

LA PROTECCIÓN CONTRA EPIDEMIAS Y PANDEMIAS COMO MANIFESTACIÓN DEL DERECHO A LA SALUD DESDE UNA PERSPECTIVA DE GOBERNANZA GLOBAL

Pedro Alejandro VILLARREAL LIZÁRRAGA¹

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La selección de la variante de gobernanza global.* III. *Algunas generalidades sobre el derecho a la salud.* IV. *Los principales instrumentos jurídicos internacionales relativos al derecho a la salud.* V. *El enfoque del derecho a la salud en un marco de gobernanza global.* VI. *Los dilemas para el derecho a la salud en los casos de la influenza y el Ébola a partir de una visión de gobernanza global.* VII. *Conclusión.*

I. INTRODUCCIÓN

El tema que me interesa discutir está relacionado con la manera en que se puede emplear una de las variantes de la gobernanza global, a fin de poder llegar a una explicación sobre cómo se aplicaron los mecanismos jurídicos relacionados con la respuesta frente a la pandemia de influenza A(H1N1) de 2009-2010, así como en el más reciente caso de la emergencia de salud pública de importancia internacional relativa al Ébola.

Para la delimitación de la presente temática, elegí la perspectiva del derecho a la salud, en virtud de que es una de las principales vías a través de las cuales se puede abordar el problema, particularmente en lo que se refiere a las obligaciones que tienen los Estados o los gobiernos de proteger a la población de amenazas presentadas por enfermedades epidémicas y, en el caso de 2009, pandémicas. Así, actos que no provienen de instrumentos vinculantes o «formales» terminan por definir el rumbo de ese derecho a la protección de la colectividad, aun cuando esto implica una restricción de derechos individuales

¹ Licenciado en Derecho por la Universidad de Sonora. Maestro en Derecho por la UNAM. El presente ensayo ha sido escrito como parte mi trabajo de tesis doctoral, inscrita en el programa de Doctorado en Derecho del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

II. LA SELECCIÓN DE LA VARIANTE DE GOBERNANZA GLOBAL

II.a. *Gobernanza y globalización: Conceptos polisémicos para fenómenos multidimensionales*

El concepto de gobernanza global es muy amplio y para nada unívoco. Sus orígenes se remontan a discusiones que provienen de la teoría política y las relaciones internacionales. En esta contribución sólo se retoman unos cuantos aspectos del mismo, que son los que se encuentran directamente relacionados con los mecanismos jurídicos relativos a las pandemias.

Frente al fenómeno multidimensional del concepto de globalización,² así como la reestructuración del ejercicio del poder que supone éste, surgen modos de ‘organizar’ el poder que se asumen como novedosos. Esto ocurre especialmente en el ámbito internacional, donde hay una ausencia de lo que podría considerarse en sentido estricto un ‘gobierno internacional o mundial’.³ Así, la idea de ‘gobernanza’ emerge, por una parte, como una respuesta frente a esta coyuntura y, por otra, como una herramienta de análisis propia del campo de estudio de la Ciencia Política en general, y las Relaciones Internacionales en especial.⁴

En el caso de las epidemias y/o pandemias, no sería posible entender lo que ocurrió con el caso de la influenza A(H1N1) de 2009-2010 sin incluir a los Estados en su papel de encargados de gestionar la alerta, junto a la OMS. De ahí, que el presente análisis no retoma otra vertiente de la gober-

² Nye Jr., Joseph S. y Keohane, Robert, “Introduction” en NYE, Joseph S. y Donahue, John D. (eds.), *Governance in a globalizing world*, Editorial Brookings Institution Press, Estados Unidos, 2000, p. 6. Intercambio la expresión “globalismo” por la más general de “globalización”, para evitar una mayor confusión, ya que aquella expresión también está rodeada de múltiples polémicas en torno a su definición.

³ HELD, David y McGrew, Anthony, *Globalización/Antiglobalización. Sobre la reconstrucción del orden mundial*, Editorial Paidós, España, 2003, p. 74; también véase SERNA de la Garza, José María, *Globalización y Gobernanza: Las Transformaciones del Estado y sus Implicaciones para el Derecho Público (Contribución para una interpretación del caso de la guardería ABC)*, Instituto de Investigaciones Jurídicas/UNAM, México, 2010, p. 34 y ss.; igualmente, Latham, Robert, “Politics in a Floating World. Toward a Critique of Global Governance” en HEWSON, Martin y Sinclair, Timothy J. (eds.), *Approaches to Global Governance Theory*, State University of New York Press, Estados Unidos, 1999, p. 32.

⁴ Véase a este respecto Peters, B. Guy, “Governance as Political Theory” en LEVI-Faur, David (ed.), *The Oxford Handbook of Governance*, Oxford University Press, Estados Unidos (Nueva York), 2012, p. 25.

nanza, que ha sido considerada altamente innovadora y que es la llamada gobernanza sin el gobierno (*governance without government*).⁵

Al igual que el concepto de globalización, el de gobernanza tiene un carácter multidimensional que en ocasiones obedece a la complejidad de su materia de análisis. Una manera de clasificar las distintas nociones de ‘gobernanza’ consiste en el papel que se le asigna al Estado en torno a estos problemas. De entre todas las variantes de la gobernanza global, la que me interesa es la llamada ‘gobernanza con el Estado’, esto es, la modalidad de gobernanza según la cual, si bien el Estado no es el único actor que emite estos actos *de facto* vinculantes, aun así continúa participando de manera primordial en la gestión de lo que se asumen como ‘funciones públicas’.⁶

II.b.- *Gobernanza global y Derecho*

El término ‘gobernanza’, en general, lo retomo a manera de un enfoque interdisciplinario consistente en la dilucidación de aspectos relativos al orden y el desorden en un contexto del carácter cada vez más híbrido de los modos de control que dan pie a un orden multidimensional fragmentado ya sea dentro, por, sin y más allá del Estado.⁷

En el marco de un análisis jurídico, el reto consiste principalmente en integrar categorías que provienen de otras ramas de conocimiento, como lo es en este caso la Ciencia Política. Entonces, un análisis disciplinario aspira a llegar a conformar lo que podría considerarse como un punto medio entre una y otra disciplina, especialmente en torno a la idea de lo ‘jurídico’ o ‘legal’ en el ámbito internacional.⁸

⁵ Esta modalidad enfatiza el papel creciente de los actores no-estatales en la toma de decisiones de asuntos asumidos como ‘públicos’. Véase Rosenau, James, “Governance in the Twenty-first Century” en *Global Governance*, vol. 1, no. 1, Lynne Rienner Publishers, Estados Unidos, Invierno de 1995, p. 15. En este mismo sentido, véase Risse, Thomas, “Governance in Areas of Limited Statehood. Introduction and Overview” en RISSE, Thomas (ed.), *Governance Without a State?* Columbia University Press, Estados Unidos, 2011, p. 9.

⁶ Para una aclaración de las distintas facetas que puede adquirir la versión de la *gobernanza* a la que nos referimos, como lo sería gobernanza *con, a través de y sin* el gobierno, véase Levi-Faur, David, “From ‘Big Government’ to ‘Big Governance?’” en LEVI-Faur, David (ed.), *op. cit.*, p. 11; Rosenau, James, “Governance in the Twenty-first Century”... *cit.*, p. 15; Risse, Thomas, “Governance in Areas of Limited Statehood...” *cit.*, p. 9.

⁷ Así es como se fija la línea de investigación sobre gobernanza en Levi-Faur, David, “From ‘Big Government’ to ‘Big Governance?’” en LEVI-Faur, David (ed.), *op. cit.*, p. 3.

⁸ La aspiración de encontrar un punto intermedio entre la Ciencia Política y el Derecho a través del concepto de legalización, se observa en Abbott, Kenneth W. et. al., “The

La idea de ‘gobernanza global’ que se emplea en estas líneas consiste, básicamente y en términos muy generales, en que los análisis jurídicos deben prestar atención no sólo a aquellos actos formales o vinculantes, sino también a los que no son formalmente vinculantes o de carácter obligatorio pero que, aun así, tienen un efecto determinante sobre, por ejemplo, las decisiones colectivas, o bien sobre la libertad de los individuos.⁹

Asimismo, la gobernanza global a que me refiero define lo ‘global’ como un espacio multinivel compuesto por el conjunto de los niveles internacional, regional —que aunque representa propiamente un ámbito jurídico proveniente del Derecho Internacional, se podría distinguir entre los dos en la medida en que es un orden jurídico con características particulares propias— y nacional o doméstico, que a su vez, en el caso de México, se divide en varios niveles, como lo son: el federal, el estatal y el municipal.¹⁰

Ahora, respecto del eje temático relativo al derecho a la salud en la modalidad de protección contra enfermedades epidémicas y/o pandémicas, vale la pena mencionar, aunque sea de manera breve, cuáles son algunas de las características generales de este derecho, que contribuyen a una comprensión de sus alcances y sus límites.

III. ALGUNAS GENERALIDADES SOBRE EL DERECHO A LA SALUD

Primeramente, se sabe que el derecho a la salud pertenece al ámbito de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC). Así, sus características

Concept of Legalization” en *International Organization*, vol. 54, no. 03, Cambridge University Press, Reino Unido, Junio de 2000, pp. 402-403.

⁹ La literatura a este respecto es inmensa. Para un vistazo, véase el trabajo parteaguas de Rosenau, James y Otto-Czempiel, Ernst, *Governance Without Government: Order and Change in World Politics*, Cambridge University Press, Reino Unido, 1992. Para una definición de gobernanza global más orientada hacia los ‘nuevos’ actores de los procesos de toma de decisiones públicas, véase Lake, David A., “Rightful Rules: Authority, Order, and the Foundations of Global Governance” en *International Studies Quarterly*, vol. 54, no. 3, International Studies Association, Estados Unidos, Septiembre de 2010, pp. 590-591. También, para una exposición centrada en cómo el término ‘gobernanza’ se utiliza para referirse a los efectos autoritativos de las reglas sin importar su origen, véase PEEL, Jacqueline, *Science and Risk Regulation in International Law*, Cambridge University Press, 2010, 5. Vale la pena mencionar que la multiplicidad de maneras en las que se entiende el término gobernanza global es la causa de argumentos en constante evolución, pues sus componentes se encuentran en un estado de flujo continuo. Véase Kacowicz, Arie M., “Global Governance, International Order, and World Order” en LEVI-Faur, David (ed.), *The Oxford handbook of Governance... cit.*, pp. 688-692.

¹⁰ La idea de ‘multi-nivel’ también se observa en Delbrück, Jost, “Exercising Public Authority Beyond the State: Transnational Democracy and/or Alternative Legitimation Strategies?” en *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 10, no. 1, Indiana University School of Law, Estados Unidos, invierno de 2003, p. 30.

son distinguidas conceptualmente y, en ocasiones, confrontadas con las de los Derechos Civiles y Políticos, en la medida en que se considera que los DESC son de difícil individualización, costosa aplicación y contenido incierto. Esto deriva en algunas críticas al hecho de que se asumen como derechos con un grado menor de ‘justiciabilidad’ en comparación con los derechos del rubro de Civiles y Políticos (es decir, no es tan fácil acudir a los tribunales, las cortes o los organismos judiciales o cuasijudiciales para reclamar su falta de aplicación),¹¹ lo cual uno puede constatar al consultar la jurisprudencia de los distintos órganos judiciales que han desarrollado estas categorías al resolver casos particulares.¹² Esta situación es contingente y podría cambiar en un futuro próximo, a la luz del Protocolo Facultativo de los DESC, que autoriza la presentación de quejas individuales ante el Comité de DESC; sin embargo, se trata aún de un desarrollo incipiente, cuyas ramificaciones todavía están por manifestarse.

III.a. *El carácter ¿universal? del derecho a la salud*

Por otra parte, en la literatura, hay una visión que señala que el derecho a la salud tiene, por naturaleza, una tendencia universal, dado que se asume que las sociedades en general consideran a la salud como un bien público independientemente de la ideología política dominante de tal o cual país.¹³ Ello se reafirma a partir de que este derecho está consolidado en instrumentos internacionales como la Constitución de la OMS o la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, que han adquirido una vigencia prácticamente planetaria.

¹¹ De hecho, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha recurrido en repetidas ocasiones a un criterio de interdependencia entre los DESC y los Derechos Civiles y Políticos, al resolver casos a partir de la violación de éstos con el propósito de garantizar la observancia de aquéllos. Véase PARRA Vera, Óscar, *Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales ante el Sistema Interamericano*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2011, p. 35.

¹² Estas críticas se han planteado, por ejemplo, en el contexto de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Véase a este respecto el análisis de Parra Vera, Óscar, “La protección del derecho a la salud a través de casos contenciosos ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos” en CLÉRICO, Laura, Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *Tratado de Derecho a la Salud. Tomo I*, Abeledo Perrot, S.A., Argentina, 2013, pp. 773-775.

¹³ De hecho, hay quienes afirman que el interés por proteger la salud de la población se remonta a épocas anteriores. Véase TOBIN, John, *The Right to Health in International Law*, Oxford University Press, Nueva York (Estados Unidos), 2012, p. 15.

Sin embargo, el decir que es “universal” tiene varios matices, y por eso lo pongo entre signos de interrogación, porque si bien es difícil pensar en un país o un gobierno que no aborde en absoluto el tema de la salud de su población (lo cual ya en sí mismo es un indicador de peso para hablar de este carácter universal), también hay que tener presente que el grado y la manera en que se atiende esta necesidad a través de los instrumentos legales y las instituciones que existen para promover la salud de la población, varían sobremanera de país en país.¹⁴ Por lo tanto, aunque el derecho a la salud en abstracto, es decir, como aspiración general, podría ser considerado como de aceptación prácticamente universal, no lo es así en cuanto a aspectos más concretos, ni creo que pueda serlo por el momento, dada la observancia altamente heterogénea que tiene en los sistemas nacionales de salud.¹⁵

Baste decir, pues, que hay una alta heterogeneidad en la manera de implementar el derecho a la salud en los espacios nacionales, que requiere consecuentemente de un análisis más o menos detallado de cada caso, ya que es necesario observar las características de cada sistema nacional de salud para poder identificar sus rasgos distintivos. En consecuencia, el grado de cumplimiento de este derecho tiene que observarse atendiendo a las características de los sistemas nacionales a partir de un criterio de país por país. En el presente caso, me quisiera concentrar en el ámbito internacional.

III.b. *Aspectos colectivos e individuales del derecho a la salud*

En otro orden de ideas, el derecho a la salud en lo general se compone de manera simultánea de dimensiones tanto colectivos como individuales.¹⁶ Dentro de la dimensión colectiva, se encuentra el derecho que tiene la población en general de ser protegida contra enfermedades epidémicas, para

¹⁴ Para un análisis sumamente ilustrativo de los sistemas de salud de 194 países, y de qué manera pueden observarse distintos indicadores del derecho a la salud, véase Backman, Gunilla *et. al.*, “Health systems and the right to health: an assessment of 194 countries” en *The Lancet*, vol. 372, no. 9655, Elsevier, Estados Unidos, Diciembre 13, 2008, pp. 2047-2085.

¹⁵ Uno de los principales obstáculos a la universalidad ya se identificaba en la medida en que Véase Bolívar O., Ligia, “La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales: el papel de la sociedad civil” en *Memoria. I curso interamericano de sociedad civil y derechos humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica, 1999, p. 54.

¹⁶ Brena Sesma, Ingrid, “El derecho a la salud” en en VALDÉS, Luz María (coord.), *Derechos de los mexicanos: introducción al derecho demográfico*, Instituto de Investigaciones Jurídicas/UNAM, México, 2009, pp. 84-85; estas dos dimensiones también se contrastan en FAÚN-DEZ Ledesma, Héctor, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, reimpresión de la tercera edición, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica, 2009, p. 96.

lo cual el Estado tiene la obligación de diseñar planes de combate a la propagación de estas enfermedades.

Al mismo tiempo, la dimensión individual del derecho a la salud puede referirse al acceso a los servicios de salud para toda persona en casos, por ejemplo, de una emergencia, o bien de la obligación de no discriminación en la atención sanitaria que brindan las instituciones públicas y privadas a la población.

La modalidad del derecho a la salud que se resalta en este texto, es eminentemente colectiva, pero ello implica distinguirla e incluso enfrentarla con los aspectos individuales, puesto que considero que en su aplicación en ocasiones es complicado separar estos dos aspectos aun para propósitos analíticos. Además, buena parte de la dificultad al apreciar estos aspectos ‘colectivos’ consiste en que esta dimensión es más que la simple suma de individualizaciones; más bien, tiene características propias, autónomas, que en el presente caso están íntimamente ligadas al concepto de ‘interés público’.¹⁷

Tratándose en específico de la obligación del Estado de brindar protección frente a epidemias y pandemias —como se verá en líneas posteriores a partir de la Observación General número 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales—,¹⁸ esto se ha interpretado como la obligación de diseñar planes para combatir las enfermedades epidémicas, así como de atender los casos individuales que se presentan durante una epidemia y/o pandemia.

Eventualmente, los casos individuales podrían ser judicializados en caso de que se estime que existe una violación a un derecho individual relacionado con la negativa a brindar atención médica o, incluso, ante la ausencia de un plan de combate a las enfermedades transmisibles o contagiosas.¹⁹

¹⁷ El carácter de ‘interés público’ puede entenderse como un espacio que es definido y delimitado ya sea por la sociedad a través de los acuerdos previos expresados en normas jurídicas, o bien por las propias autoridades encargadas de gestionar su observancia. Véase BOGDANDY, Armin von, *Hacia un nuevo derecho público. Estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas/UNAM, México, 2011, pp. 105-106.

¹⁸ Esta vertiente colectiva no está exenta de críticas en cuanto a su formulación, puesto que hay quienes sostienen que deriva en una excesiva dificultad para concretizarlos en virtud de la amplitud de sus aspiraciones. Véase Mason Meier, Benjamin y Mori, Larisa M., “The Highest Attainable Standard: Advancing a Collective Human Right to Public Health” en *Columbia Human Rights Law Review*, vol. 37, Columbia University School of Law, Estados Unidos, 2005, p. 101.

¹⁹ Tanto en el plano estrictamente internacional como en el nacional mexicano, no hay a la fecha juicio alguno en el que se haya impugnado o planteado esta carencia ante un tribunal o instancia judicial. Por ende, en estos espacios no se cuenta con criterios de interpretación judiciales respecto del alcance de esta obligación.

La vertiente colectiva del derecho a la salud consistente en la protección frente a enfermedades epidémicas y/o endémicas, tiene una difícil justiciabilidad, puesto que no en todas sus instancias deriva en un interés *stricto sensu* individual oponible a los Estados ante un tribunal. Como se explica en una sección subsecuente, hay ocasiones en las que esta obligación entra en colisión directa con otros derechos que tienen un carácter primordialmente individual.

IV. LOS PRINCIPALES INSTRUMENTOS JURÍDICOS INTERNACIONALES RELATIVOS AL DERECHO A LA SALUD

Se estima útil mencionar, aunque sea de paso, cuáles son los principales instrumentos jurídicos que conforman un análisis del derecho a la salud a partir de un esquema de gobernanza global. Aprovecho para señalar que opté por una visión centrada más en los instrumentos que en los actores, aunque evidentemente los instrumentos no pueden ser entendidos en lo abstracto, sino que dependen en gran medida de su aplicación por parte de los respectivos organismos, instituciones o autoridades, que se componen por personas con diversidad de criterios y de ideologías políticas.

IV.a.- *La Constitución de la Organización Mundial de la Salud*

El primer instrumento internacional que establece la obligación del respeto al derecho a la salud, es la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (en lo sucesivo, OMS) de 1946.²⁰ En efecto, su creación precede incluso a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la cual fue aprobada en 1948. Así, la redacción de esta Constitución es un testimonio de la creciente influencia de la idea relativa al derecho fundamental al ‘goce del grado máximo de salud que se pueda lograr’, tal como lo estipula el Preámbulo del citado documento fundacional.²¹ Esta circunstancia fue enfatizada en la Declaración de Alma-Ata de 1978, que abundó en torno a esta idea de salud y estableció que la consecución de este derecho, tal como se le entiende en la Constitución de la OMS, es un objetivo social de proyec-

²⁰ MURPHY, Thérèse, *Health and Human Rights*, Hart Publishing, Reino Unido/Estados Unidos de América, 2013, p. 27.

²¹ TOBIN, John, *The Right to Health in International Law*, Oxford University Press, Nueva York (Estados Unidos), 2012, pp. 27-30.

ción mundial, y su realización requiere de la intervención de otros sectores además del de la salud.²²

Sin embargo, se ha considerado que a pesar del carácter innovador que esta definición de ‘salud’ tuvo en su momento, la misma resulta insuficiente por sí misma para la formulación de políticas públicas, en atención a la amplitud de las palabras empleadas, así como de su carácter estático frente al dinamismo de las sociedades.²³ Por lo tanto, para que este instrumento se vuelva operativo necesita ser complementado con otros de similar naturaleza.

IV.b.- *Los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de Derechos Civiles y Políticos*

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 12, establece un catálogo enunciativo (que, por supuesto, no es del todo exhaustivo) sobre qué es lo que incluye el derecho a la salud. Entre otros supuestos, se menciona la obligación de tomar las medidas necesarias para: “c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas.”²⁴

La Observación General 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales menciona en su párrafo 16 que el derecho de protección frente a epidemias:

“... comprende la creación de un sistema de atención médica urgente en los casos de accidentes, epidemias y peligros análogos para la salud, así como la prestación de socorro en casos de desastre y de ayuda humanitaria en situaciones de emergencia. La lucha contra las enfermedades tiene que ver con los esfuerzos individuales y colectivos de los Estados para facilitar, entre otras cosas, las tecnologías pertinentes, el empleo y la mejora de la vigilancia epidemiológica y la reunión de datos desglosados, la ejecución o ampliación de programas de vacunación y otras estrategias de lucha contra las enfermedades infecciosas.”

²² Brena Sesma, Ingrid, “El derecho a la salud”... *cit.*, p. 83.

²³ Tobar, Federico, “Salud Pública y derecho a la salud” en CLÉRICO, Laura, Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *Tratado de Derecho a la Salud. Tomo I... cit.*, p. 4.

²⁴ De hecho, un análisis de la creación del proyecto de este artículo reveló que la redacción de este artículo se debió a una pretensión de expandir el contenido del derecho a la salud, tal como fue consagrado anteriormente en la Constitución de la OMS. Véase Mason Meier, Benjamin, “Global Health Governance and the Contentious Politics of Human Rights: Mainstreaming the Right to Health for Public Health Advancement” en *Stanford Journal of International Law*, vol. 46, no. 1, Stanford Law School, Estados Unidos, Verano de 2010, pp. 8-25.

Algunos autores han considerado que, específicamente en lo que se refiere a la obligación de brindar protección frente a epidemias, ésta se trata de una obligación *no progresiva*, sino que su característica requiere de un cumplimiento inmediato.²⁵

En cuanto a las tensiones entre la dimensión colectiva del derecho a la salud en el caso de protección contra enfermedades epidémicas y/o pandémicas, y la individual relativa a otros derechos, esencialmente los contemplados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, considero que es necesario llevar a cabo un ejercicio de ‘confrontación’ para valorar si la situación justifica restringir los derechos individuales a partir de una fundamentación principalmente técnico-científica.

Dicho esto, el artículo 12, párrafo 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos indica que:

“...los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto”.

Así se desprende también de los Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los cuales en su cláusula A.10 remiten al hecho de que la restricción debe operar sólo cuando se estime como ‘necesaria’ y se corresponda con uno de esos motivos mencionados en el citado Pacto. Por esta razón, la normatividad internacional prevé que hay ocasiones, como la relativa a las epidemias y/o pandemias, en las que los aspectos colectivos de los DESC entran inevitablemente en colisión directa con los derechos individuales provenientes del constructo de los Civiles y Políticos.

IV.c.- *Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Pacto de San José”*

También es meritorio traer a colación el espacio regional interamericano, del que México forma parte y que conforma un espacio jurídico que ha sido denominado *ius constitutionale commune* latinoamericano, entendido

²⁵ Marks, Stephen P., “The emergence and scope of the human right to health” en ZUNIGA, José M., Marks, Stephen P. y Gostin, Lawrence (eds.), *Advancing the Human Right to Health*, Oxford University Press, Oxford (Reino Unido), 2013 p. 10.

como un proyecto de evolución y transformación a partir de lo que podría considerarse como un “nuevo derecho público en la región”.²⁶

El primero que me interesa abordar es la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocida como “Pacto de San José”, suscrita en 1969 y que entró en vigor en 1978. Aunque esta Convención no hace un desarrollo detallado del derecho a la salud, sino que sólo menciona el carácter progresivo de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 26, tanto la Comisión como la Corte Interamericanas, instituciones que conforman el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), han resuelto casos en los que se interpretan las afectaciones a la salud como una violación de los derechos a la vida y a la integridad personal, consagrados en esta Convención.²⁷

La mención explícita del derecho a la salud se encuentra en el Primer Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”, que entró en vigor en 1999, ha sido ratificado a la fecha por 16 países, y que en su artículo 10, menciona lo siguiente respecto del derecho a la salud:

“2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho:

...c) la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas;

d) la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole;”

Ahora bien, así como la obligación de los Estados conforme al Pacto Internacional DESC adquiere un contenido más detallado a partir de la

²⁶ Véase particularmente el voto razonado del Juez *ad hoc* Eduardo Ferrer-Macgregor Poisot en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs México*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 26 de Noviembre de 2010, “Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas”, párrs. 85-88. También, véase Bogdandy, Armin von, “*Ius constitutionale commune latinoamericanum*. Una aclaración conceptual” en BOGDANDY, Armin von, Fix-Fierro, Héctor y Morales Antoniazzi, Mariela (coords.), *Ius constitutionale commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas/UNAM/Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht/Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, 2014, pp. 4-5.

²⁷ Es notable el voto particular emitido por la Juez Margaret May Macaulay en el caso *Furlan y otros vs. Argentina*, en el que argumentó a favor de resolver el caso a partir de la justificabilidad del derecho a la salud, tal como se contempla en el Artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y no a través de una alusión o referencia al constructo de los Derechos Civiles y Políticos.

interpretación que ha llevado a cabo el Comité, los derechos establecidos en la Convención se clarifican y configuran todavía más a partir de las decisiones individuales adoptadas por la Comisión y la Corte Interamericana.

IV.d.- *Decisiones de los organismos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*

En lo que atañe al derecho a la salud, el espacio regional que corresponde al Sistema Interamericano de Derechos Humanos se puede caracterizar, entre muchos otros aspectos, por el énfasis de las resoluciones que atienden la suma desigualdad de condiciones socioeconómicas que deriva, por ejemplo, en situaciones de discriminación o de falta de acceso en general a los servicios de salud. La desigualdad estructural que impera en América Latina —me atrevo a añadir que México no es ninguna excepción— y el impacto que tiene esta desigualdad sobre las posibilidades de las personas de acceder a un nivel de vida mínimamente aceptable, se convierte en un serio obstáculo para la consecución de los derechos de la Convención Americana y el Protocolo de San Salvador, como bien lo señala Víctor Abramovich.²⁸

Asimismo, la tensión que he mencionado entre los aspectos colectivos e individuales del derecho a la salud, también pueden observarse en el contenido del artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que contempla la suspensión de garantías.²⁹ El alcance que se le ha dado a este artículo no se limita a las amenazas bélicas a la seguridad pública, pues se ha entendido que abarca los desastres naturales -conforme a una propuesta de El Salvador- y, aunque no se mencione de forma explícita, eso incluiría el caso de emergencias de salud pública como lo son las epidemias y/o las pandemias. En virtud de la situación que imperó en el contexto latinoamericano durante la segunda mitad del siglo XX, la aplicación de esta disposición se ha debido, en su mayor parte, a situaciones de emergencia que surgen como consecuencia de *golpes de estado*.³⁰ La posibilidad de una

²⁸ Abramovich, Víctor, “De las violaciones masivas a los patrones estructurales: Nuevos enfoques y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos” en *Sur: Revista internacional de derechos humanos*, vol. 6, no. 11, Sur-Red Universitaria de Derechos Humanos, Diciembre de 2009, pp. 17-18, disponible en: <http://www.surjournal.org>

²⁹ Este numeral señala esta tensión como la facultad para “suspender las obligaciones contraídas en la Convención” en casos de “guerra, peligro público, o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte”.

³⁰ Algunos autores inclusive se refieren al ‘estereotipo del dictador latinoamericano’ como resultado de esta utilización de los estados de emergencia a manera de justificación de concentración de poder que deriva en abusos a los derechos humanos. Véase FITZPATRICK, Joan, *Human Rights in Crisis. The International System for Protecting Rights during States of*

situación de emergencia con motivos de salud pública no se había materializado, ni estaba muy presente en el momento de la redacción del artículo, pues quizá se le consideraba como un escenario muy remoto.

Como se mencionó anteriormente, incluso ante la ausencia de decisiones que abordan concretamente el derecho a la salud en la modalidad de protección frente a enfermedades epidémicas, aun así se puede recurrir a lo que se conoce como un ‘enfoque indirecto’. Esto consiste en acudir a las decisiones tanto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que por alguna razón no fueron ventiladas por la Corte, así como las de esta última, en aquellos casos que pueden estar ‘indirectamente’ relacionados con esta modalidad del derecho a la salud, pero que son resueltos bajo el rubro de Derechos Civiles y Políticos.³¹ Dentro de este espectro de decisiones, se puede observar que hay un énfasis en la prohibición de discriminación en el acceso a los servicios de salud. Tristemente, esta última circunstancia es recurrente en el contexto latinoamericano, como lo señala Manuel Góngora Mera.³²

Aun antes de la suscripción del Protocolo de San Salvador, la Comisión Interamericana consideró, en los asuntos *Comunidad Yanomami vs. Brasil* y *Tribu Aché vs. Paraguay*, que el Estado tenía que cumplir con su obligación de brindar protección a la población frente a enfermedades epidémicas. En estas resoluciones, dado que se trataba de comunidades indígenas, la necesidad resultaba más apremiante en la medida en que se trata de grupos vulnerables tanto desde el punto de vista socioeconómico como médico, pues resultan ser poblaciones con un sistema inmunológico ‘ingenuo’, es decir, que no han sido expuestos a las mismas enfermedades que las poblaciones urbanas. En el segundo de estos casos, la Comisión estimó que hubo una violación, entre otros, al derecho a la preservación de la salud y al bienestar (Art. XI), como partes constitutivas del derecho a la dignidad en general contemplado en la Convención Americana.

Emergency, University of Pennsylvania Press/Procedural Aspects of International Law Institute, Estados Unidos, 1994, pp. 10-11 y 178.

³¹ Esta circunstancia se relaciona directamente con el problema consistente en cómo individualizar los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el sistema interamericano, dada la prevalencia manifiesta de los Derechos Civiles y Políticos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Véase Aguilar Cavallo, Gonzalo, “¿Son los derechos sociales sólo aspiraciones? Perspectivas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos” en BOGDANDY, Armin von, Fix-Fierro, Héctor y Morales Antoniazzi, Mariela (coords.), *op. cit.*, pp. 198-199.

³² Góngora Mera, Manuel Eduardo, “Derecho a la salud y discriminación interseccional: Una perspectiva judicial de experiencias latinoamericanas” en CLÉRICO, Laura, Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *Tratado de Derecho a la Salud. Tomo I*, Abeledo Perrot, S.A., Argentina, 2013, pp. 140-158.

También se han presentado casos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los que se ha recurrido al referido ‘enfoque indirecto’,³³ aunque ninguno de ellos está relacionado directamente con el caso de enfermedades epidémicas y/o pandémicas, sino más bien con condiciones de acceso a los servicios de salud y atención a grupos vulnerables.

V. EL ENFOQUE DEL DERECHO A LA SALUD EN UN MARCO DE GOBERNANZA GLOBAL

Para darle algún tipo de solución a las tensiones entre las dimensiones colectiva e individual del derecho a la salud, el enfoque puramente de derechos humanos tiene que contrastarse con otro tipo de criterios. En el presente ejemplo de tensión, considero que la respuesta debe encontrar un apoyo o sustento en el enfoque técnico-biomédico, que formaría parte del marco conceptual de lo que se conoce como gobernanza global en la salud.³⁴

³³ El llamado ‘enfoque indirecto’ puede atestigüarse especialmente en los casos de la Corte Interamericana como *Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay*, de 2004, donde se enfatizó el derecho que tienen los niños que, por alguna razón, están privados de su libertad en centros de reclusión, a la asistencia médica, entre otras cuestiones; *Ximenes López vs. Brasil*, de 2005, relativo a la obligación del Estado de proporcionar atención médica eficaz, la cual se extiende a los servicios que brindan terceros, específicamente el sector privado; *Comunidad Indígena Yákye Axa vs. Paraguay*, del mismo año, en el que la Corte consideró que los parámetros de una vida digna incluyen, entre otros, el derecho a la salud, el cual era menoscabado por las condiciones de miseria en las que viven estos indígenas; *Xákmok Kásek vs. Paraguay* de 2010 a través de una interpretación de la salud como componente de una ‘vida digna’, en tanto los indígenas habían sido despojados de su propiedad y el Estado no había logrado brindar una asistencia que fuese considerada como suficiente para superar las condiciones de especial vulnerabilidad; *Furlan y Familiares vs. Argentina*, de 2012, que versó sobre la razonabilidad del plazo en el que debía ser resuelto un asunto, en atención a la situación de vulnerabilidad del afectado ocasionada por un estado precario de salud. Estos son algunos de los precedentes que sirven de parámetro para respaldar el enfoque indirecto que se mencionó, en tanto el derecho a la salud es relacionado directamente con aspectos propios de derechos civiles y políticos como el de la dignidad.

³⁴ La línea de investigación de ‘gobernanza global de la salud’ puede retomarse de distintos trabajos de investigación, aunque de ninguna manera se le concibe de forma unívoca. Véase, por ejemplo, Dodgson, Richard, Lee, Kelley y Drager, Nick, *Global Health Governance. A Conceptual Review, Discussion Paper no. 1*, Organización Mundial de la Salud/Centre on Global Health & Change, Febrero de 2002, pp. 12-21; Lee, Kelley, “Understandings of Global Health Governance: The Contested Landscape”, en KAY, Adrian y Williams, Owain David (eds.), *Global Health Governance: Crisis, Institutions and Political Economy*, Editorial Palgrave-Macmillan, Gran Bretaña, 2009, pp. 27-28 y 38; Hufty, Marc, Báscolo, Ernesto y Bazzani, Roberto, “Gobernanza en salud: un aporte conceptual y analítico para la investigación” en *Cadernos de Saúde Pública*, vol. 22, no. Suplementario, Escola Nacional de Saúde Pública, Bra-

De esta manera, vale la pena mencionar cuáles son los principales instrumentos internacionales tanto vinculantes como no vinculantes para el combate a la propagación de enfermedades a través de fronteras.

V.a.- *El Reglamento Sanitario Internacional*

El principal instrumento jurídico internacional dirigido al combate de enfermedades transmisibles o contagiosas es el Reglamento Sanitario Internacional, aprobado en el marco de la OMS en 2005 y que entró en vigor en 2007. Este Reglamento es, en términos generales, el marco jurídico con el propósito de dotar de un eje para la respuesta internacional a la propagación de enfermedades a través de fronteras y regiones, en consonancia con la aspiración de impedir restricciones innecesarias al tráfico de bienes y personas.³⁵ Es el instrumento jurídico que establece un catálogo de facultades o atribuciones de la OMS que, en lo que interesa, es la de declarar una alerta a través de la figura de Emergencia de Salud Pública de Importancia Internacional, prevista por su artículo 1o., que la define como:

“...un evento extraordinario que, de conformidad con el presente Reglamento, se ha determinado que:

- i) constituye un riesgo para la salud pública de otros Estados a causa de la propagación internacional de una enfermedad, y
- ii) podría exigir una respuesta internacional coordinada;”

La pandemia de influenza A(H1N1) de 2009 fue el primer caso de aplicación directa de este instrumento. El proceso que condujo a su declaración

sil, 2006, p. s36; Gable, Lance y otros, “Global Public Health Legal Responses to AH1N1” en *Journal of Law, Medicine and Ethics*, American Society of Law, Medicine & Ethics inc., Suplemento de primavera de 2011, Estados Unidos, p. 48; Kickbusch, Ilona, Heinz, Wolfgang y Silberschmidt, Gaudenz, “Addressing Global Health Governance Challenges through a New Mechanism: The Proposal for a committee C of the World Health Assembly” en *Journal of Law, Medicine & Ethics*, vol. 38, no. 3, American Society of Law, Medicine & Ethics inc., Estados Unidos, Otoño de 2010, p. 551; Fidler, David, “SARS: Political pathology of the first Post-Westphalian Pathogen”, en *Journal of Law, Medicine & Ethics*, vol. 31, no. 4, American Society of Law, Medicine & Ethics inc., Estados Unidos, Invierno de 2003, p. 488-489; asimismo, AGINAM, Obijiofor, *Global Health Governance. International Law and Public Health in a Divided World*, University of Toronto Press Inc., Canadá, 2005, pp. 101-102.

³⁵ MURPHY, Thérèse, *Health and Human Rights*, Hart Publishing, United Kingdom/ United States of America, 2013, p. 59.

formal inició cuando los gobiernos de México y Estados Unidos notificaron a la OMS de la presencia de un nuevo virus de influenza, distinto al que normalmente circula entre la población y que conforma la llamada ‘influenza estacional’.³⁶ Su más reciente aplicación, por tercera vez en total,³⁷ ha sido durante la crisis del Ébola en África, que continúa ocasionando estragos en el momento en que se escriben estas líneas.

El Reglamento Sanitario Internacional también contempla, en su artículo la posibilidad de que la OMS emita recomendaciones técnicas o ‘directrices’ (*guidelines*) a los Estados sobre cuáles son las medidas más apropiadas para hacerle frente a una emergencia de este tipo. A continuación, se elabora de manera sucinta este aspecto relativo a las directrices y recomendaciones, en la medida en que son un componente de la visión de gobernanza global en aras de describir lo acontecido durante la pandemia de influenza A(H1N1) de 2009, y en la reciente crisis del Ébola en África Occidental.

V.b.- Las directrices y recomendaciones de la OMS y su relación con el derecho a la salud

Los documentos que contemplan la categoría de ‘pandemia’ son las directrices de la OMS, las cuales no son un instrumento jurídico vinculante como el Reglamento Sanitario Internacional, pero aun así son indispensables para completar el rompecabezas de la respuesta internacional que se le da a estos eventos. En efecto, la figura institucional de ‘pandemia’ es el producto de una serie de directrices, titulados Documentos Orientadores (*guidelines*) de la OMS, que tendrían el carácter, por un lado, de indicaciones operativas para la organización.³⁸

³⁶ Véase esta declaración oficial en: http://www.who.int/mediacentre/news/statements/2009/h1n1_20090425/en/

³⁷ La segunda ocasión aconteció el 5 de mayo de 2014, cuando la OMS emitió una declaración de ESPII en virtud de la propagación del virus de la polio a lo largo de varios países pertenecientes a las regiones de Asia Central, Medio Oriente y África Central. Consultable en: <http://www.who.int/mediacentre/news/statements/2014/polio-20140505/en/>

³⁸ Ya se ha señalado esta tendencia de la OMS de operar primordialmente a través de actos no-vinculantes, por ejemplo, en BURCI, Gian Luca y Vignes, Claude-Henri, *World Health Organization*, Kluwer Law International, Países Bajos, 2004, pp. 141-142 y 146-152; FEACHEM, Richard G. y Sachs, Jeffrey D. (dirs.), *Global Public Goods for Health. Report of Working Group 2 of the Commission on Macroeconomics and Health*, Organización Mundial de la Salud, Agosto de 2002, p. 55; Burci, Gian Luca y Feinäggle, Clemens, “The ILC’s articles seen from a WHO perspective” in Ragazzi, Maurizio, *Responsibility of International Organiza-*

Por otra parte, el propio Reglamento Sanitario Internacional, en los artículos 15 a 18, contempla la posibilidad de que el/la Director(a) General de la OMS formule ‘recomendaciones’ en el contexto de una emergencia de salud pública de importancia internacional.

Aunque el carácter jurídico preciso o exacto de estos actos es materia de debate, pues para algunos podrían ser ‘soft law’ o bien normas jurídicas con un menor grado de vinculatoriedad,³⁹ no cabe duda que desobedecer estas guías o las recomendaciones no conduce de ningún modo a la imposición de sanciones formales o al surgimiento de disputas, de la misma manera que aquellos actos de derecho internacional que encuadran directamente bajo el rubro del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.⁴⁰

En ese sentido, la entrada en escena de estas directrices o recomendaciones obedece a una lógica técnico-científica que tiene una relación cercana con el derecho a la salud. Por ejemplo, en los criterios doctrinales se señala que cualquier medida adoptada que implique una restricción a un derecho, tiene que adoptarse con apoyo en el principio de *idoneidad* del recurso empleado.⁴¹ Este principio de idoneidad es lo que liga directamente al derecho a la salud con los criterios técnico-científicos, que se ven reflejados en las directrices de la OMS, pues son éstos los que determinan las pautas que observan los Estados al implementar medidas restrictivas de derechos como la cuarentena, el aislamiento o la vacunación obligatoria.

tions. Essays in memory of Sir Ian Brownlie, Martinus Nijhoff Publishers, Países Bajos, 2013, p. 178, nota al pie número 9.

³⁹ Lo cierto es que el Derecho Internacional, en general, carece de un criterio ‘definitivo’ para distinguir entre lo que es derecho y lo que no lo es. Aquí, la categoría de ‘soft law’ no será empleada de forma generalizada puesto que no es útil para establecer criterios contundentes que puedan indicar cuándo un instrumento o documento es vinculante de cuando no lo es. Para un análisis más elaborado de estas críticas, véase KLABBERS, Jan, Cambridge University Press, Reino Unido, 2013, p. 38. La afirmación de que hay una falta de consenso respecto de la distinción categórica entre lo que se considera derecho blando o ‘soft’ de derecho duro o ‘hard’, está presente también en SERNA de la Garza, José María, *Impacto e Implicaciones Constitucionales de la Globalización en el Sistema Jurídico Mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas/UNAM, México, 2012, p. 84.

⁴⁰ Los supuestos que contempla dicho precepto son los siguientes: “(a) convenciones internacionales “expresamente reconocidas por los Estados en pugna”, y (b) “costumbre internacional, como una evidencia de una práctica general como derecho” (c) los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas, y (d) las decisiones judiciales y las opiniones de los juristas de mayor cualificación, como medios auxiliares para la determinación de las reglas de derecho.”

⁴¹ Esta noción ha sido desarrollada con mayor detalle por Clérico, Laura, “El derecho a la salud y el examen de proporcionalidad: Prohibición de exceso” en CLÉRICO, Laura, Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *Tratado de Derecho a la Salud. Tomo II*, Abeledo Perrot, S.A., Argentina, 2013, p. 1026.

La selección de medidas como lo serían la cuarentena y/o el aislamiento, el distanciamiento social o las campañas masivas de vacunación obligatoria tienen que apoyarse en principios científicos para ser consideradas como restricciones aceptables a los derechos individuales.

Dicho sustento científico es proporcionado de manera directa por las directrices y recomendaciones de la OMS, en tanto se le considera un organismo con naturaleza eminentemente técnica (conforme al artículo 2o. de la Constitución de la OMS) y se estima que es la organización internacional más capacitada para proporcionar asistencia a los Estados Miembros en la materia de sanidad internacional relacionada con enfermedades transmisibles o contagiosas.⁴² Por eso, las decisiones sobre la aceptabilidad o idoneidad de las medidas empleadas para combatir la pandemia han sido vinculadas de forma explícita a las pautas que establece la OMS.

Lo anterior se robustece también por el contenido del párrafo 1o. de la Observación General No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que establece que la efectividad del derecho a la salud se puede promover “mediante numerosos procedimientos complementarios” y luego los menciona en forma ejemplificativa o enunciativa, no limitativa. Entre estos procedimientos, se incluye el de: “...la formulación de políticas en materia de salud, *la aplicación de los programas de salud elaborados por la OMS, o la adopción de instrumentos jurídicos concretos.*”

Así, el alcance y las consecuencias de las directrices y las recomendaciones va más allá de los de una simple ‘sugerencia’ técnica, a tal grado que *de facto* se erigen en manuales de acción que buena parte de los Estados —con contadas excepciones— implementan en sus propios planes de combate a la pandemia de influenza, y en sus reacciones a emergencias sanitarias ocasionadas por epidemias como las del Ébola.⁴³

⁴² En cuanto a la naturaleza técnica de las principales funciones de la OMS, véase Burci, Gian Luca y Koskenmäki, Riikka, “Human Rights Implications of Governance Responses to Public Health Emergencies: The Case of Major Infectious Disease Outbreaks” en CLAPHAM, Andrew, Robinson, Mary, Mahon, Claire y Jerbi, Scott, (eds.), *Realizing the Right to Health*, rüffer & rub, Suiza, 2009, p. 354. Para más argumentos a favor de continuar con la asignación de este papel de la OMS en la gestión de la preparación y respuesta frente a pandemias, véase Fineberg, Harvey, “Pandemic Preparedness and Response. Lessons from the H1N1 Influenza of 2009”, en *The New England Journal of Medicine*, vol. 370, no. 14, Massachusetts Medical Society, Estados Unidos, Abril de 2014, p. 1339.

⁴³ Para un vistazo a los planes nacionales de preparación y respuesta frente a pandemias que se encontraban diseñados durante los sucesos de 2009-2010, véase *Comparative analysis of national pandemic influenza preparedness plans*, Organización Mundial de la Salud, Enero de 2011, p. 4, disponible en: http://www.who.int/influenza/resources/documents/comparative_analysis_php_2011_en.pdf?ua=1

VI. LOS DILEMAS PARA EL DERECHO A LA SALUD EN LOS CASOS DE LA INFLUENZA Y EL ÉBOLA A PARTIR DE UNA VISIÓN DE GOBERNANZA GLOBAL

Considero que si partimos de un enfoque de derechos humanos, en el contexto de una pandemia y/o una emergencia de salud pública de importancia internacional (ESPII), la balanza generalmente tiende a inclinarse a favor del aspecto colectivo del derecho a la salud, en detrimento de los individuales que forman parte de los Derechos Civiles y Políticos, pues hay una situación excepcional que amerita tomar medidas igualmente excepcionales.⁴⁴ En el marco de los DESC, esto se traduce en que prevalece el derecho colectivo a una protección frente a la propagación de enfermedades, por encima del derecho que tiene cada individuo a la propiedad privada, la libertad de reunión y asociación, el libre tránsito, etc.⁴⁵

Por supuesto, no se trata únicamente de una relación de tensión o de oposición. Por el contrario, debe decirse que a partir de la interpretación del derecho a la salud proveniente de distintos organismos internacionales, y las directrices, documentos orientadores o recomendaciones de la OMS, la protección frente a enfermedades epidémicas/pandémicas se combina con aspectos que sí se pueden individualizar. Ejemplo de esto último sería la cuestión de la accesibilidad, el recibir atención médica en todo caso de emergencia, la no discriminación en la prevención y tratamiento, entre otros. Es decir, buena parte de esa protección frente a epidemias/pandemias depende de que el Estado también pueda garantizar una protección en la esfera individual de las personas.

⁴⁴ Esta ‘paradoja’ entre lo colectivo y lo individual en el campo de la salud, ya se expone en GOSTIN, Lawrence O., *Public Health Law. Power, Duty, Restraint*, 2a. edición revisada y expandida, University of California Press/The Milbank Memorial Fund, Estados Unidos, 2008, pp. 11-12.

⁴⁵ Algunas de las restricciones identificadas durante una pandemia o emergencia sanitaria, serían a: el derecho de libertad personal (Arts. 9 y 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos); el de libertad de movimiento o circulación (Art. 12 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos); el de reunión y de asociación (Arts. 21 y 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 15 y 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) y el de modalidades de respeto a la propiedad privada (Art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —aunque lo contempla para el caso de injerencias ‘arbitrarias o ilegales’, que podría no ser el caso de medidas empleadas durante una pandemia—; Art. 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —aunque sólo se refiere a ‘privación’ de la propiedad y no a actos de injerencia, por lo que podría tratarse de un supuesto distinto—.)

A continuación, procedo a esbozar algunas similitudes y distinciones entre la pandemia de influenza A(H1N1) de 2009 y la actual crisis del Ébola de 2014. Esto sirve de pauta para examinar cómo es relevante el enfoque de gobernanza en uno y otro caso.

VI.a.- *El caso de la pandemia de influenza A(H1N1) de 2009-2010*

Durante la pandemia de influenza A(H1N1) de 2009-2010, las principales tensiones entre derechos se presenciaron en medidas implementadas por ciertos países que fueron consideradas como excesivas y que se tradujeron en restricciones indebidas ya sea a la libertad de las personas, o bien a las reglas del comercio internacional que se encuentran en vigor.⁴⁶

Cabe destacar que las directrices que emitió la OMS en 2009 respecto de la influenza pandémica señalan, *inter alia*, que la cuarentena y el aislamiento no se consideran como medidas efectivas para combatir la propagación de la enfermedad una vez que ésta se ha esparcido en la población.⁴⁷ Esta estipulación técnica sirvió de base para afirmar que, efectivamente, los países que decidieron implementar estas medidas fueron criticados por ese hecho.⁴⁸ Si bien esto se encuentra lejos de constituir una consecuencia limitante o trascendente para restringir las acciones de los gobiernos nacionales que las implementaron, lo cierto es que las pautas técnicas proporcionadas por la OMS pueden servir de base para afirmar que hubo una indebida utilización de esas medidas restrictivas de derechos.

Por otra parte, las Declaraciones de la OMS de los días 25 de Abril —en cuanto a que había la presencia de una “emergencia de salud pública de importancia internacional”— y 11 de Junio —cuando se decidió elevar el nivel de alerta pandémica a la fase 6, la máxima posible— ambos de 2009, detonaron una serie de planes nacionales de preparación y respuesta

⁴⁶ Condon, Bradley y Sinha, Tapen, “The effectiveness of pandemic preparations: legal lessons from the 2009 influenza epidemic” en *Florida Journal of International Law*, vol. 22, no. 1, University of Florida College of Law, Estados Unidos, Abril de 2010, pp. 15-17.

⁴⁷ *Preparación y respuesta ante una pandemia de influenza. Documento de Orientación de la OMS*, Programa Mundial de Influenza/Organización Mundial de la Salud, Suiza, Abril de 2009, p. 69.

⁴⁸ Este tipo de consecuencias se puede identificar con lo que se conoce como ‘costo reputacional’ en el Derecho Internacional. Véase Guzman, Andrew T., *How International Law Works. A Rational Choice Theory*, Oxford University Press, Estados Unidos, 2008, p. 73; también, Chinkin, Christine, “Normative Development in the International Legal System” en SHELTON, Dinah (ed.), *Commitment and Compliance. The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Oxford University Press, Reino Unido, 2000, pp. 23-25.

frente a pandemias a partir de esos anuncios. Así, los gobiernos de múltiples países implementaron medidas más o menos restrictivas de derechos civiles y políticos. Por ende, los efectos de este tipo de declaraciones se manifiestan en más de un nivel, espacio o ámbito de forma simultánea, de ahí que la noción ‘multi-nivel’ de la gobernanza global es útil para analizar los actos institucionales de la OMS y de los gobiernos de los países afectados.

A fin de cuentas, la naturaleza ‘leve’ o ‘moderada’ de la pandemia⁴⁹ condujo a la percepción de que no hubo necesidad de recurrir a medidas más agresivas para hacerle frente. Asimismo, la pronta respuesta de los países condujo a la impresión de que se actuó a tiempo y que la respuesta institucional fue, en su mayor parte, acertada.⁵⁰ Empero, la situación del Ébola refleja un panorama distinto, que si bien justifica la misma visión de gobernanza global que se expuso en párrafos precedentes, se enmarca en una coyuntura peculiar relativa a la situación de desventaja de los países africanos que sufren su azote.

VI.b.- *La crisis del Ébola de 2014 como reto para la comunidad internacional*

Desde Marzo de 2014, la OMS fue notificada de un brote de Ébola en la región de África Occidental.⁵¹ Posteriormente, el 8 de Agosto de 2014, dicha organización emitió una declaración formal de emergencia de salud pública de importancia internacional, conforme a lo establecido en el artículo 12 del Reglamento Sanitario Internacional.⁵²

En el momento en que se escriben estas líneas, el Ébola se ha propagado por varios países de manera consistente, y ha ocasionado la muerte de miles de personas. Sin embargo, de acuerdo con la propia OMS, los casos ‘reales’ son todavía más numerosos, puesto que el fenómeno del ‘subreportaje’ derivado de la precaria condición de monitoreo de los sistemas de salud de los principales países afectados impide contar con una cifra exacta de las personas contagiadas.

⁴⁹ Sanders, Laura, “Of Swine and Men. Scientists study H1N1’s past to predict what the virus has in store”, en *Science News*, 27 de Febrero de 2010, Estados Unidos, p. 23.

⁵⁰ Por supuesto, esto no quiere decir que no se hayan detectado deficiencias. Así se estimó en el *Informe del Comité de Examen acerca del funcionamiento del Reglamento Sanitario Internacional (2005) en relación con la pandemia por virus (H1N1) de 2009*, presentado en la 64a. Asamblea Mundial de la Salud, A64/10, del 5 de mayo de 2011, especialmente pp. 143-144.

⁵¹ WHO Ebola Response Team, “Ebola Virus Disease in West Africa - The First 9 Months of the Epidemic and Forward Projections” en *The New England Journal of Medicine*, vol. 371, no. 16, Octubre de 2014, Massachusetts Medical Society, Estados Unidos, p. 1481.

⁵² Véase el contenido de esta declaración en: <http://www.who.int/mediacentre/news/statements/2014/ebola-20140808/en/>

A simple vista, lo que ocurre con el Ébola podría ser interpretado como una repetición de la coyuntura que estuvo presente en la pandemia de influenza de 2009-2010. Pero es necesario exponer algunas precisiones.

El Ébola, según señalan algunos autores del ámbito de la Medicina, correspondía al rubro de una enfermedad tropical «olvidada». En ese sentido, la reciente crisis pone de relieve que los problemas que originalmente se conciben como limitados a una región particular —de ahí el adjetivo «tropical»— tienen aun así un potencial para convertirse en amenaza global, merced a las dinámicas inherentes a la propagación de enfermedades contagiosas a lo largo de fronteras.⁵³

De manera relevante, y contrario a lo que ocurre con la influenza, en el caso del Ébola tanto la OMS como algunos expertos no sólo consideran que la cuarentena y/o el aislamiento son útiles para hacerle frente, sino que las estiman como medidas necesarias para contener la propagación de la enfermedad, una vez que ésta se manifiesta.⁵⁴

Entonces, la crisis humanitaria del Ébola en África Occidental obedece en gran medida —y de forma muy similar a la región de América Latina— a patrones de desigualdad estructural y de falta de infraestructura por parte de los países de ese continente, para hacerle frente a un brote que ya tiene magnitudes catastróficas.

Por otra parte, las lamentables condiciones socioeconómicas de los países africanos que han sido más afectados por el Ébola, también ha derivado en una desatención por parte de actores no-estatales con visión de Mercado, como lo son las empresas farmacéuticas. En consecuencia, a pesar de que el Ébola había sido identificado desde 1976, no se había diseñado a la fecha vacuna alguna para hacerle frente a esa enfermedad.⁵⁵

⁵³ Véase el comentario Editorial titulado “Neglected tropical diseases: no longer someone else’s problem” en *The Lancet Infectious Diseases*, vol. 14, Lancet Publishing Group/Elsevier Science, Estados Unidos, Octubre de 2014, p. 899.

⁵⁴ Así lo establecen las recomendaciones que emitió la OMS el 8 de Agosto de 2014, al declarar la emergencia de salud pública de importancia internacional. También es útil ver la explicación médica en Dhillon, Ranu S, Srikrishna, Devabhaktuni y Sachs, Jeffrey, “Controlling Ebola: next steps” en *The Lancet*, vol. 384, no. 9952, Elsevier, Estados Unidos, Octubre de 2014, pp. 1409-1411.

⁵⁵ Esta afirmación ha sido confirmada a través del análisis comparativo de Röttingen, John-Arne, y otros, «Mapping of available health research and development data: what’s there, what’s missing, and what role is there for a global observatory?» en *The Lancet*, vol. 382, no. 9900, Elsevier, Estados Unidos, Octubre de 2013, 1301-1306. También se puede observar esta explicación en Uprimny, Rodrigo, “Ébola, ¿tragedia o injusticia?» en *El Espectador*, 11 de Octubre de 2014, consultable en: <http://www.elspectador.com/opinion/ebola-tragedia-o-injusticia-columna-521776>

En cambio, el caso de la Influenza A(H1N1) de 2009 reflejó una dinámica distinta, pues la presencia prácticamente global⁵⁶ de esta enfermedad conlleva, en primer término, que no se le catalogue como ‘tropical’ u olvidada. Esto posibilita e incentiva, pero a la vez complica en otro sentido la respuesta inmediata de la comunidad internacional, puesto que la gran mayoría de los países siente un perjuicio ‘directo’ y puede limitarse más bien a seguir sus propios intereses.

Dicho todo lo anterior, y más allá de las diferencias entre la gestión de una y otra enfermedad, la naturaleza jurídica de las medidas internacionales justifica la selección de un enfoque de gobernanza para entender por qué son relevantes más allá de su carácter formal y legalmente obligatorio o no.

VI.c.- *Las epidemias y/o pandemias desde una perspectiva de gobernanza global*

Como se dijo en reiteradas ocasiones, los mecanismos internacionales diseñados para hacerle frente a la propagación de epidemias y/o pandemias varían de enfermedad a enfermedad, dadas las características heterogéneas de éstas.⁵⁷ Frente a esta circunstancia, los instrumentos, documentos, protocolos o directrices están diseñados de tal manera que proporcionan discreción a la autoridad coordinadora para definir cuáles herramientas son mejores en cada caso. Esto puede obedecer a dos circunstancias subyacentes:

Por un lado, el conocimiento sobre cuáles son las medidas más eficaces para mitigar la propagación de una enfermedad está en constante evolución. El caso de la influenza A(H1N1) de 2009 sirve como parámetro para observar la efectividad de recursos como el distanciamiento social o recursos médicos no-farmacéuticos como los guantes o el gel antibacterial. Sin embargo, con todo y la experiencia de este evento, los resultados están lejos de ser definitivos o concluyentes.⁵⁸

⁵⁶ Así se explica en STUART Abramson, Jon, *Inside the 2009 Influenza Pandemic*, World Scientific Publishing, Singapur, 2011, pp. 158-159.

⁵⁷ Otro punto de comparación sería la distinción que puede establecerse entre el carácter más o menos contagioso del Ébola frente al Sarampión, en tanto esta última se estima como mucho más difícil de contener, si bien actualmente es menos agresiva y letal. Véase WHO Ebola Response Team, “Ebola Virus Disease in West Africa - The First 9 Months of the Epidemic and Forward Projections”... *cit.*, p. 1489.

⁵⁸ La naturaleza del virus de la influenza ha sido catalogada como ‘impredecible’ y requiere de ulteriores estudios respecto de los medios idóneos para hacerle frente. Para más sobre este punto, véase “Trade, travel and disease: The role of law in pandemic preparedness” in *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy*, vol. 5, no. 2, National Taiwan

Por otro lado, la posibilidad del surgimiento de una nueva enfermedad, o bien de una mutación en las enfermedades ya existentes, subraya la necesidad de contemplar esta discrecionalidad, pues no existe tal cosa como una visualización a priori de todos los posibles escenarios en el campo de las enfermedades contagiosas.⁵⁹ Esto obedece tanto a limitaciones conceptuales inherentes a la Medicina, como al carácter inevitablemente incompleto de la información con la que cuentan las autoridades al momento de tomar una decisión —ya sean organizaciones internacionales como la OMS, o bien los distintos órganos sanitarios locales—. ⁶⁰

En atención a lo apenas expuesto, la preparación y respuesta a la pandemia de influenza A(H1N1) de 2009-2010 inició formalmente a partir de una coordinación internacional regional, conformada por los gobiernos de Canadá, Estados Unidos y México.⁶¹ Aquí se evidencia por qué la idea ‘multi-nivel’ de la gobernanza resulta útil para explicar estas dinámicas, en la medida en que los distintos niveles —internacional, regional, nacional— juegan todos un papel en el manejo del problema. Por el momento y por cuestiones de tiempo y espacio, se deja de lado lo relativo a los mecanismos nacionales que se utilizaron en México para combatir la epidemia/pandemia de influenza.

En cambio, en el caso del Ébola, cabe resaltar que la detección y notificación del brote se debió a los esfuerzos en el terreno de un actor no-estatal: El organismo sin fines de lucro Médicos sin Fronteras (MSF).⁶² Su partici-

University Press, Taiwán, Septiembre de 2010, pp. 306-308; Fineberg, Harvey, “Pandemic Preparedness and Response. Lessons from the H1N1 Influenza of 2009”... *cit.*, p. 1341.

⁵⁹ Estas propiedades epistemológicas han sido designadas como un ‘estándar dorado’ en el campo del derecho. Véase Cáceres, Enrique, “The Golden Standard of Concepts with necessary conditions and the Concept of Law” en *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, No. 6, Instituto de Investigaciones Jurídicas/UNAM, México, 2012, pp. 41-42

⁶⁰ Menéndez, Eduardo L. “Las influencias por todos tan temidas o de los difíciles usos del conocimiento” en *Desacatos. Revista de Antropología Social*, CIESAS – Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social, número 32, enero-abril 2010, pp. 21 y 28; también, Algarra Garzón, Giovanni Miguel, “Definiendo un escenario de toma de decisiones: El caso de la Influenza humana A(H1N1)” en BRENA Sesma, Ingrid (coord.), *Emergencias Sanitarias*, Instituto de Investigaciones Jurídicas/Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2013, pp. 70-73.

⁶¹ Campa, Homero, “Preocupación Mundial” en *Proceso. Semanario de información y análisis*, No. 1695, CISA, Comunicación e Información, S.A. de C.V., México, 26 de abril de 2009, pp. 12-13.

⁶² De hecho, los artículos 9, 10 y 11 del Reglamento Sanitario Internacional contemplan la posibilidad de que la OMS tome en cuenta informes provenientes de ‘otras fuentes’ además de los Estados Parte, lo que alude a un papel más activo de actores no-estatales en el procedimiento formal de notificación de un evento de salud relevante. Véase también Fidler, David P. y Gostin, Lawrence O., “The New International Health Regulations: An Historic

pación fue determinante para lo que eventualmente sería la declaración formal emitida por la OMS, dado que la presencia continua de MSF en el continente africano le permitió observar un patrón anómalo en la propagación del virus del Ébola. La cadena de reacciones que se suscitó llegó incluso hasta el nivel de una resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, en la que declaró que la emergencia ocasionada por el Ébola constituye una amenaza a la paz y la seguridad internacionales.⁶³

De esta manera, el enfoque de gobernanza global se relaciona también en otro sentido con la crisis del Ébola, pues se trata de un escenario en el que la participación de actores no-estatales se erige en una pieza indispensable de la maquinaria. Esto puede aludir, en un sentido más general, a la presencia de numerosos entes internacionales que no pertenecen a una estructura intergubernamental y que, no obstante, contribuyen en ocasiones a gestionar los problemas considerados como «públicos»,⁶⁴ como en lo tocante a la propagación transfronteriza de enfermedades contagiosas, e inclusive a la creación de normas de Derecho Internacional a ese respecto.⁶⁵

En suma, el (los) esquema(s) de gobernanza global contribuye(n) a comprender por qué es útil recurrir a medidas no-vinculantes en el ámbito internacional, para hacerle frente a problemas como las epidemias y/o pandemias. Tanto el carácter incierto del amplio espectro del fenómeno de las

Development for International Law and Public Health” en *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, vol. 34, no. 1, American Society of Law, Medicine & Ethics inc., Estados Unidos, Primavera de 2006, p. 90.

⁶³ Véase la resolución 2177 (2014) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de 18 de Septiembre de 2014.

⁶⁴ Esta tendencia que se asume como una consecuencia para el Estado frente al proceso de globalización, puede observarse en SERNA De la Garza, José María, *Impacto e Implicaciones Constitucionales de la Globalización en el Sistema Jurídico Mexicano... cit.*, pp. 67-68; de igual manera, LÓPEZ-Ayllón, Sergio, *Globalización, Estado de Derecho y Seguridad Jurídica*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2004, pp. 6-7; también HELD, David, y McGrew, Anthony, *Globalización/Antiglobalización. Sobre la Reconstrucción del Orden Mundial*, Editorial Paidós, España, 2003. Asimismo, es útil retomar lo expuesto en Becerra Ramírez, Manuel, et. al., “La soberanía en la era de la globalización”, en BECERRA Ramírez, Manuel y Müeller Uhlenbrock, Klaus Theodor (coords.), *Soberanía y Juridificación en las Relaciones Internacionales*, UNAM/Instituto de Investigaciones Jurídicas/Facultad de Estudios Superiores Acatlán, México, 2010, pp. 56-57.

⁶⁵ Para un vistazo más detallado a la notoria participación de distintos actores en el combate de enfermedades contagiosas, véase Lee, Kelley, “Understandings of Global Health Governance: The Contested Landscape” en KAY, Adrian y Williams, Owain David (eds.), *Global Health Governance: Crisis, Institutions and Political Economy*, Editorial Palgrave-Macmillan, Gran Bretaña, 2009, p. 27 y ss.; AGINAM, Obijiofor, *Global Health Governance. International Law and Public Health in a Divided World* University of Toronto Press Inc., Canadá, 2005, especialmente p. 88 y ss.

enfermedades contagiosas, como la discrecionalidad que se le otorga a los organismos encargados de hacerles frente, vuelven necesaria una flexibilidad en la respuesta a las contingencias imprevisibles como las ocasionadas por el Síndrome Respiratorio Agudo Severo (SARS, por sus siglas en inglés), la influenza A(H1N1), el poliovirus salvaje, el Ébola, o bien enfermedades hasta ahora inauditas. La flexibilidad que otorga ese carácter no-vinculante permite que la respuesta se calibre o ajuste a las circunstancias que pueden ser muy diferentes entre una y otra epidemia o pandemia.

VII. CONCLUSIÓN

A manera de comentario final, vale la pena subrayar la utilidad de la idea de gobernanza global a lo largo de este análisis, en la medida en que se trata de un puente conceptual que permite ligar fenómenos que no encuadran en las categorías jurídicas tradicionales de vinculante/no vinculante, obligatorio/no obligatorio. De esta manera, la idea de gobernanza y específicamente la relativa a que algunos actos considerados como no-vinculantes *de facto* obligan a los países más allá de su carácter jurídico formal. Esto, a su vez, remite a la necesidad de emprender la búsqueda en las teorías jurídicas de conceptos que puedan servir para comprender la proliferación de estos documentos, estándares o instrumentos que, a pesar de no tener un carácter jurídico obligatorio-formal, aun así tienen efectos relevantes sobre, por ejemplo, los Estados y los individuos.

Dicho lo anterior, fenómenos de suma gravedad como lo serían las emergencias sanitarias y las pandemias pueden eventualmente ser gestionados en buena medida a través de actos no-vinculantes, como sucedió en la pandemia de influenza A(H1N1) de 2009-2010 y como está ocurriendo actualmente en la crisis del Ébola de 2014. Resulta meritorio aspirar a encontrar el aparato conceptual que pueda dar explicaciones más o menos satisfactorias a las dinámicas internacionales, y la gobernanza global parece ser adecuada para este propósito.