

## CAPÍTULO CUARTO

### EL MARCO JURÍDICO MEXICANO RELATIVO A LAS EMERGENCIAS SANITARIAS Y PANDEMIAS

Al haberse abordado en el capítulo anterior algunos de los instrumentos internacionales relacionados con las pandemias, se considera que el siguiente paso es presentar un análisis del marco jurídico mexicano a partir de la perspectiva de gobernanza global, conforme fue delimitada ésta en el capítulo segundo. Se selecciona aquella normatividad mexicana que se estima como el andamiaje de la preparación y respuesta frente a pandemias. Si bien la base se encuentra en la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sus derivaciones se extienden a lo largo de leyes, reglamentos, normas oficiales mexicanas, manuales, planes, o cualquier denominación alternativa que se les otorgue a estos dos últimos.

En este capítulo se abordan actos jurídicos concretos que fungieron como pautas durante la contingencia ocasionada por la influenza A(H1N1) de 2009. Aunque algunos de esos actos fueron de una temporalidad determinada, y otros tantos ya no se encuentran en vigor, no por ello son prescindibles, dado que contribuyen a visualizar cuáles son las medidas que se adoptan en ésta y en futuras pandemias desde una perspectiva de derecho constitucional y administrativo en México. Al mismo tiempo, se hace mención de algunas de las reformas o modificaciones de que han sido objeto.

En ese sentido, a partir de las herramientas de gobernanza, también se citan planes de acción que no corresponden a una figura jurídica formal *per se*, sino que su propósito es el de guiar, más que el de obligar. Por lo tanto, en la línea de lo que se ha planteado en los capítulos precedentes, su inclusión se atribuye a la importancia que tuvieron en el marco de lo acontecido durante la contingencia sanitaria que conforma el estudio de caso.

Dicho esto, y dentro del marco del análisis multinivel desde una perspectiva de gobernanza global, a continuación se procede a enunciar algunos de los instrumentos que se consideran directamente relacionados con la respuesta a la pandemia de influenza A(H1N1) de 2009. Para tal efecto, vale la pena plantear, aun de forma somera, el contexto de salud pública

en que se insertan dichos instrumentos, a fin de ampliar el entendimiento sobre dónde y cómo se lleva a cabo su aplicación a casos particulares.

## I. GENERALIDADES SOBRE EL SISTEMA NACIONAL DE SALUD EN MÉXICO

El tener presentes algunas de las características socioeconómicas generales del sistema nacional de salud de México contribuye a comprender la racionalidad detrás de buena parte de la normatividad existente. Por esa línea, el desarrollo histórico arroja luz sobre el grado de participación tanto del sector público como del privado en la atención a la salud, ya sea de la totalidad o bien de una parte de la población. Anteriormente a 1943, se estima que los servicios de salud eran proporcionados eminentemente a ciertos grupos que cumplieran determinadas características, puesto que no existía entonces la misma cantidad respecto de hoy de instituciones públicas con la encomienda de velar por la salud de toda la población.<sup>422</sup>

Algunos autores han considerado que el sistema nacional de salud es una creación jurídica en tanto surge a partir de las reformas de 1983-1984.<sup>423</sup> Así, la Ley General de Salud define al sistema nacional de salud como la composición entre los sectores público, privado y sector social. De esta manera, todas las instituciones que proporcionan servicios de salud quedan incluidas, aunque no todas se encuentren bajo la jerarquía directa de la Secretaría de Salud.<sup>424</sup>

---

<sup>422</sup> Brachet-Márquez, Viviane, “Salud y seguridad social 1917-2008. ¿Quién decide?”, en Méndez, José Luis (coord.), *Los grandes problemas de México. XIII. Políticas públicas*, México, El Colegio de México, 2010, pp. 347 y ss.

<sup>423</sup> Cano Valle, Fernando *et al.*, *Medicina y estructuras jurídico-administrativas en México...*, *cit.*, p. 181.

<sup>424</sup> Cabe añadir que esta afirmación es aceptada cuando se refiere a un periodo ordinario. Por otro lado, hay otra postura en el sentido de que las instituciones de seguridad social de plano no pertenecen al sistema nacional de salud. Sin embargo, se considera que una cosa es afirmar que todas las entidades del sistema nacional de salud operan directamente subordinadas a un organigrama administrativo, con la Secretaría de Salud a la cabeza, y otra distinta es señalar que aquellas que no están dentro de ese organigrama, consecuentemente no pertenecen a dicho sistema. Véase Ibarra, Ignacio y otros, “Capacidad del marco jurídico de las instituciones públicas de salud de México para apoyar la integración funcional”, *Salud Pública de México*, México, vol. 55, núm. 3, mayo-junio de 2013, pp. 311-315. Adicionalmente, en otra parte se visualiza al sistema nacional de salud como un órgano, aunque esto también podría ponerse en tela de duda; véase Charvel, Sofía y García Sarubbi, David, *Derecho y salud pública. Un análisis de la legislación comparada*, México, Fontamara-Colegio de Bioética, A. C.-ITAM-Instituto Nacional de Salud Pública, 2013, p. 59.

El análisis de varias contribuciones permite visualizar con mayor claridad la manera en la que fue construido el sistema de salud mexicano. Al igual que en otros países latinoamericanos —la excepción más notable es Cuba—, el diseño institucional inicia como un modelo predominantemente “bismarckiano”<sup>425</sup> de seguridad social, en la que un segmento de la población es el que tiene garantizado un derecho a la salud en México, a través del pago de determinadas cuotas, ya sea por parte de los patrones o bien por los propios gremios asegurados.<sup>426</sup> Así se advierte, también, del contenido de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, puesto que contemplaba un derecho a la salud para los trabajadores y, en específico, para aquellas enfermedades relacionadas con el desempeño de sus labores, en términos de su numeral 123, fracciones XIV y XV.

El carácter legalmente “segmentado” de este derecho fue modificado gradualmente,<sup>427</sup> hasta que su generalización quedó consagrada en la reforma al artículo 4o. de la Constitución, introducida en 1983. Este hecho es el tema de una sección posterior del presente capítulo.

La actividad pública en el sector salud en general se remonta a una época anterior a la existencia misma de instituciones como el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) o el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE).<sup>428</sup> No obstante, la aparición del sistema nacional de salud como figura formal tiene especial trascendencia

---

<sup>425</sup> Se le denomina así, en alusión al canciller alemán Otto von Bismarck, que fungió como tal durante el periodo de 1871 a 1890, y bajo cuyo cargo se diseñó el primer esquema de protección de la salud de los trabajadores a partir de parámetros de seguridad social. El otro gran parámetro de referencia en esta temática es el informe presentado por Lord Beveridge ante el Parlamento de Inglaterra en 1942, respecto de un posible modelo de seguridad universal que incluiría, entre otros, la salud de la población como una necesidad que sería atendida por el gobierno. Véase Lifschitz, Esteban y Tobar, Federico, “El derecho a la salud en Estados Unidos: el fallo de la Suprema Corte sobre la Ley Obama”, en Clérico, Laura *et al.*, (eds.), *Tratado de derecho a la salud*, t. III, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2013, p. 3150; también, Cano Valle, Fernando *et al.*, *Medicina y estructuras jurídico-administrativas en México...*, *cit.*, pp. 186 y 187.

<sup>426</sup> Conforme al artículo 15 de la Ley del Seguro Social, los patrones están obligados a inscribir a sus trabajadores ante el Instituto Mexicano del Seguro Social. Otro tanto ocurre respecto de los trabajadores al servicio del Estado, para quienes se encuentra disponible el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado. Asimismo, las entidades federativas también cuentan con instituciones de seguridad social para trabajadores al servicio de sus propios órganos gubernamentales.

<sup>427</sup> La manera en que se presentó ese cambio gradual se menciona también en Yáñez Campero, Valentín, *La administración pública y el derecho a la protección de la salud en México*, México, Instituto Nacional de Administración Pública, 2000, p. 45.

<sup>428</sup> Brachet-Márquez, Viviane, “Salud y seguridad social 1917-2008. ¿Quién decide?...”, *cit.*, p. 347.

para este análisis, en tanto se ha constituido como el punto de referencia sobre la manera en que se organiza el sector salud en este país. En este sentido, las estructuras institucionales han sido moldeadas posteriormente con base en ese sistema.

En esa tesitura, se ha estimado que en México existe un sistema dual en el que, por un lado, los hospitales públicos cuentan con un presupuesto gubernamental global asignado, y, por el otro, los servicios privados de salud son financiados por un esquema de prepago, que opera bajo una dinámica de seguros médicos.<sup>429</sup> Ello, a su vez, se refleja en el contraste entre el gasto público y el gasto privado efectuado en rubros relacionados con la salud.<sup>430</sup>

Tal desarrollo histórico también contribuye a entender el escenario actual, en el que se observa un nivel de participación muy similar entre los servicios públicos y los privados de salud.<sup>431</sup> Aunque se señala que hay un retroceso en cuanto a inversiones en el gasto público en salud,<sup>432</sup> al mismo tiempo, en México se cuenta con programas que aspiran a una cobertura cuasi universal no limitada a derechohabientes, como lo es el seguro popular.<sup>433</sup> A pesar de que este programa fue implementado hasta 2003 —veinte años después, en relación con la reforma constitucional de 1983— y se encuentra plagado de deficiencias y contradicciones internas,<sup>434</sup> también

---

<sup>429</sup> Para un estudio económico comparativo entre diversos sistemas de salud, incluido el de México, que ilustra cómo se administran los recursos de la salud entre uno y otro modelo, véase Jacobzone, Stéphane, “Understanding the Performance of Health Systems: The Ageing-Related Diseases Perspective”, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, *A Disease-Based Comparison of Health Systems. What is Best and at What Cost?*, París, 2003, pp. 299-313. Cabe señalar que el estudio se llevó a cabo sobre enfermedades no transmisibles, por lo que algunas características respecto del manejo de las enfermedades transmisibles, como la influenza, pueden no ser comparables.

<sup>430</sup> Carbonell, José y Carbonell, Miguel, *El derecho a la salud. Una propuesta para México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, pp. 39-42.

<sup>431</sup> De acuerdo con datos de la Organización Mundial de la Salud para 2015, la proporción de los gastos en salud en México corresponden a un 52% de gastos gubernamentales, frente a un 48% de gastos privados, eminentemente del bolsillo (*out-of-pocket*). En términos comparativos, el análisis de dicha Organización estima que el gasto público en salud asciende al 6% del producto interno bruto. Esta información está disponible en: <http://apps.who.int/nha/database/ViewData/Indicators/en>.

<sup>432</sup> Tamez González, Silvia y Eibenschutz, Catalina, “El seguro popular en salud en México: pieza clave de la inequidad en salud”, *Revista de Salud Pública*, México, vol. 10, suplemento 1, diciembre de 2008, pp. 134 y 135.

<sup>433</sup> Elizondo Mayer-Serra, Carlos, “El derecho a la protección de la salud”, *Salud Pública de México*, México, vol. 49, núm. 2, marzo-abril de 2007, pp. 147-150.

<sup>434</sup> Estas deficiencias y contradicciones consisten, por ejemplo, en una ausencia de relación entre la adscripción al seguro popular y una capacidad real de acceso a los servicios

se observa que es indicador de una tendencia legal hacia una cobertura universal no segmentada; esto es, no limitada a poblaciones que cumplen con requisitos de grupo. Sin embargo, como señalan algunos datos estadísticos, a pesar de esta tendencia legal, la superación de la segmentación ‘fáctica’ está todavía lejos de ser una realidad.<sup>435</sup>

Estas circunstancias institucionales están vinculadas, además, al hecho de que en México la llamada transición epidemiológica —esto es, el tránsito de las enfermedades transmisibles a las no transmisibles como la carga principal de los sistemas de salud—<sup>436</sup> no necesariamente ha tenido un desarrollo lineal,<sup>437</sup> sino que a la fecha conviven enfermedades transmisibles consideradas como “del subdesarrollo”,<sup>438</sup> con los padecimientos que también aquejan a los países desarrollados.

Durante la contingencia de 2009, algunas de las deficiencias estructurales del sistema de salud quedaron de manifiesto. Así, la falta de infraestructura tecnológica en el área de laboratorios —que, a su vez, se refleja en la redacción del Plan Norteamericano para la Influenza Aviar y Pandémica<sup>439</sup>—, así como la inconstante puesta en marcha del seguro popular, entorpecieron la reacción de las autoridades sanitarias.<sup>440</sup>

---

integrados al programa. También, en el hecho de que el propósito original de este seguro fue brindar servicios de salud a aquellos que por alguna razón, principalmente laboral, no estuvieran afiliados a otro programa de seguro de salud, pero que eventualmente se convirtió en un programa de combate a la pobreza. Véase la constatación de estos y otros problemas, en Laurell, Asa Cristina, *Impacto del seguro popular en el sistema de salud mexicano*, Buenos Aires, CLACSO, 2013, especialmente pp. 121-131.

<sup>435</sup> Por ejemplo, véase el análisis de datos relativos al seguro popular realizado en Carbonell, José y Carbonell, Miguel, *El derecho a la salud. Una propuesta para México...*, *cit.*, pp. 54, 55 y 90.

<sup>436</sup> De nueva cuenta, esta explicación se retoma de Rushton, Simon, “Global Governance Capacities in Health: WHO and Infectious Diseases...”, *cit.*, p. 60; Lee, Kelley y Dodgson, Richard, “Globalization and Cholera...”, *cit.*, p. 138; también, *NIAID: Planning for the 21<sup>st</sup> Century*, National Institute of Allergy and Infectious Diseases, 2008, p. 4.

<sup>437</sup> Esto es una tendencia más bien global, como se expone en Frenk, Julio y Gómez-Dantés, Octavio, “La globalización y la nueva salud pública”, *Salud Pública de México*, México, vol. 49, núm. 2, marzo-abril de 2007, p. 158.

<sup>438</sup> Esta consideración se encuentra también en Kaplan, Marcos, “El derecho a la protección de la salud y el Estado social de derecho”, en Soberón Acevedo, Guillermo y otros (eds.), *Derecho constitucional a la protección de la salud*, México, Miguel Ángel Porrúa, 1983, p. 43; Mora Carrasco, Fernando y Hersch Martínez, Paul, *Introducción a la medicina social y salud pública*, 2a. ed., México, Trillas, 2009, p. 60; igualmente, Friis, Robert H., *Epidemiology 101...*, *cit.*, p. 156.

<sup>439</sup> Véase nota al pie 415.

<sup>440</sup> Esto fue admitido por el propio secretario de Salud de entonces, el doctor José Ángel Córdova Villalobos. Véase “Gastos del sector salud se deben cubrir vía impuestos: Córdova”,

En suma, es en este contexto general en el que tiene lugar el surgimiento de la pandemia de influenza A(H1N1) de 2009 en México. Buena parte de las estructuras y soluciones obedecen a las complejidades apenas relatadas, que son propias del país, sin que esto signifique que hay —o pueda haber— una separación tajante entre las reacciones nacionales y las internacionales frente a esta problemática.

## II. PRINCIPALES NORMAS Y ACTOS JURÍDICOS NACIONALES RELACIONADOS CON LAS EMERGENCIAS SANITARIAS

Aunque la visión en torno a las emergencias sanitarias y las pandemias va más allá de su manifestación en este país, a tal punto de que existen rasgos generales compartidos con otras latitudes,<sup>441</sup> es necesario acudir directamente a lo que se establece en la normatividad nacional, con el fin de subrayar las características sobresalientes que podrían separarla de otros contextos. Si bien, como se acaba de indicar, no existen diferencias radicales entre las figuras internacionales y nacionales, al grado de que se pueda hablar de una desvinculación, no deja de advertirse que las particularidades de México requieren de ulteriores especificaciones.

### 1. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*

La Constitución mexicana contiene múltiples disposiciones que funcionan como punto de partida para el análisis de la normatividad mexicana en materia de pandemias.

Por un lado, se encuentra el derecho a la salud, consagrado en el artículo 4o.; por otro, lo relativo a la suspensión de derechos y garantías, contenido en el artículo 29 constitucional, que prevé los casos de emergencia. Además, se puede acudir a la asignación de facultades y competencias contenida en el numeral 73, fracción XVI, que dispone el papel del Consejo de

---

*La Jornada*, 30 de junio de 2009, disponible en: <http://www.jornada.unam.mx/2009/06/30/sociedad/039n1soc>.

<sup>441</sup> Se plantea esta precisión toda vez que, como se explica en el capítulo primero, las emergencias sanitarias no sólo pueden provenir de la propagación de una enfermedad transmisible. Actualmente, hay un debate en torno a si esta figura puede ser aplicable a una variedad de eventos sanitarios o no, pues si se amplía demasiado su alcance, ello puede derivar en una pérdida de confiabilidad en el uso de estas medidas. Véase también Haffajee, Rebecca, Parmet *et al.*, “What Is a Public Health «Emergency»?”, *The New England Journal of Medicine*, vol. 371, núm. 11, 11 de septiembre de 2014, pp. 986-988.

Salubridad General en la emisión de disposiciones generales en la materia, así como las funciones ejecutivas que quedan a cargo de la Secretaría de Salud.

En las siguientes líneas se examinan algunos de los alcances de estos numerales y su relación con el caso de la pandemia de influenza A(H1N1) de 2009.

#### A. *El derecho a la salud establecido en la Constitución a partir de 1983*

A través de la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 3 de febrero de 1983 se consagró el derecho a la salud de la población en general, y no como una cuestión limitada a un segmento de aquélla, según se encontraba anteriormente previsto en el artículo 123.<sup>442</sup>

La redacción del cuarto párrafo del artículo 4o. constitucional, que se encontraba vigente durante la contingencia de 2009 y hasta la fecha, establece que

Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.

La naturaleza de este derecho fue motivo de discusión desde el momento de su aprobación, puesto que no se sabía a ciencia cierta si era un derecho programático, dirigido a la población en abstracto, o uno que eventualmente podría individualizarse. Se considera que su sola inclusión en el texto constitucional no era suficiente por sí misma para materializar el cumplimiento.<sup>443</sup>

---

<sup>442</sup> Sobre este punto en particular, véase Elizondo Mayer-Serra, Carlos, “El derecho a la protección de la salud...”, *cit.*, pp. 146 y 147.

<sup>443</sup> Por ello, algunos han sostenido que en el momento de su ingreso a la Constitución se trataba de un derecho no ejecutable, o, dicho de otro modo, de “mera retórica”. Véase Ruiz Massieu, José Francisco, “El contenido programático de la Constitución y el nuevo derecho a la protección de la salud”, en Soberón Acevedo, Guillermo *et al.* (eds.), *Derecho constitucional a la protección de la salud...*, *cit.*, p. 71; igualmente, Brachet-Márquez, Viviane, “Salud y seguridad social 1917-2008. ¿Quién decide?...”, *cit.*, p. 361.

Esta circunstancia da lugar a una discusión sobre si el derecho a la salud existía o no antes de formar parte del marco jurídico positivo, o bien si se puede presuponer su validez más allá de la positivización. Sin afán alguno de resolver o siquiera de profundizar en este debate, para los efectos formales de esta investigación se parte de la premisa de que el derecho a la

Asimismo, persiste la interrogante sobre si este derecho humano existe con independencia a su entrada en vigor, o si se trata de algo que se encuentra más allá de su redacción explícita (positivización) en un texto jurídico.<sup>444</sup> Lo cierto es que la normatividad internacional citada en el capítulo precedente, tanto la Constitución de la Organización Mundial de la Salud<sup>445</sup> como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,<sup>446</sup> ya habían sido ratificados por México. Por lo tanto, en el ámbito internacional, el Estado mexicano ya se encontraba obligado a proteger la salud de su población, más allá de cualquier consagración de este derecho en la normatividad nacional, máxime si se atiende lo dispuesto en el artículo 133 respecto de las normas internacionales.<sup>447</sup>

Sin embargo, hay que señalar que la reforma al artículo 4o. constitucional implica un cambio estructural, pues consolidó la obligación del Estado, en una norma con el máximo nivel jerárquico, de velar por la salud de la población en general. Tal circunstancia señala un viraje formal en el diseño de las políticas orientadas a ese propósito.

En otro orden de ideas, igual a lo que ocurre con el ámbito internacional del derecho a la salud, en el entorno mexicano se ha interpretado este derecho en el sentido de que el Estado tiene que tomar las medidas necesarias para la protección de la salud. Entonces, no se puede asumir que tal figura implica que las personas tienen un derecho a estar sanos, dado que ello se encuentra más allá de las posibilidades de cualquier institución.<sup>448</sup>

---

salud, o mejor dicho el derecho *constitucional* a la protección de la salud, entendida como una obligación del Estado, comienza a partir de su inclusión en el artículo 4o. constitucional de México, aunque hay que reconocer que anteriormente ya existía un derecho a la salud a partir de los diversos tratados internacionales que fueron expuestos en el capítulo tercero.

<sup>444</sup> De hecho, hay un análisis sumamente ilustrativo sobre si la codificación o no del derecho a la salud en los países define la posibilidad de acudir a los tribunales a hacer valer el derecho a la salud. Véase Byrne, Iain, “Enforcing the Right of Health: Innovative Lessons from Domestic Courts”, en Clapham, Andrew y otros (eds.), *Realizing the Right to Health...*, cit., p. 533.

<sup>445</sup> Con aprobación del Senado, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 14 de febrero de 1948.

<sup>446</sup> Aprobación del Senado, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de enero de 1981.

<sup>447</sup> Sobre esta idea de un sistema monista de derecho internacional, véase Condon, Bradley, “La interpretación del derecho de la OMC y su efecto en los sistemas jurídicos nacionales...”, cit., p. 3.

<sup>448</sup> Así se ha interpretado, también, en *El derecho a la salud*, Organización Mundial de la Salud-Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, folleto informativo núm. 31, 2008, p. 6, disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Factsheet31sp.pdf>. Asimismo, en Montiel, Lucía, “Derecho a la salud en México. Un

Aunque en el presente trabajo se le da preeminencia al análisis jurídico, no pueden negarse las implicaciones socioeconómicas que configuran el contexto en el que se inserta este derecho. De esta manera, la sola consagración del derecho a la salud en la Constitución no conlleva de modo alguno su realización automática cual si se tratara de un ensalmo. Es necesario tener presente que hace falta una asignación concreta de recursos económicos dirigidos a su realización,<sup>449</sup> aunque, como se señaló en el primer capítulo, no se plantea como propósito llevar a cabo un análisis minucioso de los llamados factores o condiciones sociales o subyacentes a la salud.

Por otro lado, resulta útil interpretar la obligación prevista por la Constitución a partir de una visión sistémica que integra las normas internacionales. De esta manera, las obligaciones específicas previstas por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y su interpretación por el Comité respectivo, expuestas con mayor detalle en el capítulo tercero, se suman a las disposiciones constitucionales. Cabe destacar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha abordado este vínculo entre el Pacto Internacional en cuestión y el derecho a la salud previsto en la Constitución mexicana de manera más detallada, toda vez que afirmó la necesidad de incorporar los criterios del instrumento internacional de mérito en el análisis de las obligaciones de las autoridades en materia de atención a la salud.<sup>450</sup>

Por el momento, baste señalar que la interpretación de los alcances y límites de este derecho se encuentran en construcción continua, especialmente en atención al principio de progresividad.<sup>451</sup> Sin embargo, tal como se postula respecto del ámbito internacional en el capítulo tercero, tal pro-

---

análisis desde el debate teórico contemporáneo de la justicia sanitaria”, *Revista IIDH*, San José, núm. 40, julio-diciembre de 2004, p. 296

<sup>449</sup> Esta postura fue presentada también en los debates legislativos que dieron lugar a la entrada en vigor de la reforma al artículo 4o. de 1983. Véase también Elizondo Mayer-Serra, Carlos, “El derecho a la protección de la salud...”, *cit.*, p. 147.

<sup>450</sup> En específico, conforme a las sentencias de la Segunda Sala al conocer de los amparos en revisión 378/2014 y 350/2014. Véase el análisis de estos fallos en Medina Arellano, María de Jesús, *Decisiones relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, núm. 84. *Derecho a la salud*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, pp. 35 y 75.

<sup>451</sup> La manera de entender esta progresividad en los espacios nacionales es fuente de no pocos debates en torno a las obligaciones de los Estados de respetar los derechos económicos, sociales y culturales, sobre todo en comparación con los derechos pertenecientes al rubro civiles y políticos. Véase Pemán Gavín, Juan Ma., “El derecho a la salud como derecho social. Desarrollos recientes desde la perspectiva internacional y en el derecho comparado”, *Revista de Administración Pública*, Madrid, vol. 179, mayo-agosto de 2009, p. 40.

gresividad no es justificación en sí misma para un retardo o desatención, sobre todo en cuanto a obligaciones que se consideran como parte de un contenido mínimo del derecho a la salud, como lo serían los tratamientos médicos necesarios cuando la vida de las personas está en peligro, o la protección a la salud de grupos vulnerables.<sup>452</sup>

B. *La figura constitucional de la suspensión o restricción de garantías o derechos en caso de emergencias*

El fundamento normativo de las medidas aceptables en caso de una emergencia nacional se desprende del artículo 29 de la Constitución. En la versión que se encontraba vigente durante la pandemia de 2009,<sup>453</sup> este artículo establecía lo siguiente:

Art. 29. 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, de acuerdo con los Titulares de las Secretarías de Estado y la Procuraduría General de la República y con la aprobación del Congreso de la Unión y, en los recesos de éste, de la Comisión Permanente, podrá suspender en todo el país o en lugar determinado 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 suspensión se contraiga a determinado individuo. Si la 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 sin demora al Congreso para que las acuerde.

Las consecuencias inmediatas de declarar una emergencia son las de activar facultades extraordinarias de decisión, que debido al carácter apremiante del fenómeno que ocasione dicha emergencia requieren de un alto grado de celeridad. Esta lógica no es exclusiva de la carta magna de México, sino que, como se indicó en el capítulo precedente, se encuentra presente

---

<sup>452</sup> Ronconi, Liliana, “Derecho a la salud: un modelo para la determinación de los contenidos *mínimos y periféricos*”, *Salud Colectiva*, Buenos Aires, vol. 8, núm. 2, mayo-agosto de 2012, pp. 138-140.

<sup>453</sup> En el momento de redactar estas líneas, el contenido de este artículo fue objeto de dos reformas, publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011 y el 10 de febrero de 2014, respectivamente. El tratamiento de esta figura es hoy más detallado que el que existía durante la contingencia de 2009.

también en una serie de instrumentos internacionales de derechos humanos, tanto en el nivel internacional en general como en el regional latinoamericano.

La teleología de esta norma consiste, como se señaló, en que hay situaciones en las que los mecanismos jurídicos ordinarios no resultan aptos para que las autoridades puedan cumplir con su obligación de proteger, en el caso de epidemias o pandemias, la salud de la población. Por esta razón, se vuelve necesario introducir medidas a través de mecanismos que no están disponibles en periodos ordinarios. Tales medidas en el ámbito de la salud, sin ánimo de ser exhaustivo, pueden consistir en la autorización administrativa sumaria de cuarentenas y aislamientos, que constituyen restricciones a la libertad de movimiento (en consonancia, además, con el artículo 11, párrafo primero, de la Constitución mexicana), exámenes médicos y vacunaciones obligatorios, la denegación de la entrada al territorio nacional, el despliegue de personal militar para la realización de actividades sanitarias, o incluso la asignación de recursos no presupuestados.<sup>454</sup> En general, se trata de aspectos que también pueden alterar el principio de división de poderes, ya que se llevan a cabo a través de una toma de decisiones del Poder Ejecutivo que normalmente tendría que efectuarse tras la aprobación del Poder Legislativo o el Judicial.<sup>455</sup>

Si bien las herramientas de salud pública como las cuarentenas han existido a lo largo de siglos, hay que considerar que los avances que han significado los derechos humanos se traducen, en general, en pautas para la forma en que las autoridades ejercen sus facultades, o, dicho de manera más abstracta, una limitación al uso del poder. En este sentido, el artículo 14 constitucional dispone que “nadie puede ser privado de la libertad o de sus propiedades,

---

<sup>454</sup> Algunas de estas medidas son contempladas por el Reglamento Sanitario Internacional, en sus artículos 23 a 34. Sin embargo, con la reciente crisis del ébola se pusieron en marcha en África occidental, medidas que no se presenciaban desde hacía más de cien años, como el cordón sanitario, consistente en el confinamiento de una población entera a los límites de su barrio o ciudad. La aceptabilidad de este proceder es cuestionable. Para relatos sobre la manera en que fue implementado el cordón sanitario en la zona fronteriza de Guinea, Liberia y Sierra Leona, véase “Un millón de personas, aisladas con cercos sanitarios por el Ébola”, *La Jornada*, 16 de agosto de 2014, disponible en: <http://www.jornada.unam.mx/2014/08/16/sociedad/029n1soc>.

También, Mcneil Jr. Donald G., “Using a Tactic Unseen in a Century, Countries Cordon Off Ebola-Racked Areas”, *The New York Times*, 12 de agosto de 2014, disponible en: [http://www.nytimes.com/2014/08/13/science/using-a-tactic-unseen-in-a-century-countries-cordon-off-ebola-racked-areas.html?\\_r=1](http://www.nytimes.com/2014/08/13/science/using-a-tactic-unseen-in-a-century-countries-cordon-off-ebola-racked-areas.html?_r=1).

<sup>455</sup> Haffajee, Rebecca, Parmet, Wendy E. y Mello, Michelle M., “What is a Public Health Emergency?...”, *cit.*, p. 986.

posesiones o derechos sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho”.

Por su parte, el numeral 16 de la carta magna establece que “Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento”. Se considera, pues, que las medidas sanitarias señaladas en párrafos precedentes encuadrarían no tanto en los actos a que se refiere el artículo 14 (de privación), cuanto en los actos a que se refiere el precepto 16 (de molestia), pues se trataría de medidas sanitarias con carácter provisional y preventivo.<sup>456</sup>

En un periodo de emergencia de los que se incluyen en el precepto 29 constitucional, se asume que hay una cesión de facultades al Poder Ejecutivo para que emita disposiciones generales. El propio contenido del artículo 29 indica(ba) que no se contraen a “determinado individuo”, a la manera de una norma general.<sup>457</sup>

Por ende, en periodos ordinarios, las medidas en cuestión tendrían que pasar por un procedimiento que incluiría, por citar algunos, la participación del Congreso de la Unión en cuanto a la autorización de las actividades,<sup>458</sup> pues la restricción de los derechos tiene que estar prevista en una ley, y en ocasiones requiere ser ventilada ante el Poder Judicial. En el último capítulo se abunda en la manera en que se presentó esta dinámica durante la pandemia de influenza A(H1N1) de 2009 a partir de los instrumentos internacionales y nacionales que se analizan.

### C. *Las competencias constitucionales en materia de emergencias sanitarias*

La Constitución también indica a qué órgano(s) le(s) corresponde erigirse como autoridad(es) sanitaria(s) en el caso de las epidemias. Para tal efecto, es útil invocar el contenido del artículo 73, fracción XVI, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que dispone:

---

<sup>456</sup> La distinción entre actos privativos y actos de molestia ha sido interpretada de esta manera en la tesis de jurisprudencia P./J.40/96 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. IV, Novena Época, julio de 1996, p. 5, bajo el rubro: “ACTOS PRIVATIVOS Y ACTOS DE MOLESTIA. ORIGEN Y EFECTOS DE LA DISTINCIÓN”.

<sup>457</sup> Esta perspectiva también está presente en Roldán Xopa, José, *Derecho administrativo*, México, Oxford University Press, 2008, p. 127.

<sup>458</sup> El contenido del artículo 29 constitucional señala que es necesario obtener la aprobación del Congreso de la Unión para dictar medidas de suspensión de garantías o derechos.

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.

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

La redacción de este numeral permite suponer que la Secretaría de Salud, además de poseer facultades o atribuciones en caso de epidemias, tiene la *obligación* de dictar medidas para hacerles frente. Esto podría relacionarse con el derecho a la salud contemplado en el artículo 4o., así como con los instrumentos internacionales en la materia, en el sentido de que las autoridades están obligadas a proteger a la población en caso de epidemias o pandemias.

Por otro lado, cabe resaltar que se ha hecho una distinción entre cuáles son las autoridades sanitarias rectoras en tiempos ordinarios, y cuáles se erigen como las encomendadas de gestionar emergencias como la de 2009. Así, en lo que podría interpretarse como una excepción al principio de separación de poderes, la Secretaría de Salud y el Consejo de Salubridad General tienen facultades derivadas de la propia Constitución para hacerle frente a las epidemias.<sup>459</sup> Ello no siempre fue así, sino que deriva de un cambio histórico, toda vez que anteriormente las dependencias de entidades federativas eran las que se encontraban a cargo de esa gestión. Cuando aquéllas fueron incapaces de lidiar con crisis sanitarias, se transfirió esta atribución a la Federación.<sup>460</sup>

En periodos que quedan por fuera de estos casos, otras dependencias como las ramas o secretarías de salud de las entidades federativas formarían parte de un marco de autoridad,<sup>461</sup> sobre todo a partir del proceso de des-

---

<sup>459</sup> Tan se trata de una excepción a esta separación de poderes, que la asignación de estas facultades se encuentra prevista en el artículo 73, correspondiente al Congreso de la Unión. Esto puede interpretarse en el entendido de que en un periodo considerado como “ordinario”, tales facultades le corresponderían al referido órgano Legislativo, y no a las dependencias administrativas en cuestión. Para una crítica al otorgamiento de estas facultades, véase Acosta Romero, Miguel, *Segundo curso de derecho administrativo*, 2a. ed., México, Porrúa, 1993, p. 753.

<sup>460</sup> Véase al respecto Brena Sesma, Ingrid, “Evolución del derecho a la salud en México. Doscientos años”, en García Ramírez, Sergio (coord.), *El derecho en México. Dos siglos (1810-2010)*, México, Porrúa-UNAM, 2010, pp. 547 y ss.

<sup>461</sup> Esta distinción se retoma de Cano Valle, Fernando *et al.*, *Medicina y estructuras jurídico-administrativas en México...*, *cit.*, pp. 116-118.

centralización administrativa ocurrido en México a lo largo de la década de 1980, y en concreto en el área de salud pública.<sup>462</sup>

En el caso de las emergencias sanitarias y su normatividad en México, se pueden observar áreas temáticas superpuestas —esto es, aquellas ramas establecidas por ordenamientos de distintas materias— que resultan en competencias, atribuciones o facultades para varias dependencias en un mismo asunto. Tal como se mencionó en el capítulo primero, las emergencias sanitarias abordan varios temas de manera transversal, pues no sólo se le considera un tema sanitario *stricto sensu*, sino que también han sido consideradas un problema de seguridad nacional,<sup>463</sup> o de protección civil.<sup>464</sup> De esta manera, las emergencias sanitarias como las epidemias o pandemias también caerían, en algunos aspectos, dentro del rubro de actuación de la Dirección General de Protección Civil,<sup>465</sup> del Centro Nacional de Programas Preventivos y Control de Enfermedades (por cuestión de delegación del titular de la Secretaría de Salud y en casos muy específicos),<sup>466</sup> de un

---

<sup>462</sup> Brachet-Márquez, Viviane, “Salud y seguridad social 1917-2008. ¿Quién decide?...”, *cit.*, p. 358. Para una crítica a las consecuencias de estas reformas de descentralización en el sector salud, así como la forma en que se manifestaron durante la epidemia de 2009, véase Leal Fernández, Gustavo, “La influenza A (H1N1) Cuadro mínimo de los responsables directos”, *Desacatos. Revista de Antropología Social*, México, núm. 32, enero-abril de 2010, pp. 54 y 55; Serna de la Garza, José María, *El sistema federal mexicano. Un análisis jurídico*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, pp. 88 y 89.

<sup>463</sup> Conforme a lo estipulado en el “Programa para la Seguridad Nacional” para el periodo 2014-2018, emitido por el Ejecutivo Federal, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de abril de 2014, expresamente en el punto IV.4, titulado “La gestión de los riesgos sanitarios y las pandemias ante un escenario de apertura global”.

<sup>464</sup> Véase el contenido del artículo 2o., fracción XXV, de la Ley General de Protección Civil, que considera a la presencia de epidemias o plagas como un *desastre sanitario*, en el sentido estricto del término.

<sup>465</sup> Este Sistema Nacional de Protección Civil es incluido en un análisis sobre la legislación aplicable en caso de emergencias sanitarias en Jiménez García, Joel Francisco, “La normativa mexicana ante las emergencias sanitarias”, en Brena Sesma, Ingrid (coord.), *Emergencias Sanitarias*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, pp. 4, 5 y 12.

<sup>466</sup> En 2006, el titular de la Secretaría de Salud delegó la facultad de declarar “urgencias, emergencias o desastres epidemiológicos” ocasionados por brotes de enfermedades que afecten al país o a algunas de sus regiones, al entonces llamado Centro Nacional de Vigilancia Epidemiológica y Control de Enfermedades, que desde 2010 cambió a su actual denominación. Sin embargo, tal delegación operó sin perjuicio de que el citado titular continuara ejerciendo las facultades constitucionales que se señalan en estas líneas. Véase el acuerdo del titular de la Secretaría de Salud publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 14 de diciembre de 2006, por el que se delegan una serie de facultades en el titular del Centro Nacional de Vigilancia Epidemiológica y Control de Enfermedades.

eventual Centro Nacional de Emergencias,<sup>467</sup> o de otras secretarías, como la de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación, o la de Medio Ambiente y Recursos Naturales.<sup>468</sup>

La asignación constitucional de competencias o facultades en el tema de las emergencias sanitarias deviene toral para el análisis, toda vez que durante 2009 se observaron casos de falta de coordinación entre dos niveles de gobierno.<sup>469</sup> Por otra parte, hubo también una ausencia de participación de otras instancias que tendrían que haber estado involucradas en mayor grado.<sup>470</sup>

Desde una perspectiva de distribución de competencias a través de ámbitos federales, estatales y locales, se considera que la autoridad federal —ya sea a través del Consejo de Salubridad General o bien de la Secretaría de Salud— será la coordinadora y rectora de las emergencias sanitarias. El carácter apremiante de éstas conlleva que no sea factible para las entidades federativas tomar decisiones en un sentido distinto.<sup>471</sup> Se aclara que esta circunstancia no significa en absoluto que los órganos estatales no tengan participación alguna en las decisiones adoptadas frente a las epidemias, puesto que las resoluciones tomadas en el seno del Consejo de Salubridad General requieren de su participación.<sup>472</sup>

---

<sup>467</sup> Así se señala en el Programa para la Seguridad Nacional 2014-2018, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de abril de 2014, cuyo rubro 6 titulado “Riesgos y amenazas”, en el punto 1 alude a “Desastres naturales y pandemias” como una temática perteneciente a un sistema de protección civil. En el mismo documento, en el punto IV.8.4, titulado “La gestión de los riesgos sanitarios y las pandemias ante un escenario de apertura global”, menciona a estos riesgos sanitarios como un “componente clave de la agenda de Seguridad Nacional”.

<sup>468</sup> Esta participación de múltiples dependencias se debe a que la influenza es una enfermedad zoonótica; esto es, que tiene la capacidad de dar un salto entre especies y contagiar a distintos tipos de animales, por lo que hay la necesidad de un elemento intersectorial. Véase Garza Ramos, Juan, “Emergencias sanitarias por zoonosis. Aspectos intersectoriales”, en Brena Sesma, Ingrid (coord.), *Emergencias sanitarias*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, pp. 159 y 160.

<sup>469</sup> Durante la emergencia de 2009 se observó una discrepancia entre las actividades de las entidades administrativas del gobierno federal y las del Distrito Federal, lo que condujo a una multiplicidad de funciones que no reflejaban coordinación entre uno y otro nivel de gobierno. Véase Condon, Bradley y Sinha, Tapen, “The Effectiveness of Pandemic Preparations...”, *cit.*, p. 10.

<sup>470</sup> Se estima que los municipios y las entidades administrativas de protección civil no estuvieron lo suficientemente involucrados durante la emergencia de 2009. Chimal Arechavala, Arturo, “Las políticas públicas frente a las emergencias sanitarias a partir de la experiencia mexicana frente a la pandemia de la influenza A(H1N1)”, en Brena Sesma, Ingrid (coord.), *Emergencias sanitarias...*, *cit.*, p. 154.

<sup>471</sup> Cano Valle, Fernando *et al.*, *Medicina y estructuras jurídico-administrativas en México...*, *cit.*, p. 132.

<sup>472</sup> Jiménez García, Joel Francisco, “La normatividad mexicana...”, *cit.*, pp. 7-9.

D. *La recepción constitucional de la normatividad internacional por el sistema jurídico mexicano. El caso del Reglamento Sanitario Internacional*

Al tratar lo relativo a las normas internacionales en el capítulo tercero, se mencionó de paso la conexión del Reglamento Sanitario Internacional con el sistema jurídico mexicano, y en específico con el artículo 133 constitucional, en lo que respecta al tratamiento que se le brinda a los tratados internacionales en nuestro sistema jurídico. Por lo tanto, en este espacio se procede a discurrir los puntos problemáticos que surgen al tomar en consideración el referido Reglamento.

El artículo 133 de la carta magna establece que los tratados internacionales formarán parte de la “Ley Suprema de la Unión” siempre y cuando “estén de acuerdo con la misma” y se celebren por el presidente de la República, con aprobación del Senado. Sin embargo, de un análisis del Reglamento Sanitario Internacional aprobado en 2005, y que entró en vigor en 2007, se desprende que en México no se llevó a cabo el procedimiento para su aprobación y posterior publicación, por lo que no podría considerársele “Ley Suprema de la Unión”, al menos en el sentido en que se acaba de emplear este término.

Se afirma esto, en tanto la expedición del Reglamento Sanitario Internacional se llevó a cabo en el seno de la 58 Asamblea Mundial, celebrada en 2005. Como se señala en el capítulo tercero, México incurrió en obligaciones internacionales, en atención a que más allá de lo aplicable en el derecho interno,<sup>473</sup> se asume que dicho Reglamento es un acto legalmente vinculante en el ámbito internacional, al haber entrado en vigor para los Estados miembros de la Organización Mundial de la Salud a partir de 2007.<sup>474</sup>

No obstante, no puede decirse lo mismo al interior del sistema jurídico mexicano, pues el requisito de su aprobación por el Senado se considera un elemento *sine qua non* para afirmar su validez en tanto norma jurídica.<sup>475</sup>

---

<sup>473</sup> Resulta atinente, en este caso, el contenido del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

<sup>474</sup> Recuérdese que el carácter vinculante o no de un tratado, acuerdo o reglamento internacional está más allá de su denominación y las formalidades que se hayan observado en su conformación. Tal es el caso, además, de actos emitidos conforme a los artículos 19-23 de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud. Véase la nota al pie 292.

<sup>475</sup> Resulta atinente la interpretación que lleva a cabo la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre la problemática en torno a examinar la validez de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Véase la tesis aislada 1a. CCXVI/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, mayo de 2014, p. 539, con el rubro: “DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. SUS DISPOSICIONES,

En ese sentido, aun cuando el propósito principal del Reglamento Sanitario Internacional es el de regular los actos de los Estados al hacerle frente a una emergencia de salud pública de importancia internacional, lo preocupante del contenido de este documento internacional es que autoriza a los Estados parte, por ejemplo, a tomar medidas en contra de la voluntad de las personas (“viajeros”), en caso de que exista un riesgo inminente para la salud.<sup>476</sup>

En consecuencia, puede argüirse que el Reglamento, por una parte, impone obligaciones al Estado mexicano frente a la comunidad internacional, que en tanto no transgredan los derechos de terceros, tienen un carácter legalmente vinculante hacia el exterior.<sup>477</sup> Adicionalmente, como se expone en líneas posteriores, la Ley General de Salud de México y su Reglamento en materia de sanidad internacional hacen una remisión directa al Reglamento Sanitario Internacional en diversos preceptos, lo cual arroja más claridad sobre su aplicabilidad más allá de la falta de validez formal en el derecho interno.

Sin embargo, la autorización para adoptar medidas invasivas y restrictivas de derechos no puede partir de la inclusión de una norma en tal sentido en el Reglamento Sanitario Internacional, puesto que no se trata de una norma internacional aprobada y ratificada a través de los procedimientos constitucionales para tal efecto.

A fin de cuentas, más allá del papel rector de la normatividad internacional en la materia, hay una circunstancia imperante: ninguna organización, ente o instrumento internacional, del tipo que sea, puede reemplazar las facultades de los Estados al grado de suplantar el rol de éstos de velar por la salud de su población.<sup>478</sup> Por lo tanto, el Estado mexicano —a través de sus autoridades nacionales— es el principal encargado de adoptar, en pri-

---

INVOCADAS AISLADAMENTE, NO PUEDEN SERVIR DE PARÁMETRO PARA DETERMINAR LA VALIDEZ DE LAS NORMAS DEL ORDEN JURÍDICO MEXICANO, AL NO CONSTITUIR UN TRATADO INTERNACIONAL CELEBRADO POR EL EJECUTIVO FEDERAL Y APROBADO POR EL SENADO DE LA REPÚBLICA”.

<sup>476</sup> Conforme al artículo 31 del Reglamento Sanitario Internacional.

<sup>477</sup> Así, en cumplimiento al contenido del Reglamento, México cuenta con un Laboratorio Nacional de Referencia, que opera a manera de un Centro de Enlace. La conformación de este Laboratorio-Centro de Enlace con la Organización Mundial de la Salud se lleva a cabo a partir de la NOM-017-SSA2-2012, Para la vigilancia epidemiológica.

<sup>478</sup> Aunado a las disposiciones del Reglamento Sanitario Internacional, esta opinión fue expresada por la anterior directora general de la Organización Mundial de la Salud, Margaret Chan. Véase Fink, Sheri, “Cuts at W.H.O. Hurt Response to Ebola Crisis”, *The New York Times*, 3 de septiembre de 2014, disponible en: [http://www.nytimes.com/2014/09/04/world/africa/cuts-at-who-hurt-response-to-ebola-crisis.html?\\_r=0](http://www.nytimes.com/2014/09/04/world/africa/cuts-at-who-hurt-response-to-ebola-crisis.html?_r=0).

mer lugar, las medidas encaminadas a la realización de los objetivos fijados por cualquier ordenamiento internacional.

## 2. *Ley General de Salud de México*

### A. *Breves antecedentes*

El primer caso de una ley en materia sanitaria en el México independiente fue el del Código Sanitario de 1891, emitido bajo el régimen de Porfirio Díaz.<sup>479</sup> Hasta el día de hoy han existido siete códigos sanitarios y la Ley General de Salud,<sup>480</sup> expedida en 1984 a raíz de la reforma a la Constitución del artículo 4o. de 1983, en lo tocante al derecho a la salud.

Ahora bien, la evolución de esta legislación ilustra en muchos sentidos el devenir del sistema nacional de salud. Con anterioridad, las facultades en materia sanitaria les correspondían primordialmente a las entidades federativas, de manera similar al sistema de Estados Unidos. Esto incluía la respuesta frente a epidemias de enfermedades transmisibles. Sin embargo, tal como se menciona en párrafos anteriores, dada la incapacidad de las entidades federativas para hacerle frente a estos fenómenos, se consideró necesario concentrar la capacidad de respuesta en la Federación, que se asumía como más robusta y con mejores recursos.<sup>481</sup> Posteriormente, las instituciones públicas que brindaron servicios de salud a la mayor parte de la población fueron constituidas por el gobierno federal durante el siglo XX.<sup>482</sup>

Lo que cabe resaltar, es que las facultades relacionadas con las epidemias o pandemias fueron trasladadas históricamente de la autoridad estatal a la autoridad federal, lo cual quizá obedece a que, frente a un fenómeno de este tipo, se requiere de una acción uniforme en el país. De lo contrario, la proliferación de acciones divergentes podría mermar los avances en la contención del problema.

<sup>479</sup> Madrid Mata, Octavio Casa, *La atención médica y el derecho sanitario*, 2a. ed., México, Editorial Alfil, 2005, p. 100.

<sup>480</sup> Acosta Romero, Miguel, *Segundo curso de derecho administrativo...*, cit., pp. 756-771.

<sup>481</sup> Huerta Lara, María del Rosario, “La dictadura sanitaria o la estatalización de lo biológico”, *Letras Jurídicas*, México, vol. 22, julio-diciembre de 2010, pp. 5 y 6.

<sup>482</sup> Se trata, primordialmente, del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), el Instituto para la Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE) y la Secretaría de Salubridad y Asistencia (SSA). Sin embargo, cabe señalar que en el momento de su creación no se contaba con una autoridad central en materia sanitaria que tomara las decisiones en la materia que impactaran a la población en general. Véase Brachet-Márquez, Viviane, “Salud y seguridad social 1917-2008. ¿Quién decide?...”, cit., p. 354.

B. *Preceptos de la Ley General de Salud directamente relacionados con las epidemias y pandemias*

Hasta aquí, las formulaciones constitucionales en torno al área sanitaria todavía permanecen en un plano general. Sin embargo, las facultades respecto de la protección frente a epidemias o pandemias se manifiesta de forma más concreta en otros ordenamientos nacionales, como lo es la Ley General de Salud.

En lo que interesa, que es lo relativo al combate a las epidemias o pandemias, esta Ley dispone en sus artículos 134, 139, 143 y 152 lo siguiente:

ARTICULO 134. La Secretaría de Salud y los gobiernos de las entidades federativas, en sus respectivos ámbitos de competencia, realizarán actividades de vigilancia epidemiológica, de prevención y control de las siguientes enfermedades transmisibles:

II. Influenza epidémica...

ARTICULO 139. Las medidas que se requieran para la prevención y el control de las enfermedades que enumera el artículo 134 de esta Ley, deberán ser observadas por los particulares. El ejercicio de esta acción comprenderá una o más de las siguientes medidas, según el caso de que se trate:

II. El aislamiento, por el tiempo estrictamente necesario, de los enfermos, de los sospechosos de padecer la enfermedad y de los portadores de gérmenes de la misma, así como la limitación de sus actividades cuando así se amerite por razones epidemiológicas;

V. La descontaminación microbiana o parasitaria, desinfección y desinsectación de zonas, habitaciones, ropas, utensilios y otros objetos expuestos a la contaminación;

VII. La inspección de pasajeros que puedan ser portadores de gérmenes, así como la de equipajes, medios de transporte, mercancías y otros objetos que puedan ser fuentes o vehículos de agentes patógenos...

ARTICULO 143. Los trabajadores de la salud de la Secretaría de Salud y de los gobiernos de las entidades federativas, y los de otras instituciones autorizadas por las autoridades sanitarias mencionadas, por necesidades técnicas de los programas específicos de prevención y control de enfermedades y por situaciones que pongan en peligro la salud de la población, podrán acceder al interior de todo tipo de local o casa habitación para el cumplimiento de actividades encomendadas a su responsabilidad, para cuyo fin deberán estar debidamente acreditados por alguna de las autoridades sanitarias competentes, en los términos de las disposiciones aplicables.

ARTICULO 152. Las autoridades sanitarias podrán ordenar, por causas de epidemia, la clausura temporal de los locales o centros de reunión de cualquier índole.

Lo que se puede extraer de estos numerales para efectos de la presente discusión es el hecho de que la Secretaría de Salud federal tiene a su cargo una serie de facultades expresas para hacer frente a problemas de salud pública, como las epidemias. En caso de necesitarlas, ello constituye evidentemente una restricción a ciertos derechos humanos.

La Secretaría en cuestión no es la única que desempeña funciones de salud pública, puesto que el artículo 4o. de la Ley General de Salud señala que serán autoridades sanitarias el presidente de la República, el Consejo de Salubridad General, la Secretaría de Salud y los gobiernos de las entidades federativas y del Distrito Federal, lo que se ha interpretado como una relación jerárquica.<sup>483</sup> No obstante, también se ha señalado que esta relación se invierte en el contexto de una emergencia sanitaria, en la medida en que la necesidad apremiante del fenómeno deriva en el otorgamiento de facultades a la Secretaría de Salud y al Consejo de Salubridad General.<sup>484</sup>

Por otro lado, es de resaltar que la aplicación de estas facultades contempladas en la Ley General de Salud no se encuentra sujeta a procedimiento previo alguno, como lo requeriría una suspensión de derechos y garantías en términos del artículo 29 constitucional, sino que parecen estar disponibles tan pronto como exista una declaración de epidemia. Quizá el único requisito procedimental, entonces, es el determinar cuándo se está ante un escenario que amerite el uso de estas facultades.

En relación con lo discutido en un apartado precedente, se observa en el contenido de los artículos 136 y 359 del ordenamiento en revisión, que se hace una alusión directa al Reglamento Sanitario Internacional y a las obligaciones contenidas en él.<sup>485</sup> En este sentido, no se puede aducir que la falta de un procedimiento constitucional interno dirigido a la aprobación de Reglamento por parte del Senado pueda erigirse como un argumento encaminado a su inobservancia. Aun si se acepta que el Reglamento carece de carácter obligatorio al interior del país, su remisión por el contenido de estos artículos constriñe a las autoridades sanitarias a su cumplimiento.

---

<sup>483</sup> Jiménez García, Joel Francisco, “La normatividad mexicana...”, *cit.*, p. 2.

<sup>484</sup> Cano Valle, Fernando *et al.*, *Medicina y estructuras jurídico-administrativas en México...*, *cit.*, pp. 117 y 118.

<sup>485</sup> Empero, la Ley General de Salud remite a la versión anterior del Reglamento Sanitario Internacional de 1969. Hace falta, pues, una actualización del contenido de esta legislación a la versión que se encuentra vigente en estos momentos, la de 2005.

### 3. Reglamento de la Ley General de Salud en materia de sanidad internacional

Vale la pena traer a colación algunas de las normas y actos de la administración pública que se emitieron como repuesta a la pandemia de influenza A(H1N1) durante 2009 y 2010.

Dicho sea de paso, se estima que el derecho administrativo es la rama jurídica dentro de la cual se emiten la mayoría de los actos relacionados con la salud pública, incluyendo, por supuesto, lo relacionado con la protección frente a epidemias o pandemias.<sup>486</sup> En términos generales, en este espacio se considera que “actos administrativos” son aquellos que llevan a cabo los órganos del Estado encaminados a servir el interés general en casos individuales a través de las medidas necesarias en lo relacionado a funciones de policía, de regulación, de prestación de servicios públicos y de gestión de la vida económica, cultural y social.<sup>487</sup> Estos actos administrativos, a su vez, corresponden en su mayor parte a las facultades de órganos administrativos con competencia para ello, derivado de las potestades conferidas por un ordenamiento con carácter general.<sup>488</sup>

Aunque no es inusitada la idea de que los actos administrativos normalmente rigen casos particulares en contraposición con las normas legislativas que son de carácter general y abstracto, lo cierto es que existen otras figuras en el derecho administrativo que rompen con esa distinción tan tajante.<sup>489</sup> A continuación, se procede a señalar algunas de las normas y actos que fueron emitidos por la administración pública.

En México,<sup>490</sup> los reglamentos constituyen una fuente de derecho, y se considera que son formalmente administrativos (ya que se emiten por un ór-

---

<sup>486</sup> En el mismo sentido, Charvel, Sofía y García Sarubbi, David, *Derecho y salud pública...*, cit., p. 44. Dicho sea de paso, las ramas que abarca lo administrativo, en esta y otras latitudes, experimentó un periodo continuo de expansión temática durante el siglo XX, a tal grado que es difícil pensar algún tema jurídico que no involucre, en mayor o menor grado, cuestiones de derecho administrativo. Stewart, Richard B., “Administrative Law in the Twenty-First Century”, *New York University Law Review*, vol. 78, núm. 2, mayo de 2003, pp. 437-439.

<sup>487</sup> Fraga, Gabino, *Derecho administrativo*, 48a. ed., revisada y actualizada por Jorge Fernández Ruiz, México, Porrúa-UNAM, 2012.

<sup>488</sup> Antequera Vinagre, José María, “Fundamentos de derecho sanitario”, en Antequera Vinagre, José María (ed.), *Derecho sanitario y sociedad*, Ediciones Díaz de Santos, 2006, p. 16.

<sup>489</sup> Sobre la aparente distinción entre los actos administrativos de carácter general y abstracto y las normas legislativas, y algunos problemas que surgen a partir de esta paradoja, véase Huerta Ochoa, Carla, “Las normas oficiales mexicanas en el ordenamiento jurídico mexicano”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 92, 1998, pp. 370-372.

<sup>490</sup> Aunque, evidentemente, esta figura jurídica no sólo presenta tales características en este país, sino en otros. Véase Antequera Vinagre, José María, “Fundamentos de derecho sanitario...”, cit., p. 15.

gano de la administración pública), materialmente legislativos (en tanto son abstractos e impersonales), generalmente emitidos por el titular del Poder Ejecutivo. Aunque en este país ello deriva de una facultad constitucional expresa otorgada al mandatario de que se trate, una de sus premisas es que opera como una derivación de la ley para cuyo cumplimiento se expide el Reglamento en cuestión.<sup>491</sup>

El Reglamento de la Ley General de Salud en materia de sanidad internacional forma parte del conjunto de legislación sanitaria mexicana.<sup>492</sup> Como tal, aunque no puede apreciarse su existencia sin relacionarlo con el ordenamiento del que depende directamente, que es la Ley General de Salud, lo cierto es que los reglamentos en ocasiones van más allá de simplemente especificar o reproducir las intenciones del legislador.<sup>493</sup>

Asimismo, se aprovechan estas líneas para añadir que el artículo 68 del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de sanidad internacional asigna a la Secretaría de Salud la competencia para ordenar o ejecutar medidas de seguridad, como la cuarentena, el aislamiento, la vacunación de personas (aunque no señala si ésta puede ser obligatoria), la suspensión de trabajos y servicios, y la fórmula genérica de “las demás... que puedan evitar que se causen o continúen causando riesgos o daños a la salud”.<sup>494</sup> Posteriormente, en los preceptos 78 a 87, se prevé la posibilidad de que la Secretaría imponga sanciones a los que incumplan con el contenido del reglamento. Por otro lado, en varias partes de su redacción, como los artículos 5o. y 7o., se efectúa una remisión al Reglamento Sanitario Internacional para lo relacionado con la notificación de enfermedades como la peste, el cólera y la fiebre amarilla, que eran el objeto de regulación de la versión anterior de dicho Reglamento (1969).

Luego, la redacción del Reglamento nacional de mérito contribuye a la postura de que la Secretaría de Salud es el brazo operativo durante una

---

<sup>491</sup> Se retoma esta descripción de lo que es un reglamento administrativo; esto es, en un sentido específico, de lo expuesto por varios autores: el celeberrimo tratado de Fraga, Gabino, *Derecho administrativo...*, cit., pp. 96-100; Acosta Romero, Miguel, *Teoría general del derecho administrativo. Primer curso*, 15a. ed., México, Porrúa, 2000, p. 997; Báez Martínez, Roberto, *Manual de derecho administrativo*, 3a. ed., México, Trillas, 2011, pp. 19, 28 y 29.

<sup>492</sup> Madrid Mata, Octavio Casa, *La atención médica y el derecho sanitario...*, cit., pp. 21 y 22. A pesar de que se comparte este entendimiento básico de los reglamentos, hay que añadir que se ha identificado una relación bastante más compleja entre los reglamentos y las leyes que aquéllos pretenden regular que lo apenas señalado. Véase Roldán Xopa, José, *Derecho administrativo...*, cit., pp. 112 y ss.

<sup>493</sup> *Ibidem*, p. 121.

<sup>494</sup> Estas fórmulas genéricas, que están presentes a lo largo de los ordenamientos mexicanos, ya son criticadas en Acosta Romero, Miguel, *Segundo curso de derecho administrativo...*, cit., p. 761.

emergencia sanitaria, puesto que es la encargada de ejecutar directamente las medidas previstas en el caso de una epidemia grave.<sup>495</sup> Ello no representa conflicto alguno con las funciones que desempeñan otros órganos, como lo sería el Consejo de Salubridad General, dado que este último es un ente compuesto por integrantes de otros organismos, y como tal no tiene un organigrama autónomo ni personal adscrito capaz de emprender funciones de ejecución de las medidas.

4. *El decreto presidencial del 24 de abril de 2009, publicado el 25 del mismo mes y año*

Al hablar de un decreto, se alude a un sentido estricto del mismo, que se limita a aquellos que son emitidos por la administración pública federal,<sup>496</sup> y considerados en términos generales como el acto o la decisión de un órgano del Estado que crea situaciones jurídicas concretas e individuales.<sup>497</sup>

Dicho esto, el mismo día en que la Organización Mundial de la Salud declaró la emergencia de salud pública de importancia internacional por el virus de influenza A(H1N1),<sup>498</sup> la Presidencia de la República de México publicó un decreto en el que ordenó tomar medidas extraordinarias para hacerle frente al surgimiento de un nuevo tipo de virus de influenza. En lo pertinente, se transcribe lo siguiente:

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.

ARTICULO SEGUNDO. La Secretaría de Salud, con el propósito de combatir la epidemia y cuando lo estime pertinente, implementará de manera

---

<sup>495</sup> Esta asignación de competencias también está presente en la fracción XVI del artículo 39 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal. Para una explicación más detallada, véase Cano Valle, Fernando *et al.*, *Medicina y estructuras jurídico-administrativas en México...*, *cit.*, pp. 163-168.

<sup>496</sup> En ocasiones, la legislación mexicana también otorga el nombre de “decreto” a actos provenientes del Poder Legislativo. Báez Martínez, Roberto, *Manual de derecho administrativo...*, *cit.*, p. 58.

<sup>497</sup> Se cuestiona el hecho de que a veces, los decretos llegan a regular situaciones generales. Véase Martínez Morales, Rafael I., *Derecho administrativo. 1er. curso*, 6a. ed., México, Oxford University Press, 2012, p. 301; Báez Martínez, Roberto, *Manual de derecho administrativo...*, *cit.*, p. 56.

<sup>498</sup> En el capítulo tercero se explican algunas características de esta declaración de la Organización Mundial de la Salud.

inmediata en las regiones afectadas de todo el territorio nacional, las acciones ejecutivas siguientes:

I. El aislamiento de personas que puedan padecer la enfermedad y de los portadores de gérmenes de la misma, por el tiempo que resulte estrictamente necesario, así como la limitación de sus actividades, cuando así se amerite por razones epidemiológicas;

II. La aplicación de sueros, vacunas y otros recursos preventivos y terapéuticos;

III. La inspección de pasajeros que puedan ser portadores de gérmenes, así como de equipajes, medios de transporte, mercancías y otros objetos que puedan ser fuentes o vehículos de agentes patógenos;

IV. El ingreso a todo tipo de local o casa habitación para el cumplimiento de actividades dirigidas al control y combate de la epidemia...;

VIII. Ordenar las medidas atinentes a fin de evitar congregaciones de personas en cualquier lugar de reunión, incluyendo la clausura temporal de locales o centros de espectáculo...

Después de haber examinado las competencias constitucionales respecto de las emergencias sanitarias, en este punto cabría precisar que la emisión de un decreto presidencial de manera previa a la entrada en escena de la Secretaría de Salud formaría parte de un esquema en el que se atiende a lo establecido en el artículo 29 constitucional.<sup>499</sup> La autorización de restricción o suspensión de los derechos con motivo de una emergencia no puede llevarse a cabo por una secretaría de Estado, sino únicamente por el presidente de la República.

Este acto, que fue el que formalmente inició el periodo de contingencia en México y puso en marcha una secuencia ulterior de actos administrativos,<sup>500</sup> ilustra la observancia del derecho a la protección de la salud en el caso de una emergencia de salud pública. Tal perspectiva de derechos humanos es necesaria en la medida en que se incluyen apartados en los que hay la posibilidad de restringir derechos individuales, como lo serían el de libertad personal (artículos 14 y 16 constitucionales), el de libertad de movimiento o circulación (artículo 11 de la carta magna, que además incluye a la “salubridad general” como una justificación para esta restricción); el de reunión y de asociación (artículo 9o. constitucional) y el de modalidades de respeto

<sup>499</sup> Acosta Romero, Miguel, *Segundo curso de derecho administrativo...*, cit., p. 754.

<sup>500</sup> Villanueva Lagar, José I., “Recomendaciones en el ámbito laboral con motivo de la emergencia sanitaria por la epidemia de influenza”, en Pérez Padilla, Rogelio y otros (eds.), *Influenza por el nuevo virus A H1N1. Un panorama integral*, México, Instituto Nacional de Enfermedades Respiratorias-Sociedad Mexicana de Neumología y Cirugía de Tórax-Graphimed, 2010, p. 411.

a la propiedad privada (artículo 16 del ordenamiento supremo, específicamente en cuanto a que ninguna autoridad podrá ingresar al domicilio sin antes poseer una orden judicial para tal efecto, y que la autoridad podrá practicar visitas domiciliarias para efectos de cerciorarse del cumplimiento de reglamentos sanitarios).

En este punto, interesa resaltar el hecho de que si se adopta una perspectiva de derechos humanos, el decreto ilustra la tensión derivada de la procuración del derecho colectivo a que se proteja a la población frente a enfermedades epidémicas o pandémicas.<sup>501</sup> Este acto, además, abre la posibilidad de adoptar medidas que impactan la dimensión individual de otros derechos,<sup>502</sup> particularmente los civiles y políticos.

Si bien en otras circunstancias una medida de este tipo podría equipararse a un abuso de autoridad, lo cierto es que tanto los instrumentos internacionales abordados en el capítulo precedente como el artículo 29 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos contemplan esta posibilidad. Se reitera, pues, que la salud pública es un área en la que algunos derechos pueden ser restringidos en aras del interés público, que es la figura en la que encuentra recepción la dimensión colectiva del derecho a la protección frente a epidemias o pandemias.

Ahora bien, a pesar de que la redacción del decreto indica la presencia de una emergencia sanitaria, de la lectura de su artículo segundo se advierte que las facultades son una réplica de las que están contempladas en los artículos 134, 139, 143 y 152 de la Ley General de Salud. Estos numerales prevén la posibilidad de aplicar aislamientos o cuarentenas, restringir el derecho a reunirse pacíficamente (medidas de distanciamiento social), así como la inspección obligatoria y el ingreso al domicilio sin orden judicial previa. A pesar de constituir restricciones a las garantías, de una lectura integral de la Ley General de Salud se desprende que ésta no las sujeta a procedimiento extraordinario adicional para su ejecución.

Dado que el decreto en mención no contempló medida restrictiva alguna que no se encuentra prevista por la Ley General de Salud, se puede colegir que no se trató de una suspensión extraordinaria de garantías, sino que el decreto únicamente reiteró el contenido de la Ley General de Salud. Por el momento, la segunda de estas hipótesis es más plausible, en atención a que la Secretaría de Salud podría haber recurrido a cualquiera de las herramientas que establecía el decreto sin necesidad de una declaración for-

---

<sup>501</sup> De hecho, la redacción misma del inicio del decreto se lleva a cabo en los términos de la obligación que tiene el Estado de proteger a la población mexicana.

<sup>502</sup> Charvel, Sofía y García Sarubbi, David, *Derecho y salud pública...*, cit., p. 34.

mal de emergencia o de suspensión o restricción de derechos para efectos del artículo 29 de la carga magna.

5. *Los acuerdos de la Secretaría de Salud y del Consejo de Salubridad General relativos a la emergencia sanitaria*

A la par del decreto presidencial del 24 de abril de 2009, también pueden traerse a colación los múltiples acuerdos adoptados en el seno de la Secretaría de Salud y del Consejo de Salubridad General,<sup>503</sup> respecto de la epidemia —y, eventualmente, pandemia— de influenza A(H1N1).

En primer lugar, se encuentra el Acuerdo de la Secretaría de Salud del 27 de abril de 2009, que fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de mayo del referido año. En este Acuerdo se declara que a partir de ese momento hay una obligación de notificar a esa Secretaría la presencia de casos de influenza, lo que constituye una repetición de la misma obligación establecida en varias normas oficiales mexicanas que se encontraban en vigor cuando aconteció la emergencia sanitaria.<sup>504</sup> Por otro lado, también se establece en dicho acuerdo, que la Secretaría de Salud sería “la instancia rectora del manejo de la información oficial derivada de la epidemia de influenza”.

De forma simultánea, en la última fecha de las señaladas se emitieron dos acuerdos del Consejo de Salubridad General. En ellos, se declara que a partir de ese momento la influenza A(H1N1) sería una “enfermedad grave de atención prioritaria”, para efectos de activar distintos mecanismos del Sistema Nacional de Vigilancia Epidemiológica (SINAVE), y que la información proveniente de éste sería la única oficial respecto de las estadísticas de la influenza.

Por otra parte, el Consejo de Salubridad General declaró en su octava sesión ordinaria del 28 de junio de 2010, que la influenza A (H1N1) había dejado de ser una enfermedad grave de atención prioritaria, y por unanimi-

---

<sup>503</sup> Se hace esta distinción, puesto que si bien el titular de la Secretaría de Salud también es el presidente del Consejo de Salubridad General, lo cierto es este último es un órgano colegiado en el que se toman decisiones por consenso. Por ende, no se considera correcto asimilar a los dos. Véase Jiménez García, Joel Francisco, “La normatividad mexicana...”, *cit.*, 5-9.

<sup>504</sup> Véase el punto 7.12.1 de la norma oficial mexicana, NOM-017-SSA2-1994, para la vigilancia epidemiológica, publicada el 17 de noviembre de 1994 en el *Diario Oficial de la Federación* (misma que ya fue reemplazada por una nueva versión, la norma oficial mexicana, NOM-017-SSA2-2012, para la vigilancia epidemiológica, publicada el 19 de febrero de 2013).

dad aprobó cesar la alerta epidemiológica. Ello ocurrió incluso antes de que la directora general de la organización hiciera lo propio en cuanto al nivel 6 de pandemia, y a la declaración de emergencia de salud pública de importancia internacional, lo cual aconteció el 10 de agosto de 2010.<sup>505</sup>

Finalmente, se cuenta con el Acuerdo del Consejo de Salubridad General publicado el 20 de agosto de 2010 en el *Diario Oficial de la Federación*, que declaró oficialmente finalizada la emergencia epidemiológica.<sup>506</sup> Igualmente, con el decreto presidencial publicado el 24 de septiembre del mismo año en el órgano de difusión en cita, que declaró terminadas las acciones extraordinarias para hacerle frente a la contingencia sanitaria, dictadas en el diverso decreto publicado el 25 de abril de 2009. Se reitera que el carácter extraordinario de las medidas está en tela de duda, merced al contenido de la Ley General de Salud en torno a dicho tema.

## 6. Normas oficiales mexicanas

El surgimiento de las normas oficiales mexicanas (NOM) en la década de 1990 dio lugar a discusiones conceptuales sobre su naturaleza y concordancia con los principios constitucionales de división de poderes. Aunque mantienen un carácter general y abstracto, como es propio de la legislación, son emitidas bajo un esquema de acto administrativo, que no está expresamente previsto en el artículo 89, fracción I, en cuanto a que son aprobadas por una secretaría de Estado y no el presidente de la República. No se trata de un fenómeno inusitado, puesto que hay otras reglas emitidas a partir de este esquema. Su justificación estriba en que versan sobre aspectos técnicos muy específicos,<sup>507</sup> pues abundan en detalles que no pudieron ser previstos en su momento por el legislador, además de que resultaría ocioso incluirlos en una norma legislativa con carácter más general.

Esta figura es definida en la Ley Federal sobre Metrología y Normalización, en su artículo 3o., fracción XI, como

...la regulación técnica de observancia obligatoria expedida por las dependencias competentes, conforme a las finalidades establecidas en el artículo 40,

<sup>505</sup> En el anexo se incluye mayor información al respecto.

<sup>506</sup> Este acuerdo señala que la declaración de una finalización formal se emitía para efectos del artículo 77 de la Ley de Propiedad Industrial, que versa sobre la expedición de licencias obligatorias en materia de medicamentos.

<sup>507</sup> Sobre esta razón de existencia de las NOM, véase Huerta Ochoa, Carla, “Las normas oficiales mexicanas en el ordenamiento jurídico mexicano...”, *cit.*, p. 378.

que establece reglas, especificaciones, atributos, directrices, características o prescripciones aplicables a un producto, proceso, instalación, sistema, actividad, servicio o método de producción u operación, así como aquellas relativas a terminología, simbología, embalaje, marcado o etiquetado y las que se refieran a su cumplimiento o aplicación.<sup>508</sup>

Hay posturas que señalan que las normas oficiales mexicanas, que son expedidas por la Secretaría de Salud, en este caso tienen un carácter obligatorio y pueden exceder en ocasiones las facultades constitucionales para emitir normas administrativas (como los reglamentos) de carácter general.<sup>509</sup> Sin embargo, el Poder Judicial de la Federación de México las ha interpretado en el sentido de constituir actos materialmente legislativos emitidos por órganos administrativos, particularmente las secretarías de Estado.<sup>510</sup>

En paralelo al debate doctrinario sobre su inconstitucionalidad, la norma oficial mexicana que resultó aplicable en el contexto de la epidemia/pandemia de 2009 fue principal, aunque no exclusivamente, la norma oficial mexicana, NOM-017-SSA2-1994, para la vigilancia epidemiológica, publicada el 17 de noviembre de 1994 en el *Diario Oficial de la Federación*.

En esta norma oficial mexicana, que en ocasiones es denominada Manual,<sup>511</sup> se establecen, *grosso modo*, los lineamientos relacionados con la forma en que operará el Sistema Nacional de Vigilancia Epidemiológica (Sinave), que se encuentra bajo la supervisión de la Secretaría de Salud.<sup>512</sup> El papel de este sistema de vigilancia durante la pandemia de influenza

---

<sup>508</sup> Esta definición fue objeto de modificaciones, ya que su formulación original era muy imprecisa, lo que se prestaba a confusiones y a una alta discrecionalidad de las autoridades que emiten las NOM. *Ibidem*, pp. 380-382.

<sup>509</sup> *Ibidem*, pp. 397 y 398.

<sup>510</sup> Tesis de jurisprudencia VI.Io.A.J/29, Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Sexto Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXII, agosto de 2005, p. 1695, bajo el rubro: “NORMAS OFICIALES MEXICANAS. CONSTITUYEN UN ACTO MATERIALMENTE LEGISLATIVO, PARA EFECTOS DE SU IMPUGNACIÓN EN EL AMPARO CONTRA LEYES”; en un sentido similar y de manera más contundente, se observa la tesis de jurisprudencia 2a./J.143/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVI, diciembre de 2002, p. 239, cuyo rubro es: “DIVISIÓN DE PODERES. LA FACULTAD CONFERIDA EN UNA LEY A UNA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA PARA EMITIR DISPOSICIONES DE OBSERVANCIA GENERAL, NO CONLLEVA UNA VIOLACIÓN A ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL”.

<sup>511</sup> Así se le identifica en la página oficial de la Secretaría de Salud, bajo la sección “Manuales para la Vigilancia Epidemiológica”, disponible en: <https://www.gob.mx/salud/documentos/manuales-para-la-vigilancia-epidemiologica-102563>.

<sup>512</sup> La más reciente de estas normas oficiales mexicanas es la NOM-017-SSA2-2012, Para la vigilancia epidemiológica, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 19 de febrero de 2013.

A(H1N1) de 2009 se pudo atestiguar en la medida en que a partir de estas directrices fue posible identificar la aparición del referido virus entre la población,<sup>513</sup> tras recibir el apoyo de laboratorios gubernamentales de Estados Unidos y Canadá, como se relata en el capítulo tercero.

El cumplimiento de esta norma oficial mexicana no es del todo optativo, pues en consonancia con lo establecido por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación*. Además, el artículo 8o. de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos impone a los funcionarios, entre otras, las siguientes obligaciones:

ARTÍCULO 8o. Todo servidor público tendrá las siguientes obligaciones:

I. Cumplir el servicio que le sea encomendado y abstenerse de cualquier acto u omisión que cause la suspensión o deficiencia de dicho servicio o implique abuso o ejercicio indebido de un empleo, cargo u comisión;

XXIV. Abstenerse de cualquier acto u omisión que implique incumplimiento de cualquier disposición legal, reglamentaria o administrativa relacionada con el servicio público.

A partir de lo señalado en este precepto, los manuales *lato sensu* podrían ser considerados cuando menos como instrucciones para el cumplimiento del servicio público, o bien como una disposición administrativa proveniente de superiores jerárquicos. No obstante, queda pendiente el asunto relativo a si su contenido se hizo del conocimiento formal del servidor público de que se trate,<sup>514</sup> en atención a la condicionante de su publicación en un

<sup>513</sup> Con datos proporcionados por el laboratorio nacional de referencia, encargado de notificar a la Organización Mundial de la Salud en su papel de centro colaborador internacional, y la Red Nacional de Laboratorios de Salud Pública, ambos incluidos en los lineamientos del Manual en cuestión. Véase Bojórquez Chapela, Ietza y otros, “Comportamiento de la pandemia 2009 en México”, en Pérez Padilla, Rogelio y otros (eds.), *Influenza por el nuevo virus A H1N1...*, cit., p. 43.

<sup>514</sup> Por ejemplo, el Manual para la Vigilancia Epidemiológica de la Influenza fue suscrito, entre otros, por los titulares de la Dirección General Adjunta de Epidemiología y del Instituto de Diagnóstico y Referencia Epidemiológicos. Sin embargo, no se advierte su publicación en órgano de difusión oficial alguno, con lo que se incumpliría este requisito, salvo que se demuestre en un juicio que los subordinados de esos órganos tuvieron conocimiento de estos actos. En este tenor, resulta ilustrativa la tesis aislada (que en virtud de tal carácter no constituye un criterio jurídicamente obligatorio) VII.2o.(IV Región)14A, del Segundo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Cuarta Región, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIII, enero de 2011, p. 3224, con el rubro “MANUALES DE ORGANIZACIÓN, DE PROCEDIMIENTOS O DE SERVICIOS AL PÚBLICO. SU FALTA DE PUBLICACIÓN EN EL *DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN* NO IMPIDE QUE UN SERVIDOR PÚBLICO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FEDERAL SEA SUJETO DE RESPONSABILIDAD”.

órgano de difusión oficial o su notificación directa, para considerarlos como obligatorios.

En consecuencia, los manuales de referencia forman parte del sistema jurídico en la medida en que son pautas que los funcionarios públicos están obligados a acatar, bajo la pena de incurrir en responsabilidad administrativa.<sup>515</sup> Sobre este particular, hay que precisar que aquellos manuales que son designados como tales, y que no han sido publicados en el *Diario Oficial de la Federación* ni hechos del conocimiento de los servidores públicos, no revisten carácter de legalmente obligatorios,<sup>516</sup> aun cuando sí puedan cumplir con otras funciones de guía o recopilación de criterios.

Durante la pandemia de 2009 se observó que la NOM descrita en este apartado operó para coordinar las acciones administrativas, a través de lo que se conoce como el Sistema Nacional de Vigilancia Epidemiológica.<sup>517</sup> De manera similar a como fue delimitado el presente análisis en el capítulo primero, estos lineamientos administrativos reflejan las ventajas de adoptar una perspectiva centrada en una enfermedad particular, puesto que cada una presenta características que las distinguen frente a las demás.<sup>518</sup>

## 7. Sentencias de tribunales mexicanos

En cuanto a los tribunales nacionales, no se presentó ningún caso de relevancia surgido con motivo de la aplicación de las medidas previstas por

---

DAD POR SU DESACATO, SI EXISTE PRUEBA DE QUE REALMENTE TUVO CONOCIMIENTO DE ELLOS POR OTRO MEDIO LEGAL”.

<sup>515</sup> Roldán Xopa, José, *Derecho administrativo...*, cit., p. 139.

<sup>516</sup> Así se considera en Acosta Romero, Miguel, *Teoría general del derecho administrativo. Primer curso...*, cit., pp. 1056 y 1057; asimismo, véase la tesis de jurisprudencia 2a./J.249/2007, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVII, enero de 2008, p. 515, con el rubro: “SERVIDORES PÚBLICOS. LOS MANUALES DE ORGANIZACIÓN, DE PROCEDIMIENTOS O DE SERVICIOS AL PÚBLICO, CON BASE EN LOS CUALES SE LES IMPONEN OBLIGACIONES Y ANTE SU INCUMPLIMIENTO PUEDE FINCÁRSELES RESPONSABILIDAD Y SANCIONÁRSELES, DEBEN PUBLICARSE EN EL ÓRGANO OFICIAL DE DIFUSIÓN CORRESPONDIENTE”.

<sup>517</sup> También existe el Sistema de Vigilancia Epidemiológica de Influenza (Sisveflu), aunque éste es configurado en el Manual para la Vigilancia Epidemiológica de Influenza, de la Dirección General de Epidemiología de la Secretaría de Salud, cuya primera edición es de 2006. Dado que dicho Manual no ha sido publicado en un órgano de difusión oficial, no se le consideraría obligatorio para efectos jurídicos, salvo que, como se apuntó anteriormente, sería necesario demostrar fehacientemente en un proceso posterior, que los servidores públicos tuvieron conocimiento de su contenido.

<sup>518</sup> La justificación también se encuentra en Beaglehole, Robert, Bonita, Ruth y Kjellström, Tord, *Epidemiología básica...*, cit., pp. 147 y 148, cuadro 11.1.

la declaratoria de una emergencia sanitaria, pues no todos los incisos del decreto presidencial tuvieron aplicación directa por las autoridades. Una excepción sería su fracción VIII, que fue implementada a través del cierre de escuelas, la cancelación de congregaciones y eventos de naturaleza deportiva y de espectáculos.<sup>519</sup> Empero, esto no parece haber sido materia de impugnación ante tribunales nacionales. La posible explicación de esta inaplicación es que se trató de una pandemia con grado de severidad “leve a moderada”,<sup>520</sup> por lo cual las autoridades consideraron que no era necesario poner en práctica medidas agresivas de contención de la propagación, como lo serían cuarentenas generales o restricciones de viajes.

Más allá de que se consideren justificadas o no las medidas previstas por el Decreto del 25 de abril de 2009 desde el punto de vista político,<sup>521</sup> la cuestión que evoca la idea de gobernanza global es si la decisión del Poder Ejecutivo se encontraba lo suficientemente fundamentada desde el punto de vista técnico-biomédico como para permitir la restricción de derechos individuales a fin de combatir la propagación del virus de la influenza A(H1N1) pdm09.

### III. EL USO DEL ENFOQUE DE LA GOBERNANZA GLOBAL EN EL CONTEXTO DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD EN MÉXICO

#### 1. *El Plan Nacional de Preparación y Respuesta ante una Pandemia de Influenza*

El Plan Nacional de Preparación y Respuesta ante una Pandemia de Influenza fue creado en 2006<sup>522</sup> por el gobierno mexicano en respuesta a la resolu-

---

<sup>519</sup> Para una muestra, pueden consultarse las notas periodísticas “Lucen vacías escuelas del DF”, *El Universal*, edición digital, 24 de abril de 2009, disponible en: <http://www.eluniversal.com.mx/notas/593462.html>.

Amador, Diana, “Veracruz no fue la «cuna de la influenza» ni el «niño cero» el primero”, *CNN México*, 27 de abril de 2010, disponible en: <http://mexico.cnn.com/nacional/2010/04/27/veracruz-no-fue-la-cuna-de-la-influenza-ni-el-nino-cero-el-primero>.

<sup>520</sup> A este trabajo véase el anexo A.

<sup>521</sup> Algunas de las medidas adoptadas por el gobierno federal han sido calificadas por ciertos periodistas como un dispendio. Véase Rodríguez García, Arturo, “Los engaños virales de Calderón”, *Proceso*, 14 de noviembre de 2012, disponible en: <http://www.proceso.com.mx/?p=325181>.

<sup>522</sup> Disponible en [http://www.fao.org/docs/eims/upload/221482/national\\_plan\\_ai\\_mex\\_es.pdf](http://www.fao.org/docs/eims/upload/221482/national_plan_ai_mex_es.pdf). Para una explicación más detallada de los objetivos de este Plan, véase Kuri-Morales, Pablo y otros, “Pandemia de influenza: la respuesta de México”, *Salud Pública de México*, México, vol. 48, núm. 1, enero-febrero de 2006, pp. 74 y 75.

ción WHA 56.19 de la 56 Asamblea Mundial de la Salud de la Organización Mundial de la Salud, adoptada en mayo de 2003, que urgía a los Estados miembros a diseñar e implementar planes nacionales de preparación frente a la influenza pandémica.<sup>523</sup>

No es ocioso subrayar la importancia de contar con un plan de preparación y respuesta que reúna conocimiento actualizado en la materia, con el objetivo de poder delinear una agenda de reacción frente a la misma. Así, el Plan Nacional de Preparación y Respuesta ante una Pandemia de Influenza de 2006 fue actualizado en octubre de 2010, y ahora se denomina Plan Nacional de Preparación y Respuesta ante la Intensificación de la Influenza Estacional o ante una Pandemia de Influenza (en adelante, se les referirá ocasionalmente como “Plan Nacional”).

Ya se ha señalado en el capítulo primero, que la mejor opción ante una pandemia es contar con un plan previamente diseñado, dado que lo apremiante de la situación radica en que una vez desencadenada la emergencia no se cuenta con el tiempo necesario ponderar todas las variables.<sup>524</sup>

Al mismo tiempo, es imposible poder prever todos los escenarios posibles en un instrumento obligatorio o vinculante en el momento de su creación. El surgimiento de elementos imponderables es inevitable, pues la ciencia médica aún no cuenta con dotes de clarividencia respecto de dónde, cuándo y cómo se manifestarán los brotes de enfermedades transmisibles como la influenza. Por ende, se vuelve necesario recurrir a la noción de *vaguedad* en los términos en que fue planteada en el primer capítulo.<sup>525</sup>

A pesar de este grado de imprevisibilidad, es viable asumir que, para su efectividad, cualquier preparación frente a pandemias tiene que tomar en cuenta el conocimiento científico existente sobre las enfermedades que pueden, en determinado momento, ocasionar un brote pandémico. Tal es el caso de la influenza, que con anterioridad a los eventos de 2009 y 2010

---

<sup>523</sup> Resolución WHA 56.19 de la Asamblea Mundial de la Salud, 28 de mayo de 2003, disponible en: [http://apps.who.int/gb/archive/pdf\\_files/WHA56/ea56r19.pdf](http://apps.who.int/gb/archive/pdf_files/WHA56/ea56r19.pdf).

Quizá se debe al seguimiento de esta resolución, el hecho de que durante la pandemia de influenza A(H1N1) de 2009, alrededor del 74% de los países miembros de la Organización Mundial de la Salud ya habían diseñado algún plan de preparación y respuesta frente a una pandemia. Véase *Strengthening Response to Pandemics...*, *cit.*, pp. xix y 114.

<sup>524</sup> En cuanto a la necesidad de tomar decisiones públicas frente a la incertidumbre, véase para el caso de la pandemia lo señalado en Menéndez, Eduardo L., “Las influencias por todos tan temidas o de los difíciles usos del conocimiento”, *Desacatos. Revista de Antropología Social*, México, núm. 32, enero-abril, 2010, p. 21.

<sup>525</sup> Véase nota al pie de página 70.

había sido señalada como un posible detonante de un futuro brote de este tipo, específicamente en su cepa H5N1.<sup>526</sup>

A la par de los planes de preparación que se comentan, y en la misma línea del debate sobre si tienen un carácter obligatorio o no, dado que no cumplen con los criterios enunciados, como lo sería su publicación en un órgano de difusión oficial, en este caso el *Diario Oficial de la Federación*. De ahí que no sería posible zanjar la problemática que se plantea con este recurso argumentativo.

## 2. La relación del Plan Nacional con las directrices internacionales

El Plan Nacional en cita, de manera similar a las directrices de la Organización Mundial de la Salud y al plan respectivo en el marco del Acuerdo para la Seguridad y Prosperidad de América del Norte, recopila el conocimiento científico existente en torno a la influenza, y algunos de los posibles escenarios —mas no todos, pues ello sería imposible— en caso del surgimiento de un nuevo virus.

Ahora bien, el documento en cuestión tiene que ser analizado en conjunción con las directrices de la Organización Mundial de la Salud, dado que las discrepancias entre uno y otro menoscabarían el propósito de fungir como una guía técnica para las autoridades. Por lo tanto, a raíz de la aparición en 2013 de nuevas directrices relacionadas con la influenza pandémica, se asume que es necesaria una posterior actualización del multirreferido Plan Nacional, para que las definiciones de la propia Organización Mundial de la Salud que se reproducen se encuentren actualizadas.<sup>527</sup>

---

<sup>526</sup> Tanto de manera previa a la pandemia de 2009 como a la fecha, se ha estimado que la variante aviar del virus de la influenza es la mayor amenaza a la salud humana, dada su reaparición constante en procesos zoonóticos. Véase el reporte de la Organización Mundial de la Salud de febrero de 2015, “Warning signals from the volatile world of influenza viruses”, disponible en: <http://www.who.int/influenza/publications/warningsignals201502/en/>.

Se menciona también que hubo una confluencia de circunstancias más allá del control humano que, en el caso de la influenza aviar, operaron en beneficio de la humanidad, en Kalra, Sarathi y otros, “The Emergence of Ebola as a Global Health Security Threat: From «Lessons Learned» to Coordinated Multilateral Containment Efforts”, *Journal of Global Infectious Diseases*, vol. 6, núm. 4, octubre-diciembre de 2014, p. 165.

<sup>527</sup> Por ejemplo, el Plan Nacional de Preparación y Respuesta ante la Intensificación de la Influenza Estacional o ante una Pandemia de Influenza, de octubre de 2010, en sus páginas 29-32, 39-41, 45 y 46 explica y vincula cada una de las fases pandémicas conforme a lo establecido por la Organización Mundial de la Salud, con las medidas que adoptarán las autoridades sanitarias. Sin embargo, estas definiciones corresponden al documento respectivo de 2009, mientras que este sistema de alerta pandémica fue modificado en el diverso

Como se aprecia en el capítulo tercero, las restricciones a los derechos en aras de la protección de la salud pública tienen que estar fundamentadas, entre otras cuestiones, en la adecuación o idoneidad de esas medidas desde el punto de vista científico.<sup>528</sup> Por lo tanto, frente a la posibilidad de una inobservancia, el contenido del Plan Nacional de mérito podría ser utilizado como un argumento para justificar un uso excesivo de las facultades ejecutivas de las autoridades sanitarias.

Por otra parte, como se adelanta en renglones que anteceden, la problemática que aqueja a los documentos internacionales legalmente no vinculantes sobre influenza pandémica se encuentra presente también en los planes nacionales: los criterios científicos sobre las mejores formas de enfrentar una pandemia de influenza no han quedado esclarecidos en definitiva, ni siquiera en retrospectiva,<sup>529</sup> sino que ellos a su vez se encuentran afectados de vaguedad, al depender directamente del contenido de las directrices de la Organización Mundial de la Salud.<sup>530</sup>

Ante la relación cercana entre los documentos de los múltiples niveles que se analizan —internacional en general, regional y nacional—, se observa, pues, que todos ellos comparten cualidades que justifican un análisis simultáneo, ya que cada uno cumple una función distinta de acuerdo con el espacio en el que se encuentran insertos.

---

instrumento de 2013, por lo que las fases pandémicas del Plan Nacional ya no coinciden con las de las directrices de la Organización Mundial de la Salud.

<sup>528</sup> Esta noción resulta aplicable no sólo respecto de medidas colectivas del ámbito de la salud pública, sino también en cuanto a la relación individualizada médico-paciente. Véase Clérico, Laura, “El derecho a la salud y el examen de proporcionalidad: prohibición de exceso”, en Clérico, Laura *et al.* (eds.), *Tratado de derecho a la salud*, t. III, *cit.*, p. 1026; también, Madrid Mata, Octavio Casa, *La atención médica y el derecho sanitario...*, *cit.*, p. 5. En el mismo sentido, se habla en términos de ‘proporcionalidad’ y que exista una adecuación entre los fines perseguidos y los medios utilizados, en Cobreros Mendazona, Edorta, “La voluntariedad de los tratamientos sanitarios y su excepción por riesgo para la salud pública. Especial referencia al caso de la tuberculosis en la Comunidad Autónoma Vasca”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 46, septiembre-diciembre de 1996, pp. 348 y 349.

<sup>529</sup> Véase el comentario editorial, “H1N1Dsight is a Wonderful Thing”, *Nature Biotechnology*, vol. 28, núm. 3, marzo de 2010, p. 182.

<sup>530</sup> Se puede observar que el Plan Nacional empleado durante la pandemia de 2009 retoma las distintas fases de alerta pandémica de los criterios de la Organización Mundial de la Salud de aquel entonces, que ya fueron motivo de crítica en los capítulos primero y tercero debido a su falta de precisión. Esto puede no ser atribuible solamente al trabajo de la Organización Mundial de la Salud, sino pertenecer más bien a una vaguedad propia de la epidemiología en general. Véase el *Plan Nacional de Preparación y Respuesta ante una Pandemia de Influenza*, Secretaría de Salud, México, 2006, pp. 13-16, disponible en: [http://www.fao.org/docs/eims/upload/221482/national\\_plan\\_ai\\_mex\\_es.pdf](http://www.fao.org/docs/eims/upload/221482/national_plan_ai_mex_es.pdf).

#### IV. MÁS ALLÁ DE LO OBLIGATORIO. EL USO DEL ENFOQUE DE GOBERNANZA GLOBAL EN EL ÁMBITO NACIONAL MEXICANO

La cuestión sobre si se trata de instrumentos propiamente jurídicos o no; esto es, si esas guías o planes constituyen propiamente derecho, es controvertida. En estas líneas se adopta una perspectiva binaria, que considera que el derecho es legalmente vinculante, obligatorio, pues de lo contrario no es derecho.<sup>531</sup>

Aun cuando lo que se considera derecho abarca cuestiones que van más allá de lo contenido en los textos normativos, también vale la pena agregar que las categorías jurídicas no bastan para dilucidar el rol que desempeñan los aspectos que no corresponden al derecho positivo. En el caso de instrumentos como el correspondiente Plan Nacional, derivado a su vez de otras pautas internacionales, simplemente no se cuenta con criterios definitivos para esclarecer su naturaleza jurídica.

Lo anterior se relaciona directamente con el concepto de gobernanza, expuesto a grandes rasgos en el capítulo segundo, en la medida en que utilizarlo como marco conceptual permite ir más allá de este debate irresoluto, e incluir instrumentos —en el presente caso, guías, planes o manuales— cuyo carácter legalmente obligatorio es cuestionable.

Como se ha expresado ya, en ocasiones la idea de gobernanza en los ámbitos jurídicos nacionales o domésticos (el mexicano inclusive) lleva aparejado un patrón de desregulación y de asunción de los particulares de las anteriores funciones públicas a través de la privatización de los servicios.<sup>532</sup> Si bien no se ignora la presencia de esta perspectiva, tal como se señaló en el capítulo segundo, en este trabajo no se aborda el concepto en tales términos, aun cuando no se considera apropiado dejar de mencionar su relevancia en los debates contemporáneos.<sup>533</sup> La razón que subyace a esta justificación teórica consiste en que este tipo de instrumentos que no tienen carácter legalmente obligatorio o que no son vinculantes existían desde mucho antes de esa tendencia, que hasta recientemente han sido designados con el mote de “gobernanza global”.<sup>534</sup>

<sup>531</sup> Para una discusión más pormenorizada respecto de los elementos de obligatoriedad, sanción y coacción como componentes distintivos de lo que es derecho, véase Huerta Ochoa, Carla, *Conflictos normativos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 9-16.

<sup>532</sup> Serna de la Garza, José María, *Globalización y gobernanza...*, *cit.*, pp. 21, 22 y 34-42.

<sup>533</sup> Esta visión de la gobernanza es objeto de no pocas críticas. Véase Santos, Boaventura de Sousa y Rodríguez-Garavito, César, “Law, Politics and the Subaltern in Counter-Hegemonic Globalization...”, *cit.*, p. 9.

<sup>534</sup> Sobre el surgimiento y crecimiento académico del concepto, véase Levi-Faur, David, “From «Big Government» to «Big Governance»?...”, *cit.*, pp. 5 y 6.

Lo que tal concepto contribuye a poner de relieve, se reitera, es que los lineamientos contenidos en el Plan Nacional proporcionan guías (técnicas, en este caso) para la emisión de actos jurídicos como el decreto presidencial del 24 de abril de 2009, así como las medidas administrativas aplicadas de forma subsecuente —así como las que no lo fueron— por la Secretaría de Salud federal y el Consejo de Salubridad General. El hecho es que no corresponden a criterios jurídicos de obligatoriedad en sentido estricto, pues de ningún modo satisfacen los requisitos para ser identificados como parte del sistema jurídico en atención a un criterio de pertenencia.<sup>535</sup> Ya se ha señalado que este incierto carácter jurídico de los actos como las circulares, acuerdos, avisos, instructivos, etcétera, permea a lo largo del derecho administrativo mexicano, a tal grado de que no hay consistencia en cuanto a su jerarquía, sus procedimientos de creación, o las materias sobre las que pueden versar.<sup>536</sup>

Lo anterior no implica en absoluto la afirmación de que las distinciones legales binarias de obligatorio/no obligatorio, vinculante/no vinculante, ya no son indispensables para el análisis jurídico. En ese sentido, el incumplimiento o inobservancia de los documentos no obligatorios no va aparejado de una posibilidad de activar, por sí solo, los mismos mecanismos de sanción o coerción que las normas que sí son obligatorias. No obstante, la ausencia de una obligatoriedad no conlleva a que pierdan su relevancia para comprender de qué manera estos lineamientos marcan los derroteros de las medidas que se adoptan al hacerle frente a una epidemia o pandemia como la de 2009.

En ese sentido, más allá de que se incluyan aspectos no jurídicos de la administración pública,<sup>537</sup> los problemas técnicos como la determinación de las mejores prácticas para hacerle frente a la influenza tienen relación directa con el contenido de los actos jurídicos. Estos instrumentos podrían ser

---

<sup>535</sup> Aquí se toma en cuenta una posible distinción entre sistema jurídico, al que sería aplicable la noción de *pertenencia*, y orden jurídico, cuya categoría sería la de *vigencia*, si bien esto no se trata de una formulación aceptada de forma unánime entre los juristas. La discusión está presente en Huerta Ochoa, Carla, *Conflictos normativos...*, cit., pp. 19 y ss. En cuanto al elemento sanción, no todos comparten la misma visión de lo que se considera como “jurídico”. Véase Green, Leslie, “Filosofía del derecho general. Ensayo del 25 aniversario”, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, México, núm. 3, 2009, pp. 305-310.

<sup>536</sup> Charvel, Sofía y García Sarubbi, David, *Derecho y salud pública...*, cit., pp. 43 y 44.

<sup>537</sup> Ramírez Marín, Juan, *Derecho administrativo mexicano. Primer curso*, México, Porrúa-Instituto Tecnológico de Monterrey, 2009, p. 338. Asimismo, hay quienes consideran que los elementos técnicos imponen *de facto* límites a la actividad del Estado. Véase Báez Martínez, Roberto, *Manual de derecho administrativo...*, cit., p. 39.

comparables ya sea a una norma técnica<sup>538</sup> —cuestión que sería hartamente difícil de argüir—, o bien a una instrucción en la que las autoridades sanitarias señalan a los inferiores jerárquicos<sup>539</sup> cómo se aplicarán las disposiciones que son formalmente obligatorias, como las del Reglamento Sanitario Internacional o la Ley General de Salud. La naturaleza jurídica misma de esas instrucciones, u órdenes, llámense circulares o de otro modo, es motivo de desacuerdos y fluctúa constantemente.<sup>540</sup>

Aunado a lo apenas señalado, en el ámbito jurídico nacional o doméstico mexicano no se emplea con igual desenvoltura lo que en el derecho internacional se ha denominado *soft law*, que es discutido con mayor detalle en los capítulos segundo y tercero.<sup>541</sup> Por esa razón, se estima necesario partir de un análisis multinivel capaz de distinguir entre uno y otro ámbito, a sabiendas de que en los problemas como las epidemias y pandemias todas

<sup>538</sup> Los criterios judiciales disponibles respecto de la naturaleza de esas “normas técnicas” en México pueden consultarse en la tesis aislada P.XV/2002, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XV, abril de 2002, p. 6, con el rubro “REGLAS GENERALES ADMINISTRATIVAS EXPEDIDAS POR LOS SECRETARIOS DE ESTADO EN USO DE UNA FACULTAD AUTORIZADA POR EL CONGRESO DE LA UNIÓN. DIFERENCIAS CON LOS REGLAMENTOS, DECRETOS, ACUERDOS Y ÓRDENES DICTADAS POR EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA”; asimismo, la tesis aislada P.XII/2002, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XV, abril de 2002, p. 8, con rubro “REGLAS GENERALES ADMINISTRATIVAS. LA FACULTAD DEL CONGRESO DE LA UNIÓN PARA HABILITAR A LAS SECRETARÍAS DE ESTADO A FIN DE EXPEDIRLAS, NO CONSTITUYE UNA DELEGACIÓN DE FACULTADES LEGISLATIVAS”. Se aclara que ninguna de estas tesis es obligatoria, al no haber conformado jurisprudencia por no haber reunido los votos suficientes.

<sup>539</sup> Así, estos actos que se consideran internos responden más bien a una lógica de “buen orden administrativo”; véase Fraga, Gabino, *Derecho administrativo...*, cit., p. 231. Aunque esto es debatible, puesto que no hay una idea clara de cómo se expiden, comunican y aplican las circulares al interior de la administración pública, además de si su contenido afecta los derechos y obligaciones de personas ajenas a la estructura administrativa, lo que es motivo de preocupaciones en cuanto a su legalidad. Véase a este respecto Martínez Morales, Rafael I., *Derecho administrativo...*, cit., pp. 303 y 304; Báez Martínez, Roberto, *Manual de derecho administrativo...*, cit., p. 242.

<sup>540</sup> Roldán Xopa, José, *Derecho administrativo...*, cit., p. 139.

<sup>541</sup> Se insiste también en lo incierto que es este término, razón por la cual se decide no utilizarlo como una noción descriptiva central. Sobre la imprecisión de la distinción entre lo que es *hard* y lo que es *soft*, véase Fernández Lamela, Pablo, *Introducción al derecho administrativo internacional*, México, Novum, 2012, pp. 23 y 57; de igual manera, Serna de la Garza, José María, *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización...*, cit., pp. 84-86. Sin embargo, hay que precisar que desde el punto de vista de la teoría política, una línea de los estudios sobre gobernanza desarrolla elementos distintivos entre los instrumentos *soft* y *hard* de las administraciones públicas. Véase Zehavi, Amos, “New Governance and Policy Instruments: Are Governments Going ‘Soft?’”, en Levi-Faur, David (ed.), *The Oxford Handbook of Governance...*, cit., pp. 243-245.

las autoridades relacionadas con el sector salud, en todos los niveles, tienen una responsabilidad propia.<sup>542</sup>

Por otra parte, los documentos técnicos de la Organización Mundial de la Salud podrían haber servido de base para afirmar que la aplicación de medidas sanitarias agresivas como la cuarentena o el aislamiento durante la pandemia de 2009 habrían estado injustificadas y, por lo tanto, serían violatorias de los derechos de las personas afectadas, más allá de que el Plan Nacional respectivo señale lo contrario. Dado que, con excepción de las medidas de distanciamiento social,<sup>543</sup> no hubo aplicación alguna de estas medidas más agresivas en México<sup>544</sup> a pesar de su inclusión en el Plan Nacional correspondiente,<sup>545</sup> se permanece por el momento en un plano hipotético.

Luego, si los documentos técnicos reflejan parte del conocimiento científico disponible en ese momento —el llamado “estado del arte”—, podrían servir como base para una argumentación en el sentido de que no hay idoneidad o adecuación de las medidas adoptadas con los resultados a que se aspira. No obstante, como se señaló en párrafos precedentes, los criterios científicos en torno a la influenza pandémica se encuentran en constante evolución, y no eran los mismos en 2009 respecto de los que se tiene actualmente.<sup>546</sup>

En ese mismo sentido, en el ámbito mexicano el avance del conocimiento científico también se observa en la constante emisión de documentos técnicos por parte de autoridades administrativas. Aquí cabe subrayar el papel que juegan las guías de práctica clínica, desarrolladas por distintas instituciones que conforman el sistema nacional de salud.<sup>547</sup> Estas guías funcionan como un referente técnico para la toma de decisiones por el personal

---

<sup>542</sup> En este contexto, hay que señalar que existen abundantes retos para el fortalecimiento de los espacios locales de implementación de los planes de preparación frente a pandemias. Véase Brattberg, Erik y Rhinard, Mark, “Multilevel Governance and Complex Threats: The Case of Pandemic Preparedness in the European Union and the United States”, *Global Health Governance*, vol. V, núm. 1, otoño de 2011, pp. 1 y 2, disponible en: <http://www.ghgj.org>.

<sup>543</sup> Las cuales están contempladas en el *Plan Nacional de Preparación y Respuesta ante una Pandemia de Influenza* de 2006, *cit.*, p. 14.

<sup>544</sup> Condon, Bradley y Sinha, Tapen, “The Effectiveness of Pandemic Preparations...”, *cit.*, p. 8.

<sup>545</sup> Plan Nacional de Preparación y Respuesta ante una Pandemia de Influenza..., *cit.*, p. 17.

<sup>546</sup> De hecho, en la actualidad la atención se ha trasladado de la influenza a otras enfermedades que también han ocasionado brotes epidémicos, como el ébola. Esto forma parte de la explicación de que la influenza es una enfermedad con “memoria corta”. Véase Acuña Soto, Rodolfo, “Perspectiva histórica de las epidemias de influenza en México”, en Pérez Padilla, Rogelio y otros (eds.), *Influenza por el nuevo virus A H1N1...*, *cit.*, p. 16.

<sup>547</sup> Al respecto, puede consultarse el Catálogo Maestro de Guías de Práctica Clínica, disponible en: <http://www.cenetec.salud.gob.mx/contenidos/gpc/catalogoMaestroGPC.html>.

médico en el desempeño de sus labores, y aunque su carácter actual no es legalmente obligatorio, el artículo 32 de la Ley General de Salud las enuncia como “apoyo” para todos los prestadores de servicios de salud.<sup>548</sup>

Estas consideraciones son una reiteración de que la autoridad goza de una discrecionalidad técnica, consistente en que requiere de un determinado margen de actuación para hacer frente a hechos que requieren una evaluación técnica casuística a fin de saber cómo proceder, a sabiendas de que tal margen está a su vez delimitado por dichos elementos técnicos.<sup>549</sup> Persiste, no obstante, la preocupación referente a qué hacer cuando dichos aspectos técnicos no son lo suficientemente nítidos.

## V. LAS PECULIARIDADES DE LA APLICACIÓN DE LA IDEA DE GOBERNANZA GLOBAL EN EL ÁMBITO JURÍDICO NACIONAL O DOMÉSTICO RELATIVO A LAS PANDEMIAS

Lo que se discute en este capítulo gira en torno al hecho de que el uso del concepto de gobernanza en el contexto nacional o doméstico es distinto de los argumentos relacionados con el ámbito jurídico internacional que se esgrimen en el capítulo tercero. La reconstrucción de los documentos legislativo-normativos y actos administrativos que se lleva a cabo ilustra el hecho de que las figuras propias del derecho administrativo son muy heterogéneas, y no se limitan a un tipo de actos, sean éstos de carácter general y abstracto, o particular y concreto.

Desde una perspectiva teórica más general, la existencia de textos como el Plan Nacional de Preparación y Respuesta ante una Pandemia de Influenza ilustra una interconexión entre el ámbito nacional y el internacional general y regional: si bien las autoridades de México actúan con base en las directrices internacionales, no se puede negar que los múltiples lineamientos nacionales también desempeñaron un rol que difícilmente podría ser suplantado por una organización internacional.<sup>550</sup>

Como se expone a lo largo del presente capítulo, la aplicación de normas y actos jurídicos legalmente obligatorios, como las disposiciones de la

---

<sup>548</sup> Dado que el segundo párrafo del artículo 32 de la Ley General de Salud está actualmente redactado en términos de “apoyo”, no queda claro si una desviación del contenido de las Guías de Práctica Clínica derivaría en automático en una responsabilidad médica.

<sup>549</sup> Esta figura ya se plantea en Fraga, Gabino, *Derecho administrativo...*, *cit.*, pp. 230 y 231.

<sup>550</sup> Sobre esta dependencia mutua de los distintos niveles como una cuestión de “gobernanza multinivel”, véase Zürn, Michael, “Global Governance as Multi-level Governance...”, *cit.*, p. 736.

Ley General de Salud, su Reglamento relativo a la sanidad internacional, el decreto presidencial del 24 de abril de 2009, o la Norma Oficial Mexicana para la vigilancia epidemiológica, se lleva a cabo de modo simultáneo a la utilización de manuales o planes de acción que no poseen un carácter legalmente formal, dado que no encuadran dentro de ningún supuesto en ese sentido.

Por lo tanto, el uso del enfoque de gobernanza global en el ámbito nacional mexicano, nuevamente ilustra de qué manera esos documentos legalmente no vinculantes o no obligatorios pueden definir las acciones particulares que se toman en el contexto de la pandemia de influenza de 2009. En ese tenor, su inclusión en el análisis de los mecanismos de respuesta frente a pandemias cobra sentido, puesto que no se considera posible entender por qué se tomaron ciertas medidas y no otras, a pesar de las facultades expresas que se encontraban disponibles para las autoridades sanitarias de este país.

En el siguiente capítulo se retoman estos documentos y se formulan posibles respuestas a su (falta de) carácter legalmente vinculante u obligatorio. Para este objetivo, se examinan algunos de los postulados que se pueden extraer tanto desde la teoría, en relación con los retos que presenta la gobernanza global para el derecho, como desde la práctica, en cuanto a las preocupaciones que surgen respecto del alcance de los lineamientos formulados en los documentos que se estudian.