convencionales aplicables a la limitación de derechos en e contexto del COVID-19 en México

Montoya Zamora, Raúl

Parámetros Constitucionales y convencionales aplicables a la limitación de derechos en e contexto del COVID-19 en México

Nuevo Derecho, vol. 17, núm. 28, 2021

Institución Universitaria de Envigado, Colombia

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=669771618003>

DOI: <https://doi.org/10.25057/2500672X.1384>




Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional.

Parámetros Constitucionales y convencionales aplicables a la limitación de derechos en e contexto del COVID-19 en México

Constitutional and Conventional Parameters Applicable to the Limitation of Rights, in the Context of Covid-19 in Mexico

Raúl Montoya Zamora raul.montoya@ujed.mx

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Juárez del Estado de Durango, México

 <https://orcid.org/0000-0002-9731-2443>

Nuevo Derecho, vol. 17, núm. 28, 2021

Institución Universitaria de Envigado,
Colombia

Recepción: 27 Enero 2021

Aprobación: 18 Marzo 2021

Publicación: 01 Junio 2021

DOI: <https://doi.org/10.25057/2500672X.1384>

Redalyc: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=669771618003>

Resumen: El objetivo de este trabajo es mostrar cuáles son los parámetros constitucionales y convencionales aplicables a la limitación de derechos fundamentales en el contexto del covid-19 en México, con el propósito de reflexionar críticamente sobre algunos casos en los que la autoridad no se ajusta a dichos parámetros con la consiguiente restricción o suspensión injustificada de algunos derechos fundamentales. Por lo que, con apoyo del método dogmático jurídico, exegético y el análisis de casos, en primer término, se desarrollará una base teórica sobre los límites a los derechos fundamentales; luego se analizarán las bases constitucionales y legales vigentes en México aplicables a la pandemia del covid-19; posteriormente se dará cuenta de los parámetros constitucionales y convencionales que resultan aplicables a la restricción o suspensión de derechos en el escenario de la pandemia del covid-19 en México, y finalmente, apoyados en lo anterior, se reflexionará críticamente sobre algunos casos en los cuales las autoridades mexicanas han procedido en contra de los referidos parámetros constitucionales y convencionales, restringiendo o suspendiendo derechos fundamentales básicos de la población en México.

Palabras clave: derechos humanos, limitación de derechos, restricción de derechos, suspensión de derechos, derecho a la salud, pandemia del covid-19.

Abstract: The objective of this work is to show which are the constitutional and conventional parameters applicable to the limitation of fundamental rights in the context of covid-19 in Mexico, with the purpose of critically reflecting on some cases in which the authority does not conform to said parameters with the consequent unjustified restriction or suspension of some fundamental rights. Therefore, with the support of the legal and exegetical dogmatic method and the analysis of cases, in the first place, a theoretical basis will be developed on the limits to fundamental rights; then the constitutional and legal bases in force in Mexico applicable to the covid-19 pandemic will be analyzed; Subsequently, it will become aware of the constitutional and conventional parameters that are applicable to the restriction or suspension of rights in the scenario of the covid-19 pandemic in Mexico, and finally, based on the above, it will critically reflect on some cases in which The Mexican authorities have proceeded against the aforementioned constitutional and conventional parameters, restricting or suspending basic fundamental rights of the population in Mexico.

Keywords: Human rights, limitation of rights, restriction of rights, suspension of rights, right to health, covid-19 pandemic.

1. Introducción

El covid-19 tuvo su origen a mediados del mes de diciembre del 2019 en la ciudad de Wuhan, China, donde empezaron a darse una serie de neumonías de origen desconocido, lo que originó la alarma sobre una nueva enfermedad que se dispersaría alrededor del planeta, causando miles de infectados y muertos hasta el momento (Redacción Médica, 2020).

El día 11 de marzo de 2020, el director general de la Organización Mundial de la Salud (OM S), en la rueda de prensa sobre el covid-19, dio a conocer que se estaba frente a una pandemia nunca antes vista, originada por un coronavirus, por lo que invitó a todas las naciones del mundo a cerrar filas en contra de esta nueva amenaza mundial, a fin de evitar el crecimiento del número de casos y, sobre todo, la pérdida de vidas humanas. De igual modo, el director de la OM S hizo un llamamiento a los países a informar a sus pueblos sobre los riesgos existentes y la forma de protegerse; para encontrar, aislar, someter a prueba y tratamiento todos los casos, y rastrear a sus contactos; preparar a sus hospitales y formar y proteger a su personal sanitario, y, lo más importante, cuidarnos los unos de los otros porque nos necesitamos (Organización Mundial de la Salud, 2020).

En México existe un marco constitucional y legal que debe observarse de una manera adecuada para hacer frente a la pandemia del covid-19, por lo que se formulan las siguientes preguntas claves que guiarán el presente texto.

¿Cuál es el régimen constitucional y legal aplicable cuando se presente un problema sanitario como el del covid-19 en México? ¿El procedimiento previsto en el artículo 29 constitucional es el único por el cual se pueden restringir o suspender derechos humanos para hacer frente a la pandemia? ¿La autoridad sanitaria competente puede restringir o limitar los derechos? ¿Las medidas administrativas que dicten las autoridades competentes para hacerse cargo de la emergencia sanitaria pueden contener restricciones o suspender derechos humanos y sus garantías? ¿Hasta dónde pueden contener restricciones o suspender derechos las medidas implementadas por las autoridades sanitarias competentes? ¿Qué parámetros constitucionales y convencionales deben respetar las autoridades sanitarias competentes al momento de emitir acuerdos en los que se restrinjan o suspendan derechos?

Las anteriores preguntas resultan de la mayor importancia, debido a que ¿con motivo de la pandemia del covid-19 en México? las autoridades sanitarias competentes han emitido acuerdos que limitan ciertos derechos fundamentales básicos de los mexicanos.

La razón de ser del presente trabajo es mostrar cuáles son los parámetros constitucionales y los derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que resultan aplicables a la limitación de derechos fundamentales en el contexto de la pandemia covid-19 en México. Paralelamente, el presente trabajo será de utilidad para los Estados

miembros de la Convención, ya que dichos parámetros convencionales también les resultan obligatorios.

En la elaboración del presente trabajo se hará uso del método dogmático jurídico y exegetico, para analizar los principios doctrinales y el sentido de las expresiones utilizadas en los enunciados normativos, e interpretar las normas relativas al marco constitucional y legal aplicable a las situaciones de emergencia derivadas de una epidemia. Además, el método de análisis de casos se justifica, en virtud del pertinente estudio de fallos y precedentes relacionados con la restricción o suspensión de derechos en el contexto de una emergencia sanitaria.

2. Límites de los derechos fundamentales

Si bien no se puede condicionar el ejercicio de los derechos fundamentales, se reconoce que no son absolutos, sino que están sujetos a límites expresos o implícitos, impuestos por determinadas exigencias de la sociedad.

En este sentido, José Luis Cea (2002) apunta que los derechos fundamentales no tienen el carácter de absolutos, puesto que si así fuera, se convertirían en prerrogativas propias de un déspota que actúa de manera ilícita y abusiva.

Los derechos fundamentales no pueden ser ilimitados, ya que desde el momento en que sus titulares son personas pertenecientes a la especie humana, que por tanto son contingentes y no absolutas, limitadas y no infinitas, sus derechos están condicionados de manera inevitable a ciertos límites. Estos límites devienen necesariamente de la vida en sociedad, la cual exige que el ordenamiento jurídico los consagre en aras del bien común.

Es necesario establecer el alcance y la justificación de los límites y restricciones a los derechos fundamentales, para su mejor comprensión y para que, en su imposición, no se pueda abusar a tal grado que se afecte el contenido esencial de los derechos.

En ese sentido, haciendo uso de nuestro derecho a la estipulación lingüística se entenderá por limitaciones a los derechos fundamentales: las restricciones o suspensión en el ejercicio de los derechos fundamentales, impuestas por una norma jurídica positiva, que resulten idóneas, necesarias y proporcionales para garantizar finalidades constitucionalmente legítimas de la sociedad.

De manera simple, Fernández González (2002) señala que limitar un derecho fundamental significa restringir o compactar el ejercicio normal de un derecho.

Las limitaciones a los derechos fundamentales se pueden clasificar en ordinarias y extraordinarias. Las primeras operan cotidianamente y afectan el ejercicio de los derechos fundamentales tanto en condiciones de normalidad como de excepción constitucional. Esto es, son aquellas que aplican en todo momento. En cambio, las limitaciones extraordinarias o excepcionales, como su nombre lo sugiere, son aquellas que se producen en condiciones extraordinarias de emergencia o institucional y que dan pauta

al establecimiento de un estado de excepción constitucional (Nogueira Alcalá, 2008).

Como ejemplo de las limitaciones ordinarias, el artículo 6 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone una serie de límites al derecho de manifestación de las ideas, en los casos en que se ?ataque a la moral, la vida privada o los derechos de terceros, provoque algún delito, o perturbe el orden público? (Congreso Constituyente, 1917). Como se ve, este tipo de limitaciones es la regla general y aplica ordinariamente, tanto en estado de normalidad como de excepción constitucional.

Respecto de las restricciones extraordinarias o excepcionales, el artículo 29 de la Constitución mexicana regula el mecanismo constitucional de restricción y suspensión de derechos fundamentales y sus garantías, sobre el cual volveremos más adelante, enfatizando que resulta uno de los instrumentos de los que se puede echar mano para afrontar la pandemia covid-19 en México.

Sobre la suspensión de garantías en caso de estado de excepción, el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala lo siguiente:

Art. 27. Suspensión de Garantías: 1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. 2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos. 3. Todo Estado Parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Parte en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido (Organización de Estados Americanos, artículo 27, 1969).

Por lo que hace al tema, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1998) ha dicho que la limitación a los derechos fundamentales en estados de excepción constitucional debe cumplir con los requisitos de proclamación y publicidad. El requisito de proclamación se refiere a que las determinaciones sobre restricciones de derechos impuestas por el Estado se hagan públicas, para que los ciudadanos estén en condiciones de conocerlas. Y la notificación, como lo refiere el artículo 27, párrafo 3 de la Convención, impone la obligación a los ?Estados de informar a los demás Estados parte de la Convención, por conducto de la Organización de los Estados Americanos, las disposiciones que haya suspendido? (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1998).

En cuanto a la notificación, en el caso *Zambrano Vélez vs. Ecuador*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) argumentó que dicha obligación de los Estados parte de la Convención constituye un mecanismo enmarcado en la noción de garantía colectiva subyacente al tratado, el cual tiene por objeto y fin la protección del ser humano. De igual manera, resulta una salvaguardia para prevenir abusos en las facultades excepcionales de suspensión de garantías y permite a otros Estados observar que la suspensión de ciertos derechos sea acorde a la Convención (Corte IDH, 2007).

Asimismo, la Corte IDH, en el hábeas corpus bajo suspensión de garantías, ha destacado que:

Lejos de adoptar un criterio favorable a la suspensión de derechos, la Convención dispone un principio contrario, esto es, que todos los derechos deben respetarse y garantizarse, salvo que circunstancias muy especiales o extraordinarias justifiquen la suspensión de algunos. Empero, otros derechos nunca podrán ser suspendidos, por muy grave que sea la situación de emergencia (Corte i d h, 1987).

Otra categoría de limitaciones a los derechos fundamentales se refiere a aquellas que nacen del respeto de los derechos de los demás; a las de origen material y a las de origen positivo. Las dos primeras se comprenden implícitamente en cada derecho, y las últimas se encuentran expresamente reconocidas por las normas jurídicas (Prado, 2007).

Así, las limitaciones que nacen del respeto de los derechos fundamentales de las demás personas impiden a cada titular de un derecho utilizarlo en perjuicio de otro. Esto también comprende el cumplimiento del bien común. Sobre el particular, el artículo 32, párrafo 2, de la Convención refiere que ¿los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática? (Organización de Estados Americanos, 1969).

Las limitaciones o restricciones de naturaleza material o física tienen conexión mediante instituciones privadas que en razón del principio de subsidiariedad colaboran con el mismo fin, para cumplir con determinados derechos de carácter prestacional. Como se aprecia, esta clase de limitaciones se refieren a los derechos económicos y sociales, que exigen del Estado un quehacer positivo que permitan su satisfacción, de tal suerte que la falta de acciones reales o materiales significa en la práctica una limitación al ejercicio de tales derechos (Prado, 2007).

Empero, no todos los derechos sociales se pueden considerar como derechos de carácter prestacional que requieran de un esfuerzo presupuestal del Estado, como sucede con los derechos fundamentales de naturaleza laboral, como el de formar sindicatos o el derecho a la huelga, los cuales doctrinalmente son clasificados como derechos sociales (Pereira Menaut, 2006). Consecuentemente, resulta pertinente estudiar cada caso para verificar si se considera legítima la restricción a un derecho económico o social, basada en consideraciones de orden presupuestario.

Sobre este tipo de restricciones de orden material, conviene destacar lo que señala el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, en su artículo 1, párrafo 1, respecto del compromiso de los

Estados parte de encontrar mecanismos como la asistencia y cooperación internacional a través de medios económicos y técnicos, con la finalidad de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en ese pacto (Organización de Estados Americanos, 1976).

Por lo que concierne a las limitaciones impuestas por el ordenamiento jurídico positivo o las normas jurídicas, son las más habituales y, a diferencia de las antes analizadas, no se entienden implícitas en cada derecho, sino que se encuentran expresamente previstas en las normas (Prado, 2007).

Cada Estado, ya sea en sus normas constitucionales o en tratados internacionales, establece expresamente una serie de restricciones al ejercicio de determinados derechos o autoriza o confiere facultades a ciertas autoridades, normalmente al legislador ordinario, para establecer las limitaciones (Prado, 2007).

Lo anterior da pauta a una clasificación de la limitación de los derechos que se refiere a la norma donde se encuentra establecida.

En el orden interno, Alexy distingue dos clases de restricciones a los derechos fundamentales: las directamente constitucionales y las indirectamente constitucionales (Alexy, 2002).

Sobre el tema, Alexy (2002) refiere que ¿una norma puede ser una restricción a un derecho fundamental solo si es constitucional? (p. 272). En caso de que no sea constitucional, su imposición tendrá ¿el carácter de una intervención, pero no de una restricción? (Alexy, 2002, p. 272).

Ya referimos un ejemplo de este tipo de limitaciones constitucionales, con respecto al derecho de manifestación de las ideas consagrado en el artículo 6 de la Constitución mexicana, el cual reconoce limitaciones en los casos en que se ataque a la moral, la vida privada o los derechos de terceros, se provoque algún delito o perturbe el orden público.

En cambio, las limitaciones indirectamente constitucionales son aquellas que constituyen una imposición que se encuentra aprobada por el texto constitucional, pero no se trata de restricciones expresamente estipuladas en esa norma, sino que es la propia Constitución la que establece una facultad a favor de las normas jurídicas, para que impongan una restricción correspondiente. En palabras de Alexy (2002):

La competencia para imponer restricciones indirectamente constitucionales se expresa de manera nítida en las cláusulas de reserva explícitas, consideradas como aquellas disposiciones iusfundamentales o partes de dichas disposiciones, que facultan expresamente intervenciones, restricciones o limitaciones (p. 282).

La Constitución mexicana establece varias cláusulas de reserva explícita, por medio de las cuales se habilita al legislador, a la administración e incluso a los jueces a realizar restricciones a determinados derechos. Tal y como sucede, por ejemplo, con el derecho de los pueblos indígenas para aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de conflictos internos, que se habilita al legislador para establecer los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes (Congreso Constituyente, 1917). Finalmente, respecto del tema del presente apartado resulta pertinente tratar someramente las condiciones de limitación de los

derechos fundamentales; las que, de acuerdo con Prieto Sanchís, (2003), quedan sometidas a ciertas circunstancias especiales, como la cláusula que refiere al contenido esencial respecto de los derechos y también, respecto de la exigencia de justificación.

Las condiciones de limitación de los derechos también se entienden como los requisitos que deben observar las autoridades al momento de imponer restricciones ordinarias o extraordinarias a los derechos. Se comprenden como una especie de límites a esas facultades limitadoras o restrictivas de derechos fundamentales, para que no actúen con absoluta libertad o de manera arbitraria. Entre esas condiciones de limitación tenemos las de carácter competencial, las de carácter internacional, las de carácter material y las de carácter lógico (Prieto Sanchís, 2003).

Las de carácter competencial pertenecen al orden jurídico estatal interno y se refieren a que la autoridad o el legislador solo pueden limitar un derecho fundamental cuando una norma constitucional les confiera esa potestad.

Las condiciones de orden internacional o convencional se relacionan con el respeto a las normas de derechos humanos de rango internacional, incorporadas al orden jurídico nacional por virtud de lo dispuesto en el artículo 1º de la Constitución mexicana, con lo cual se integra un bloque de constitucionalidad más amplio en la protección de los derechos humanos: esto es, los derechos consagrados en normas nacionales y los consagrados en las convenciones internacionales suscritas por el Estado mexicano. Una disposición fundamental de orden internacional es el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual señala los requisitos que deben contener las restricciones a los derechos contenidos en la Convención, mismas que ¿no pueden ser aplicadas sino conforme a las leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual hayan sido establecidas? (Organización de Estados Americanos, 1969)

Al respecto, la Corte ID H ha señalado que la disposición en cita, en concordancia con otras de la convención, exige para la imposición de restricciones las siguientes condiciones:

- a) Que se trate de una restricción expresamente autorizada por la Convención y en las condiciones particulares en que la misma ha sido permitida; b) que los fines que persiga la restricción sean legítimos, esto es, que obedezcan a cuestiones de interés general y no se aparten del fin para el cual se establecieron, y c) que las restricciones estén dispuestas por las leyes y se apliquen en conformidad con ellas (Corte IDH, 1986).

En lo tocante al requisito de que las leyes han de dictarse por razones de interés general, la Corte IDH ha dicho que significa que deben haber sido adoptadas en función del bien común y que tal concepto debe ¿interpretarse como elemento integrante del orden público de un Estado democrático, cuyo fin principal es la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de situaciones que le permitan progresar espiritual y materialmente, y alcanzar la felicidad? (Corte IDH, 1986).

Lo anterior significa que, si bien los derechos fundamentales pueden ser limitados en consideración al interés general, no por ello dicho interés

es superior a los derechos, sino que los derechos pueden ser limitados excepcionalmente en atención a dicho interés. Y tales restricciones deben estar establecidas en las leyes, entendiendo por ese término, las normas jurídicas de carácter general, ceñidas al bien común, emanadas de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaboradas de conformidad con el procedimiento de creación normativa previsto en las Constituciones de los Estados parte (Corte IDH, 1986).

Por cuanto a las condiciones de limitación de carácter material, se refieren al respeto del contenido esencial del derecho. Sobre el particular, Cea (2002) señala que la esencia de los valores de los diferentes derechos se encuentra en el respeto a la dignidad humana, por lo que las restricciones a los derechos ¿no pueden convertirse en regla general, de la que resulte que la libertad e igualdad de las personas desaparezca o quede reducida al mínimo? (p. 599).

En ese sentido, el contenido esencial de los derechos fundamentales expresa el valor de cada uno de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución, resultado de la conjunción entre la dignidad humana y el núcleo esencial propio de cada derecho o libertad, o sea, aquello que resulta consustancial.

Esta condición nos indica que ni el legislador ni cualquier ente facultado para restringir un derecho fundamental puede establecer restricciones de tal suerte que afecte a los derechos en su esencia, es decir, en aquello que le resulta consustancial, de forma que ya no pueda reconocérsele.

Por último, se encuentran las condiciones de carácter lógico, que nos informan que las restricciones a los derechos fundamentales deben ser justificadas y proporcionales. La justificación se refiere a que las limitaciones tengan una causa o razón concreta, relacionada, por ejemplo, como se ha dicho, con la necesidad de proteger otros derechos o intereses sociales. Consecuentemente, la justificación debe estar amparada en situaciones que resulten razonables para que no sean arbitrarias o caprichosas.

La proporcionalidad en las limitaciones exige que los medios utilizados para cumplir con el fin a que se aspira resulten los apropiados (Häberle, 2003, p. 68). Esto nos remite a realizar una ponderación o balanceo de los derechos fundamentales o intereses que puedan resultar en conflicto, por lo cual se debe emplear el test de proporcionalidad o ley de la ponderación de Alexy (2002) atendiendo a los principios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

3. Marco constitucional y legal de régimen de salud pública en México frente a una epidemia o pandemia

La salud es un derecho fundamental y, por ende, un objetivo o finalidad constitucionalmente legítima que tiene el Estado mexicano, esto es, proteger y tutelar la salud de sus habitantes.

Así, el artículo 4º de la Constitución Federal nos indica que toda persona tiene derecho a la salud, dejando a la ley la definición de las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud, estableciendo la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de la misma Constitución (Congreso Constituyente, 1917).

De este primer acercamiento se tiene que el derecho a la salud impone al Estado una obligación positiva consistente en realizar todo cuanto esté a su alcance para proteger ese derecho y brindar los servicios necesarios para garantizarlo (médicos, hospitalarios, asistenciales, etcétera). Empero, también contiene una obligación de carácter negativo, de no hacer cosas que atenten contra ese derecho; por ejemplo, el Estado tiene la obligación de no contaminar el agua que se use para el consumo humano.

También se tiene que en el acceso a los servicios de salud participan concurrente- mente la Federación y los Estados, en términos de lo previsto por el artículo 73, fracción XVI de la Constitución Federal. Esto significa que cada nivel de gobierno tiene sus propias competencias, las cuales son señaladas por la propia Constitución y la ley de la materia, esto es, la Ley General de Salud (Cámara de Diputados del Congreso, 1984).

En la crisis sanitaria del covid-19 por la que atraviesa México, el derecho a la salud impone una obligación positiva al Estado, pero también conlleva una vertiente negativa, es decir, no obstaculizar o entorpecer la protección de la salud de las personas.

De igual manera, al ser el acceso a los servicios de salud una competencia concurrente tanto el presidente como los gobernadores tienen que hacer algo para afrontar el problema del covid-19. ¿Pero, qué es exactamente lo que le corresponde hacer a cada nivel de gobierno para enfrentar esta pandemia?

3.1 La actuación del Consejo de Salubridad General y de la Secretaría de Salud en el marco del covid-19

La fracción XVI del artículo 73 constitucional contiene tres bases importantes sobre el tema. La primera es la existencia de un Consejo de Salubridad General (CSG) que dependerá directamente del presidente de la República, sin intervención de ninguna Secretaría de Estado, y sus disposiciones generales serán obligatorias en el país. La existencia de este Consejo data de 1917, es decir, desde la Constitución originaria se prevé la existencia de ese consejo.

La segunda base es que en caso de epidemias de carácter grave (como la del covid-19, que ya fue incluso declarada una pandemia) o ¿peligro de invasión de enfermedades exóticas en el país, la Secretaría de Salud tendrá obligación de dictar inmediatamente las medidas preventivas indispensables, a reserva de ser después sancionadas por el presidente de la República? (Congreso Constituyente, 1917).

Y la tercera base es que ¿la autoridad sanitaria será ejecutiva y sus disposiciones serán obedecidas por las autoridades administrativas del País? (Congreso Constituyente, 1917).

Las atribuciones del CSG se encuentran establecidas en el artículo 17 de la Ley General de Salud (Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, 1984). Otra normativa importante que regula el funcionamiento del CSG es el Reglamento Interior del CSG (2009), en el que se establecen sus funciones, de las que llama especialmente la atención la prevista en la fracción XVII del artículo 9, que dispone que le corresponde al citado Consejo aprobar y publicar en el Diario Oficial de la Federación la declaratoria en los casos de enfermedades graves que sean causa de emergencia (como el covid-19) o atenten contra la seguridad nacional, por iniciativa propia o a solicitud por escrito de instituciones nacionales especializadas en la enfermedad, que sean acreditadas por el Consejo, en la que se justifique la necesidad de atención prioritaria? (CSG, 2020a).

Como se ve, el CSG tiene cierta autonomía en su funcionamiento y puede dictar determinaciones obligatorias para las autoridades de todos los niveles de gobierno. Tal y como aconteció con la sesión llevada a cabo por ese CSG el día 19 de marzo del 2020, por el que reconoció la epidemia de enfermedad por el virus SARS-CoV-2 (covid-19) en México, como una enfermedad grave de atención prioritaria, y se establecen las actividades de preparación y respuesta ante dicha epidemia?. De igual modo, en el acuerdo se resuelve que la Secretaría de Salud determinará todas las acciones que resulten necesarias para atender la enfermedad en cuestión.

Dicho acuerdo fue acompañado de lo establecido por la Secretaría de Salud, para dictar las medidas de prevención que se deben de aplicar para mantener el control de riesgos de la enfermedad SARSCoV-2 (covid-19). Es de notar que se dictó 13 días después de que la OMS declaró que dicha enfermedad se trataba de una pandemia (Secretaría de Salud, 2020a).

De igual manera, con fecha 30 de marzo de 2020, el CSG emitió un acuerdo que declaraba formalmente la emergencia sanitaria estableciendo la fuerza mayor. En este mismo sentido, el acuerdo resuelve que la Secretaría de Salud establecerá las acciones pertinentes para atender la emergencia (CSG, 2020b).

Sobre la actuación de la Secretaría de Salud, la Constitución en su artículo 76, fracción XVI, dispone lo que le corresponde hacer en caso de epidemias o enfermedades exóticas, señalando al efecto que tiene la obligación de regular las medidas preventivas para que sean sancionadas por el presidente de la República. Esto es, la Constitución asume que el órgano de mayor experiencia y competencia para hacer frente a una pandemia o crisis de salud pública es la Secretaría de Salud, a tal punto que le permite actuar ejecutivamente (rápido), sin necesidad de que el presidente sancione sus medidas a priori. Dichas medidas serán sancionadas a posteriori, es decir, la Secretaría de Salud puede dictar medidas rápidas sin tener la autorización del presidente (Congreso Constituyente, 1917).

Sin embargo, como se aprecia de los acuerdos dictados por el CSG de 23 y 30 de marzo del presente año, en contraposición a la lógica constitucional, se autorizó a la Secretaría de Salud para que determinará todas las acciones que resultaran necesarias con el fin de atender la

emergencia en cuestión, cuando en la especie no se requería dicha autorización del CSG, porque la misma ya viene dada desde la propia Constitución para que la Secretaría de Salud actuara de manera rápida y eficaz. Por lo que los acuerdos dictados por la Secretaría de Salud con fechas 24 y 31 de marzo del 2020, para atender el problema sanitario generado por el covid-19, podía haberlos emitido sin necesidad de contar con la autorización del CSG, pues se recuerda que en tratándose de epidemias y enfermedades exóticas, la Secretaría de Salud es la autoridad ejecutiva, y sus determinaciones son obligatorias para todas las autoridades administrativas en el país, incluso para las autoridades de los Estados y Municipios. Asimismo, el artículo 147 de la Ley General de Salud dispone que:

En los lugares del territorio nacional en que cualquier enfermedad transmisible adquiera *características epidémicas graves*, a juicio de la Secretaría de Salud, así como en los lugares colindantes expuestos a la propagación, *las autoridades civiles, militares y los particulares estarán obligados a colaborar con las autoridades sanitarias en la lucha contra dicha enfermedad*(Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, 1984).

Como se ve del anterior precepto, en los casos de epidemia, las autoridades civiles, militares y los particulares están obligados a colaborar con la Secretaría de Salud, en el entendido de que es la autoridad competente para dictar las medidas requeridas para hacer frente a la epidemia.

También el artículo 148 de la Ley General de Salud faculta:

A las autoridades sanitarias competentes (Secretaría de Salud) para utilizar como elementos auxiliares en la lucha *contra las epidemias*, todos los recursos médicos y de asistencia social de los sectores público, social y privado existentes en las regiones afectadas y en las colindantes, de acuerdo con las disposiciones de esta Ley y los reglamentos aplicables (Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, 1984).

Según el artículo 149, la Secretaría de Salud cuenta con la de facultad autorizar y permitir la internación en el territorio nacional de personas que padezcan enfermedades *infecciosas en periodo de transmisibilidad* que sean portadoras de agentes infecciosos o se sospeche que estén en periodo de incubación por provenir de lugares infectados, como en el caso del covid-19 (Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, 1984).

Incluso, para afrontar una epidemia, el artículo 152 de la Ley General de Salud estipula que las autoridades sanitarias (léase competentes, en el caso, la Secretaría de Salud, y de manera extensiva el CSG) ?podrán ordenar, por causas de epidemia, la clausura temporal de los locales o centros de reunión de cualquier índole? (Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, 1984).

De igual forma, el artículo 359 de la Ley General de Salud, determina que:

La Secretaría de Salud notificará a la Organización Mundial de la Salud de todas las medidas que haya adoptado, de modo temporal o permanente, en materia de sanidad internacional. Asimismo, informará a esta misma organización y con la oportunidad debida, sobre cualquier caso que sea de interés en la vigilancia epidemiológica de las enfermedades que se citan en el Reglamento Sanitario

Internacional, las que puedan *originar epidemias* (como la del covid-19) o cualesquiera otras que considere de importancia notificar (Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, 1984).

Tal y como se puede apreciar, la organización competencial resulta algo compleja, y esto se puede entender porque la protección a la salud implica la participación de varios niveles de gobierno, cada uno de ellos con su respectivo marco legal.

Ahora bien, ¿qué le corresponde realizar a las entidades federativas y municipios en una crisis de salud pública como la que atravesamos? ¿Pueden dictar medidas adicionales o que rebasen las adoptadas por el CSG o la Secretaría de Salud? ¿Pueden dichas autoridades dictar medidas que restrinjan o suspendan los derechos?

Del marco constitucional y legal referido se aprecia que no se otorga competencia expresa alguna a los gobiernos de las entidades federativas y municipios para dictar las medidas necesarias con el fin de hacer frente a una epidemia como la del covid-19.

Dicha situación es entendible desde el punto de vista constitucional, porque resulta más funcional y ejecutivo que la autoridad que determina la propia carta magna como la de mayor experiencia para hacer frente a una epidemia, dicte de manera rápida, incluso sin tener la autorización del presidente, todas aquellas determinaciones necesarias para hacer frente a la pandemia. Con lo que se evita también el dictado de medidas dispersas, difusas, inconexas y restrictivas de derechos de los gobiernos estatales y municipales, que por mucho que puedan actuar de buena fe no cuentan con la competencia para dictar medida alguna en estos casos.

Por tanto, la actuación de los gobiernos estatales y municipales ante la crisis de salubridad pública por la que se atraviesa consistiría en ejecutar y cumplir con los acuerdos emanados del CSG y de la Secretaría de Salud, pues resultan vinculantes y obligatorios para todas las autoridades del país. Y, claro está, de manera implícita también consistiría en proporcionar los servicios de salud necesarios para atender la epidemia en cuestión.

En ese orden de exposición, conforme a lo que hasta aquí hemos analizado, solo la autoridad sanitaria federal, ya sea el CSG o la Secretaría de Salud, pero especialmente esta última, es la facultada para dictar todas aquellas medidas necesarias para afrontar la crisis epidemiológica relacionada con el covid-19, por lo que las dictadas por las autoridades estatales y municipales no tienen basamento constitucional alguno.

Sin embargo, los mecanismos constitucionales para hacer frente a una pandemia no se agotan solo en los que se han detallado; también existe la suspensión de derechos prevista en el artículo 29 constitucional, medida que desde nuestra modesta opinión debe ser utilizada como última alternativa, siempre y cuando se haya procurado controlar la emergencia sanitaria a través de otras medidas menos lesivas de derechos, pero idóneas y necesarias para proteger la salud pública de cara a este virus del covid-19.

A continuación, se da cuenta de este mecanismo constitucional.

3.2. La restricción y suspensión de derechos como mecanismo para afrontar el covid-19 en México

La restricción y suspensión de derechos es un procedimiento constitucional en el que intervienen los tres poderes de la unión. El ejecutivo, que emite el decreto de restricción y suspensión de derechos; el legislativo, que lo aprueba y autoriza al ejecutivo la adopción de medidas necesarias para hacer frente a la situación extraordinaria; el judicial, a través de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que revisa oficiosamente la constitucionalidad y validez del decreto en cuestión con la mayor prontitud posible.

El texto del artículo 29 constitucional establece que la restricción y ? suspensión de derechos procede en los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto? (Congreso Constituyente, 1917) como puede ser la emergencia sanitaria originada por una epidemia como la del covid-19. En tal supuesto, el presidente de la República:

Con la aprobación del Congreso o de la Comisión Permanente, podrá restringir o suspender en todo el país o en un lugar determinado, el ejercicio de los derechos que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado (Congreso Constituyente, 1917).

En este sentido, no debe ser indeterminado, es decir, se debe señalar la temporalidad del decreto, es decir que:

Por medio de prevenciones generales y sin que la restricción o suspensión se contraiga a determinada persona. Si la restricción o suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación; pero si se verificase en tiempo de receso, se convocará de inmediato al Congreso para que las acuerde (Congreso Constituyente, 1917).

De acuerdo con lo dicho, es importante recalcar que en la emisión del decreto de restricción y suspensión:

No podrá restringirse ni suspenderse el ejercicio de los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los derechos de la niñez; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos. (Congreso Constituyente, 1917).

Esto significa que esos derechos no pueden restringirse ni suspenderse bajo ninguna condición. Adicionalmente, ?la restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías debe estar fundada y motivada en los términos establecidos por la Constitución y *ser proporcional al peligro a que se hace frente?* (Congreso Constituyente, 1917).

Esta exigencia significa que el decreto en cuestión debe estar lo suficientemente argumentado, con premisas jurídicas y fácticas, en las que se considere además la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en

sentido estricto de la medida (ello en atención a la proporcionalidad que señala la norma constitucional), en correlación al peligro que se afronta. Dicha medida debe cumplir con los principios de legalidad (soportada en la ley), racionalidad (bajo este principio no cualquier restricción o suspensión cabe, sino solo aquella que sea racional para hacer frente a la situación de peligro), proclamación (que implica que la suspensión sea aprobada y dada a conocer a la ciudadanía por quien sea competente para tomarla) y no discriminación (Congreso Constituyente, 1917).

La restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías puede concluir de dos maneras:

Bien sea por cumplirse el plazo o porque así lo decrete el Congreso. En tales supuestos, todas las medidas legales y administrativas adoptadas durante su vigencia quedarán sin efecto de forma inmediata. Y el Ejecutivo no podrá hacer observaciones al decreto mediante el cual el Congreso revoque la restricción o suspensión (Congreso Constituyente, 1917).

Finalmente, como garantía de que el decreto emitido por el ejecutivo con aprobación del Congreso de la Unión sea apegado a la Constitución, la Suprema Corte de Justicia de la Nación tiene la atribución de revisar su constitucionalidad y validez de manera oficiosa, lo cual deberá hacerlo con la mayor prontitud posible (Congreso Constituyente, 1917).

En suma, se considera que la restricción y suspensión de derechos y libertades prevista en el artículo 29 constitucional debe ser utilizada como último recurso para hacer frente a la emergencia de salud ocasionada por el covid-19, esto después de haber procurado contener la emergencia con otras medidas menos lesivas y restrictivas de derechos.

4. Parámetros constitucionales y convencionales aplicables a las autoridades sanitarias competentes para hacer frente a la pandemia del covid-19 en México (reflexión crítica y conclusiva)

El marco constitucional y legal de referencia nos invita a reflexionar sobre los alcances que deben tener las medidas sanitarias dictadas por las autoridades competentes para contener la emergencia. En este sentido, es pertinente plantear las siguientes cuestiones. ¿El procedimiento previsto en el artículo 29 constitucional es el único por el cual se pueden restringir o suspender derechos humanos para hacer frente a la pandemia? ¿Las medidas administrativas que dicten las autoridades competentes para hacerse cargo de la emergencia sanitaria pueden contener restricciones o suspender derechos humanos y sus garantías? ¿Hasta dónde pueden contener restricciones o suspender derechos las medidas implementadas por las autoridades sanitarias competentes? ¿Qué parámetros deben respetar las autoridades sanitarias competentes al momento de emitir acuerdos en los que se restrinjan o suspendan derechos? ¿Es constitucional y convencional restringir o suspender ciertos derechos fundamentales, como el derecho de acceso a la justicia, con motivo de la pandemia en cuestión?

Sobre el particular, se considera que, en principio, de una interpretación estricta de la normativa constitucional, el único procedimiento previsto para restringir y suspender derechos es el previsto en el artículo 29 constitucional. Por ende, una primera conclusión sobre el tema es que las medidas dictadas por las autoridades competentes para afrontar el problema epidemiológico del covid-19 no deberían tener restricciones y, menos, suspender los derechos humanos.

Sin embargo, en los hechos, en el actuar cotidiano de la autoridad (sin que se suponga una emergencia como la que se está afrontando) se pueden constatar actos tanto administrativos como legislativos que contienen restricciones a los derechos humanos, y ello no conlleva que necesariamente se tenga que seguir el procedimiento previsto en el artículo 29 constitucional.

Esto es entendible, porque las autoridades competentes tienen que atender cuestiones con la mayor prontitud posible para resolver los problemas que demanda la sociedad y, en una sociedad democrática pluralista, tomar determinaciones que tiendan a proteger fines, valores y derechos constitucionalmente legítimos, pero que pueden limitar o restringir otros derechos de la misma jerarquía e importancia.

Precisamente es lo que está sucediendo con la actuación de la Secretaría de Salud para tratar de resolver la problemática derivada del covid-19. Sus acciones en lo fundamental están encaminadas a proteger el derecho humano a la salud de todos los habitantes de la república, lo cual constituye una finalidad constitucionalmente legítima y una obligación del Estado mexicano. Pero para cumplir con esa finalidad, la Secretaría de Salud ha tenido que dictar medidas de prevención, de contención, y aquellas tendentes a evitar la propagación del virus covid-19, lo cual supone la limitación a otros derechos fundamentales de igual jerarquía al derecho a la salud, tal y como se puede desprender de las facultades contenidas en los artículos 148, 152 y 359 de la Ley General de Salud.

Así, por ejemplo, el acuerdo de la Secretaría de Salud por el que se establecen acciones extraordinarias para atender la emergencia sanitaria generada por el covid-19 contiene bastantes limitaciones a otros derechos fundamentales como la libertad de empresa, de comercio, de trabajo, de reunión, etcétera, tal y como se analiza a continuación (Secretaría de Salud, 2020b). En primer lugar, el acuerdo en cuestión ordenó:

A los sectores público, social y privado la suspensión inmediata, del 30 de marzo al 30 de abril de 2020, de las actividades no esenciales, con la finalidad de mitigar la dispersión y transmisión del virus SARS-CoV-2 en la comunidad, para disminuir la carga de enfermedad, sus complicaciones y la muerte por covid-19 en la población residente en el territorio nacional (Secretaría de Salud, 2020b).

Para tal efecto, se estimaron como actividades esenciales, entre otras, las siguientes: "La procuración e impartición de justicia; así como la actividad legislativa en los niveles federal y estatal" (Secretaría de Salud, 2020b).

El acuerdo en cita también contiene un exhorto emitido a todos los ciudadanos y residentes del territorio mexicano a acatar los mandatos de "resguardo domiciliario corresponsable del 30 de marzo al 30 de abril de 2020. Entendiendo por resguardo domiciliario corresponsable

a la limitación voluntaria de movilidad, permaneciendo en el domicilio particular o sitio distinto al espacio público, el mayor tiempo posible? (Secretaría de Salud, 2020b). Tal resguardo domiciliario corresponsable lo debían acatar de manera estricta todas las personas mayores de 60 años, las mujeres en estado de embarazo o puerperio inmediato, las personas que fuesen o hubiesen sido diagnosticadas con hipertensión arterial, con diabetes mellitus, las personas que sufriesen de alguna enfermedad cardíaca o pulmonar crónicas, inmunosupresión, insuficiencia renal o hepática, independientemente de si su actividad laboral se considere esencial. Así mismo se reconocía que el personal esencial podría de manera voluntaria presentarse a laborar (Secretaría de Salud, 2020b).

De igual manera, se pospusieron, ¿hasta nuevo aviso, todos los censos y encuestas a realizarse en el territorio nacional que involucren la movilización de personas y la interacción física (cara a cara) entre las mismas? (Secretaría de Salud, 2020b). Se dispuso que todas las medidas anteriores deberían aplicarse con estricto respeto a los derechos humanos de las personas (Secretaría de Salud, 2020b).

Como puede apreciarse, en el acuerdo en cuestión se contemplan restricciones severas a los derechos humanos, siendo las principales las relacionados con la libertad de empresa, comercio y trabajo, a través de la suspensión de *actividades no esenciales*, inferidas de la definición de las *actividades esenciales*.

El acuerdo en cuestión también contiene una restricción leve al derecho de libertad de circulación, a modo de un exhorto a toda la población residente en el territorio mexicano, incluida la que arribe al mismo procedente del extranjero y que no participa en actividades laborales esenciales, a cumplir con un resguardo domiciliario corresponsable del 30 de marzo al 30 de abril de 2020. Restricción que fue estricta para toda persona mayor de 60 años, en estado de embarazo o puerperio inmediato, con diagnóstico de hipertensión arterial, diabetes mellitus, enfermedad cardíaca o pulmonar crónicas, inmunosupresión (adquirida o provocada), insuficiencia renal o hepática, independientemente de si su actividad laboral se considera esencial.

Sobre el particular, cabe señalar que conforme al artículo 12, párrafo 3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se puede restringir la libertad de circulación cuando sea necesario para proteger la salud pública, y la restricción sea compatible con los demás derechos reconocidos en el pacto.

Ahora bien, sobre el debate de si una autoridad administrativa como la Secretaría de Salud puede emitir un acuerdo que restrinja o suspenda derechos humanos para hacer frente a la epidemia del covid-19 o se tiene que acudir al procedimiento del artículo 29 constitucional, se considera que la autoridad sanitaria en su acuerdo sí podría restringir ciertos derechos humanos que se estimen necesarios para superar la contingencia (no suspender), pero de una manera leve o moderada, es decir, no tan intensa, siempre haciendo una ponderación o balance de todos los derechos implicados en aras de no interferir de manera grave o severa con cualquiera de ellos, a tal punto que lo lleve a su completo

desconocimiento o vulnerar su contenido esencial, de acuerdo con lo anotado en el apartado de limitaciones a los derechos fundamentales (Alexy, 2002).

Esto es, en términos de la Resolución 1/2020 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), las restricciones deben cumplir con el principio de legalidad, ser necesarias en una sociedad democrática y, por ende, resultar estrictamente proporcionales para atender la finalidad legítima de proteger la salud? (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2020).

Para ello, la autoridad sanitaria tendría que haber recurrido al test de proporcionalidad tal y como lo define Alexy (2002, p. 147)? que se encuentra expresamente establecido en el artículo 29 constitucional para el caso de restricción y suspensión de derechos, como se destacó en el apartado correspondiente a las limitaciones de los derechos fundamentales? con el objeto de verificar que las medidas que atienden a la protección de un fin constitucional legítimo, como lo es el derecho a la salud, fueran las idóneas, necesarias y proporcionales para lograr su cometido, según cierta escala medible de restricción de los derechos, de tal suerte que no se lesionen de manera grave o hagan nugatorios otros derechos que interfieren en el logro de la finalidad constitucional, como bien pudiera ser, por ejemplo, el derecho de acceso a la justicia.

Un ejemplo muy sencillo sobre cómo opera lo antes dicho es la restricción impuesta por la autoridad sanitaria a la libertad de circulación, relativa al resguardo domiciliario corresponsable, que consiste en permanecer de manera voluntaria en el domicilio el mayor tiempo posible. Como se mencionó, la restricción a la libertad de circulación impuesta se estima de leve a moderada, porque no es un confinamiento de carácter obligatorio que lleve a una sanción en caso de incumplimiento.

Por lo que, si se hace una evaluación rápida de dicha medida, se tiene que en primer lugar atiende a un fin constitucional legítimo (la protección a la salud), por lo tanto se estima idónea porque guarda relación medio-fin, es decir, es apta para conseguir el fin constitucional legítimo. En cuanto a la necesidad, que atiende a buscar que la medida tomada sea la que menos interfiera de modo intenso o grave con otros derechos, se cumple, ya que, al no ser un confinamiento obligatorio, las personas tienen la oportunidad de disfrutar de su derecho a la libre circulación sin que nadie las sancione si deciden salir de sus domicilios. Y finalmente, en cuanto a la proporcionalidad de la medida, en función a la idoneidad y necesidad, se concluye que permite el cumplimiento del fin constitucional legítimo e interfiere en menor grado con el derecho a la libertad de circulación.

Consecuentemente, como se apuntó, la autoridad sanitaria competente sí tendría competencia para emitir medidas para contener el covid-19 que contengan ciertas restricciones leves o moderadas a los derechos, como la analizada muy superficialmente, sin tener que acudir al procedimiento del artículo 29 constitucional.

Empero, cuando las medidas dictadas por la autoridad sanitaria restrinjan de modo grave o severo otros derechos humanos, a tal punto de afectar el contenido esencial del derecho, así sea para cumplir con un

fin constitucional legítimo como lo es la protección a la salud, en nuestra modesta opinión se tendría que acudir al procedimiento de suspensión de derechos previsto por el artículo 29 constitucional, ya que este viene reforzado por varias garantías a favor de las personas, que en principio impedirían que se tomaran decisiones arbitrarias sobre los derechos, según se analizó en su oportunidad (por ejemplo el artículo 29 constitucional señala los derechos humanos que no se pueden suspender bajo ninguna condición, un control parlamentario por parte del poder legislativo, la obligación de motivar las restricciones en función a la proporcionalidad de las medidas tomadas, la revisión oficiosa que debe efectuar la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre el decreto de restricción o suspensión de derechos, entre otras).

Sobre el particular, y con la finalidad de que esto contribuya al debate y reflexión sobre el tema, en nuestra opinión, el acuerdo dictado por la Secretaría de Salud que se analiza contiene una serie de restricciones graves o severas a los derechos de libre empresa, comercio y empleo, que se materializaron con la suspensión de actividades consideradas como no esenciales, a partir de la definición por denotación de aquellas que se consideraron esenciales.

Lo anterior, porque en principio no se aprecia el criterio bajo el cual se definieron las actividades esenciales, lo que dejó a muchas otras empresas, comercios y personas sin posibilidad de seguir desarrollando su actividad. Y, además, no se puede percibir que la restricción para las actividades consideradas como no esenciales sea una medida idónea, necesaria y proporcional para conseguir el fin constitucional legítimo, y sí contiene una restricción severa a los derechos de libertad de empresa, comercio y empleo, porque conlleva una prohibición absoluta para aquellas actividades no esenciales.

En vista de lo anterior, se considera que el acuerdo en cuestión emitido por la Secretaría de Salud, en mayor parte se trata de un acuerdo de restricción severa de derechos humanos, por lo que se tenía que haber acudido al procedimiento previsto en el artículo 29 constitucional.

Incluso, en vísperas de un avance más preocupante de la pandemia, y teniendo en cuenta que la experiencia en otros países (como España, Francia e Inglaterra) sugiere una restricción más severa al derecho de libre circulación, se considera que ni la Secretaría de Salud (ni mucho menos las autoridades estatales y municipales) tendrían atribuciones para decretar un toque de queda o limitaciones más severas a la libertad de circulación, por lo que necesariamente tendría que acudirse al procedimiento previsto en el 29 de nuestra carta fundamental.

De lo anterior se puede destacar la necesidad de un marco regulatorio más claro en materia de limitación de derechos fundamentales en los casos de una emergencia sanitaria como la que estamos atravesando, con la finalidad de dejar claro a las autoridades administrativas competentes (CSG y Secretaría de Salud Federal), los derechos que puede limitar, los que no pueden limitar, su grado de afectación y limitación, la temporalidad de la limitación, y la posibilidad de un control parlamentario o judicial a posteriori. Ello con el objetivo de garantizar

que las medidas dictadas por las autoridades competentes sean las idóneas, necesarias, proporcionales y sean lo menos invasivas de otros derechos humanos de igual importancia que el derecho a la salud y a la vida.

Adicionalmente, se observa con preocupación que algunas otras autoridades no competentes también han restringido y, hasta cierto punto, suspendido algunos derechos humanos, que de acuerdo con el artículo 29 constitucional no pueden suspenderse ni restringirse bajo la declaratoria prevista en ese mismo precepto y, mucho menos, por acuerdos adoptados por esas autoridades.

Como ejemplo podemos referir que el derecho a la protección judicial o el derecho de acceso a la justicia se vio mermado con el Acuerdo 3/2020, emitido por el máximo tribunal constitucional, el 17 de marzo de 2020, mediante el cual se suspenden actividades jurisdiccionales y, por ende, se declaran inhábiles los días que comprenden del dieciocho de marzo al diecinueve de abril de dos mil veinte, y se habilitan los días que resulten necesarios para proveer sobre la admisión y suspensión de controversias constitucionales urgentes (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2020).

Asimismo, siguiendo la dinámica del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el pleno del Consejo de la Judicatura Federal (CJF), con fecha 17 de marzo del 2020, emitió el Acuerdo General 4/2020, relativo a las medidas de contingencia en los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial de la Federación por el fenómeno de salud pública derivado del covid-19. En dicho acuerdo se determinó suspender las funciones jurisdiccionales en los órganos del Poder Judicial de la Federación del 18 de marzo al 19 de abril del 2020. Y como consecuencia de ello se determinó que:

no corrieran plazos y términos procesales, ni se celebraran audiencias y tampoco se llevaran a cabo sesiones de los Plenos de Circuito. Quedando exceptuados de la medida anterior, los órganos jurisdiccionales que se encuentren de guardia, exclusivamente para la atención de asuntos urgentes, entendiéndose por éstos, los comprendidos en los artículos 15 de la Ley de Amparo y 48, fracciones I, III a IX, XI y XII del Acuerdo General del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, que establece las disposiciones en materia de actividad administrativa de los órganos jurisdiccionales (Consejo de la Judicatura Federal, 2020a).

Dichas determinaciones fueron ampliadas deliberadamente mediante diversos acuerdos, y se mantuvieron vigentes hasta el último día de julio del 2020, fecha en que se emitió el acuerdo para reanudar los plazos procesales y el funcionamiento escalonado de los órganos judiciales del poder judicial de la federación (Consejo de la Judicatura Federal, 2020b; 2020c; 2020d; 2020e; 2020f; 2020g).

Como se puede apreciar, si bien no se paralizó por completo la actividad jurisdiccional en los órganos del poder judicial de la federación, el derecho de acceso a la justicia se vio significativamente limitado desde el inicio de la pandemia en México. Ello aun cuando, de conformidad con el acuerdo de la Secretaría de Salud del 31 de marzo de 2020, *la administración de justicia fue considerada una actividad esencial*, y por ende, no podía haber sido restringida ni suspendida bajo ningún motivo.

Incluso dichas determinaciones de los plenos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Consejo de la Judicatura Federal fueron seguidas por la gran mayoría de tribunales del país ?un ejemplo de ello lo tenemos en el Estado de Durango, el cual también suspendió actividades de manera paralela a los órganos del Poder Judicial de la Federación?, lo que implica básicamente una interferencia grave al derecho de acceso a la justicia, el que de acuerdo con el artículo 29 constitucional no puede ser restringido ni suspendido ni siquiera bajo el procedimiento excepcional que prevé el precepto constitucional en cita.

Consecuentemente, nos parece reprochable la conducta de nuestro máximo tribunal constitucional, del pleno del Consejo de la Judicatura Federal y de la gran mayoría de los tribunales del país, que so pretexto de la emergencia sanitaria originada por el covid-19 restringieron por un buen tiempo el acceso a la justicia, siendo un derecho constitucional y convencional que no puede restringirse, mucho menos suspenderse, ni aún en el contexto de una emergencia sanitaria (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2020).

Referencias

- Alexy, R. (2002). *Teoría de los derechos fundamentales*. Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Cea, J. (2002). *Derecho Constitucional Chileno*. Tomo II. Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (1998). *Observaciones de la Comisión al escrito del Estado de Panamá de 29 de junio de 1998*. <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/baena/replica.pdf>.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2020, 10 de abril). Resolución 1 de 2020. *Pandemia y Derechos Humanos en las Américas*. <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1987). *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías*. Serie A N.º 8. Opinión Consultiva OC-8/87. www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_08_esp.doc
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1986, 9 de mayo). *La expresión ? leyes? en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86. http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_06_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2007, 4 de julio). Sentencia. *Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador*. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_166_esp1.pdf.
- Fernández González, M. A. (2002). Aspectos constitucionales de la nueva ley de OP AS. *Revista Chilena del Derecho*, 29(3), 685-697. <https://www.jstor.org/stable/41613283>
- Häberle, P. (2003). *La Garantía del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales*. Ed. Dykinson.
- México. Cámara de Diputados del Congreso de la Unión. (1984, 7 de febrero). Ley General de Salud. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/142_190221.pdf

- México. Congreso Constituyente. (1917, 5 de febrero). *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Constitucion_Politica.pdf
- México. Consejo de la Judicatura Federal. (2020a, 18 de marzo). *Acuerdo General 4/2020. Relativo a las medidas de contingencia en los órganos jurisdiccionales por el fenómeno de salud pública derivado del virus covid-19*. Diario Oficial de la Federación. http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5589993&fecha=20/03/2020
- México. Consejo de la Judicatura Federal. (2020b). *Acuerdo General 6/2020*. https://www.cjf.gob.mx/resources/index/infoRelevante/2020/pdf/AcuerdoGeneral6_2020.pdf
- México. Consejo de la Judicatura Federal. (2020c). *Acuerdo General 8/2020*. https://www.cjf.gob.mx/resources/index/infoRelevante/2020/pdf/AcuerdoGeneral8_2020.pdf
- México. Consejo de la Judicatura Federal. (2020d). *Acuerdo General 10/2020*. https://www.cjf.gob.mx/resources/index/infoRelevante/2020/pdf/AcuerdoGeneral10_2020.pdf
- México. Consejo de la Judicatura Federal. (2020e). *Acuerdo General 12/2020*. https://www.cjf.gob.mx/resources/index/infoRelevante/2020/pdf/AcuerdoGeneral12_2020.pdf
- México. Consejo de la Judicatura Federal. (2020f). *Acuerdo General 13/2020*. https://www.cjf.gob.mx/resources/index/infoRelevante/2020/pdf/AcuerdoGeneral13_2020.pdf
- México. Consejo de la Judicatura Federal. (2020g). *Acuerdo General 21/2020*. http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5597627&fecha=31/07/2020 México.
- México. Consejo de Salubridad General. (2009, 11 de diciembre). *Reglamento Interior del Consejo de Salubridad General*. Diario Oficial de la Federación http://www.csg.gob.mx/descargas/pdf/normatividad/Reglamento_Interior_del_CSG-2013.pdf
- México. Consejo de Salubridad General. (2020a, 23 de marzo). *Acuerdo del csg por el que se reconoce la epidemia de enfermedad por el virus SARS-CoV2 (covid-19) en México, como una enfermedad grave de atención prioritaria, así como se establecen las actividades de preparación y respuesta ante dicha epidemia*. Diario Oficial de la Federación. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5590161&fecha=23/03/2020
- México. Consejo de Salubridad General. (2020b, 30 de marzo). *Acuerdo del csg por el que se declara como emergencia sanitaria por causa de fuerza mayor, a la epidemia de enfermedad generada por el virus SARS-CoV2 (covid-19)*. Diario Oficial de la Federación. http://dof.gob.mx/2020/CSG/CSG_300320_VES.pdf México.
- México. Secretaría de Salud. (2020a, 24 de marzo). *Acuerdo por el que se establecen las medidas preventivas que se deberán implementar para la mitigación y control de los riesgos para la salud que implica la enfermedad por el virus SARS-CoV2 (COVID-19)*. Diario Oficial de la Federación. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5590339&fecha=24/03/2020
- México. Secretaría de Salud. (2020b, 31 de marzo). *Acuerdo por el que se establecen acciones extraordinarias para atender la emergencia sanitaria generada por el virus SARS-CoV2*. Diario

- Oficial de la Federación. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5590914&- fecha=31/03/2020&print=true
- México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2020, 18 de marzo). Acuerdo General 3/2020. *Por el que se suspenden actividades jurisdiccionales(...)*. Diario Oficial de la Federación. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5589708&fecha=18/03/2020
- Nogueira Alcalá, H. (2008). *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales*, Tomo I. (2.a ed.). Ed. Librotecnia.
- Organización de Estados Americanos. (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm.
- Organización de Estados Americanos. (1976). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Consultada el 22 de enero de 2021. <https://www.ohchr.org/sp/profesionalinterest/pages/cescr.aspx>
- Organización Mundial de la Salud. (2020, 11 de marzo). *Alocución de apertura del Director General de la oms en la rueda de prensa sobre la covid-19 celebrada el 11 de marzo de 2020*. <https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-1911-march-2020>
- Pereira Menaut, A. (2006). *Teoría Constitucional*. Editorial Lexis Nexis.
- Prado, M. (2007). Limitación de los Derechos Humanos. Algunas Consideraciones Teóricas. *Revista Chilena de Derecho*, 34(1), 61-90. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372007000100005>
- Prieto Sanchís, L. (2003). *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Editorial Trotta.
- Redacción Médica. (2020, 16 de marzo). Coronavirus, origen y evolución y por qué no es igual que el SARS y el MERS. En *Redacción Médica*. Consultada el 30 de marzo de 2020. <https://www.redaccionmedica.com/secciones/sanidad-hoy/coronavirus-origen-evolucion-por-que-no-es-igual-sars-mers-1429>

Notas

¹ Licenciado en Derecho. Maestro en Derecho. Especialista en Derecho Penal. Especialista en Justicia Constitucional y Procesos Constitucionales. Doctor en Derecho. Docente investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Juárez del Estado de Durango. Correo electrónico: raul.montoya@ujed.mx. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9731-2443>.

Información adicional

Cómo citar este artículo: Montoya Zamora, R. (2021). Parámetros constitucionales y convencionales aplicables a la limitación de derechos en el contexto del covid-19 en México. *Nuevo Derecho*; 17(28): 1-23. <https://doi.org/10.25057/2500672X.1384>

Enlace alternativo

<https://revistas.iue.edu.co/index.php/nuevodercho/article/view/1384>
(html)