



COMISION DE  
DERECHOS HUMANOS  
DEL ESTADO DE MEXICO

# EL ASEDIO DE LA PANDEMIA COVID-19 AL ESTADO CONSTITUCIONAL Y LOS DERECHOS HUMANOS

Coordinadores  
Jorge Olvera García  
Enrique Uribe Arzate



## CONTENIDO

PRESENTACIÓN .....	7
INTRODUCCIÓN .....	11
EL DERECHO DE EXCEPCIÓN ANTE LA PANDEMIA POR EL VIRUS SARS-COV-2 Hiram Raúl Piña Libien .....	17
EL DERECHO A LA SALUD Marina del Pilar Olmeda García .....	57
LA LIBERTAD DE TRÁNSITO DURANTE LA COVID: UNA LIBERTAD SUSPENDIDA POR ACUERDO PRESIDENCIAL EN MÉXICO Alejandra Flores Martínez .....	87
EL DERECHO HUMANO A LA EDUCACIÓN SUPERIOR. REFLEXIONES SOBRE LOS MECANISMOS DE EXIGIBILIDAD Y JUSTICIABILIDAD Ramiro Contreras .....	109
EL DERECHO DE REUNIÓN COMO CARACTERÍSTICA DE LA DEMOCRACIA FRENTE A LA PANDEMIA POR COVID-19 EN MÉXICO Joaquín Ordóñez .....	129
¿CÓMO PODRÍA EL ESTADO MEXICANO GARANTIZAR EL DERECHO HUMANO AL ACCESO Y AL CONSUMO DE BIENES Y SERVICIOS NECESARIOS PARA EL DESARROLLO Y LA DIGNIDAD HUMANA EN UN CONTEXTO PANDEMICÓ? Felipe Carlos Betancourt Higarada .....	163
EL ESTADO AMBIENTAL DE DERECHO COMO RESPUESTA PARA SUPERAR LOS EFECTOS DE LA COVID-19 Luis Gerardo Samaniego Santamaría .....	205
LA NUEVA NORMALIDAD EN LOS CENTROS PENITENCIARIOS MEXICANOS EN ÉPOCA DE PANDEMIA Miguel Ángel Rodríguez Vázquez .....	235
EL ESTADO CONSTITUCIONAL SOLIDARIO Y LA PANDEMIA POR COVID-19: BREVES LINEAMIENTOS Ricardo Maurício Freire Soares Valdir Ferreira de Oliveira Junior Flávio Pereira de Jesus .....	261



COMISIÓN  
DERECHOS HUMANOS

### EL ASEDIO DE LA PANDEMIA COVID-19 AL ESTADO CONSTITUCIONAL Y LOS DERECHOS HUMANOS

© Primera edición

D.R. 2021, Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Av. Nicolás San Juan, núm. 113, col. Ex Rancho Cuauhtémoc,

C.P. 50010, Toluca, México

Tel. (722) 2360560

<http://www.codhem.org.mx>

Jorge Olvera García

Enrique Uribe Arzate

Coordinadores

Editora responsable: Gabriela E. Lara Torres

Asistencia editorial y revisión por parte de la Codhem: Enrique R. Garrido Jiménez

Diseño de forros: Aldo Emanuel Juárez Herrera

Diseño editorial y formación: Golem Estudio Editorial (Montserrat Zenteno)

Corrección de estilo: Golem Estudio Editorial (Vicente Aldrete)

Asistencia editorial y revisión: Golem Estudio Editorial (Gerardo Juárez)

ISBN obra impresa: 978-607-9129-53-8

ISBN obra digital: 978-607-9129-54-5

Impreso y hecho en México

Queda prohibida la reproducción total o parcial de la publicación sin previa autorización de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

## LA LIBERTAD DE TRÁNSITO DURANTE LA COVID: UNA LIBERTAD SUSPENDIDA POR ACUERDO PRESIDENCIAL EN MÉXICO

*Alejandra Flores Martínez\**

Todo derecho en el mundo debió ser adquirido por la lucha; esos principios de Derecho que están hoy en vigor ha sido indispensable imponerlos por la lucha a los que no los aceptaban, por lo que todo derecho, tanto el derecho de un pueblo, como el de un individuo, supone que están el individuo y el pueblo dispuestos a defenderlo. El Derecho no es una idea lógica, sino una idea de fuerza; he ahí por qué la justicia, que sostiene en una mano la balanza donde pesa el Derecho, sostiene en la otra la espada que sirve para hacerlo efectivo.

*La lucha por el Derecho, Rudolf von Ihering*

**SUMARIO:** Introducción · La libertad en un Estado constitucional · Libertad de tránsito y el estado de emergencia · Límites en sentido amplio a la libertad de tránsito en materia de salud · Conclusiones

### INTRODUCCIÓN

En este capítulo del libro se trata el derecho a la libertad de tránsito desde su configuración teórica y regulación constitucional para después analizar las medidas que fueron implantadas por el Estado Mexicano. El propósito es señalar si dichas medidas fueron adoptadas siguiendo el procedimiento constitucional, si

.....  
\* Profesora de tiempo completo de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México.



afectaron el contenido esencial de este derecho y si dicha afectación fue proporcional, necesaria y adecuada. Tal parece que en México la pandemia justificó la regresión a lo que algunos colegas llaman el hiperpresidencialismo, dejando de lado el consenso democrático. Sobre todo se olvidó la advertencia, desde la teoría constitucional, en la que se afirma que ningún estado de emergencia significa suspender la vigencia de la Constitución.

#### LA LIBERTAD EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL

Bajo el techo constitucional, es relevante y de sumo cuidado la libertad, ya que representa el cimiento para la fundación del Estado constitucional. Sin hombres libres e iguales no tendría lugar la fundación del pacto social y así lo defendió Rousseau (2016, p. 36). De igual forma, desde la visión de Loewenstein (2018, p. 25), la construcción de la *res publica* fue cuando el hombre se descubrió a sí mismo como un individuo libre y empezó a dudar de la legitimación mística del poder de sus dominadores políticos, exigiendo un fundamento racional de la obediencia debida a la autoridad política (2018, p. 25). De ahí, que la libertad de las personas constituya parte de la identidad constitucional. Como lo apunta Sieyes (2019, 2. 23):

El pueblo parece ignorar que la libertad es anterior a toda sociedad, a todo legislador, y que los hombres no se han asociado más que para poner sus derechos a cubierto de los atentados de los malos y para entregarse, al abrigo de esta seguridad, a un desarrollo más amplio, más enérgico y más fecundo en el goce de sus facultades morales y físicas.

Por ende, los derechos de los ciudadanos lo son todo. Desde los elementos fundacionales del pacto social se partió de este presupuesto ideológico: la conformación del pacto por hombres libres.

La tesis de Rousseau, según la cual el súbdito renuncia a su libertad para recuperarla como ciudadano, es muy característica, porque en esta distinción entre súbdito y ciudadano está la clave para comprender los dos diversos órdenes de las relaciones sociales (2016, p. 36). Para Kelsen (2006, p. 26), el súbdito es el individuo aislado dentro una teoría individualista de la sociedad, mientras que el ciudadano es parte integrante de un todo orgánico superior; es el miembro perteneciente a una entidad colectiva dentro de una teoría universalista de la sociedad, una entidad colectiva que, partiendo de la estimación puramente individualista de la libertad, alcanza un carácter trascendental y metafísico.

La justificación para ceder parte de la libertad y seguir tan libres como antes, desde la teoría del pacto social, es la búsqueda del bien común. Por tanto, la idea primigenia de democracia, desde su concepción procedimental, está ligada a ciudadanos libres; es decir, fue concebida como "el gobierno del pueblo", ya que son ciudadanos libres los que participan en la conformación del gobierno. Sin libertad no se tiene la capacidad de elegir, por tanto, no se podría constituir una verdadera democracia. Desde una definición sustancial, la democracia es para los derechos; en otras palabras, los derechos fundamentales fijan los límites sobre lo que se decide y los procedimientos a seguir. En este tenor, Bobbio (1986, p. 36) afirma:

la democracia no es solo un método, sino también un ideal: el ideal igualitario... la democracia, más allá de ser un procedimiento de toma de decisiones colectivas, es isonomía, es decir, igualdad en la distribución a todos los derechos fundamentales -de los derechos humanos positivizados e incorporados en una Constitución rígida- lo que no se puede decidir son violaciones de los derechos fundamentales, lo que se debe decidir es la implementación de los derechos fundamentales. La igualdad de todos los derechos; por ende, es un presupuesto de la democracia.

En una democracia la regla es potenciar los derechos fundamentales y la excepción es limitar o suspender los mismos, bajo supuestos normativos y de facto estrictos. La democracia sustantiva es la democracia de los derechos, como apuntó Ferrajoli (2016, p. 50), y en el Estado constitucional por antonomasia es la Constitución donde se positivizan y se establecen los procedimientos para su protección y, en su caso, suspensión. Precisamente, los estados constitucionales se distinguen por las siguientes características:

- La existencia de una constitución rígida que incorpora los derechos fundamentales.
- La garantía jurisdiccional de la Constitución.
- La fuerza vinculante de la Constitución, que no es un conjunto de normas programáticas, sino preceptivas.
- La interpretación exagerada de la Constitución (se le interpreta extensivamente y de ella se deducen principios implícitos).
- La aplicación directa de las normas constitucionales para regular también las relaciones entre particulares.
- La interpretación adecuada de las leyes (Comanducci, 2016, pp. 73-74).

En este escenario es plausible entender la conexión entre la democracia procedimental y sustancial con el Estado constitucional, como señala Comanducci (2016, p. 74): "En efecto, el Estado Constitucional de Derecho formula reglas: a) sobre quién decide en asuntos colectivos y sobre cómo se decide; b) sobre qué se decide".

Estas premisas del Estado constitucional son ejes rectores para la toma de decisiones, de ahí que se sostenga que, ante un escenario de peligro grave para la población, se decide a la luz del modelo de Estado. Así, un Estado de cuño democrático tendrá como núcleo duro la protección de la libertad, la igualdad y, por ende, de los derechos fundamentales. Y si, según el peligro, tuviera que minar algún derecho, accionará los mecanismos constitucionalmente previstos para restringirlos o suspenderlos.

El contexto de la pandemia por COVID-19 significó el olvido de estas místicas constitucionales y, con el argumento del miedo, se justificó la trasgresión a las libertades fundamentales de las personas. Por tanto, las interrogantes que surgen son: ¿Quién decidió? ¿El órgano decisor estaba facultado constitucionalmente? ¿Las decisiones se justificaron? Estas interrogantes que resultan de obligada respuesta, aunque hasta el momento no se hayan planteado ante un tribunal constitucional o internacional. ¿Será porque aun en la conciencia colectiva no se ha abrigado la idea de libertad y el respeto al Estado constitucional de derecho?

Esta pandemia nos llevó a vivir una etapa de desconstitucionalización, como señaló Bidart Campos; es decir, ha perdido vigencia la Constitución formal (2003, p. 49). Fuimos testigos de la ausencia del Congreso Federal, de la parálisis de actividades jurisdiccionales, de atribuciones aconstitucionales<sup>1</sup> efectuadas por gobiernos locales y de la omisión de órganos constitucionales y ciudadanos que no exigieron el cumplimiento de las promesas constitucionales. Todo esto nos retrotrae inmediatamente a ser súbditos y no ciudadanos libres de un Estado constitucional.

<sup>1</sup> En otros trabajos me he referido a la aconstitucionalidad como todo aquello que no es reconocido por la esencia de lo constitucional, mientras que la inconstitucionalidad es atentar contra esta esencia. Ver Flores Martínez (2017). La identidad constitucional. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, no. 21.

### LIBERTAD DE TRÁNSITO Y EL ESTADO DE EMERGENCIA

La libertad de tránsito es el derecho de toda persona a entrar y salir del país, a desplazarse libremente por su territorio y a fijar y mudar el lugar de su residencia dentro del mismo (Rodríguez, 1984, p. 91). Este derecho está regulado en el artículo 11 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

Artículo 11. Toda persona tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes. El ejercicio de este derecho estará subordinado a las facultades de la autoridad judicial, en los casos de responsabilidad criminal o civil, y a las de la autoridad administrativa, por lo que toca a las limitaciones que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general de la República, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país (2020).

Han sido pocas y no satisfactorias las ocasiones en las cuales la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha interpretado esta libertad. Es jurisprudencia el argumento de considerar que la libertad de tránsito salvaguarda a las personas y no a los medios de transporte. Este argumento hace ilusorio el derecho, ya que la libertad de tránsito ejercida solo por el desplazamiento individual o colectivo de las personas es de un alcance minúsculo. A continuación, se transcribe dicha jurisprudencia:

VERIFICACIÓN VEHICULAR OBLIGATORIA EN EL DISTRITO FEDERAL. EL NUMERAL III.8 DEL CAPÍTULO 3 DEL PROGRAMA RELATIVO AL SEGUNDO SEMESTRE DEL AÑO 2006, NO VIOLA LA GARANTÍA DE LIBERTAD DE TRÁNSITO.

La mencionada garantía contenida en el artículo 11 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, consiste en el derecho de todo individuo para entrar o salir del país, viajar por su territorio y mudar su residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes, subordinándose su ejercicio a las facultades de la autoridad judicial, en

los casos de responsabilidad criminal o civil, y a las de la autoridad administrativa, por lo que toca a las limitaciones impuestas por las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general de la República, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país. En ese contexto, el numeral III.8 del capítulo 3 del Programa de Verificación Vehicular Obligatoria para el segundo semestre del año 2006, publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 30 de junio de 2006, al prever que la verificación vehicular está sujeta al pago y validación del impuesto sobre tenencia de vehículos, no viola la garantía constitucional referida, pues aun cuando al no obtener la verificación vehicular correspondiente se restringe la circulación de los vehículos automotores matriculados en el Distrito Federal, ello no coarta el derecho personal del individuo para entrar o salir del país, desplazarse dentro del territorio nacional y fijar su residencia en él. Lo anterior es así, porque la garantía de libertad de tránsito solo salvaguarda a los individuos y no a los vehículos automotores a través de los cuales se desplazan (Segunda Sala, 2009).

Siguiendo el argumento de la corte, la libertad de tránsito protege al individuo y su capacidad de desplazarse sin imponerle ningún requisito, salvo las limitaciones que se impongan por cuestiones civiles, penales, administrativas, salud y migratorias. Luego entonces, el cuestionamiento es: ¿Qué entendemos por "límite"?

Cruz Villalón (1989, p. 41) y Aguiar de Luque (1993, p. 15) afirman que hay límites amplios para los derechos fundamentales que están dirigidos a minar el contenido esencial de los derechos, restringiendo o suspendiendo su ejercicio. En este sentido, son límites dirigidos a impedir el ejercicio del derecho bajo una circunstancia especial. Para tal efecto, las constituciones contemplan procedimientos excepcionales, temporales, con requisitos estrictos para su puesta en marcha y la exigencia de consensos democráticos severos, verbigracia, suspensión de derechos. Por otro lado, también señalan que hay límites en sentido estricto que son los que se dictan fuera del núcleo esencial de

3a. La autoridad sanitaria será ejecutiva y sus disposiciones serán obedecidas por las autoridades administrativas del País (2020).

Bajo este escenario, el Consejo de Salubridad General (CSG) emitió el acuerdo por el que se declara una emergencia sanitaria por causa de fuerza mayor a la epidemia de enfermedad generada por el virus SARS-CoV2 (COVID-19), publicado el 30 marzo en el Diario Oficial de la Federación. Así mismo, se emitieron medidas sanitarias que consistieron en:

1. Se ordenó la suspensión inmediata de actividades no esenciales en los sectores público, privado y social, 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 muerte por COVID-19 en la población residente en el territorio nacional.
2. Se exhortó a toda la población residente en el territorio mexicano, incluida la que arribe al mismo procedente del extranjero, y que no participe en actividades laborales esenciales a cumplir resguardo domiciliario correspondiente. Se entiende como resguardo domiciliario correspondiente a la limitación voluntaria de movilidad, permaneciendo en el domicilio particular la mayor parte del tiempo posible.
3. El resguardo domiciliario correspondiente se aplica de manera estricta a toda persona mayor de 60 años de edad o con diagnóstico de hipertensión arterial, diabetes, enfermedad cardíaca o pulmonar, inmunosupresión (adquirida o provocada), en estado de embarazo o puerperio inmediato, independientemente de si su actividad laboral se considera esencial. El personal esencial de interés público podrá, de manera voluntaria, presentarse a laborar (2020).

Dicho de otra manera, se declaró un estado de emergencia sanitaria por acuerdo del CSG. Empero, sus medidas, más que imponer límites a los derechos fundamentales en sentido estricto siguiendo la tipología de Cruz Villalón, se tradujeron en suspensión de derechos, como el derecho de reunión, derecho al trabajo, a la libertad de tránsito entre otros. Si analizamos dicho

los derechos y que se traducen en requisitos para su exigibilidad; estos límites se dividen en explícitos e implícitos. Los primeros son los expresamente establecidos en la Constitución, es decir, los límites que la Constitución impone a la libertad de tránsito por diversas cuestiones. Los segundos son los que se derivan de la naturaleza del propio derecho. I. de Otto (1988, p. 151) se ha referido a ellos al escribir:

cualquier derecho, fundamental ampara aquello que ampara y nada más; tanto la determinación del campo normativo cuanto el tratamiento de que sea objeto, circunscriben el contenido del derecho, señalan sus límites y fronteras, y por ello cabe hablar de límites intrínsecos.

Un ejemplo paradigmático es el límite intrínseco del derecho a la libertad de expresión, en cuyo núcleo duro no permite dañar el honor de una persona.

Así las cosas, la libertad de tránsito admite límites explícitos, entre los que se hayan los impuestos por temas de salubridad. Bajo esta hipótesis, y a la luz del artículo 73, fracción XVI, el Presidente de la República hizo frente a la pandemia pro COVID-19:

El Congreso tiene facultad:

...Para dictar leyes sobre nacionalidad, condición jurídica de los extranjeros, ciudadanía, naturalización, colonización, emigración e inmigración y salubridad general de la República.

1a. 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.

2a. 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.

acuerdo, de manera textual dicta la suspensión de actividades y, aunque en la forma hace una exhortación a un resguardo voluntario, en los hechos la libertad de tránsito se suspendió para un gran porcentaje de la población. Aunado a que el artículo en cuestión permite que se emitan medidas preventivas contra la pandemia, pero del texto no se desprende que el constituyente faculte al CSG a dictar medidas que minen el núcleo esencial de los derechos fundamentales, o sea, que los restrinjan o suspendan. Y tal situación no puede ser de otra forma, ya que en un Estado constitucional democrático no se puede decidir sobre la vulneración de los derechos fundamentales. La suspensión o restricción de derechos es un procedimiento excepcional.

El enfoque propuesto del Estado constitucional nos permite trazar una línea discursiva que coloca en tela de juicio el procedimiento seguido por el Presidente de la República, ya que normaliza la suspensión de derechos fundamentales por acuerdo presidencial sin agotar el procedimiento excepcional. Dicho acuerdo vulnera el contenido esencial de los derechos, sin contar con el consenso democrático y las garantías que exige el artículo 29 constitucional. Cruz Villalón afirma que las constituciones del siglo XIX incorporaron los lineamientos de los estados de emergencia en los textos fundamentales. En ellos se exigía la intervención obligatoria del órgano legislativo, que debía autorizar y fiscalizar las declaraciones de excepción o de emergencia que aplicaría el Ejecutivo, que disponía de la fuerza pública, incluyendo al ejército. En casos extremos, el mismo parlamento podía declarar el estado de sitio, en el cual las autoridades civiles eran sustituidas por las militares (1980, p. 367). Por ende, para los procesos de emergencia, excepción o estados de sitio, la intervención del Legislativo es obligatoria con el propósito de frenar los excesos del Ejecutivo. Por un lado, podemos concluir que la

Constitución mexicana no regula de manera debida los estados de emergencia al no contemplar la intervención del Legislativo. Por el otro, la Constitución sí contempla el proceso para restringir o suspender derechos, proceso que no fue efectuado por el Estado Mexicano. Dicho proceso está regulado por el artículo 29 constitucional de la siguiente forma:

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 restringir 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, este 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.

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 y la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

La restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías debe estar fundada y motivada en los términos establecidos por esta Constitución y ser proporcional al peligro a que se hace frente, observando en todo momento los principios de legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación.



Cuando se ponga fin a la restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías, bien sea por cumplirse el plazo o porque así lo decreta el Congreso, todas las medidas legales y administrativas adoptadas durante su vigencia quedarán sin efecto de forma inmediata. El Ejecutivo no podrá hacer observaciones al decreto mediante el cual el Congreso revoque la restricción o suspensión.

Los decretos expedidos por el Ejecutivo durante la restricción o suspensión serán revisados de oficio e inmediatamente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la que deberá pronunciarse con la mayor prontitud sobre su constitucionalidad y validez (2020).

Este procedimiento fue reformado el 6 de junio del año 2011 con el propósito de ajustarlo a la Convención Americana de Derechos Humanos. Héctor Fix Zamudio (2004, p. 812) narra que la única manera efectiva de evitar la arbitrariedad en las declaraciones de emergencia y su aplicación en Latinoamérica es su judicialización. No obstante, esta se ha desarrollado con bastante lentitud, ya que por muchos años predominó el criterio tanto legislativo como jurisprudencial de que se trataba de cuestiones estrictamente políticas que no podían someterse al conocimiento de los organismos jurisdiccionales. Con ello se dejaba fuera la posibilidad de examinar la concordancia y proporcionalidad de las medidas generales que se adoptaban con motivo de las declaraciones de los estados de excepción, incluyendo las declaraciones mismas. En México, a través de la reforma constitucional, se dio paso a la participación del poder legislativo y judicial en cuanto a que dichas declaraciones afectan la normalidad constitucional y los derechos fundamentales de los gobernados. También en Latinoamérica, dadas las experiencias dictatoriales, se transita hacia modelos de judicialización.

Desde la postura de este trabajo, creemos que se camina en dirección a robustecer el consenso democrático que reviste una declaración de suspensión de derechos o estados excepcionales. Diego Valadez (1974, p. 123) argumenta que

es preciso considerar que los estados de excepción son mecanismos adecuados a la defensa del Estado, y que el Estado suele ser entendido en su acepción más restringida. Por otro lado, se sabe que los detentadores del poder suelen identificar su propio destino con el de las instituciones cuya titularidad ejercen, de manera que también aplican para su afirmación personal las defensas que fueron ideadas para las instituciones.

De ahí que se afirme, desde la epistemología de este trabajo, que el carácter personal e inconstitucional de los detentadores del poder se hizo manifiesto. Municipios del Estado de Jalisco y Michoacán, entre otros, determinaron el estado de sitio y restringieron la libertad de tránsito aumentando la fuerza policiaca e imponiendo multas. Consejos de la Judicatura suspendieron procedimientos judiciales por meses, incluidos los procesos penales. De un momento a otro vivimos un proceso de desconstitucionalización y regresamos a la restricción de nuestra libertad por autoridades no competentes para restringirla y sin acceso a la justicia para solicitar protección.

Desde la teoría constitucional no podemos legitimar los acuerdos del CSG con autoridades estatales o locales para suspender o restringir derechos. En México quedará la inquietud siguiente: ¿mediante el procedimiento establecido en el artículo 29 constitucional se habría logrado controlar la pandemia de forma más eficaz y con menos vulneración a los derechos fundamentales?

#### **LÍMITES EN SENTIDO AMPLIO A LA LIBERTAD DE TRÁNSITO EN MATERIA DE SALUD**

En esta última sección parto de explicar las dos categorías de normas en las constituciones democráticas con el propósito de explicar los límites en sentido amplio a la libertad de tránsito.

Por un lado, están las normas con carácter de reglas, o sea, los mandatos constitucionales que deben ser cumplidos bajo cualquier circunstancia; por el otro, están las normas con carácter de principio, normas que requieren de aspectos jurídicos, pero también de hechos para concretar su contenido. A la primera, generalmente, pertenecen las normas que constituyen y organizan los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, en otras palabras, la organización del Estado. Aquí lo central es la atribución de poder, *Ermächtigung*<sup>2</sup> (Alexy, 2009, p. 3). En la segunda categoría, generalmente, se incluyen los derechos fundamentales. Prieto Sanchís (1992, p. 33) sostiene que, al ser normas en forma de principios, no ofrecen una respuesta categórica, sino que controlan (ampliando o limitando) las soluciones que se deducen del conjunto de las normas.

En este escenario, Robert Alexy (2009, pp. 3-4) sustenta que hay dos teorías (*Konstruktionen*) básicas de los derechos fundamentales: una estrecha y rigurosa (*eng und strikt*), otra amplia y comprensiva (*weit und umfassend*). La primera es denominada "teoría de las reglas", la segunda, "teoría de los principios". De la perspectiva que se adopte deriva la interpretación constitucional.

Conforme a la primera teoría se considera a la norma constitución y por ende a los derechos fundamentales, en la cúspide del sistema jurídico. Sin embargo, se ocupan los mismos métodos para interpretar una ley y el razonamiento judicial por excelencia es el juicio de subsunción. O sea, premisa mayor, premisa menor y conclusión, equiparando todas las normas constitucionales a reglas.

<sup>2</sup> Término alemán relativo a las atribuciones del poder público.

A la luz de la segunda teoría se acepta que la interpretación de los derechos fundamentales es concebida como un proceso indagador del contenido y sentido de la norma, dando lugar a un proceso de concretización. En palabras de Böckenförde: "la concretización es que la norma necesita ante todo de la pre-determinación conformadora para ser una norma ejecutable" (1993, p. 44). El razonamiento por excelencia para la interpretación es el juicio de ponderación que se empleó de forma paradigmática en la sentencia Lüth, de 1958, por el Tribunal Constitucional Alemán.

En este escenario, para las normas de los derechos fundamentales es viable usar las dos teorías, ya que los derechos fundamentales responden a los dos tipos de normas constitucionales. Cuando la Constitución contempla límites expresos en sentido amplio se entiende que son normas que deben acatarse en cualquier circunstancia. Por ejemplo, cuando el artículo 29 de la Constitución mexicana determina que no se podrán suspender en ningún asunto las garantías jurisdiccionales: no hay justificación constitucional para que alguna vía jurídica se suspenda. Dichos límites son los que, de ejecutarse, invalidan el contenido esencial de este derecho y pueden convertirlo en una ficción constitucional; por ende, todo acto u omisión que derive en una suspensión de dicho derecho es inconstitucional.

También los límites, en sentido estricto, de los derechos fundamentales responden a este tipo de normas, esto es, las que sin minar el contenido esencial se imponen, por la Constitución o por mutación constitucional, como requisitos para su exigibilidad o son impuestas para hacer viables otros derechos. Por ejemplo, el límite de colocarse una mascarilla para poder transitar, con el propósito de salvaguardar el derecho a la salud. Sin embargo, el requisito insoslayable es no vulnerar los contenidos

jurídicos, económicos, etcétera, necesarios para su ejercicio; o sea, su contenido esencial. Por ejemplo, si la libertad de tránsito tiene como elementos *sine qua non* el desplazamiento de las personas, un límite en sentido estricto no puede atentar contra ella o dejarla de ser un límite estricto para ser un límite amplio; por tanto, tendría que sujetarse al procedimiento excepcional establecido en la Constitución. Si atendemos que el elemento esencial de la libertad de tránsito es el derecho de los individuos a desplazarse libremente por el territorio, se traduce en que el individuo podrá moverse de un punto hacia otro sin impedimento. Además, la libertad para desplazarse conlleva hacerlo por distintos fines: laborales, educativos, recreativos. Así que, si analizamos el acuerdo del CSG cuando expresó literalmente la suspensión de actividades no esenciales, se cerraron escuelas, centros de entretenimiento, tribunales etcétera; entonces, las personas no pudieron desplazarse para laborar, estudiar o recrearse. Se coartó el desplazamiento libre de cada persona para llegar, por ejemplo, todos los días a su trabajo, además, sin garantías de no perder el empleo. A lo anterior debemos sumar la vigilancia policiaca, el cierre de calles y las multas elevadas, que se traducen a su vez en requisitos impuestos a las personas para transitar, requisitos que están fuera de lo constitucionalmente permitido. Bajo esta tónica las medidas impuestas trastocaron los elementos esenciales de la libertad de tránsito dejando de ser límites en sentido estricto y se convirtieron en límites amplios; luego entonces, dichas medidas debieron ser sometidas al proceso constitucional de excepción. De otra forma, se normaliza la restricción de derechos por autoridad administrativa.

Ahora bien, cuando la norma constitucional se expresa en forma de principio, por un lado, tiene una estructura lingüística,

generalmente abierta e indeterminada, cargada de términos valorativos; por el otro, sigue contando con la exigencia de una aplicación efectiva. Los derechos fundamentales responden también a este tipo de estructura y, por ende, los límites en sentido amplio. Su apertura semántica hace complicado definir, solo con el texto, su contenido, además de fijar las acciones u omisiones del Estado para su ejercicio efectivo, así como los límites para su ejercicio frente a otros derechos. Ante este escenario, si se hubiera ejecutado el procedimiento marcado por el artículo 29 constitucional, la Suprema Corte de Justicia debía resolver el dilema entre restringir o suspender la libertad de tránsito frente al derecho a la salud, es decir, aquellas medidas que impedirían el desplazamiento libre de las personas. Dicho de otra forma, se debe ser consiente de que bajo la teoría de los principios, la interpretación de los derechos fundamentales es través de una relación de precisión y fundamentación entre la norma que hay que precisar y la norma que la precisa. Estas dos relaciones justifican concebir como normas de derecho fundamental las normas de los enunciados que la Constitución expresa directamente, así como las normas que los precisan a través de su interpretación (Alexy, 2007, p. 52).

El juicio de ponderación es, por excelencia, la forma argumentativa para resolver, bajo la teoría de los principios, la colisión de derechos, partiendo de la idea de que se requieren elementos fácticos además de los jurídicos. Este juicio está compuesto por tres principios: adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. A continuación se analizará cada principio y se fijarán los cuestionamientos que quedaron pendientes de plantearse y resolverse ante las medidas impuestas por el CSG.

1.- El principio de adecuación explicado por Alexy consiste en excluir el empleo de medios que perjudiquen la realización de,

al menos, un principio, sin promover al menos otro principio o meta a cuya realización sirva.

Su estructura es:

Si un medio (M) establecido para promover la realización de un principio (Pa) no fuera idóneo para ello, más aun si perjudica la realización de un segundo principio (Pb). Entonces, de omitirse M no se originarían costos para Pa ni para Pb, costos que sí habría para Pb de emplearse M.

M es promovido para realizar Pa.

M perjudica la realización de Pb.

Entonces M no es idóneo.

Si M se omite, no hay costos para Pa y Pb, aunque M sí perjudica a Pb (Alexy, 2009, p. 8).

Esto es para el caso que nos ocupa:

¿El aislamiento de las personas potenció el derecho a la salud?

¿Se perjudicaron los derechos fundamentales de las personas sanas y no se potenció el derecho a la salud?

¿Qué paso con las personas cuya actividad laboral es informal se aseguró el acceso a alimentos?

¿Fue razonable que se restringiera la libertad de tránsito de las personas sanas para evitar la propagación de la enfermedad?

Ahora bien, a la luz del principio de necesidad se sugiere que un derecho puede mejorarse o protegerse sin originar desventajas a otros derechos.

La estructura propuesta por Alexy es:

Este principio requiere elegir, de entre dos medios que promueven Pa de prácticamente igual manera, el que intervenga menos intencionalmente en Pb.

1. \_\_\_\_\_ medida

PA LA MEDIDA QUE INTERVENGA MENOS EN Pb

2. \_\_\_\_\_ medida

Si existiera un medio que intervenga menos intensamente y fuera igualmente adecuado, entonces podría mejorarse una posición sin originar costo a la otra (Alexy, 2009, p. 9).

El principio de necesidad nos llevaría al planteamiento siguiente:

¿A la luz de las circunstancias, el uso de mascarillas y la sana distancia, para las personas sanas, eran suficientes para evitar la propagación de la enfermedad?

¿Las medidas adoptadas fueron idóneas o resultaron ser más lesivas que el daño que se pretendía evitar?

¿La libertad de tránsito en los niños y las niñas para desplazarse a la escuela provocó deserción escolar?

El principio de necesidad conlleva un nivel de injerencia en el ejercicio del derecho a la libertad de tránsito con relación a las circunstancias que la están provocando. Por ende, el nivel de intensidad está directamente relacionado con no afectar de forma innecesaria otros derechos. Bajo esta idea, resultó injustificado que los niños estuvieran más de un año sin ir a los centros escolares, mientras que sí se abrieran cines y restaurantes, o sea, se reestableció el sistema productivo y no educativo para niños, niñas y jóvenes.

Finalmente, el principio de proporcionalidad en sentido estricto o perjuicio de un principio, tiene que ser la importancia de la realización del otro. Se parte de la idea que todos los derechos fundamentales tienen la misma jerarquía, por ende, la intensidad con la que se limite un derecho debe ser proporcional al

nivel de importancia del otro. Los argumentos expresados por el CSG fueron jerarquizando el derecho a la salud por encima de todos los derechos. Las medidas que fueron adoptadas suspendiendo la libertad de tránsito y otros derechos generaron una mayor vulnerabilidad humana: aumentaron la desigualdad, la hambruna y la deserción escolar, entre otras lesiones. Bajo el proceso que se realizó no se agotó una razonabilidad al cobijo de los derechos fundamentales. Por ende, se pusieron en práctica dichas medidas sin exigir una revisión constitucional, lamentable situación que legitimó a una autoridad administrativa a suspender derechos sin agotar el procedimiento constitucional, sin fijar la temporalidad de las medidas, así como la nula articulación de los tres poderes para la salvaguarda de la normalidad, no pandémica, sino constitucional.

#### CONCLUSIONES

A la luz de la teoría de los derechos fundamentales, resulta injustificado el procedimiento empleado para restringir y suspender los derechos fundamentales en México a causa de la pandemia. Al autorizar al CSG se normalizó que una autoridad administrativa restringiera nuestras libertades, situación que no puede acontecer en un Estado constitucional. Según este modelo de Estado se contempla un procedimiento excepcional, ya que en la normalidad constitucional no se puede decidir cómo vulnerar derechos, sino como potenciarlos. Por ende, lo anormal de la situación no debía conllevar una anomalía de los derechos fundamentales, por lo menos sin un debido consenso democrático y siguiendo los procesos constitucionales contemplados para ello. Las consecuencias de efectuar un procedimiento anómalo son que no se consensuó democráticamente, por ende, no

se contó con una revisión para determinar si dichas medidas eran proporcionales, necesarias y adecuadas. Esta anomalía hoy recayó en los millones de mexicanos que murieron y los millones que viven sin empleo, niños sin educación y hambruna. Parece ser que esta pandemia fue tomada como excusa para aumentar el miedo y minar nuestros derechos, retrotrayéndonos al estatus de súbditos y no ciudadanos.

#### FUENTES CONSULTADAS

- Aguiar De Luque, L. (1993). Los límites de los derechos fundamentales. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 14, 9-34.
- Alexy, R. (2009). Derechos Fundamentales, ponderación y racionalidad. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, no. 11.
- Alexy, R. (2007). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bidart Campos, G. (2003). *La Constitución económica*. Fundap.
- Bobbio, N. (1986). *El futuro de la democracia*. Fondo de Cultura Económica.
- Böckenförde, E. (1993). *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Nomos Verlagsgesellschaft.
- Comanducci, P. (2020). *Estudios sobre Constitución y derechos fundamentales*. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- Consejo de Salubridad General. (2020, marzo). *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 - Diario Oficial de la Federación. [https://dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5590745&fecha=30/03/2020](https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5590745&fecha=30/03/2020)
- Cruz Villalón, P. (1980) *El estado de sitio y la Constitución. La constitucionalización de la protección extraordinaria del Estado*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Cruz Villalón, P. (1989). Formación y evolución de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, no. 25, 35-62.