



Derecho, poder y sociedad ante la pandemia

SUMARIO: Introducción; 1. Medidas frente a la contingencia; 2. Una mirada desde Foucault; 3. Consideración final.

Ha habido en torno de la peste toda una ficción literaria de la fiesta [...] Pero ha habido también un sueño político de la peste, que era exactamente lo inverso: no la fiesta colectiva, sino las particiones estrictas; no las leyes trasgredidas, sino la penetración del reglamento hasta los más finos detalles de la existencia y por intermedio de una jerarquía completa que garantiza el funcionamiento capilar del poder; no las máscaras que se ponen y se quitan, sino la asignación a cada cual de su "verdadero" nombre, de su "verdadero" lugar, de su "verdadero" cuerpo y de la "verdadera" enfermedad. La peste como forma a la vez real e imaginaria del desorden tiene por correlato médico y político la disciplina.

Michel Foucault, *Vigilar y castigar, nacimiento de la prisión*

Introducción

Hace apenas unos meses hablar de pandemia era prácticamente ubicarnos en otra época, en otras realidades lejanas a nuestro entorno moderno. Era casi como trasladarnos al fenómeno de la peste.

El sueño político de la peste, dice Foucault, es la penetración del reglamento "hasta los más finos detalles de la existencia" con la finalidad de garantizar "el funcionamiento capilar del poder". La prosa del profesor francés nos advierte de los riesgos que corren las libertades ciudadanas en una emergencia sanitaria. Ese fenómeno se refleja en la expansión de las estructuras del poder sobre las conductas de las personas.

En el epílogo de un libro que concluí recientemente –y que está por entrar a imprenta–, comento que la pandemia que vivimos pone de manifiesto el nivel de vulnerabilidad del ser humano. En momentos como los que estamos viviendo suceden problemas que no estaban en la agenda global y solo eran imaginables en las descripciones distópicas de autores de ciencia ficción. Los problemas estructurales que trae consigo esta situación de emergencia a la vista de una "nueva normalidad" requerirán de años de análisis para poder llegar a ser comprendidos y asimilados, así sea de manera parcial. Tanto en los problemas que actualmente acontecen, como en aquellos que en un futuro próximo seguramente se actualizarán, habrá implicaciones en muy variados ámbitos y la injerencia

* Profesor del Departamento de Derecho de la Universidad de Guanajuato. Rector General de la misma Universidad. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores.

de las diversas disciplinas también. Se abrirán nuevas líneas de investigación para todas las ramas de la ciencia jurídica¹, así como para el resto de los saberes jurídicos.

En este ensayo, sin embargo, más que profundizar en alguna de esas previsiones o análisis, deseo rescatar el aspecto crítico que propone Foucault sobre el avance de las regulaciones que acompañan y disfrazan el funcionamiento social del poder, no en las grandes instituciones –el Congreso, la Corte, la Presidencia de la República– sino en prácticas disciplinarias cotidianas que atraviesan toda relación social. En este marco del micropoder, el riesgo sanitario ha impuesto a todas las personas injerencias hasta hace muy poco impensables y de otro modo difícilmente justificables. El riesgo y el miedo, sin embargo nos disponen a aceptarlas hasta ahora con muy pocos ejercicios de crítica o rechazo. Esto debe cambiar –al menos en lo que se refiere a la falta de crítica–; a ello se dirige este trabajo. En él revisaré algunas medidas reglamentarias que la población parece ir normalizando y que, sin embargo, deben ser sometidas al análisis de la crítica que acostumbraba el ilustre pensador francés sobre estas prácticas desde el ejercicio del poder. Asimismo, expondré un punto de vista sobre el papel que tienen el Derecho y la propia sociedad frente a este fenómeno.

1. Medidas frente a la contingencia

La relación entre poder, temor y búsqueda de seguridad se ancla en el conocido análisis de Thomas Hobbes sobre el surgimiento del Estado². Según este autor, las personas renuncian a sus libertades y contratan la aparición del Leviatán a cambio de seguridad para sus vidas, propiedades y familias. En otras palabras, nos sometemos a cambio de sentirnos más seguros.

1 A manera de ejemplo, vale la pena destacar una aportación pertinente y oportuna en relación con los retos que se abren para el Derecho penal en la obra coordinada por González Martín, Nuria (Coord.), Emergencia sanitaria por COVID-19, Serie Opiniones técnicas sobre temas de relevancia nacional, número 17, UNAM, México, 2020. En ese texto se ponen de relieve temas como los efectos de la pandemia en el ámbito de la criminalidad [en "Reflexiones criminológicas sobre la pandemia", Gabriel Regino García]. Las víctimas y el marco jurídico para su protección [en "Las víctimas del COVID-19: vencer la adversidad", de María Teresa Ambrosio Morales]. La figura típica de la apología del delito [en "Apología del delito en tiempos del COVID-19", de Rodolfo Islas Valdés]. Algunos parámetros para el análisis de los delitos de robo y de peligro de contagio [en "Delito de robo y de peligro de contagio por COVID-19 (Primeras aproximaciones)" de Enrique Díaz-Aranda]. La distribución de recursos públicos en el marco de la estrategia gubernamental de combate a la corrupción en tiempos de la pandemia [en "Corrupción y COVID-19" de Euquenee Aimee Monterde Valero]. El origen de la corrupción en la actividad económica de la administración y en la atribución de control y aplicación de los fondos públicos [en "Los delitos cometidos por servidores públicos" de Francisco Ruiz Plascencia]. El papel de las instituciones policiales, de procuración y administración de justicia frente al reto de implementar mecanismos eficaces y eficientes para su función [en "El procedimiento penal mexicano en tiempos de pandemia", Patricia Lucila González Rodríguez]. El déficit en el aprovechamiento de las tecnologías de la información en las funciones de los órganos judiciales [en "Las tecnologías de la información y justicia penal a distancia" de Jorge A. Lara Rivera]. La protección de la salud como derecho humano y el proceso constitucional de amparo como garantía para su cumplimiento. [en "La suspensión en el amparo contra las omisiones administrativas relacionadas con el COVID-19", de José Díaz de León Cruz]. Y algunas de las implicaciones de la pandemia en los centros de reclusión [en "Problemática socio jurídica del COVID-19 en el sistema penitenciario nacional", de Juan Gonzaga Sandoval].

2 Dice Hobbes que "los hombres no experimentan placer ninguno (sino, por el contrario, un gran desagrado) reuniéndose, cuando no existe un poder capaz de imponerse a todos ellos" [Leviatán. O la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil, Manuel Sánchez Sarto (trad.), 3a. ed., FCE, México, 2017].

De acuerdo con Consulta Mitofsky, el 64.2% de la población mexicana tiene mucho o algo de miedo a morir a causa del coronavirus³; el 80.9%, teme contagiarse o que su familia se contagie; y el 64.3% teme mucho o algo morir a causa del virus⁴. Aunque uno de cada tres encuestados opina que ya "es hora de abrir actividades", la mayoría está en contra de la apertura y manifiesta un rechazo fuerte a que se abran bares y estadios⁵.

La Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México⁶, por su parte, ha reseñado cómo varios municipios y entidades federativas han emitido medidas de emergencia para la prevención y el tratamiento de la pandemia de COVID-19 que limitan el ejercicio de diversos derechos humanos "al establecer toques de queda y filtros sanitarios". Señala, además, que la Subsecretaría de Derechos Humanos, Población y Migración de la Secretaría de Gobernación publicó el 12 de abril la "Guía en derechos humanos para las medidas covid-19"⁷, en la que indica que las autoridades pueden "adoptar medidas extraordinarias para enfrentar la emergencia sanitaria" al tiempo que establece que "una medida es proporcional y respeta los derechos humanos" si cumple con ciertos requisitos de necesidad, proporcionalidad e idoneidad, entre otros. Según el estudio realizado por esa Oficina sobre el tema⁸, "existen al menos 46 instrumentos (11 a nivel estatal y 35 municipales) estableciendo medidas de este tipo, entre las que se encuentran: toques de queda, filtros sanitarios, inspección de personas, ingreso a locales o casas habitación, la delimitación de qué es una actividad esencial, requisitos para circular en la vía pública y la suspensión de ciertos tipos de eventos, como los ritos funerarios en algunos lugares". Estas medidas, según la misma fuente, se han emitido mediante decretos, comunicados de prensa y avisos de emergencia, aunando a las prohibiciones establecidas sanciones que van desde multas, arrestos administrativos e incluso "la advertencia de iniciar investigaciones penales". Es por ello que la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México emitió una advertencia importante: "La pandemia es compleja y no hay soluciones fáciles. Sin embargo, las acciones del Estado mexicano en respuesta a la misma deben ser acordes con sus obligaciones internacionales de derechos humanos"⁹.

3 Disponible en: <http://www.consulta.mx/index.php/encuestas-e-investigaciones/item/1358-comorbididades-covid19>, junio 2020.

4 Ver CAMPOS, Roy, "Coronavirus en México: no cede el miedo", *El economista*, 6 de julio de 2020, disponible en: <https://www.eleconomista.com.mx/politica/Coronavirus-en-Mexico-no-cede-el-miedo-20200706-0076.html>

5 Idem.

6 Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México, Directrices de derechos humanos para medidas de emergencia durante la pandemia COVID-19 en México,

7 Comunicado de prensa "Da a conocer Subsecretaría de Derechos Humanos, Población y Migración guía para las medidas por el coronavirus COVID-19", disponible en: <https://www.gob.mx/segob/prensa/da-a-conocer-subsecretaria-de-derechos-humanos-poblacion-y-migracion-guia-para-las-medidas-por-el-coronavirus-covid-19> (citado por Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México, op. cit.).

8 Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México, op. cit.

9 A estas medidas debemos agregar que en la puesta en ejecución que se realizó a partir del 23 de marzo de la Jornada Nacional de Sana Distancia se incluyó entre otras, una definición tan peculiar como invasiva de los espacios público, social, personal e íntimo, así como un plan de reapertura a las actividades sociales, educativas y económicas de manera cuidadosa y gradual. Ver: Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe (SELA), COVID-19:

Pese a lo dicho, hay datos de opinión de los que se desprende que una buena parte de los ciudadanos están de acuerdo con que se restrinjan las libertades de manera importante. Una encuesta levantada el mes de abril daba cuenta de que dos tercios de los mexicanos apoyaba "medidas de confinamiento altamente restrictivas, como prohibir reunirse con otras personas [...] o prohibir estrictamente a la gente salir de sus casas, que cuenta con un apoyo de 63 por ciento y un rechazo de 36 por ciento"¹⁰. Asimismo, que el 43% está de acuerdo en restringir la libertad de expresión para evitar noticias falsas y desinformación sobre el virus y el 30% para evitar críticas al gobierno en medio de la crisis¹¹.

La disponibilidad a que tales limitaciones ocurran está motivada, sin duda, por el miedo. Sin embargo, concesiones de tal naturaleza al poder pueden traer consecuencias extralimitadas. De tal magnitud, que podría no resultar exagerado parafrasear una conocida frase de Churchill para sostener que, quien cede sus libertades para estar seguro, se quedará sin seguridad y sin libertades.

2. Una mirada desde Foucault

En estos tiempos la discusión sobre la legitimidad del poder no puede limitarse a la garantía de la seguridad y protección a las vidas o a la salud de las personas. Resulta indispensable analizar esos derechos a la luz de otros bienes jurídicos, de otras libertades. Estas libertades están asentadas, pese a todo, y de acuerdo con el análisis de Foucault, en el subsuelo "profundo y sólido" de la sociedad disciplinaria en la que vivimos.

En un pasaje por demás conocido de *Economía y sociedad*¹², Weber sostenía que por *dominación* debe entenderse "la probabilidad de encontrar obediencia dentro de un grupo determinado para mandatos específicos (o para toda clase de mandatos)". Asimismo, que *disciplina*, debe entenderse "la probabilidad de encontrar obediencia para un mandato por parte de un conjunto de personas que, en virtud de actitudes arraigadas sea pronta, simple y automática"¹³.

Es en ese ámbito de las actitudes arraigadas que hacen la obediencia a un mandato "pronta, simple y automática" donde se centra el análisis hecho por Foucault. En una frase que parece hecha para este tiempo, el pensador francés señala que "[p]or detrás de los dispositivos disciplinarios, se lee la obsesión de los «contagios», de la peste [...]"¹⁴. Para este autor, la peste suscita esquemas dis-

Resumen de las principales medidas, acciones y políticas implementadas por los Estados miembros del SELA, 9 de julio de 2020, p. 52, disponible en: <http://www.sela.org/media/3219723/covid-19-resumen-de-las-principales-medidas-estados-miembros-sela.pdf>.

10 MORENO, Alejandro "Encuesta: 63% apoya la prohibición a salir de casa por el COVID-19", en Nación 3.2.1 <https://www.nacion321.com/ciudadanos/encuesta-63-apoya-la-prohibicion-a-salir-de-casa-por-el-covid-19>.

11 Idem.

12 WEBER, Max, *Economía y sociedad* (2004), Fondo de Cultura Económica, 2a. Ed., México, 2004, p. 296.

13 Ibid, p. 43.

14 FOUCAULT, Michael *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, Aurelio Garzón del Camino (trad.), Editorial Siglo XXI, 30ª. edición en español, México, 2000, p. 194.

ciplinarios que terminan en "una organización en profundidad de las vigilancias y de los controles, a una intensificación y a una ramificación del poder" por "[e]l gran encierro"¹⁵. Vale la pena citar de nuevo y largamente *Vigilar y castigar*¹⁶:

La ciudad apestada, toda ella atravesada de jerarquía, de vigilancia, de inspección, de escritura, la ciudad inmovilizada en el funcionamiento de un poder extensivo que se ejerce de manera distinta sobre todos los cuerpos individuales, es la utopía de la ciudad perfectamente gobernada. La peste (al menos la que se mantiene en estado de previsión), es la prueba en el curso de la cual se puede definir idealmente el ejercicio del poder disciplinario. Para hacer funcionar de acuerdo con la teoría pura los derechos y las leyes, los juristas se imaginaban en el estado de naturaleza; para ver funcionar las disciplinas perfectas, los gobernantes soñaban con el estado de peste.

En pocas palabras, un estado de emergencia de esta índole resulta el espacio ideal para la disciplina y la obediencia que conlleva; para limitar a las libertades ciudadanas y profundizar los controles del poder. El confinamiento se convierte en ese espacio "cerrado, recortado, vigilado, en todos sus puntos, en el que los individuos están insertos en un lugar fijo, en el que los menores movimientos se hallan controlados, en el que todos los acontecimientos están registrados, [...] A la peste responde el orden [...]"¹⁷.

Foucault es incisivo y su crítica resulta aplicable a la actualidad.. ¿Es acaso que no resta sino la obediencia ante el COVID?

3. Consideración final

En un discurso reciente, Michelle Bachelet, Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, decía que la pandemia "pone a prueba nuestras sociedades y todos estamos aprendiendo y adaptándonos a medida que respondemos al virus. La dignidad y los derechos humanos deben estar al frente y al centro en ese esfuerzo, no pueden venir después."¹⁸

El discurso normativo de los derechos humanos debe, sin embargo, ampliarse y enriquecerse-. Michel Foucault dejó una advertencia clara mediante un lenguaje no jurídico, pero muy claro, en cuanto a los riesgos en el ejercicio del poder estatal. Para los gobernantes -nos recuerda el pensador francés- el estado de peste es ideal. A los analistas jurídicos, acostumbrados al estudio del poder mediado por el Derecho, nos convendría no obviar la visión más descarnada de las gorgonas del poder y poner de relieve que, pese a la pandemia, el espacio público pueda convertirse en un lugar para la crítica y defensa de las libertades ciudadanas.

Aunado a esa visión crítica del ejercicio del poder, también debe hacerse presente el análisis ponderado, racional y sistemático de los derechos humanos para estar en condiciones de hacer

¹⁵ Ibid, p. 195.

¹⁶ Ibid, p. 196.

¹⁷ Ibid, p. 194.

¹⁸ Michelle Bachelet, "Las medidas contra el coronavirus no pueden atentar contra los derechos humanos", disponible en: <https://news.un.org/es/story/2020/03/1470701>

planteamientos nuevos ante un fenómeno diferente. Si revisamos la literatura en materia de derechos humanos prevalecen hipótesis de diversa índole que ponen al Estado frente a la persona y al interés colectivo, pero no hay mucho escrito sobre los equilibrios y contrapesos en tiempos de pandemia.

El Estado tiene un desafío no previsto y el Derecho, de nueva cuenta, debe mediar el ejercicio del poder estatal; deberá hacerlo no encerrándose en su estructura y principios, sino con una absoluta apertura a las aportaciones de otras disciplinas.

Ojalá ante esta emergencia no prevista, no proliferen prácticas viejas –aplicadas a otro tipo de fenómenos como la seguridad pública– como el oportunismo político y la *ocurrencias* disfrazadas de *soluciones*.

¿Se pone a prueba la capacidad del poder público y del Derecho? Desde mi punto de vista se pone a prueba algo mucho más que eso. Se presenta un desafío enorme para la sociedad. Esta pandemia ha dejado claro que no hay fuerza pública ni orden jurídico que pueda transformar una realidad, si no emerge de la actitud, de la voluntad individual y social.

Fuentes

CAMPOS, Roy, "Coronavirus en México: no cede el miedo", *El economista*, 6 de julio de 2020, disponible en: <https://www.economista.com.mx/politica/Coronavirus-en-Mexico-no-ce-de-el-miedo-20200706-0076.html>

FOUCAULT, Michael (2000), *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, Aurelio Garzón del Camino (trad.), Editorial Siglo XXI, 30a. edición en español, México, 2000.

GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria (Coord.), Emergencia sanitaria por COVID-19, Serie Opiniones técnicas sobre temas de relevancia nacional, número 17, UNAM, México, 2020.

HOBBS, Thomas, *Leviatán. O la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, Manuel Sánchez Sarto (trad.), 3ª. ed., FCE, México, 2017.

MORENO, Alejandro "Encuesta: 63% apoya la prohibición a salir de casa por el COVID-19", en *Nación* 3,2,1 <https://www.nacion321.com/ciudadanos/encuesta-63-apoya-la-prohibicion-a-salir-de-casa-por-el-covid-19>.

OFICINA EN MÉXICO DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO, *Directrices de derechos humanos para medidas de emergencia durante la pandemia COVID-19 en México*, disponible en: <https://www.gob.mx/segob/prensa/dad-conocer-subsecretaria-de-derechos-humanos-poblacion-y-migracion-guia-para-las-medidas-por-el-coronavirus-covid-19>

PRECIADO, Paul B., "Aprendiendo del virus", Periódico *El País*, 28 de marzo de 2020, disponible en: <https://elpais.com/autor/paul-b-preciado/>.

SISTEMA ECONÓMICO LATINOAMERICANO Y DEL CARIBE (SELA), *COVID-19: Resumen de las principales medidas, acciones y políticas implementadas por los Estados miembros del SELA*, 9 de julio de 2020, p. 52, disponible en: <http://www.sela.org/media/3219723/covid-19-resumen-de-las-principales-medidas-estados-miembros-sela.pdf>.

WEBER, Max, *Economía y sociedad* (2004), Fondo de Cultura Económica, 2ª. Ed., México, 2004.