



LOS NUEVOS RETOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO ANTE LA PANDEMIA

Coordinador
Dr. Jorge Vargas Morgado

Primera edición, julio de 2021

Derechos reservados © conforme a la ley por:
Burgoa Editores, S.A.S.

Corrección de estilo: Iriana González Mercado
Diseño y Maquetación: Max M. Angello

Queda prohibida la reproducción total o parcial
de esta obra denominada
LOS NUEVOS RETOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO
ANTE LA PANDEMIA
por cualquier medio, sin autorización escrita
de Burgoa Editores, S.A.S.

ISBN: 978-607-992-402-7

Impreso en México
Printed in Mexico

LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FRENTE A LA EMERGENCIA SANITARIA: UNA EVALUACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Manlio Fabio Casarín León¹

8.1. Introducción

El 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud (OMS), declaró a la emergencia sanitaria internacional originada por el virus SARS-CoV2 causante de la enfermedad COVID-19 como pandemia, misma que hasta este momento lleva más de ciento cuarenta y un millones de casos confirmados en el mundo, superando los tres millones de defunciones; y, para el caso de México, las cifras están por arriba de los dos millones de casos confirmados y más de doscientos diez mil muertos, lo que coloca a nuestro país en el tercer lugar con el mayor número de personas fallecidas del planeta².

Esta tragedia que vive la humanidad entera ha dejado daños y afectaciones en el ámbito social, económico y, desde luego, en la salud, derivado de las medidas adoptadas por los Estados como el confinamiento y distanciamiento social, así como la suspensión y cierre de actividades consideradas como no esenciales, con la parálisis del sector productivo, la quiebra de pequeñas y medianas empresas, la pérdida millonaria de empleos, pero, sobre todo, las fuertes tensiones por cuanto hace a la intervención pública o sus omisiones para gestionar la pandemia, frente al respeto y protección de los derechos humanos.

¹ Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas y catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana.

² El primer caso de la enfermedad fue registrada por primera vez en territorio mexicano el 29 de febrero de 2020, y la primera muerte fue reportada el 21 de marzo de ese mismo año.

En el presente trabajo abordaremos de manera breve la respuesta del Estado mexicano para enfrentar la emergencia sanitaria, cuestionando si la actuación de sus órganos y autoridades –principalmente administrativas– se han realizando con un enfoque de derechos humanos, no únicamente respecto a las exigencias, principios y valores contemplados en las normas constitucionales para su protección, sino también a partir de las directrices establecidas en el ámbito regional por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para concluir con algunas reflexiones sobre este delicado tema.

8.2. La Administración Pública del Estado mexicano, ¿eficaz en la gestión de la pandemia?

Si bien, es cierto que las situaciones de excepción o emergencia permiten justificar la restricción o suspensión de algunos derechos, en aras de enfrentar oportuna y eficazmente la contingencia, también lo es que, a la luz de los valores y principios del Estado democrático, la acción de los órganos gubernamentales –reflejada en todas y cada una de las medidas adoptadas– no debe menoscabar y afectar de manera injustificada, desproporcionada y arbitraria el goce y ejercicio de aquéllos, atendiendo esencialmente al papel y alcances de la dignidad humana y el bienestar individual y colectivo en un ordenamiento jurídico, donde la persona y sus derechos representan el centro de gravedad y legitimación en torno al cual debe girar el ejercicio de la acción pública.

De esta manera, podemos advertir que algunos Estados –con independencia de su extensión territorial y número de habitantes– hayan reaccionado a la pandemia con un conjunto de decisiones que han implicado menor cantidad de contagios y muertes, con afectaciones menos catastróficas a sus economías, que les ha permitido una recuperación lenta pero gradual de sus procesos productivos y de desarrollo.

En ese sentido, saltan a la vista la adopción de algunas políticas sanitarias, acompañadas de otras de carácter fiscal, financiero, laboral y de ayudas sociales, que han tratado de amortiguar los efectos negativos de la emergencia sanitaria, adoptando un enfoque o perspectiva donde los derechos, tanto civiles y políticos como económicos, sociales, culturales y ambientales, se procuran garantizar en su interdependencia y progresividad.

En cambio, otras naciones como México, a pesar del discurso gubernamental por parte del titular del poder ejecutivo federal, y los instrumentos jurídicos emitidos por las autoridades sanitarias, en donde se reitera que se ha actuado de manera responsable y efectiva para

contener la propagación del virus respetando siempre los derechos humanos, lo cierto es que la realidad parece contradecir estos aparentes logros por tres razones fundamentales.

La primera es que la pandemia de la COVID-19 llega en un proceso de transición política y se une a una serie de problemas estructurales que ya vivían los habitantes de nuestro país, tales como alarmantes niveles de violencia, corrupción, inseguridad, impunidad, pobreza y desigualdad social, destacándose en este sentido los usuarios de los servicios de salud, quienes enfrentaban la falta de suministro de medicamentos, infraestructura inadecuada y carencias sistemáticas en recursos humanos calificados para dar cobertura de calidad en todo el territorio nacional, mismos que en este momento se han acentuado de manera significativa.

La segunda es que la llegada del actual gobierno federal, bajo el argumento de la austeridad republicana y el combate a la corrupción, trajo una serie de políticas y cambios normativos drásticos, los cuales tuvieron un impacto profundo en las estructuras de la Administración Pública, no sólo por cuanto hace a su aparente reconfiguración orgánica, que implicó la reducción presupuestaria y del aparato burocrático, la supresión paulatina de órganos y áreas internas de dependencias centralizadas y del sector paraestatal a nivel federal, sino que, incluso, determinó la desaparición y debilitamiento de órganos constitucionales autónomos, afectando su posición y garantías institucionales, necesarias para su adecuado funcionamiento, además de decidirse la supresión y sustitución de programas estratégicos implementados en administraciones anteriores, en áreas tan sensibles para la población como es el caso de las instituciones de salud y, concretamente, la eliminación del anteriormente denominado "seguro popular" y la creación del Instituto Nacional de Salud para el Bienestar (INSABI).

La tercera razón es que durante el tiempo de pandemia se han generado impactos negativos profundos en la economía, tales como la contracción del Producto Interno Bruto (PIB), tan sólo en el segundo trimestre del año 2020 del orden de 18.9%, la suspensión o pérdida de empleos en alrededor de 12.5 millones tan sólo en el mes de abril del mismo año según datos del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), y la estimación de incrementarse en 10.7 millones los mexicanos en situación de pobreza extrema por ingresos, según información del Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (CONEVAL) para el segundo trimestre de 2020.

Con este panorama, podemos afirmar que la reacción del Estado mexicano para enfrentar esta crisis sanitaria ha acumulado fuertes tensiones y violaciones de los derechos humanos en varios sectores de la población, mismos que, con independencia de su naturaleza, han puesto

en evidencia decisiones y medidas –en los tres niveles de gobierno– tardías, insuficientes, omisas, incluso algunas de ellas contradictorias, con un importante grado de descoordinación institucional y, lo más grave, en un entorno de polarización política cada vez mayor.

Para corroborar lo anterior, expondremos algunos datos e información que puede resultar ilustrativa en términos generales. Por ejemplo, existen estudios que dan cuenta hasta el mes de junio de 2020, de más de 777 personas que han presentado demandas de amparo en contra de actos u omisiones de las autoridades estatales. De este número, se han pronunciado al menos 200 sentencias de amparo, incidentes de suspensión o recursos de queja por parte de los Tribunales del Poder Judicial de la Federación, en donde los quejosos o agraviados van desde trabajadores de la salud (médicos, enfermeras, empleados administrativos), hasta empresas y personas en lo individual y colectivo, que han impugnado, entre otras cosas, la carencia de equipo adecuado para el personal sanitario, con el incumplimiento de las recomendaciones emitidas por la Organización Mundial de la Salud (OMS); la falta de atención oportuna a pacientes con COVID-19; el otorgamiento de un ingreso mínimo para subsistir derivado de despidos o pérdida de empleos; la obligación de ir a laborar a pesar de pertenecer a grupos vulnerables y en riesgo por comorbilidades (diabetes, hipertensión, entre otras), la falta de acceso a servicios vitales como agua potable para garantizar las medidas de higiene; la restricción de la movilidad y cierre o suspensión de actividades comerciales y de servicios, incluyéndose la negativa para acordar favorablemente la suspensión o prórroga del pago de impuestos a cargo de empresas derivado de la emergencia sanitaria; e, incluso, impugnaciones en contra de obras que no se consideran en este momento prioritarias para atender las necesidades de la pandemia (Tren Maya, Refinería en Dos Bocas, Aeropuerto de Santa Lucía), en donde se ha solicitado la suspensión de dichas obras para redireccionar los recursos financieros a efecto de atender estructuralmente la crisis de salud y económica que estamos padeciendo.

De manera específica, podemos afirmar que la gestión de la pandemia ha estado marcada por una incidencia negativa en los derechos

a la salud³, de comercio⁴, libre tránsito⁵, igualdad y no discriminación⁶, acceso a la justicia⁷, transparencia y acceso a la información (incluyendo el derecho de protección de datos)⁸, así como los derechos emergentes a la ciudad⁹ y a una buena administración¹⁰, entre otros.

En el caso específico del derecho administrativo sancionador, la situación de emergencia derivada de la pandemia de la COVID-19 nos ha demostrado que no contamos con un marco legal que permita justificar razonable y proporcionalmente la intervención administrativa. Así, hemos podido constatar la imposición de sanciones por la presunta comisión de faltas e infracciones administrativas, que han implicado

3 Por ejemplo, hasta julio de 2020 más de 46 mil trabajadores de la salud se han contagiado con el virus y 1320 han fallecido. A mi juicio, una gestión exitosa de la pandemia no debe regirse –entre otros indicadores– por el número o porcentaje de camas disponibles, sino esencialmente por la suficiencia, capacidad y condiciones adecuadas en las que labora el personal médico y de servicios en los hospitales, para atender con base en protocolos, pericia y conocimiento a la gran cantidad de pacientes. Para ser congruentes con el paradigma y postulados del Estado constitucional y democrático, la gestión de la emergencia sanitaria a partir de discursos y cifras –por cierto, muy cuestionadas–, implica desconocer e invisibilizar no solamente a todas y cada una de las víctimas fatales que ha producido la pandemia, sino también las demandas del personal y usuarios de los servicios de salud.

4 Como el cierre, clausura o restricciones desproporcionadas para el funcionamiento de establecimientos comerciales, que de manera discrecional e incluso arbitraria las autoridades han considerado como “no esenciales”.

5 Retenes vehiculares en entradas y salidas de poblaciones y centros urbanos, así como prohibiciones a la circulación de personas en espacios públicos por parte de corporaciones policíacas o de seguridad.

6 En este punto, podemos mencionar las omisiones de las autoridades competentes para prevenir y sancionar efectivamente aquellas conductas discriminatorias en contra del personal médico, de enfermería y trabajadores del sector salud, por parte de instituciones públicas y sujetos privados, lo que ha generado discursos de odio e intolerancia traducidos –en algunos casos– en ataques a la integridad y a la vida de dichas personas.

7 El caso más paradigmático lo constituye la suspensión y parálisis en el funcionamiento de órganos encargados de la impartición de justicia, tanto en el ámbito federal como local, con motivo del confinamiento. Lo anterior, a pesar de los importantes esfuerzos de algunos de ellos (por ejemplo, el Poder Judicial de la Federación) por adaptar sus estructuras, procedimientos y organización interna, para garantizar el acceso a la justicia en línea mediante el uso de plataformas tecnológicas.

8 Desde antes de la llegada del virus SARS-coV2 a México, este derecho se ha visto obstaculizado o restringido en virtud de una serie de acciones gubernamentales, como la reserva de información o respuestas negativas a solicitudes de acceso a la misma, incluyendo el debilitamiento del órgano garante (INAI); asimismo, por cuanto hace a la protección de datos personales, podemos mencionar su tratamiento inadecuado a cargo de determinados sujetos obligados, sobre todo en la etapa de la pandemia, tratándose del diagnóstico, atención y seguimiento de personas infectadas.

9 Para una explicación amplia de su contenido y alcance, *cfr.* Manlio Fabio Casarín León, “Algunas reflexiones en torno al derecho fundamental a la ciudad” en Jiménez Dorantes, Manuel (Coord.), *Temas sobre el control administrativo en el ámbito urbanístico*, Tirant lo Blanch, México, 2020, pp. 103-130.

10 Algunas ideas esenciales se exponen en el trabajo de mi autoría “La constitucionalización del derecho fundamental a una buena administración” en *Cuadernos de Mariñán, IX Jornadas de Derecho Administrativo Iberoamericano. Contratación, ordenación del territorio y buena administración*, Diputación de A Coruña, España, 2018, pp. 13-28.

el uso desmedido de la fuerza, incluso, con consecuencias fatales¹¹; la privación de la libertad; ataques a la integridad personal; afectaciones al derecho de reunión para ejercer la libertad de expresión mediante protestas en vías públicas; e, incluso, se ha documentado y evidenciado la extorsión de agentes públicos (principalmente policías y elementos de seguridad) con el pretexto de la contingencia sanitaria.

En este sentido, me parece que la fórmula federal en nuestro país requiere revisarse en temas como el procedimiento administrativo sancionador, a efecto de hacerlo más homogéneo en los tres niveles de gobierno, sobre todo, por cuanto hace a garantizar el acceso a la justicia, el debido proceso y la tutela efectiva de los derechos fundamentales, sin dejar de mencionar el fortalecimiento de los mecanismos para exigir la responsabilidad administrativa de funcionarios, servidores y empleados públicos, incluyendo la responsabilidad patrimonial del Estado, aun en situaciones extraordinarias.

Por todo lo anterior, me parece que, en vísperas del regreso a lo que se denomina “nueva normalidad”, el Estado mexicano debe implementar y cumplir una serie de exigencias que garanticen de manera permanente la promoción, respeto, tutela y reparación –en su caso– de los derechos y libertades fundamentales, tanto en su dimensión individual como colectiva, colocando a la persona humana y su dignidad como el centro de la acción gubernamental.

8.3. Los deberes y obligaciones estatales en el ámbito interamericano de protección de los derechos humanos con relación a la emergencia sanitaria

El 9 de abril de 2020, la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió la declaración 1/20¹², donde señala que la adopción y la implementación de medidas, dentro de la estrategia y esfuerzos que los Estados Parte de la Convención Americana están realizando para abordar y contener esta situación que concierne a la vida y salud pública, se efectúe en el marco del Estado de derecho, con el pleno respeto a los instrumentos interamericanos de protección de los derechos humanos, así como los estándares desarrollados en la jurisprudencia de ese tribunal.

De manera particular, destaca que la situación extraordinaria y problemas que viven los países derivados de la pandemia deben ser abordados a través del diálogo y la cooperación internacional y regional

¹¹ Tan sólo pensemos los múltiples casos de violencia excesiva por parte de policías y elementos de seguridad, cuando los ciudadanos no cumplen con determinadas medidas sanitarias, por ejemplo, no traer cubre bocas en la vía pública.

¹² Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/comunicado/declaracion_1_20_ESP.pdf [20-04-2021].

conjunta, solidaria y transparente entre todos los Estados. Por ello, todas aquellas medidas que puedan afectar o restringir el goce y ejercicio de derechos humanos deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales. Asimismo, con relación al uso de la fuerza, sostiene que, para implementar las medidas de contención por parte de los funcionarios encargados del cumplimiento de la ley, debe cuidarse que se ajuste a los principios de absoluta necesidad, proporcionalidad y precaución.

Por otro lado, dada la naturaleza de la pandemia, el órgano jurisdiccional interamericano sostiene que los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) deben ser garantizados sin discriminación a toda persona bajo la jurisdicción del Estado y, en especial, a aquellos grupos que son afectados de forma desproporcionada porque se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad, como son los adultos mayores, las niñas y los niños, los discapacitados, los migrantes, los refugiados, los apátridas, los que se encuentran privados de la libertad, las personas LGBTI, las mujeres embarazadas o en periodo de *post parto*, las comunidades indígenas, los afrodescendientes, los que viven del trabajo informal, la población de barrios o zonas de habitación precaria, las personas en situación de calle, aquellos en situación de pobreza, y el personal de los servicios de salud que atienden esta emergencia¹³.

En el caso específico del derecho a la salud, afirma que debe garantizarse respetando la dignidad humana y observando los principios fundamentales de la bioética, de conformidad con los estándares interamericanos en cuanto a su disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad, adecuados a las circunstancias generadas por esta pandemia. Por lo señalado, las trabajadoras y los trabajadores de la salud deberán ser proveídos de los insumos, equipos, materiales e instrumentos que protejan su integridad, vida y salud, y que les permita desempeñar su labor en términos razonables de seguridad y calidad.

Con relación a las medidas de aislamiento social y el impacto que generan, la Corte Interamericana recalca el deber estatal de debida diligencia estricta respecto del derecho de las mujeres y niñas a vivir una vida libre de violencia en sus hogares, por lo cual deben adoptarse todas las acciones necesarias para prevenir casos de violencia de género y sexual, disponiendo al efecto de mecanismos seguros de denuncia

¹³ La propia Corte Interamericana reconoce que, tratándose del alto impacto que la COVID-19 pueda tener respecto a las personas privadas de libertad en las prisiones y otros centros de detención, y en atención a la posición especial de garante del Estado, se torna necesario reducir los niveles de sobrepoblación y hacinamiento, debiéndose disponer en forma racional y ordenada medidas alternativas a la privación de la libertad.

directa e inmediata, y reforzar la atención para las víctimas. Para el caso de afectación en las economías personales y familiares, los Estados parte deben velar, además, porque se preserven las fuentes de trabajo y se respeten los derechos laborales de todos los trabajadores y trabajadoras, asegurando el ingreso necesario para la subsistencia en condiciones de dignidad humana, incluyendo mecanismos para atender la provisión básica de alimentos y medicamentos, así como otras necesidades elementales a quienes no puedan ejercer sus actividades normales, incluyendo a la población en situación de calle.

Un aspecto medular en tiempos de pandemia es el acceso a la información veraz y fiable, así como al Internet. A este respecto, el órgano interamericano señala la obligación de disponer las medidas adecuadas en el uso de tecnología de vigilancia para monitorear y rastrear la propagación del coronavirus, de manera limitada y proporcional a las necesidades sanitarias, de tal suerte que, no implique una injerencia desmedida y lesiva para la privacidad, la protección de datos personales y el principio general de no discriminación. Igualmente, será indispensable que se garantice el acceso a la justicia y a los mecanismos de denuncia, asimismo, se proteja particularmente la actividad de las y los periodistas y las defensoras y defensores de derechos humanos, a fin de monitorear todas aquellas medidas que se adopten y que conlleven afectación o restricción de dichos derechos, con el objeto de ir evaluando su conformidad con los instrumentos y estándares interamericanos, así como sus consecuencias en las personas.

Finalmente, en este pronunciamiento de la Corte Interamericana, se señala la pertinencia de poner en alerta a los órganos o dependencias competentes para combatir la xenofobia, el racismo y cualquier otra forma de discriminación, para que extremen el cuidado a efectos de que, durante la pandemia, nadie promueva brotes de esta naturaleza con noticias falsas o incitaciones a la violencia.

Se trata, sin duda, de una serie de criterios que vinculan y orientan a los Estados para hacerle frente a la emergencia sanitaria, a partir del ejercicio de competencias, políticas y acciones gubernamentales por parte de sus órganos, desde una perspectiva de derechos humanos, esto es, privilegiando en todo momento el respeto del Estado de derecho y haciendo evidentes los mecanismos de transparencia y rendición de cuentas, así como la garantía efectiva de los derechos en su interdependencia y progresividad, incluyendo la participación social en la toma de decisiones públicas, atendiendo a la esencia del Estado democrático.

8.4. Consideraciones finales

La experiencia vivida durante la pandemia ha puesto en evidencia la necesidad de que el Estado mexicano revise y replantee hacia el futuro el modelo de gestión pública en los tres niveles de gobierno, a efecto de adaptar el marco legal y las decisiones en materia de políticas públicas a una sociedad en riesgo, donde se privilegie el enfoque o perspectiva de derechos humanos, que implica, por un lado, centrar la atención y los esfuerzos institucionales en los asuntos verdaderamente prioritarios, para garantizar el bienestar y calidad de vida digna de las personas y, por el otro, que se hagan efectivos los mecanismos de acceso a la justicia y tutela de derechos, así como los controles interinstitucionales, incluyendo la responsabilidad del Estado y sus servidores públicos.

Lo anterior exige, entre otros muchos aspectos, destinar fuertes inversiones en el sector público, como sería el caso de la salud, medio ambiente, educación, ciencia y tecnología¹⁴, infraestructura y servicios públicos, procuración e impartición de justicia y seguridad pública, con previsiones en ahorros, directrices de prevención, cuerpos profesionales con capacidad de decisión y reacción ante contingencias, sin perder de vista el camino que ha emprendido nuestro país desde hace algunos años para alcanzar los objetivos de desarrollo sostenible de la agenda 2030 de la Organización de las Naciones Unidas (ONU)¹⁵, que exigen el diseño de planes, políticas y programas gubernamentales de largo plazo, basados en evidencias y metodologías claras y transparentes¹⁶.

Para lograr lo anterior, se requiere urgentemente articular un esquema de interlocución permanente entre las autoridades federales, estatales y municipales, para que, a través del respeto a los valores y principios del Estado constitucional y democrático, sean capaces de atender de manera coordinada, consensuada y con la participación activa de la sociedad las prioridades de la emergencia, que en este momento, a pesar del tiempo transcurrido y de la esperanza que significa la puesta en marcha de los programas de vacunación a nivel mundial, nos encontramos todavía lejos

¹⁴ Un gran pendiente del Estado mexicano, que ha sido evidenciado por la pandemia del coronavirus, es la falta de fortalecimiento y continuidad en las políticas tendientes al cierre de la brecha digital, generándose afectaciones a importantes sectores de la población, sobre todo los grupos vulnerables, quienes, derivado de la falta de acceso y conectividad a Internet se les condena a la marginación y precario desarrollo, ante la imposibilidad de ejercer adecuadamente sus derechos humanos.

¹⁵ Disponible en: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/2015/09/la-asamblea-general-adopta-la-agenda-2030-para-el-desarrollo-sostenible/> [20-04-2021].

¹⁶ En este punto, considero de la mayor importancia entablar y fortalecer un diálogo y acompañamiento permanente entre política y ciencia, que permita definir y evaluar con evidencias y resultados medibles cuantitativa y cualitativamente, un conjunto de acciones para superar la crisis sanitaria con los menores daños posibles.

de superarla, ya que se requiere la inmunización de la mayor parte de la población para un regreso gradual pero seguro a la nueva normalidad.

Fuentes de consulta

Manlio Fabio Casarín León, “Algunas reflexiones en torno al derecho fundamental a la ciudad” en Jiménez Dorantes, Manuel (Coord.), *Temas sobre el control administrativo en el ámbito urbanístico*, Tirant lo Blanch, México, 2020.

Manlio Fabio Casarín León, “La constitucionalización del derecho fundamental a una buena administración” en *Cuadernos de Mariñán, IX Jornadas de Derecho Administrativo Iberoamericano. Contratación, ordenación del territorio y buena administración*, Diputación de A Coruña, España, 2018.

Sitios de consulta

https://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/comunicado/declaracion_1_20_ESP.pdf
[20-04-2021].

<https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/2015/09/la-asamblea-general-adopta-la-agenda-2030-para-el-desarrollo-sostenible/>