

Lagunas en los mecanismos constitucionales de restricción y suspensión de derechos y garantías en México: la última secuela pendiente de la pandemia COVID-19

Gaps in the constitutional mechanisms of restriction and suspension of rights and guarantees in Mexico: the last pending sequel of the COVID-19 pandemic

Pablo Latorre Rodríguez

 <https://orcid.org/0000-0002-1660-8948>

Universidad Autónoma de Baja California. México

Correo electrónico: platorre@uabc.edu.mx

Recepción: 26 de junio de 2023

Aceptación: 23 de agosto de 2023

Publicación: 28 de junio de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2024.51.19263>

RESUMEN: En México la restricción y suspensión de derechos se encuentran recogidas en el artículo 29 constitucional. Sin embargo, este artículo carece de una ley reglamentaria que desarrolle y concrete su contenido. Por otro lado, la Constitución mexicana incluye en su artículo 73, fracción XVI, disposiciones especiales en caso de emergencia sanitaria. La pandemia generó una coyuntura inédita, ante la cual los estados implementaron medidas extraordinarias sirviéndose de instrumentos jurídicos para la creación de un marco de actuación más eficaz contra el virus. En este trabajo analizamos los paradigmas relativos a la restricción y suspensión de derechos y su regulación en nuestro país; para posteriormente examinar su praxis a la luz de las medidas aplicadas aproximándonos al ejemplo concreto de la pandemia COVID-19. **Palabras clave:** restricción de derechos, suspensión de derechos, estado de excepción, derechos fundamentales, COVID-19.

ABSTRACT: In Mexico, the restriction and suspension of rights are included in article 29 of the Constitution. However, this article lacks a regulatory law that develops and specifies its content. On the other hand, the CPEUM includes in its article 73 section XVI special provisions in case of health emergency. The pandemic generated an unprecedented situation, in which the states implemented extraordinary measures using legal instruments to create a more effective framework for action against the virus. In this paper we analyze the paradigms related to the restriction and suspension of rights and their regulation in our country; to later

examine its praxis in light of the measures applied, approaching the specific example of the COVID-19 pandemics.

Keywords: restriction of rights, suspension of rights, state of exception, fundamental rights, COVID-19.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Restricción y suspensión constitucional de derechos: orígenes y formas*. III. *Regulación de la restricción y/o suspensión constitucional de derechos en México*. IV. *Restricción y/o suspensión de derechos en México durante la pandemia COVID-19*. V. *Análisis de los déficits regulatorios de la restricción y suspensión de derechos y garantías en México*. VI. *Conclusiones*. VII. *Referencias*.

I. INTRODUCCIÓN

Entre todas las consecuencias provocadas por la pandemia COVID-19 (humanas, sociales, económicas, etcétera), y pese a la evidente recuperación alcanzada desde entonces, una de ellas todavía sobrevive en nuestro país: el déficit regulatorio de la restricción y suspensión de derechos. En puridad, este déficit no es fruto de la pandemia, sino que lo arrastramos desde mucho antes. Si bien es cierto, que, con ocasión de esta coyuntura inédita, la citada deficiencia se puso de manifiesto de manera obvia sacándola del olvido en el que, un tema capital para nuestro derecho constitucional, lleva sumido tantos años.

Cuando en todo el mundo se hacía imperioso tomar medidas extraordinarias para enfrentar la lucha contra el virus a través de las diferentes formas que adoptan los derechos de excepción en los distintos países, en México se implementó un método tan potencialmente nocivo para la integridad del Estado de derecho como es el previsto en la fracción XVI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), tal y como más adelante argumentaremos. Esta circunstancia no generó debate alguno, sino que automáticamente se asumió que era la herramienta más apropiada para este fin.

La hipótesis que vertebra este trabajo es que nuestro ordenamiento jurídico no dispone de instrumentos adecuados para hacer frente, apropiadamente y con pleno respeto a la separación de poderes y la preservación de los derechos fundamentales, a situaciones de emergencia como las generadas por la pandemia COVID-19 y otras asimilables: el 29 constitucional continúa sin su prevista y obligada regulación reglamentaria, lo cual lo convierte en inútil en la práctica, y la vía prevista en el artículo 73, fracción XVI, plan-

tea severas dudas en cuanto a la vulneración de principios constitucionales fundamentales, tales como la separación de poderes, o el correspondiente control judicial aplicable a las actuaciones gubernamentales.

En este texto comenzaremos presentando un somero repaso de los orígenes y formulaciones que la restricción y suspensión de derechos ha detentado desde su origen constitucional; para, a continuación, realizar un análisis de la regulación que de ello existe en nuestro país, repasando el episodio concreto de su aplicación con ocasión de la pandemia COVID-19, y finalizar examinando a conciencia las lagunas normativas detectadas. Como colofón, ofreceremos unas conclusiones donde se concentre todo lo tratado y se planteen algunas propuestas para saldar estos déficits.

II. RESTRICCIÓN Y SUSPENSIÓN CONSTITUCIONAL DE DERECHOS: ORÍGENES Y FORMAS

A modo de contextualización dedicaremos este primer apartado a exponer los orígenes y distintas materializaciones que ha tenido la restricción y/o suspensión constitucional de derechos. El primer antecedente formal lo encontramos en la Constitución Francesa del año VIII (1799),¹ la cual contempla que “En caso de una rebelión a mano armada, o desórdenes que amenacen la seguridad del Estado, la ley puede suspender, en los lugares, y por el tiempo que determine, el imperio de la Constitución” (art. 92). Observamos aquí que la propia Constitución establece que, ante supuestos excepcionales (debidamente tasados, aunque con una imprecisión que proporciona una conveniente amplitud) la misma puede quedar en suspenso. El ordenamiento no se anula, sino que entra en una fase de suspensión que le sirve para resistir a circunstancias insólitas que ponen en peligro su propia permanencia.

Originalmente, la potestad para llevar a cabo esta medida recaía en el Legislativo, sin embargo, a partir de mediados del siglo XIX este poder se desliza hacia el Ejecutivo (Benavides, 2006, p. 131), aunque siempre pendiente de una ratificación posterior por parte del Parlamento.

Esta idea será retomada y desarrollada hasta sus últimas consecuencias por el filósofo alemán Carl Schmitt (1999; 2009), quien en la década de los veinte del siglo XX acuñó la figura jurídica del estado de excepción (*Ausnahmezustand*). Schmitt plantea esta solución como el último recurso para

¹ Si bien es cierto que desde la antigua Roma se contemplaba la figura de la *dictadura*.

mantener el orden, y restablecerlo en caso de grave alteración o desorden. En este punto es importante señalar que en la formulación schmittiana el estado de excepción consiste en un estado distinto del imperio normal de la ley (Žižek, 2004, p. 131), en el que un soberano se pone fuera de esta para restablecer su orden (Flores, 2014, p. 63). Aunque más adelante entenderemos el estado de excepción como un procedimiento temporal y transitorio, y no como una fase que tienda a la permanencia, sin embargo, para el filósofo alemán, lo excepcional es una constante (Vega y Avella, 2018, p. 12), y, bajo esta interpretación, se corre un inmenso riesgo, ya que, tal y como expone Lucas (1987): “el Estado suspende la ley en la excepción sobre la base de su derecho de autopreservación” (p. 79). Es así como esta figura acabó justificando la abolición del orden constitucional de Weimar a partir de 1933,² y particularmente Schmitt en su artículo *Der Führer schützt das Recht* (“El Führer defiende el Derecho”, 1934).

El desarrollo de la institución jurídica del estado de excepción fue reanudado en época más reciente por el filósofo italiano Giorgio Agamben. En su obra *Estado de excepción. Homo sacer II, I* (2010). Agamben describe esta institución como una suspensión del orden jurídico de carácter provisional y extraordinario que actúa de manera excepcional —y, este es el *quid*— con el fin original de salvar el propio ordenamiento ante determinados acontecimientos que lo ponen en peligro.

Textualmente Agamben (2010) aclara:

El problema del estado de excepción se pone en relación con un problema de particular interés en la teoría jurídica, el de las lagunas del derecho [...], una suspensión del ordenamiento jurídico vigente para garantizar su existencia. Lejos de responder a una laguna normativa, el estado de excepción se presenta como la apertura en el ordenamiento de una laguna ficticia con el objeto de salvaguardar la existencia de la norma y su aplicabilidad a la situación ordinaria. La laguna no es interna a la ley, sino que se refiere a su relación con la realidad, a la propia posibilidad de su aplicación. Es como si el derecho contuviera una fractura esencial que se sitúa entre el establecimiento de la norma y su apli-

² El artículo 48 de la Constitución de Weimar de 1919 expone lo siguiente: “Cuando en el Reich alemán se hayan alterado gravemente o estén en peligro la seguridad y el orden público, el presidente del Reich puede adoptar las medidas necesarias para el restablecimiento de dicha seguridad y orden públicos, incluso con la ayuda de las fuerzas armadas. A este efecto, puede suspender en todo o en parte los derechos fundamentales establecidos en los artículos 114, 115, 117, 118, 123, 124, y 153”.

cación y que, en el caso extremo, sólo puede componerse por medio del estado de excepción, es decir creando una zona en la que la aplicación es suspendida, pero la ley permanece, como tal, en vigor. (pp. 48-49)

Ante esta institución jurídica de tan extraordinaria índole resulta inevitable que las dudas en torno a su naturaleza surjan inmediatamente. El autor italiano admite que “la propia definición jurídica del término se hace difícil por su situación en el límite entre la política y el derecho” (pp. 9-10), exponiendo la diversidad de opiniones en cuanto al lugar en el que se ubica el estado de excepción, si lo hace dentro del Derecho o se sitúa en un plano exterior a éste y por tanto completamente extrajurídico (pp. 38-39). ¿Cómo es posible que en el propio ordenamiento se incluya una enmienda a sí mismo? ¿Cómo es posible, igualmente, que en el propio ordenamiento exista una laguna por la que quede indefenso ante determinadas circunstancias excepcionales? Agamben (2010) supera esta paradoja declarando que “en verdad, el estado de excepción no es ni exterior ni interior al ordenamiento jurídico y el problema de su definición se refiere propiamente a un umbral, o una zona de indiferencia, en que dentro y fuera no se excluyen, sino que se indeterminan”, y concluye, “la suspensión de la norma no significa su abolición y la zona de anomia que instaura no está (o, por lo menos, pretende no estar) exenta de relación con el orden jurídico” (p. 39).

Benavides (2006) entiende que la reelaboración agambeniana del estado de excepción se refiere en esencia a los poderes de emergencia que encontramos en casi todas las Constituciones, pero que el concepto schmittiano era distinto en cuanto a que las medidas predeterminadas en el texto constitucional no son aplicables en un caso de extrema necesidad ya que “el derecho es incapaz de prevenir lo que sucede en la situación concreta [...] la ley no puede decidir acerca de la situación concreta y por tanto el soberano es aquel que tiene el poder para decidir acerca de esa situación [...] [esto es] la excepción” (pp. 129-130).

En cualquier caso, este apartado es únicamente contextualizador del objeto central de este trabajo,³ ya que respecto al planteamiento de la restricción, limitación o suspensión constitucional de derechos, nuestro trabajo se enfoca en las medidas extraordinarias que se ponen en marcha ante circunstancias excepcionales, consistentes en un desajuste entre el caso teórico

³ Para una mayor profundización en este debate se recomienda el artículo de Taccetta (2015).

y la realidad que no supone otra cosa que un vacío o laguna en su planteamiento respecto a su implementación para determinados casos. Pues bien, la naturaleza de estas medidas constituye un asunto complejo en cuanto a su atipicidad se refiere. Se trata de actuaciones que, sin dejar de tener carácter jurídico, al mismo tiempo poseen carácter político. Pero lo verdaderamente importante es la finalidad que subyace a las mismas, y es que tras lo que aparentemente parece una contradicción se encuentra una idea sumamente audaz: suspender el sistema cuando éste se encuentra en peligro garantiza su supervivencia, y lo que en un principio pudiera suponer una traición a su espíritu se convierte en la salvaguardia de su integridad.⁴

La vigencia de la propuesta de Schmitt la encontramos en múltiples manifestaciones de nuestra realidad,⁵ e incluso la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos (1987) propuso que “la suspensión de las garantías puede ser, en algunas hipótesis, el único medio para atender a situaciones de emergencia pública y preservar los valores superiores de la sociedad democrática” (párrafo 20).

III. REGULACIÓN DE LA RESTRICCIÓN Y/O SUSPENSIÓN CONSTITUCIONAL DE DERECHOS EN MÉXICO

En México, el artículo 29 de la CPEUM establece la posibilidad de “restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías” constitucionales de un modo semejante a como lo hacen otras Constituciones con el nombre de estado de excepción o análogos (aunque aquí no reciba un nombre de este tipo), en los siguientes términos:

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, solamente el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, con la aprobación del Congreso de la Unión o de la Comisión Permanente cuando aquel no estuviere reunido, podrá restrin-

⁴ Para un mayor interés en la dimensión democrática del estado de excepción véase Ordóñez y Flores (2022).

⁵ Piana (2020) expone: “Los problemas de legitimidad y legalidad de nuestra Latinoamérica, la neutralización de los políticos por la tecnocracia impulsados actualmente por la Nueva Gestión Pública; los absolutismos de la democracia que han llevado al *Brexit*, un (neo)liberalismo que desde “los mercados” sigue minando la autoridad de los Estados, son problemas similares a los que Schmitt denuncia” (p. 34).

gir o suspender en todo el país o en lugar determinado el ejercicio de los derechos y las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, 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. (párrafo 1)

Este artículo es heredero directo del artículo 29 de la Constitución precedente de 1857 cuya redacción es prácticamente similar. Hasta ese momento, únicamente la Constitución de Cádiz de 1812 había contemplado figuras de excepción.⁶ Sin embargo, esta Constitución tuvo una limitada vigencia en nuestro territorio, aunque sin duda supuso un referente ineludible para el constituyente mexicano (Giles y Cruz, 2019, p. 13), el cual, sin embargo, no establecerá la suspensión de garantías como tal en ninguno de los textos constitucionales hasta 1857, manteniéndose una redacción levemente más precisa en el de 1917.⁷

Posteriormente, y a lo largo del siglo XX y comienzos del siglo XXI, el artículo fue modificado en varias ocasiones para introducir cambios menores y/o de carácter técnico-formal. Los más relevantes fueron los siguientes: en 1981 se sustituyó la referencia al “Consejo de Ministros” por la de “los Titulares de las Secretarías de Estado, los Departamentos Administrativos y la Procuraduría General de la República” (*Diario Oficial de la Federación [DOF]*, 21/04/1981); en 2007 desapareció la referencia a los Departamentos Administrativos y se sustituyó el término “Presidente de la República Mexicana” por el de “Presidente de los Estados Unidos Mexicanos” (*DOF*, 02/08/2007), y en 2014 se eliminó el potencial acuerdo del Gabinete, reservando la iniciativa únicamente al presidente (*DOF*, 10/02/2014).

Pero fue en 2011, en el marco de la gran reforma constitucional en materia de derechos humanos (*DOF*, 10/06/2011), cuando se produjeron las modificaciones más profundas. La modificación llevada a cabo en el primer párrafo del artículo toca, por fin, dos cuestiones de fondo: la desaparición del término “garantías individuales” y su sustitución por “derechos y garan-

⁶ Artículos 308 para suspensión de formalidades en el arresto de delincuentes en circunstancias extraordinarias, y 364 y 365 respecto a las milicias no regulares.

⁷ El texto de Peniche (2006, p. 96 y ss.) es un excelente análisis en este sentido.

tías”, mucho más acorde con el nuevo paradigma; y la diferenciación entre restricción y suspensión de derechos, donde el primero de los casos no implica una *pérdida* del derecho en cuestión, sino simplemente la imposición de determinados límites a su ejercicio, mientras que la suspensión conlleva la *pérdida* temporal, pero completa, del mismo. Además, esta reforma de 2011 incrementó la extensión del artículo en cuatro párrafos más, pasando de uno a cinco. En los nuevos párrafos se enumeraron una serie de derechos que no pueden restringirse ni suspenderse en su ejercicio, incorporando, pues, un área de excepción;⁸ se exigió la proporcionalidad en la restricción y/o suspensión, y la observancia de los principios de legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación en su ejercicio; se matizó el poder del ejecutivo al establecer la participación del legislativo en la finalización de estas medidas, y se remató añadiendo la revisión por parte de la SCJN de los decretos expedidos por el Ejecutivo durante el tiempo que durase la restricción o suspensión establecida (párrafo 5), diluyendo así el poder que tiene el presidente en la concepción *schmittiana* del estado de excepción al abrir la puerta a una intervención pluralista de los demás poderes (Pineda, 2022, p. 97).

Por último, la reforma constitucional de junio de 2011 obligaba al legislativo a la creación de una norma que desarrollase el artículo referido en el plazo de un año,⁹ por lo que la definición final de la restricción o suspensión del artículo 29 de la CPEUM no está terminada. La ley de desarrollo resultó polémica desde sus inicios, debido al posible recorte de derechos y libertades que pudiera implicar, y también a su eventual utilización incorrecta en una etapa en la que la llamada “Guerra contra el narco” proyectaba su sombra ante una potencial militarización fáctica de la esfera civil.¹⁰ Ya previamente a la citada reforma, tampoco se había procedido a ningún desarrollo legislativo de este precepto, tal vez para evitar veleidades autoritarias presi-

⁸ “En los decretos que se expidan, 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”. CPEUM, artículo 29, párrafo 2.

⁹ DECRETO por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la CPEUM, art. Cuarto Transitorio. *DOF*, 10/06/2011.

¹⁰ Muy interesante a este respecto resulta el trabajo de Velasco (2016).

denciales respecto a su aplicación (Pineda, 2022, p. 97); pero, sobre todo, en el contexto de violencia y lucha contra el crimen organizado las dudas acerca del desarrollo de esta regulación se hicieron más evidentes (Flores, 2014, pp. 77-91). En este sentido, las posturas van desde aquellos que, durante la discusión de la Ley de Seguridad Interior y también de la Guardia Nacional, consideraban la expedición de la Ley Reglamentaria del Artículo 29 Constitucional una alternativa viable para regular la participación de las Fuerzas Armadas en labores de seguridad pública (Giles y Cruz, 2019, p. I), hasta aquellos para los que tal extremo era calificado directamente como una irresponsabilidad (Dorantes, 2012, p. 399). Es por todo ello que el proceso legislativo en cuestión resultó indigesto (lo está resultado todavía). A continuación, hacemos un breve recorrido por su frustrada tramitación.

El plazo establecido para la expedición de la norma por la reforma constitucional de 2011 vencía en junio de 2012. Este plazo se cumplió sin que la ley se promulgase. En 2013 el Ejecutivo presentó la iniciativa como proyecto de decreto y, tras la fase legislativa que tuvo lugar en las comisiones correspondientes, en 2015 la Cámara de Senadores aprobó la Ley Reglamentaria turnándola a la Cámara de Diputados. Ésta a su vez la turnó a su Comisión de Derechos Humanos, la cual la aprobó hasta por dos veces, la última en diciembre de 2016;¹¹ pero su discusión permanece postergada en la Cámara de Diputados. Nunca se abordó en la legislatura LXIII, ni tampoco en lo que llevamos de la LXIV, y por lo tanto sigue pendiente hoy en día (Giles y Cruz, 2019, p. 36).

En conclusión, como motivos de este fracaso se encuentran las distintas ópticas desde las que afrontar el problema de la inseguridad y violencia en el país generadas por el crimen organizado, las cuales básicamente se reducen a aquellos que buscan una mayor indefinición que amplíe o mantenga las zonas grises donde poder aplicar una suspensión de derechos y garantías *de facto*, y aquellos que pretenden “maximizar la juridificación de la suspensión dentro de parámetros que faciliten su control de constitucionalidad y convencionalidad” (Cárdenas, 2021, p. 91). En medio, y como otra víctima más de este conflicto, queda esta ley, de vital importancia en momentos de emergencia nacional. Aunque conocemos determinados aspectos de su objeto,

¹¹ Boletín núm. 2783 del Congreso de la Cámara de Diputados del 13 de diciembre de 2016: “La Comisión de Derechos Humanos aprobó la Ley Reglamentaria del artículo 29 constitucional, para regular el procedimiento que decreta la restricción o suspensión de los derechos y garantías, además de las autorizaciones necesarias para que el Ejecutivo haga frente a una situación de emergencia”.

los casos aplicables o los requisitos necesarios, tendremos que esperar a la aprobación final de la misma para analizar con más detalle cómo se regula la restricción y suspensión de derechos en México.¹²

En nuestra república la restricción y/o suspensión de derechos regulada en el artículo 29 de la CPEUM solamente ha sido activada una vez en toda su historia: en 1942 con la entrada de México en la Segunda Guerra Mundial. La suspensión de derechos tomó forma mediante el Decreto de Suspensión de Garantías Individuales y la Ley de Prevenciones Generales relativa a la suspensión de garantías individuales. Estos dos instrumentos sirvieron para suspender derechos y libertades fundamentales como la libertad de expresión, la de opinión, la de tránsito, y otras como la de posesión de armas, así como “aquellas de las garantías que pudieran constituir obstáculo para hacer frente rápida y fácilmente a la situación creada por el estado de guerra [...]” (Ley de Prevenciones Generales relativa a la suspensión de garantías individuales, Preámbulo). La duración del régimen de suspensión fue decretada por “todo el tiempo que México permanezca en estado de guerra con Alemania, Italia y el Japón” (siendo susceptible de prorrogarse incluso “hasta treinta días después de la fecha de cesación de las hostilidades”) (Decreto de Suspensión de Garantías Individuales, 1942, art. 2) y para “todo el territorio y todos los habitantes de la República” (art. 1). En definitiva, se facultaba al Ejecutivo a dictar los términos de la suspensión de las, entonces concebidas como, garantías individuales.¹³

Es por esto que contamos con escasos precedentes de aplicación de estas medidas, siendo el único, además, en un momento histórico tan extraordinario como la declaración de guerra. Otras situaciones de emergencia en las que se valoró acudir a este recurso fueron las generadas por el grave terremoto de 1985 que afectó mayoritariamente a la Ciudad de México, el levantamiento armado del EZLN en Chiapas de 1994 (Concha Malo, 2016, p. 2), los estragos producidos por el huracán Paulina en 1997, o también

¹² El dictamen compuesto por cinco capítulos, 34 artículos y dos transitorios, precisa que la restricción o suspensión “tendrá como único fin restablecer la normalidad y garantizar el goce de los derechos humanos, y sólo podrá decretarse por la única razón de que los derechos y garantías restringidos o suspendidos fuesen un obstáculo para hacer frente de manera diligente a la situación excepcional, siempre y cuando sea por el menor tiempo posible” (Boletín núm. 2783 del Congreso de la Cámara de Diputados del 13 de diciembre de 2016)

¹³ En particular aquellas “consignadas en los artículos 4o., párrafo I del 5o., 6o., 7o., 10, 11, 14, 16, 19, 20, 21, párrafo III del 22 y 25 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos” (Art. 1o., Decreto de Suspensión de Garantías Individuales, 2 de junio de 1942).

ante la inestabilidad causada por el movimiento estudiantil de 1968 (Pineda, 2022, p. 101). Sin embargo, en ninguno de estos casos el titular del Ejecutivo consideró adecuado optar por esta vía. En este sentido, tampoco contamos con precedentes jurisprudenciales al respecto derivados de la cuasi-nula aplicación del artículo 29.

Pero la recogida en el artículo 29 no es la única vía de restricción y/o suspensión de derechos con la que cuenta la CPEUM: en su artículo 73, fracción XVI, bases 1a. a 3a. se alberga lo que algunos han dado en llamar “dictadura sanitaria” (Dorantes, 2012, p. 398) (a similitud del francés *état d’urgence sanitaire*) y otros “emergencia sanitaria” (Barceló, 2020a, p. 68), establecida en los siguientes términos:

El Consejo de Salubridad General dependerá directamente del Presidente de la República, sin intervención de ninguna Secretaría de Estado, y sus disposiciones generales serán obligatorias en el país.

En caso de epidemias de carácter grave 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.

La autoridad sanitaria será ejecutiva y sus disposiciones serán obedecidas por las autoridades administrativas del País.

Varios aspectos llaman la atención de este precepto. En primer lugar, se hace extraña su inclusión en el amplísimo artículo 73 (que además ha sido el más reformado en la larga vida de la CPEUM 1917 (Valls, 2016, p. 20), quien regula las facultades del Congreso y por lo tanto incluye una vastedad de temáticas que contrastan con la exclusividad del artículo 29. En cuanto a su redacción, el texto correspondiente a las bases 1a. a 3a. ha permanecido inalterado desde entonces, con la única salvedad de un leve cambio de nomenclatura en 2007, al pasar del original “Departamento de Salubridad” al actual “Secretaría de Salud”. En segundo lugar, el porqué de la existencia de este precepto constitucional es explicado por Arteaga Nava (1992, pp. 44-45) cuando relata que, aprovechando una adición a la fracción XVI del mencionado artículo,¹⁴ sus autores elevaron a rango constitucional un órga-

¹⁴ Que vendría a actualizar el artículo 72, fracción XXI, de la anterior Constitución de 1857, el cual originalmente recogía las facultades del Congreso para dictar leyes sobre naturalización, colonización, y ciudadanía.

no que se denominó Consejo de Salubridad General (CSG), al cual dotaron de facultades ejecutivas con el fundamento de que “la autoridad sanitaria es la única tiranía que se soporta en la actualidad, porque es la única manera de librar al individuo de los contagios, a la familia, al Estado y a la nación; [...] de fortificar la raza y [...] de aumentar la vida media, tan indispensable ya en nuestro país”. Y por último, tenemos la existencia del propio Consejo, una institución insólita, la cual se erige como la institución protagónica del método de restricción y suspensión de derechos recogido en el artículo 73, fracción XVI.

El CSG encuentra su regulación en la Ley General de Salud (artículos 15 a 17), donde se funda como una autoridad sanitaria dependiente directamente del jefe del Ejecutivo,¹⁵ con facultad para, en caso de emergencias de carácter sanitario, emitir disposiciones generales de obligatorio cumplimiento en todo el territorio nacional. Es decir, esta disposición constitucional supone la atribución de facultades extraordinarias para el Ejecutivo federal, implicando éstas además el ejercicio de facultades concurrentes en los tres niveles de gobierno: federal, estatal, y municipal.¹⁶ Además, el Consejo se organiza mediante su propio reglamento interior, cuyo artículo 9o., fracción XVII, lo habilita para:

Aprobar y publicar en el Diario Oficial de la Federación la declaratoria en los casos de enfermedades graves que sean causa de emergencia o atenten contra la seguridad nacional, por iniciativa propia o a solicitud por escrito de institu-

¹⁵ “El Consejo de Salubridad General es un órgano que depende directamente de la persona titular de la Presidencia de la República en los términos del artículo 73, fracción XVI, base 1a. de la CPEUM. Está integrado por una presidencia que será la persona titular de la Secretaría de Salud, una secretaría y trece vocalías titulares, dos de las cuáles serán las presidentas o presidentes de la Academia Nacional de Medicina y de la Academia Mexicana de Cirugía, y las vocalías que su propio reglamento determine, observando el principio de paridad de género. Las personas integrantes del Consejo serán designadas y removidas por la persona titular de la Presidencia de la República, quien deberá nombrar para tales cargos, a profesionistas con especialidad en cualquiera de las ramas sanitarias”. (Ley General de Salud, 2023 [1984] art. 15)

¹⁶ Fernández (2015, p. 182) lo define como “una institución que no tiene par en el sistema jurídico mexicano [...] no es una secretaría de Estado, ni un departamento administrativo, y mucho menos un organismo constitucional autónomo, sino una dependencia administrativa que podría considerarse un órgano desconcentrado del presidente de la República con atribuciones normativas que implican una excepción al principio de división de poderes [...] por constituir una invasión a la esfera del Poder Legislativo”.

ciones nacionales especializadas en la enfermedad, que sean acreditadas por el Consejo, en la que se justifique la necesidad de atención prioritaria.

Lo anterior se complementa con lo dispuesto en el Título Décimo de la Ley General de Salud, denominado Acción Extraordinaria en Materia de Salubridad General (AEMS), el cual faculta a la Secretaría de Salud para dictar inmediatamente —sin perjuicio de la sanción posterior del presidente— las medidas indispensables para prevenir y combatir epidemias de carácter grave, invasión de enfermedades transmisibles y situaciones de emergencia o catástrofe que afecten al país (art. 181), otorgándole atribuciones que evidentemente suponen una limitación y/o suspensión de los derechos de reunión y libertad de tránsito, al permitirle establecer medidas sanitarias relacionadas con reuniones de personas, entrada y salida de éstas en las poblaciones, establecer regímenes higiénicos especiales, y regular el tránsito terrestre, marítimo y aéreo (art. 184).¹⁷

Este mecanismo ha sido activado dos veces en su historia. La primera fue en 2009 con motivo de la emergencia sanitaria causada por el virus AH1N1, y se concretó en el Decreto de la Presidencia de la República por el que se ordenan diversas acciones en materia de salubridad general, para prevenir, controlar y combatir la existencia y transmisión del virus de influenza estacional epidémica del 25 de abril de 2009, y en el Acuerdo del Consejo de Salubridad General por el que se declara a la influenza humana AH1N1 enfermedad grave de atención prioritaria del 2 de mayo del mismo año. La segunda y más reciente aplicación se derivó de la necesidad de hacer frente a la pandemia causada por el COVID-19 en 2020, actuación a la que dedicamos en exclusiva el apartado que sigue a continuación.

IV. RESTRICCIÓN Y/O SUSPENSIÓN DE DERECHOS EN MÉXICO DURANTE LA PANDEMIA COVID-19

Así pues, el descrito *supra* era el estado de la regulación de la restricción y/o limitación de derechos en nuestro país cuando en marzo de 2020 la pandemia

¹⁷ En otro orden de cosas, no podemos olvidar la salvedad que en materia de salubridad general hace el artículo 11 constitucional respecto al derecho de entrada, desplazamiento y residencia en el territorio nacional, para la cual remite a la ley correspondiente, que en este caso sería la Ley General de Salud ya mencionada.

causada por el COVID-19¹⁸ golpeó con virulencia nuestras vidas. El origen de la pandemia tuvo lugar en China, pero rápidamente se extendió a otros países y continentes. En Europa, Italia y España notablemente, y en América, Estados Unidos, fueron los países donde mayor número de casos de contagiados se dieron. México no fue una excepción.¹⁹ Sin embargo, los efectos no fueron iguales en todos los países. Hay múltiples factores que determinaron su mayor o menor incidencia: el envejecimiento de la población, la distribución poblacional, la planeación urbanística, factores ambientales, incluso factores derivados de las costumbres gastronómicas y alimenticias resultaron decisivos a la hora de la expansión del virus y el contagio de la población. También las distintas estrategias desarrolladas por los gobiernos con el fin de enfrentar la situación afectaron decisivamente al resultado final. Llegados a este punto, la pregunta obligada sería: ¿cuál es la mejor respuesta que desde el derecho se puede dar ante una emergencia sanitaria de alcance global y de un calibre inédito hasta la fecha?

En el ámbito internacional, desde comienzos de marzo de 2020,²⁰ se optó mayoritariamente por la declaración del estado de excepción (emergencia, alarma, o análogo), o por algún tipo de limitación de derechos de efectos asimilables. Este fue el caso de varios estados europeos,²¹ los cuales, según datos de la Comisión de Venecia (2020, pp. 9-14), decretaron el estado de excepción recogido en sus Constituciones bajo diversas nomenclaturas,²² o en su legislación general²³ (incluso en el caso de Francia se creó *ad hoc* un nuevo tipo de estado de emergencia sanitario).²⁴ Otros eligieron no acudir a este método, e impusieron medidas legales de restricción de derechos no tan rotundas.²⁵ Sólo en el caso de Suecia se confió la lucha contra la pan-

¹⁸ También conocido como Coronavirus, enfermedad causada por el patógeno SARS-CoV-2.

¹⁹ A fecha de mayo de 2023, el número de fallecimientos en México causados por el COVID-19 supera los 333000 (<https://coronavirus.gob.mx/exceso-de-mortalidad-en-mexico/>)

²⁰ En el caso de Italia desde el 31 de enero: *Delibera del Consiglio dei Ministri 31 gennaio 2020 Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili*.

²¹ Para el caso concreto de España nos remitimos al trabajo de uno de los autores de esta publicación: Latorre (2020).

²² España, Estonia, Finlandia, Hungría, Luxemburgo, Rumanía y República Checa mediante declaración del ejecutivo; Bulgaria y Portugal del legislativo.

²³ Alemania, Eslovaquia, Francia, Italia y Lituania.

²⁴ *LOI n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19*.

²⁵ Austria, Bélgica, Croacia, Chipre, Dinamarca, Eslovenia, Grecia, Irlanda, Lituania, Malta, Países Bajos, Polonia, y Reino Unido.

demia a *recomendaciones* y otros instrumentos de *soft law* (Sieira, 2021, p. 464). Por otro lado, en Estados Unidos el gobierno federal declaró la emergencia nacional a través de la Proclamación 9994 con base en la *National Emergencies Act* de 1976, imponiendo medidas de limitación y restricción de derechos, aunque dejando amplio margen de actuación a los estados dentro de sus propios ámbitos.

El fracaso de la tramitación de la ley regulatoria del artículo 29 provocó cavilaciones tan premonitorias como las que se hacían Giles y Cruz, cuando en 2019 —en plenas vísperas de lo que entonces no se intuía como peligro inminente—, se preguntaban “¿qué pasaría si el día de mañana comenzara la propagación de una epidemia mortal u ocurriera alguna catástrofe natural de enormes dimensiones, o alguna otra situación de consecuencias letales que, a todas luces configurara y ameritara la procedencia de la suspensión de garantías?” (p. 31); reflexiones éstas que reflejaban la insuficiencia de instrumentos jurídicos ante coyunturas de excepcionalidad.²⁶ Pero ¿sería la activación de la aplicación de la restricción y/o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías del artículo 29 constitucional el método más adecuado para hacer frente a la pandemia, o bien se optaría de nuevo por la vía utilizada una década antes con ocasión de la epidemia de gripe H1N1?

Efectivamente, al igual que en 2009, el ejecutivo recurrió a la AEMS derivada del método previsto en el artículo 73, fracción XVI. Este mecanismo, que remite a la legislación ordinaria (Ley General de Salud), se alza como un salvavidas ante la inactividad de la opción del artículo 29 de la CPEUM. Así pues, el 19 de marzo de 2020, el CSJ acordó, en virtud de sus competencias, reconocer la epidemia de enfermedad por el virus SARS-CoV2 (COVID-19) como una enfermedad grave de atención prioritaria (*DOF*, 23/03/2020), mientras que el día anterior ya se habían dictado medidas preventivas enérgicas tales como la suspensión de clases del 20 de marzo al 20 de abril de aquel año (Zeind, 2020, p. 6). A raíz de esto, el Ejecutivo expidió un Decreto por el que se sancionaba el “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

²⁶ Cárdenas, ya en 2021, reflexionaba amargamente sobre esta situación en términos reveladores: “El derecho mexicano carece de respuestas integrales para abordar la situación de excepcionalidad producto del estado de emergencia sanitaria resultante de la pandemia de COVID-19. No tenemos una regulación secundaria suficiente para ello. El artículo 29 constitucional carece de legislación reglamentaria y el artículo 73, fracción XVI, de la ley fundamental no cuenta con suficiencia legislativa” (p. 78).

SARS-CoV2 (COVID-19)” (*DOF*, 24/03/2020). Este documento tiene como base los artículos 4o. y 73, fracción XVI, Bases 2a. y 3a., de la CPEUM, fundamentándose en el derecho a la protección de la salud, y en la capacidad que tiene la Secretaría de Salud para que, en caso de epidemias de carácter grave o peligro de invasión de enfermedades exóticas en el país, dicte obligatoriamente y de forma inmediata las medidas preventivas indispensables para hacer frente a las mismas.

Originalmente, las medidas acordadas eran de tipo preventivo y no incluían suspensión o restricción de derechos y garantías. Entre ellas se incluían las siguientes: evitar la asistencia a centros de trabajo, espacios públicos y otros lugares concurridos, a los adultos mayores de 65 años o más y grupos de personas con riesgo; suspender temporalmente las actividades escolares en todos los niveles, las actividades de los sectores público, social y privado que involucren la concentración física, tránsito o desplazamiento de personas, así como los eventos masivos y las reuniones y congregaciones de más de 100 personas (después serían 50), y el cumplimiento de otras medidas básicas de higiene y salubridad (art. 2).

Posteriormente, los días 27 y 31 de marzo del mismo año estas medidas se endurecieron a través de sendas normas (*DOF*, 27/03/2020; *DOF*, 31/03/2020) que, ahora sí, como consecuencia de la declaratoria de emergencia sanitaria por causa de fuerza mayor (*DOF*, 30/03/2020), impusieron la suspensión inmediata de actividades no esenciales, y una mayor rigidez en lo relativo al resguardo domiciliario y la subordinación de bienes y servicios a las necesidades médicas, respondiendo al nombre genérico de Jornada Nacional de Sana Distancia.

V. ANÁLISIS DE LOS DÉFICITS REGULATORIOS DE LA RESTRICCIÓN Y SUSPENSIÓN DE DERECHOS Y GARANTÍAS EN MÉXICO

De los dos métodos de regulación constitucional de la restricción y suspensión de derechos y garantías que hemos descrito en el apartado III de este trabajo, analizaremos ahora los déficits y lagunas que lastran su aplicabilidad y hacen de ésta una amenaza para la integridad del Estado de derecho.

Comenzando por el artículo 29 de la CPEUM, de su primer párrafo se infiere que la atribución de poderes extraordinarios es condición *sine qua non* para la restricción o suspensión de los derechos y garantías. Es decir, la delegación de facultades extraordinarias al Ejecutivo únicamente podrá

darse cuando suceda la aplicación de la suspensión o restricción. Es más, no solamente no podrán darse por separado, sino que la implementación de una pasa por la imprescindible puesta en marcha de la otra (de la relación que se establezca entre estos dos elementos dependerá en buena medida el mantenimiento del Estado de derecho o la deriva hacia el autoritarismo y la tiranía). En principio, pareciera que esta redacción supone un evidente refuerzo a la separación de poderes, además de un freno al uso impropio de esta facultad (De Silva, 2008, p. 60); o, *a sensu contrario*, la suspensión de garantías se convierte en un estorbo para la delegación de facultades legislativas al ejecutivo (Tena, 1945, p. 227). Sin embargo, este aparente control no es tal, ya que en la propia CPEUM existen dos excepciones más al mismo. La clave de ello la encontramos en el confuso artículo 49 de la CPEUM, el cual entraña el capítulo dedicado a la división de poderes. Este artículo prohíbe la reunión de dos o más poderes en una sola persona u órgano, y, a la vez, introduce la autorización al Ejecutivo de facultades extraordinarias en dos situaciones. En 1938 el presidente Cárdenas promovió una reforma de su texto con el fin de eliminar, en sus propias palabras, “todo resquicio de dictadura al ejercicio del ejecutivo” (Martínez Báez, 2006, p. 22), haciendo referencia a la excepcionalidad del artículo 29. Pero en 1951, se volvió a reformar, esta vez para incluir otra salvedad: la autorización al ejecutivo de facultades extraordinarias para legislar que se establece en el segundo párrafo del artículo 131, cuyo contenido aborda determinadas cuestiones en materia de exportaciones e importaciones.²⁷ De tal modo, que, en su actual presentación, el artículo 49 establece que el principio de separación de poderes puede verse transgredido en dos escenarios: aquellos que plantean los artículos 29 y 131.

Estamos de acuerdo con Carpizo (1992, p. 285) en que el contenido de la adición de 1938 es superfluo, puesto que sólo repite lo mismo que ya implicaba; pero es que además la adición de 1951 consagrando una nueva ex-

²⁷ Artículo 131, 2o. párrafo, de la CPEUM: “El Ejecutivo podrá ser facultado por el Congreso de la Unión para aumentar, disminuir o suprimir las cuotas de las tarifas de exportación e importación, expedidas por el propio Congreso, y para crear otras; así como para restringir y para prohibir las importaciones, las exportaciones y el tránsito de productos, artículos y efectos, cuando lo estime urgente, a fin de regular el comercio exterior, la economía del país, la estabilidad de la producción nacional, o de realizar cualquiera otro propósito, en beneficio del país. El propio Ejecutivo al enviar al Congreso el Presupuesto Fiscal de cada año, someterá a su aprobación eluso que hubiese hecho de la facultad concedida”.

cepción (la del 131 de la CPEUM),²⁸ y reiterando que en “ningún otro caso” habrá excepciones (lo que conlleva la contradicción de la salvedad anterior) es incompleta, ya que olvida la recogida en el artículo 73, fracción XVI, en materia de salubridad general. Un grave descuido del legislador, no sólo porque la técnica legislativa en su redacción resulte francamente mejorable, sino porque además supone una laguna constitucional al omitir la delegación de poderes al Ejecutivo albergada en el artículo 73, fracción XVI, de la CPEUM, la cual habría de ser colmada incluyendo también una referencia a éste.

Otro aspecto por aclarar, de lo dispuesto en el artículo 29, es lo concerniente a la autorización al Ejecutivo para ejercer facultades del Legislativo: ¿se trata de un otorgamiento irrestricto, o bien hay determinadas facultades que no se pueden delegar bajo ningún concepto? La doctrina se encuentra dividida al respecto: De la Cueva (1945, p. 183) opina que, aún en época de excepción, el Ejecutivo no puede legislar en materia no comprendida en el 73 de la CPEUM; mientras que Carpizo (1992, p. 295) tercia que siempre que sea “un caso de urgencia [...] para salvaguardar la libertad en el futuro inmediato” sí puede hacerlo, y para argumentarlo pone el ejemplo de la expedición de la ley de juegos y apuestas por parte del Ejecutivo realizada durante el único periodo de vigencia del artículo 29 iniciado en 1942. Precisamente este caso, que a nuestro juicio constituye un exceso flagrante, es un rotundo motivo por el que desde la autoría de este trabajo nos adscribimos a la opinión sostenida por De la Cueva. En cualquier caso, nos topamos de nuevo con un déficit regulatorio que debería ser subsanado por el legislador en la futura ley reglamentaria del artículo 29.

Por otro lado, en cuanto a su aplicación, el hecho de que el artículo 29 se haya accionado una única vez en toda la historia de la CPEUM de 1917, no es óbice para que en determinadas ocasiones y circunstancias se haya aplicado un estado de excepción *de facto* sin necesidad de declaratoria formal de ningún tipo. Es lo que expresa Fix-Zamudio (2004, p. 857), y lo que Giles y Cruz (2019, p. 16) denuncian cuando señalan las actividades del ejército en labores de seguridad pública sin la respectiva declaración de suspensión en los mandatos de Díaz Ordaz, Echeverría (casos de lucha contra la insurgencia y revueltas estudiantiles), Salinas (combate al Zapatismo en Chiapas), y con Calderón y Peña en la llamada “guerra contra

²⁸ Respecto a este artículo, no le dedicaremos más líneas en este trabajo dado el hecho de su inaplicabilidad a los casos en los que se vea envuelta la salubridad general.

el narco”. Por tanto, este escenario no parece tanto un síntoma de estabilidad constitucional y progreso democrático como afirmaba Carpizo (1992, p. 301), sino más bien lo contrario: una enorme falta de madurez democrática, y una más de las vulneraciones al Estado de derecho que tan frecuentemente se dan en nuestro país.

Es claro que la causa principal de que el artículo 29 yazca como letra muerta en la CPEUM es la falta de voluntad política para aprobar la ley reglamentaria del artículo 29, ya que ningún gobierno ha querido abordar un tema potencialmente espinoso. Es por ello que cuando en 2011 la reforma constitucional abrió la posibilidad de acometer mejoras, muchos vieron una oportunidad para “reconstruir” esta cuestión (Pelayo, 2017, p. 330).

Es cierto, que la modificación de 2011, que trajo consigo la adición de cuatro párrafos más al artículo 29, supuso una mejora sustancial de la situación precedente y la solución de algunos de los problemas señalados: se produjo una aclaración en cuestión de los derechos que nunca podrán restringirse ni suspenderse (segundo párrafo) consecuencia de su vinculación al catálogo de la CADH; también se enfatizó en la motivación de la restricción o suspensión en los términos recogidos en la propia Constitución y se incluyó la proporcionalidad de ésta respecto al peligro que se hace frente (tercer párrafo). La inclusión de la actuación de la SCJN significó, en principio, un reforzamiento del control a los posibles desvíos autoritarios del Ejecutivo, pero también augura nuevas incógnitas en cuanto a su papel (García Ramírez, 2011, p. 833).

Sin embargo, ninguno de estos avances hizo que el artículo 29 volviese a aplicarse. La cronificación de la falta de su ley reglamentaria lastra su posible activación, desapareciendo esta figura por completo de la práctica constitucional. Poco importa a nuestros legisladores y gobiernos que el plazo de un año fijado en el artículo cuarto transitorio del decreto de modificación constitucional haya caducado hace más de una década o que en el artículo 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) se establezca que sólo la ley formal expedida por el legislativo tiene la aptitud de restringir derechos y libertades contenidos en la propia CADH; incluso que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) abundase en ello en su Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, ni que, por lo tanto, suponga un incumplimiento de lo exigido por la CADH (Uribe Benítez, 2016, p. 71). La Ley Reglamentaria del artículo 29 se ha convertido en uno de esos propósitos que ya nadie espera ver cumplido. Su frustrado proceso legislativo ya ha sido relatado en el apartado III, y poco se conoce de su con-

tenido. No obstante, la doctrina fantaseó desde el principio con una norma similar a muchas de derecho comparado, las cuales abarcan emergencias concretas y no un peligro genérico y amorfo (Pelayo Moller, 2017, p. 358), a las que suelen asociar distintos grados en el nivel de restricción de derechos en función de la causa (catástrofes naturales, crisis sanitarias, alteraciones de orden público, o agresiones militares, entre otras), así como diferentes mecanismos de activación y control. Huelga decir que la promulgación de la tan esperada ley reglamentaria del artículo 29 de la CPEUM concita todas las esperanzas para que este escenario se cumpla, o al menos, para que las lagunas señaladas sean subsanadas.

En relación con el segundo mecanismo de restricción y suspensión de derechos recogido en el artículo 73, fracción XVI, de la CPEUM alberga demasiadas atipicidades en lo que respecta a la falta de controles a los que debe someterse.

Por un lado, su falta de regulación constitucional directa y su remisión a la legislación ordinaria encuadrado dentro de la Ley General de Salud (la AEMS regulada en su Título Décimo) suponen una anomalía para una institución de su carácter y atribuciones. Por otro lado, es capaz de imponer medidas de restricción de derechos (tales como confinamiento o aislamiento de personas, la restricción de la libertad de movimientos, limitación de sus actividades, la autorización de ingreso a domicilios particulares o locales para realizar actividades de control y combate de la enfermedad) tanto de carácter sanitario, como de carácter financiero, presupuestal, o logístico (regulación del tránsito terrestre, marítimo y aéreo; clausura de locales o centros de espectáculo a fin de evitar las congregaciones de personas, o autorización de la libre disposición de medios de transporte y las herramientas que fueran necesarias a favor de los poderes públicos). Además, no requiere aprobación por parte del Legislativo, ni establecimiento de un límite temporal de vigencia de las medidas preventiva, ni fundar la proporcionalidad de estas medidas respecto a la emergencia que las causa, ni prohibir la restricción o suspensión de derecho o garantía alguna, ni tampoco someter a revisión de la SCJN su validez o constitucionalidad. En definitiva, todas estas atribuciones constituyen un serio riesgo para la supervivencia del Estado de derecho.

En un tiempo tan remoto como 1992, Arteaga (1992, p. 45) mantenía que era obligatorio agotar esta instancia específica antes de proceder a la suspensión de garantías general del artículo 29, presentándose así este método como un paso previo necesario. Sin embargo, contemplado el rosario de amenazas al imperio de la ley que acabamos de desgranar, no podemos

estar de acuerdo con el insigne jurista; pero, sobre todo, nos percatamos de que éste no vislumbraba en aquel momento lo improbable que sería conseguir jamás la activación del 29 de la CPEUM.

En cualquier caso, en el entendido de la puesta en marcha de la AEMS el ejecutivo no precisa del legislativo para atribuirse facultades de variada índole (Barceló, 2020b, p. 111), ni tampoco tendrá que rendir cuentas ante el Congreso durante la etapa que dure la situación excepcional, ya que este mecanismo es autosuficiente en este sentido, además de infiscalizable; y, por supuesto, tampoco podrá el Congreso desposeer al ejecutivo de estas facultades, puesto que no puede quitar lo que no ha concedido.

Del mismo modo, el Título Décimo de la Ley General de Salud no recoge ninguna limitación acerca de los derechos que pueden ser restringidos o suspendidos, cosa que sí hace el artículo 29 de la CPEUM después de la reforma de 2011. De nuevo hay un vacío que permitiría un uso indebido y desproporcionado (no está sometida al principio de proporcionalidad) por parte del Ejecutivo, ya que no existen medios para impedirselo (Cabanas, 2021, p. 663).

Además, al no estar vinculado este método a las disposiciones de la CADH, como sí lo está el artículo 29 de la CPEUM desde 2011, el titular del Ejecutivo también tiene la posibilidad de suspender derechos *de facto* mediante la fachada de una simple restricción (Barceló, 2020b, p. 107); cuando lo acorde a derecho sería acudir en paralelo al artículo 29 para la correspondiente declaración de suspensión (González, 2020, p. 104). Pero como hay una laguna a este respecto, este método conserva la posibilidad hipotética de ejecutarla.

Otra diferencia respecto al instrumento del artículo 29 de la CPEUM, es que tampoco está contemplado el control por parte del Poder Judicial de los decretos emitidos por el gobierno durante la vigencia de la AEMS, ni por parte de la SCJN, ni de otros tribunales. Sin embargo, el párrafo 5 del artículo 29 sí prevé el control de oficio e inmediato por parte de la SCJN. Una fiscalización más de la que escapa esta herramienta, tratándose esta vez de una vulneración incuestionable al principio de separación de poderes.

Y al fin llegamos a uno de los órganos más sorprendentes del ordenamiento jurídico mexicano, el CSG: una institución *sui generis* que no tiene parangón con alguna otra (Fernández, 2015, p. 182), dependiente directamente de la Presidencia de la República, regida por su propio reglamento interno, y con inmensas competencias recogidas en el extensísimo artículo 17 de la Ley General de Salud, muchas de las cuales implican una excepción

al principio de división de poderes debido a la enorme capacidad normativa que comportan (Serna, 2020, p. 100), suplantando así al legislativo.

Su composición se integra por el secretario de salud, quien lo presidirá, el titular de la Secretaría de dicho Consejo y las personas integrantes titulares que su reglamento interior determine, dos de los cuales serán titulares de la Academia Nacional de Medicina y de la Academia Mexicana de Cirugía (art. 15, Ley General de Salud).

En resumen, que la vía de restricción y suspensión de derechos y garantías prevista en el artículo 73, fracción XVI, de la CPEUM y la Ley General de Salud, para las emergencias de carácter sanitario (conocida como AEMS) constituye una vulneración del principio de separación de poderes, al liberar al Ejecutivo de los controles y contrapesos que suponen la fiscalización del Congreso y de la Suprema Corte. Sumado a las amplias atribuciones con que se ha dotado a la Secretaría de Salud y al CSG para suspender o limitar derechos y garantías, el Ejecutivo cuenta con un poderoso instrumento que se entroniza como un auténtico agujero negro para el Estado de derecho.

VI. CONCLUSIONES

En México, de los dos mecanismos de restricción y suspensión de derechos y garantías establecidos en la CPEUM, ninguno de ellos es idóneo para hacer frente a situaciones de excepción. La causa de ello son las graves lagunas regulatorias de las que adolecen.

En el caso del método previsto en el artículo 29 constitucional (más allá de algunas imprecisiones indicadas en el cuerpo del artículo) la razón fundamental radica en la inexistencia de la ley reglamentaria que lo desarrolle. Esta indefinición legislativa lo convierte en un artículo “olvidado” en palabras de Pineda (2022), lo que hace que “prácticamente está descartado ante cualquier emergencia o peligro que pueda surgir” (p. 106). Esto significa que la ausencia de la tan demorada ley reglamentaria (exigida desde la reforma constitucional de 2011) inutiliza en la práctica esta vía, lo que explica la prudencia histórica con la que siempre se han conducido los distintos gobiernos a la hora de accionar este mecanismo (Fix-Zamudio, 2004, pp. 835-852; Salazar, 2013, pp. 229-257). Ningún gobierno optaría en estas circunstancias por su aplicación, lo que evidencia un déficit peligroso para nuestro sistema democrático: el vacío en torno a esta institución deja iner-

me al gobierno ante eventuales emergencias o perturbaciones graves de la paz pública.

Por otro lado, el procedimiento recogido en la fracción XVI del artículo 73 de la CPEUM, pensado para situaciones de emergencia sanitaria, proporciona al Ejecutivo un método más ágil y rápido para decretar las medidas correspondientes, pero también más peligroso en lo que se refiere a los riesgos que implica para la integridad del Estado de derecho. Esta vía faculta al Ejecutivo para imponer medidas de restricción de derechos (tales como confinamiento o aislamiento de personas, limitación de sus actividades, o la autorización de ingreso a domicilios particulares o locales para realizar actividades de control y combate de la enfermedad; u otras como autorizar la libre disposición de medios de transporte y las herramientas que fueran necesarias a favor de los poderes públicos); evitando la necesidad de aprobación por parte del Legislativo, la de establecer un límite temporal de vigencia de las medidas preventivas, la de fundar la proporcionalidad de las medidas respecto a la emergencia que las causa, y también la de someter a revisión de la SCJN su validez o constitucionalidad. Todo ello constituye, a nuestro juicio, una vulneración del Estado de derecho, debido a que transgrede el principio de separación de poderes al liberar al gobierno de los controles y contrapesos que suponen la fiscalización del Congreso y de la Suprema Corte, sumado a las amplias atribuciones normativas con que se ha dotado a la Secretaría de Salud y al CSG que puentean al Poder legislativo.

Los controles y limitaciones que incorpora el artículo 29 de la CPEUM están ausentes aquí: por esta vía se escapa del control que implica la revisión de oficio por parte de la SCJN (que debe pronunciarse sobre la constitucionalidad y validez de la suspensión o restricción de derechos y garantías) y de la autorización del Congreso o, en su caso, de la Comisión Permanente (que debe aprobarla), esquivando así el sistema de balances y contrapesos diseñado para atenuar un potencial hiperpresidencialismo o deriva autoritaria. Además, la propia naturaleza de una institución tan singular como el CSG resulta dudosa, al depender directamente del presidente y contar con ambiguas facultades normativas que, si no se aclaran, podrían constituir una violación de la separación de poderes.²⁹ Asimismo, tampoco existe una ley que desarrolle las funciones de este organismo (más allá de su Reglamento Interior, o, tangencialmente, de la Ley General de Salud), delimite sus competencias,

²⁹ Artículo 9o. del Reglamento Interior del Consejo de Salubridad General del 11 de diciembre de 2011.

y esclarezca si las citadas facultades son legislativas o puramente administrativas (y, por lo tanto, no atentan contra el principio de separación de poderes); otra laguna significativa que debería ser colmada.³⁰

En cuanto a la aplicación de la restricción y suspensión constitucional de derechos y garantías, la situación expuesta provocó que durante una coyuntura de alcance mundial sin parangón hasta la fecha, como fue la pandemia causada por el COVID-19, el gobierno mexicano emitiese una serie de decretos y acuerdos que impusieron limitaciones en derechos fundamentales como la libertad de tránsito y de reunión, la suspensión de actividades no esenciales, y la subordinación de bienes y servicios a las necesidades médicas; los cuales asentaban su fundamento en los artículos 4o. y 73, fracción XVI, Bases 2a. y 3a. de la CPEUM, y no en la suspensión o restricción de derechos y garantías prevista en el artículo 29 constitucional.

Como ya hemos explicado, esta vía adolece de una falta de controles, que por un lado la hacen más práctica de cara al Ejecutivo, pero por otro, la consagran como un instrumento potencialmente violatorio de principios constitucionales básicos como la separación de poderes y como una puerta abierta a los abusos del poder y la tiranía.

En resumen, en nuestro país se configura un panorama francamente mejorable respecto a la regulación de la restricción y/o suspensión constitucional de derechos y garantías (algunos autores van más allá y lo califican como “inexistente o profundamente deficiente” (Cárdenas, 2021, p. 102)). La realidad es que se plantea una amplia área de oportunidad para los constitucionalistas mexicanos. En este sentido, nos atrevemos a formular las siguientes propuestas:

- Exhortar a nuestros legisladores a aprobar definitivamente la Ley Reglamentaria del artículo 29 de la CPEUM.
- Impulsar la promulgación de normativa que desarrolle la regulación de las facultades del CSG para aclararlas, precisarlas, y definir la naturaleza de este organismo. Además de colmar las lagunas de la vía del artículo

³⁰ Cárdenas (2021) propone lo siguiente: “La futura ley reglamentaria podría regular los alcances de la emergencia y las facultades administrativas de carácter general y particular que tendría el Consejo. Seguramente, al igual que en materia de suspensión de derechos y garantías, la SCJN debería tener facultades de control constitucional de oficio para revisar las determinaciones generales y abstractas del Consejo de Salubridad General, y el Congreso de la Unión debería tener atribuciones de control parlamentario sobre estas decisiones” (pp. 99-100).

lo 73, fracción XVI, de la CPEUM en cuestión de temporalidad y de control por parte de la SCJN y del Legislativo.

La experiencia pandémica nos ha dejado muchas enseñanzas y también abundantes secuelas, no podemos permitir que esta sea una más de ellas. Debemos aprovechar la ocasión y hacer bueno el tan optimista lema repetido por aquellas fechas: “saldremos más fuertes”. Hagámoslo realidad: salgamos más fuertes. Salgamos mejores.

VII. REFERENCIAS

- Acuerdo por el que el Consejo de Salubridad General 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. DOF 23/03/2020
- Acuerdo por el que se declara a la influenza humana AH1N1 enfermedad grave de atención prioritaria de 2 de mayo de 2009. DOF: 02/05/2009
- Acuerdo 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). DOF 30/03/2020.
- Acuerdo por el que se establecen acciones extraordinarias para atender la emergencia sanitaria generada por el virus SARS-CoV2. DOF 31/03/2020
- 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). DOF 24/03/2020.
- Agamben, G. (2010). *Estado de excepción. Homo sacer II, I*. Pre-Textos.
- Arteaga Nava, E. (1992). Suspensión de garantías y las facultades extraordinarias. *Revista Alegatos*, (22), 39-69.
- Barceló Rojas, D. A. (2020 a). Controles constitucionales sobre los gobiernos federal y estatales en emergencias sanitarias. En N. González Martín, y J. M. Serna de la Garza (Coords.). *Emergencia sanitaria por COVID-19: Federalismo* (52-62). UNAM.

- Barceló Rojas, D. A. (2020 b). La garantía política de la Constitución mexicana en estados de emergencia. En D. A. Barceló Rojas, S. Díaz Ricci, J. García Roca (Coords.). *COVID-19 y parlamentarismo. Los parlamentos en cuarentena*. (105-119). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Benavides F. S. (2006) Excepción, decisión y derecho en Carl Schmitt. *Argumentos*, 19(52), 125-145.
- Boletín núm. 2783 del Congreso de la Cámara de Diputados del 13 de diciembre de 2016
- Cabanas Veiga, M. (2021). El derecho de excepcionalidad mexicano ante una crisis sanitaria en perspectiva federal. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, (281), 647-671.
- Cárdenas Gracia, J. (2021). El estado de excepción y el COVID-19 en México. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, (45), 77-105. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2021.45.16658>
- Carpizo McGregor, J. (1992). México, la Constitución y las situaciones de emergencia. En *Estudios en Homenaje a la Doctorada Yolanda Frías* (277-302), Universidad Nacional Autónoma de México.
- Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho (Comisión de Venecia). (2020) Informe *On the measures taken in the EU Member States as a result of the Covid-19 crisis and their impact on democracy, the rule of law and fundamental rights*, CDL-AD, 124 Sesión Plenaria, Octubre 2020.
- Concha Malo, M. (2016, abril). Restricción y suspensión de derechos y garantías en México. *Contralinea*, 1-3.
- Constitución Política de la Monarquía Española, 1812
- Constitución de Weimar, 1919
- Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, 1857.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva OC-8/87 del 30 de enero 1987: el Habeas Corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1, y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos).
- Constitution du 22 frimaire an VIII (1799).
- De la Cueva y De la Rosa, M. (1945). La suspensión de garantías y la vuelta a la normalidad. *Revista de la Escuela Nacional de la Jurisprudencia*, (25, 26, 27, 28), 197-221.
- De Silva Gutiérrez, G (2008). Suspensión de garantías. Análisis del artículo 29 constitucional. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana*

- na de Derecho Constitucional*, (19), 49-88. <https://doi.org/10.22201/ij.24484881e.2008.19.5845>
- Decreto por el que se declaran acciones extraordinarias en las regiones afectadas de todo el territorio nacional en materia de salubridad general para combatir la enfermedad grave de atención prioritaria generada por el virus SARS-CoV2. DOF: 27/03/2020
- Decreto de Suspensión de Garantías Individuales, 2 de junio de 1942
- Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. DOF 10/06/2011
- Decreto por el que se ordenan diversas acciones en materia de salubridad general, para prevenir, controlar y combatir la existencia y transmisión del virus de influenza estacional epidémica. DOF 25/04/2009.
- Decreto por el que se reforman los artículos 29, 73, 90, 92, 93, 95, 110 y 111 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. DOF 02/08/2007
- Decreto por el que se reforman los Artículos 29, 90 y 92 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. DOF 21/04/1981
- Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia política-electoral. DOF 10/02/2014
- DELIBERA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI 31 gennaio 2020 Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili
- Dorantes Díaz, F. J. (2012) Estado de excepción y derechos humanos. Antecedentes y nueva regulación jurídica. *Alegatos. Revista Jurídica de la Universidad Autónoma Metropolitana*, (81), 393-410.
- Fernández Ruíz, M. G. (2015) *Marco jurídico estructural de la Administración Pública Federal mexicana*. Instituto Nacional de Administración Pública.
- Fix-Zamudio H. (2004). Los estados de excepción y la defensa de la Constitución. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 37(111), 801-860. <https://doi.org/10.22201/ij.24484873e.2004.111.3805>
- Flores Díaz, C.A. (2014). El estado de excepción en la época actual. *Apuntes electorales*, 50, 43-86.
- García Ramírez, S. (2011). Hacia una nueva regulación constitucional de los derechos humanos (2009-2011). *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 131, 817-841. <https://doi.org/10.22201/ij.24484873e.2011.131.4697>

- Giles Navarro, C. A. y Cruz Reyes, G. (2019). La suspensión de garantías en México y su legislación pendiente. *Cuaderno de Investigación*, 2. Instituto Belisario Domínguez
- González Martín, N. (2020). La difícil puesta en marcha de una suspensión de garantías para hacer frente al virus SARS-CoV-2 en México: el manejo de situaciones de excepcionalidad desde un marco jurídico incompleto y fragmentado. En N. González Martín (Coord.), *Emergencia sanitaria por COVID-19: reflexiones desde el Derecho* (99-108). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Latorre Rodríguez, P. (2020). El estado de alarma en España ante la pandemia del COVID-19 y otros supuestos análogos de suspensión constitucional potencialmente aplicables en México. En D. O. Valdez Delgadillo, L.A. Camarillo Govea, A. E. Canales Murillo, *Covid-19: Efectos jurídicos de una pandemia*. UABC.
- Ley de Prevenciones Generales, 13 de junio de 1942.
- Ley General de Salud, Diario Oficial de la Federación el 7 de febrero de 1984 (Última reforma publicada DOF 29/05/2023)
- LOI núm. 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19.
- Lucas Verdú, P. (1987). *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar. La teoría constitucional de Rudolf Smend*. Trotta.
- Ordóñez, J. y Flores Martínez, A. (2022) El “estado de excepción”: ¿Un instrumento de la democracia? *Revista de Derecho, Universidad el Norte*, 57, 83-104.
- Pelayo Moller, C. M. (2017). La suspensión de garantías en la Constitución 1917 ayer y hoy: lecciones del pasado y del presente para el futuro inmediato. *Cien ensayos para el centenario. CPEUM*, Tomo 2, 329-359.
- Peniche López, V. (2006). *Garantías y amparo. Volumen 3 de Apuntes de las clases impartidas por ilustres juristas del siglo XX*. SCJN.
- Piana, R. S. (2020). Revisitando el concepto de estado en Carl Schmitt. Legalidad, legitimidad y derecho. *Jurídicas CUC*, 16(1), 9-38.
- Pineda Acevedo, H. (2022). Suspensión de derechos en el régimen constitucional mexicano. *Desafíos Jurídicos*, 2(3), 86-113.
- Proclamation 9994—Declaring a National Emergency Concerning the Novel Coronavirus Disease (COVID–19) Outbreak, 13 de marzo de 2020.
- Reglamento Interior del Consejo de Salubridad General de 11 de diciembre de 2011.

- Salazar Ugarte, P. (2013). *Estado de excepción, suspensión de derechos y jurisdicción*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, SCJN, Fundación Konrad Adenauer.
- Schmitt, C. (1999 [1921]). *La Dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*. Alianza Editorial.
- Schmitt, C. (2009 [1922]). *Teología política. Cuatro capítulos sobre la doctrina de la soberanía*. Trotta
- Serna de la Garza, J. M. (2020). Federalismo: emergencia sanitaria y competencias en México. En D. A. Barceló Rojas, S. Díaz Ricci, J. García Roca (Coords.). *COVID-19 y parlamentarismo. Los parlamentos en cuarentena* (95-104). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Sieira Mucientes, S. (2021). Estado de emergencia por coronavirus como derecho de excepción emergente, ¿mutación o reforma constitucional? *Teoría y Realidad Constitucional*, 48, 463-493. <https://doi.org/10.5944/trc.48.2021.32211>
- Taccetta, N. (2015). Violencia y Derecho: Benjamin, Schmitt, Agamben y el Estado de Excepción. *Devenires*, XVI (32), 13-38.
- Tena Ramírez, F (1945). La suspensión de las garantías y las facultades en el derecho mexicano, *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, 25, 26, 27, 28, 203-238.
- Uribe Benitez, O. (2016). La suspensión o restricción de Derechos Humanos y sus Garantías. *Quorum Legislativo*, 117, 41-118.
- Valls Esponda, J (Coord.) (2016). *Diagnóstico y reflexión sobre los valores y principios del texto constitucional*. Anuies. Senado de la República.
- Vega Díaz, L. F. y Avella de Martínez, D. (2018). La memoria y la forma política: una lectura de Carl Schmitt sobre la soberanía y el estado de excepción. *Papel Político*, 23 (2), 1-16.
- Velasco Yáñez, D. (2016). ¿Estado de excepción permanente? El inquietante desmoronamiento de los derechos civiles y políticos en México. *Xipe Totek: Revista trimestral del Departamento Filosofía y Humanidades ITESO*, 25 (100), 395-413.
- Zeind Chávez, M. (2020) Suspensión de derechos o declaratoria de emergencia sanitaria, ¿cuál es la vía idónea para enfrentar el Covid-19?, *Nexos*, 1-9.
- Žižek, S. (2004). *Violencia en acto*. Paidós.



Cómo citar

Sistema IJJ

Latorre Rodríguez, Pablo, “Lagunas en los mecanismos constitucionales de restricción y suspensión de derechos y garantías en México: la última secuela pendiente de la pandemia COVID-19”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, vol. 25, núm. 51, julio-diciembre de 2024, e19263. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2024.51.19263>

APA

Latorre Rodríguez, P. (2024). Lagunas en los mecanismos constitucionales de restricción y suspensión de derechos y garantías en México: la última secuela pendiente de la pandemia COVID-19. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 25(51), e19263. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2024.51.19263>