

CAPÍTULO QUINTO

LA INTERACCIÓN ENTRE MÚLTIPLES NIVELES Y ENFOQUES DURANTE LAS PANDEMIAS

Tras haber discutido tanto los elementos teóricos como la pluralidad de instrumentos jurídicos y normativos que fueron empleados durante la pandemia de influenza A(H1N1) de 2009, este capítulo presenta un análisis de las posibles respuestas desde el derecho a los retos que conlleva el enfoque de gobernanza global en torno a la referida pandemia.

En este sentido, se reitera que las postulaciones de la gobernanza global, en tanto herramienta conceptual, permiten ir más allá de los elementos jurídicos formales, particularmente lo que adquiere el carácter de legalmente válido. Por lo tanto, se vuelve necesario proporcionar algún tipo de respuesta frente a esa frontera legal y encontrar un cauce para el análisis que se aspira a realizar. Así, se abre la oportunidad de incluir aquellos instrumentos que no pueden considerarse como legalmente vinculantes, pero que aun así definen el rumbo de las medidas adoptadas durante la pandemia en cita.

Como se expone con mayores detalles a lo largo de los capítulos tercero y cuarto, relativos al marco jurídico internacional y al nacional mexicano, respectivamente, una parte considerable de la reacción frente a la pandemia de influenza que se estudia ocurrió a través de criterios que no son vinculantes u obligatorios en sentido legal. Toda vez que se trata de criterios que de alguna manera u otra están contenidos en documentos como directrices, lineamientos o manuales, entre otros, ello permite distinguir cuáles fueron —y son todavía— relevantes para comprender la respuesta frente a la pandemia que conforma el estudio de caso.

Por otro lado, en este capítulo también se procede a adoptar una perspectiva con mayores elementos críticos, en tanto precisamente los criterios no vinculantes adolecieron —y, en ciertos aspectos, aún lo hacen— de carencias de distintos tipos. Aunque en capítulos precedentes prevalece un afán descriptivo, en el que nos ocupa se retoman distintos cuestionamientos respecto del desempeño de los principales órganos encargados de responder a las pandemias. En este apartado se incluyen entes tanto internacionales-interestatales, como nacionales-gubernamentales.

Para ese objetivo, se estima que vale la pena resaltar el papel que juegan los derechos humanos en el análisis tanto de los actos legalmente vinculantes como de los que no lo son. Así, los criterios que proporcionan los derechos humanos pueden servir de pauta para percibir si una medida es considerada como desproporcionada o no.

A la luz de esta orientación crítica, cabe resaltar que esto contribuye a robustecer la utilidad del enfoque de gobernanza global. De hecho, es precisamente la importancia de esos criterios que quedan fuera de lo jurídicamente obligatorio o vinculante, pero que *de facto* operan a la par durante eventos como una pandemia, lo que ilustra por qué una visualización a través de la gobernanza global proporciona un panorama más completo —si bien no exhaustivo— de la respuesta frente a estos fenómenos.

Como se señala en los capítulos primero y segundo, ninguna teoría es capaz de dar todas las soluciones a todos los problemas conceptuales que se presenten. Así, estos tres enfoques se enfrentan a dificultades teóricas que escapan a sus posibilidades de proveer explicaciones “completas” de los fenómenos que abordan. Esto también es motivo de discusión en el desarrollo del capítulo.

En otro orden de ideas, y más allá de los problemas conceptuales que supone la idea de gobernanza global para un marco teórico de derecho, se estima valedero hacer énfasis en otra arista que se observa al analizar los mecanismos diseñados para responder a una pandemia. Las normas o actos jurídicos no son, evidentemente, la única fuente de respuestas para determinar qué es lo que se puede hacer en el contexto de la propagación de un virus a través de fronteras geográficas. Por el contrario, la mayoría de las veces los instrumentos jurídicos dan lugar a un margen de actuación por parte de las autoridades.

Lo que a fin de cuentas determina cuáles son las medidas que tienen que ser empleadas para frenar el avance de una pandemia, es el conocimiento científico proveniente de las ramas de la medicina y la salud pública. Ciertamente, dicho conocimiento obedece también a reglas que establecen su validez, aun cuando tales reglas varían considerablemente de las jurídicas.

Frente a esta circunstancia, en este capítulo se abunda en cuáles son los límites entre la validez jurídica y la validez científica, por lo que en las siguientes líneas se examina de qué manera uno y otro ámbito de validez se intersecta en algunos puntos relacionados con las pandemias. Por eso, aunque hay un énfasis especial en las cuestiones jurídicas a lo largo de toda esta contribución, no se estima apropiado ignorar el papel determinante que funge el conocimiento epidemiológico sobre las pandemias en general,

la influenza en particular, y cuáles son los mejores recursos para hacerle frente.

Por otra parte, la lejanía temporal entre el momento en que surge formalmente la pandemia de influenza A(H1N1) en abril de 2009, y al escribir estas líneas, presenta tanto ventajas como desventajas. Estudiar el problema desde la retrospectiva posibilita contar con información adicional respecto del momento en que se tomaron las decisiones, cuando había un entorno de mayor incertidumbre. Por eso, este análisis doctrinal cuenta con numerosos estudios que simplemente no existían durante la pandemia de 2009.

Sin embargo, el paso del tiempo también ocasiona que muchos de los instrumentos que operaron durante la pandemia en 2009 no tengan vigencia o hayan sido modificados a la fecha. Esto, huelga decirlo, es un problema recurrente en los estudios jurídicos.

Adicionalmente, y quizá de manera más destacada, hay otros acontecimientos más recientes que han convulsionado el escenario internacional a tal grado que generan cambios estructurales tanto al marco normativo que se ha estudiado como al conocimiento científico disponible en materia de enfermedades transmisibles que se convierten en epidemias. Los más sobresalientes de estos eventos son, por un lado, la crisis del Ébola en África occidental, que inició en 2013, y que rebasó las posibilidades de respuesta de la comunidad internacional. Por otro lado, en 2016 la propagación acelerada del virus del Zika también fue declarada emergencia tanto en el nivel nacional (Brasil) como en el plano internacional. Al momento de escribir estas líneas, ambos eventos han cesado de constituir emergencias de salud pública de importancia internacional.

Para este propósito, se estima necesario mencionar brevemente las crisis del Ébola y del Zika, que confirmaron las carencias del marco jurídico internacional relativo a la respuesta frente a la propagación de enfermedades transmisibles. Además, han fungido como un motor de cambio, principalmente de la Organización Mundial de la Salud. Aunque la caracterización detallada de los virus del Ébola y del Zika y las medidas de respuesta quedan por fuera del marco de este trabajo de investigación, lo cierto es que no puede dejar de mencionarse su impacto, en aras de entender cuáles son algunos puntos torales en común, y cuáles no, respecto de la pandemia de influenza que se ha discutido.

Finalmente, en este capítulo se plantean conclusiones preliminares tanto teóricas como prácticas a partir de lo que se expone en los capítulos precedentes. Como lo señala el Informe del Comité de Examen acerca del Funcionamiento del Reglamento Sanitario Internacional y la Pandemia de Influenza H1N1 de 2009, esta pandemia puso de manifiesto múltiples ca-

rencias, que requieren de mayor atención. El cierre del capítulo pretende dar cuenta de cómo lo vertido hasta ahora contribuye a entender cómo operaron los instrumentos durante la pandemia de influenza, y de qué manera podría abordarse un evento de estas características con las herramientas conceptuales de la gobernanza global.

I. LO GLOBAL COMO MULTINIVEL Y LAS RESPUESTAS A LOS RETOS CONCEPTUALES DEL MARCO JURÍDICO RELACIONADO CON LAS PANDEMIAS

Como se señala en el capítulo segundo, uno de los problemas que surgen cuando se emplea el enfoque de la gobernanza global es el relativo a la dudosa equiparación entre los regímenes jurídicos provenientes del espacio internacional y los del nacional, en atención a las diferencias sustanciales que existen entre uno y otro.

No obstante, si bien las categorías jurídicas no son idénticas entre uno y otro nivel, las reconstrucciones doctrinales pueden presentar un punto de encuentro que permita superar si no todos, cuando menos algunos de los obstáculos de estas divergencias tajantes. Así, las categorías teóricas de “validez” y de “vinculante u obligatorio” sirven como pauta para percibir de qué manera se utiliza el enfoque de gobernanza en los planos internacional y nacional.

Dicho esto, lo ocurrido durante la pandemia de influenza A(H1N1) de 2009 muestra la interconexión entre las medidas provenientes del plano internacional, principal, aunque no exclusivamente las de la Organización Mundial de la Salud, y las nacionales, en específico aquellas autorizadas por órganos administrativos, ya sea el Ejecutivo federal, la Secretaría de Salud o el Consejo General de Salubridad.

Bajo este rasero, se estima que es posible encontrar una descripción capaz de superar las diferencias entre el plano internacional y el nacional. Las diversas figuras que se describen en los capítulos tercero y cuarto pretenden clarificar a qué se alude cuando se habla de los instrumentos jurídicos del plano internacional y los del nacional-mexicano.

1. *Entre lo internacional y lo nacional*

En el capítulo tercero se invocaron los documentos provenientes del plano internacional en general y del espacio regional de América del Nor-

te y el sistema interamericano de derechos humanos. Por su parte, en el capítulo cuarto el estudio se centró en el panorama mexicano respecto del derecho a la salud y las medidas de salud pública que se adoptaron, principalmente por la vía del derecho administrativo. Dado el contexto multinivel en el que se presentó la pandemia de influenza A(H1N1) de 2009, se considera que su análisis arroja una serie de planteamientos, que se desarrollan en las siguientes líneas.

Si bien es difícil, cuando no imposible, establecer un nexo de causalidad entre los instrumentos, directrices y recomendaciones, por un lado, y la actuación de las organizaciones internacionales y los Estados, por otro,⁵⁵¹ no es descabellado asumir que su eventual observancia obedece a que sería contraproducente ignorarlas del todo.⁵⁵² Aun así, algunos de los criterios científicos no gozaban de unanimidad en el momento de la contingencia,⁵⁵³ mientras que otros países como China, Rusia o Japón, por mencionar algunos,⁵⁵⁴ optaron de plano por no seguirlos.⁵⁵⁵ Como se expone en un apartado subsecuente, a pesar de que los criterios de validez científica no siempre son definitivos, no se estima que éstos sean lo suficientemente ambiguos como para permitir actuaciones opuestas en el tema de las medidas frente a una pandemia de influenza.⁵⁵⁶

⁵⁵¹ Sobre este reto epistemológico véase Goldmann, Matthias, “We Need to Cut Off the Head of the King...”, *cit.*, p. 353.

⁵⁵² Bogdandy, Armin von *et al.*, “Developing the Publicness of Public International Law...”, *cit.*, p. 12.

⁵⁵³ *Strengthening Response to Pandemics...*, *cit.*, p. xxi.

⁵⁵⁴ Inclusive, las medidas adoptadas por algunos países contra la importación de productos de cerdo provenientes de los países principalmente afectados condujo a desacuerdos planteados en el marco de la Organización Mundial del Comercio, citando el Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias como fundamento. Aunque estos desacuerdos no derivaron en la presentación de demandas ante esa Organización, reflejan las discrepancias en las interpretaciones de cada gobierno nacional respecto de las medidas que pueden —o no— adoptarse para hacerle frente a la pandemia. Véase en el rubro medidas sanitarias y fitosanitarias, bajo la sección de noticias, de la Organización Mundial del Comercio, “Los Miembros examinan las respuestas comerciales a la gripe por H1N1”, 25 de junio de 2009, disponible en: https://www.wto.org/spanish/news_s/news09_s/sps_25jun09_s.htm.

⁵⁵⁵ Condon, Bradly y Sinha, Tapen, “The Effectiveness of Pandemic Preparations...”, *cit.*, pp. 15-17.

⁵⁵⁶ Las variaciones entre opiniones de expertos en el tema de la influenza tienen que ver más con el carácter “escurridizo” de la enfermedad que con corrientes de plano antagónicas en el área científica. Para otro antecedente histórico, véase Fineberg, Harvey y Neustadt, Richard E., *The Swine Flu Affair: Decision-Making on a Slippery Disease*, National University Press of the Pacific, 2005.

2. *Los derechos humanos como criterio de unificación de múltiples enfoques*

La figura de los derechos humanos, que está presente tanto en el ámbito internacional como en el nacional, es un elemento *sine qua non* de cualquier análisis sobre la aceptabilidad de medidas de salud pública de carácter restrictivo.

Hay que precisar que los derechos humanos que han sido discutidos en distintos capítulos requieren de ser complementados por otro elemento, que es el de adecuación técnica.⁵⁵⁷ Éste, se reitera, consiste en la concordancia que existe entre una medida y el conocimiento científico disponible en el momento en que se emplea la misma. Se abunda más sobre este punto en un apartado subsecuente.

Por otra parte, también se señala en los capítulos tercero y cuarto cómo el enfoque de derechos humanos es necesario, mas no suficiente, ya que se identifica un “choque” o tensión entre el derecho a la salud en su dimensión colectiva, y distintos derechos individuales pertenecientes primordialmente al rubro de los derechos civiles. Como se relata en el capítulo tercero, esta posibilidad de choque o fricción fue contemplada desde el momento del surgimiento de los instrumentos internacionales en la materia, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵⁵⁸ y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁵⁵⁹ y su Protocolo de San Salvador.

Al tomar en cuenta el hecho de que no existe contradicción entre el contenido de los derechos humanos propios de los pactos internacionales, y los pertenecientes al sistema interamericano de derechos humanos, se puede colegir que los individuos pertenecientes a un Estado que se encuentre bajo el ámbito de todos estos instrumentos —como México— tienen a su alcance más de un régimen para la protección de su derecho a la salud. Ahora, eso conlleva que si se comete una violación a un derecho, ello ocurre de forma simultánea en todos estos regímenes, por lo que los argumentos para denunciar esa violación se ven robustecidos por tal circunstancia.

La unificación de los distintos criterios dentro de la perspectiva de derechos humanos desemboca en una configuración más amplia del derecho a la salud, en su modalidad colectiva de protección frente a epidemias y pan-

⁵⁵⁷ Véanse los capítulos tercero y cuarto.

⁵⁵⁸ Artículo 12 del referido Pacto.

⁵⁵⁹ Artículo 27 de dicha Convención.

demias. Respetar este derecho implica, al mismo tiempo, que los estándares científicos serán incluidos en todo proceso de toma de decisión, pues sólo a través de éstos se podrá determinar si una medida que restringe libertades es aceptable, necesaria y proporcional al problema de salud. Esta exigencia también se encuentra presente en todos los regímenes de derechos humanos que se señalan en los capítulos tercero y cuarto.

Adicionalmente, se estima que es necesario resaltar el papel que desempeñan los derechos humanos en la evaluación de actos que no son legalmente vinculantes, pero que tienen efectos restrictivos sobre las personas, o incluso los Estados, para esclarecer si están justificados.⁵⁶⁰ En tanto hay distintas formas de justificar un acto,⁵⁶¹ por el momento nos centraremos en lo que podría considerarse como la justificación técnica, consistente en su aceptabilidad desde el punto de vista científico.⁵⁶²

II. ENTRE LA VALIDEZ JURÍDICA Y LA VALIDEZ CIENTÍFICA

Debido a la naturaleza interdisciplinaria del problema relativo a pandemias, se vuelve necesario acudir a argumentos que quedan por fuera del texto normativo. Así, discutir sólo en términos de normas jurídicas no resulta suficiente para una evaluación de los instrumentos diseñados para la preparación y respuesta frente a epidemias y pandemias. De hecho, el propio contenido de tales instrumentos remite al ámbito científico, como parámetro que define si una decisión o acto es aceptable o no.

Por lo tanto, se estima apropiado llevar a cabo un contraste básico entre estas figuras, para más adelante definir de qué manera se complementan estas ideas en el ámbito de las pandemias.

⁵⁶⁰ Wolfrum, Rüdiger, “Legitimacy of International Law from a Legal Perspective: Some Introductory Considerations”, en Wolfrum, Rüdiger y Röben, Volker (eds.), *Legitimacy in International Law*, Berlín-Heidelberg, Springer-Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2008, p. 6.

⁵⁶¹ De Búrca, Gráinne, “Developing Democracy Beyond the State”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 46, núm. 1, 2007-2008, pp. 240-245.

⁵⁶² Esty, Daniel, “Good Governance at the Supranational Scale: Globalizing Administrative Law...”, *cit.*, p. 1517. Esto es similar a la discusión sobre los componentes técnicos que rodean la idea de “autoridad basada en el conocimiento”, en Venzke, Ingo, “International Bureaucracies from a Political Science Perspective-Agency, Authority and International Institutional Law”, en Bogdandy, Armin von y otros (eds.), *The Exercise of Public Authority by International Institutions. Advancing International Institutional Law...*, *cit.*, pp. 83-85.

1. *Los límites de la validez jurídica*

Se han discutido algunos ejemplos sobre cómo las normas jurídicas remiten al conocimiento científico para definir cuáles medidas son aceptables en determinada situación.

Luego, dado que en el momento de la creación de estos instrumentos, mecanismos, herramientas o directrices, no se pueden prever todos y absolutamente cada uno de los sucesos futuros, lo que se realiza entonces es un otorgamiento de discrecionalidad para quien llegue a tomar una decisión en el momento. Dado que los avances científicos ocurren de forma desfasada respecto de la creación de normas jurídicas, lo que se observa en las normas sanitarias, como las incluidas en el Reglamento Sanitario Internacional o en la Ley General de Salud mexicana, es ese margen de maniobra o de apreciación a cargo de las autoridades.⁵⁶³

En ese sentido, mientras que el Reglamento Sanitario Internacional y la Ley General de Salud son normas jurídicamente válidas y, por lo tanto, obligatorias, éstas proporcionan pautas a seguir, pero no son las que definen en última instancia si una medida de salud pública en un determinado momento es aceptable o no. Para tal efecto, hace falta consultar cuáles son los criterios científicos que se encuentran disponibles en el momento de aplicar las normas en el caso de tomar la decisión de declarar el brote de influenza A(H1N1) como una emergencia de salud pública de importancia internacional y, después, una pandemia, en abril y en junio de 2009, respectivamente.

Por citar un ejemplo que ilumina esta complementación entre la validez jurídica y la validez científica: las medidas de cuarentena impuestas por China a viajeros mexicanos durante la pandemia de influenza de 2009, a pesar de estar contempladas en el artículo 31(2) del Reglamento Sanitario Internacional,⁵⁶⁴ no estuvieron justificadas en términos científicos, por lo que podrían ser consideradas como una aplicación incorrecta o injustificada de esos artículos.

En el ámbito jurídico mexicano, esto es conocido como la distinción entre la fundamentación y la motivación, establecida en el artículo 16 cons-

⁵⁶³ Tobin, John, *The Right to Health in International Law...*, cit., p. 12.

⁵⁶⁴ Cabe aclarar que la autorización jurídica para imponer cuarentena obligatoria a los viajeros, conforme al referido artículo 31(2) del Reglamento Sanitario Internacional está sujeta a la evaluación de que hay un “riesgo inminente” para la salud pública y un carácter “necesario” de la medida para controlar ese riesgo, nada de lo cual se satisfizo en el marco de lo impuesto por China.

titucional.⁵⁶⁵ Así, la justificación científica de un acto, como lo sería la afirmación epidemiológica de que hay un nuevo subtipo de virus de influenza circulando entre la población, se convierte en el elemento de motivación de los actos de autoridad.

En ese mismo sentido, las medidas como la cuarentena, aun cuando están previstas por los artículos 404 y 406 de la Ley General de Salud, no fueron implementadas por las autoridades sanitarias en México, debido a la presunción de que no serían efectivas para contener la propagación del virus una vez que la pandemia hubiera iniciado. Esta consideración no está plasmada en un instrumento legalmente vinculante, sino en un documento técnico de la Organización Mundial de la Salud, que no constriñe legalmente a los Estados miembros.⁵⁶⁶

Por esta misma razón, además de estos numerales de la Ley General de Salud, la previsión de las cuarentenas en el documento intitulado Plan Nacional de Preparación y Respuesta ante una Pandemia no se tradujo en su imposición a la población, ya que los criterios científicos como los establecidos en las Directrices de la Organización Mundial de la Salud de 2009 —de nueva cuenta, con carácter legalmente no vinculante para los Estados—, señalaban que la cuarentena no era efectiva para contener la propagación de la influenza.

Por lo tanto, se puede afirmar que en lo que respecta a las medidas desplegadas durante la pandemia en cita, la validez jurídica depende de la validez científica. Se dice lo anterior, en tanto la afirmación sobre si una medida específica es o no aceptable no se puede sustentar sin recurrir a los criterios técnicos que apoyan o refutan esa determinación.

2. *Los límites de la validez científica*

Una de las características de la validez científica consiste en que no está sujeta *prima facie* a una territorialidad, a “niveles” o “ámbitos” en el mismo sentido que las normas jurídicas. Se dice esto, en tanto el conocimiento científico “internacional” no es, o no debería ser, diferente del “nacional”,

⁵⁶⁵ Tesis de jurisprudencia P./J.50/2000, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XI, abril de 2000, p. 813, con el rubro: “FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. SU CUMPLIMIENTO CUANDO SE TRATE DE ACTOS QUE NO TRASCIENDAN, DE MANERA INMEDIATA, LA ESFERA JURÍDICA DE LOS PARTICULARES”.

⁵⁶⁶ *Preparación y respuesta ante una pandemia de influenza. Documento de orientación de la OMS*, Ginebra, Programa Mundial de Influenza/Organización Mundial de la Salud, abril de 2009, p. 69.

en tanto se parte de la premisa de que es uniforme y de aplicación general. La excepción sería que en no pocas ocasiones hay una necesidad de “contextualizar”, en atención a que en la epidemiología, por ejemplo, los estudios tienen que adaptarse a las circunstancias específicas de cada caso.⁵⁶⁷

Se puede partir de la premisa de que si una medida es científicamente aceptable tendrá tal carácter tanto para una organización internacional como la Organización Mundial de la Salud, como para un ente gubernamental como la Secretaría de Salud o el Consejo de Salubridad General de México. Evidentemente, la excepción a esta afirmación podría consistir en la contextualización regional del problema, que pudiera justificar que en un lugar ciertas medidas sean científicamente válidas y en otro no. Esto se vislumbraría, por citar un ejemplo, en una discrepancia entre las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud y las de su oficina regional, la Organización Panamericana de la Salud.⁵⁶⁸ Por ende, al no presentarse la misma división entre un ámbito y otro, los criterios científicos poseen un carácter unitario, que funge como un parámetro de evaluación; por ejemplo, de medidas de salud pública como la vacunación obligatoria, la cuarentena, el aislamiento, entre otras.

Sin embargo, por un lado, la validez del conocimiento científico está sujeta a un cambio constante, en ocasiones vertiginoso, que complica su apreciación o su constatación en determinado momento. Esto suscita que medidas que eran consideradas como aceptables en 2009, no necesariamente lo serán en 2016, en atención a que después de un evento epidemiológico hay “lecciones aprendidas”.⁵⁶⁹

Por otro lado, el conocimiento científico en torno a las características patológicas de una enfermedad, o respecto de la efectividad de las medidas farmacológicas y no farmacológicas, no siempre se encuentra disponible al enfrentar una contingencia.⁵⁷⁰ Esto fue y es particularmente visible en el

⁵⁶⁷ Ahrens, Wolfgang *et al.*, “An Introduction to Epidemiology”, en Ahrens, Wolfgang y Pigeot, Iris (eds.), *Handbook of Epidemiology*, 2a. ed., Nueva York, Springer, 2014, p. 28.

⁵⁶⁸ Durante la pandemia de influenza A(H1N1) de 2009, la Organización Panamericana de la Salud básicamente adoptó todos los criterios de la Organización Mundial de la Salud. Véase *Respuesta a la Pandemia (H1N1) 2009 en las Américas: lecciones y retos*, Organización Panamericana de la Salud, pp. 15-17 de septiembre de 2009, disponible en: <http://www1.paho.org/hq/dmdocuments/2010/Lessons-learned-H1N1-2010-final-Espanol.pdf>.

⁵⁶⁹ Por citar unos casos, a partir de la experiencia de la pandemia de 2009, la Organización Mundial de la Salud actualizó distintos documentos orientadores en los que se plasma el conocimiento disponible sobre influenza.

⁵⁷⁰ 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 de 2010, p. 18.

caso de pandemias, pues se trata de eventos muy esporádicos y, además, al presentarse absorben la mayor parte de los recursos tanto materiales como humanos, lo que vuelve harto difícil emprender estudios científicos rigurosos capaces de cumplir con los estándares para crear conocimiento considerado como válido.⁵⁷¹

Entonces, aunque la validez científica es un elemento *sine qua non* de toda respuesta frente a una pandemia, la situación se complica frente a una enfermedad “escurridiza” como la influenza,⁵⁷² y a un escenario de propagación global cuya premura obstaculiza la asignación de recursos. La falta de un consenso científico universal respecto de qué es lo que constituye una pandemia de influenza impide que las evaluaciones sobre lo correcto o incorrecto de las definiciones de la Organización Mundial de la Salud puedan ser contundentes.⁵⁷³

Sea como sea, los criterios de validez científica implican que serían criticables las divergencias dramáticas existentes en los marcos jurídicos nacionales respecto de las medidas que se adoptan en el marco de una emergencia sanitaria o de una pandemia.⁵⁷⁴ Aunque no se propone aquí el contar con una uniformidad universal en la materia, dado que ello resultaría utópico, lo cierto es que las divergencias jurídicas contribuyen a que el combate a las pandemias sea poco eficiente, y quizá hasta contraproducente.

En estos casos, el conocimiento científico puede fungir como un factor de unificación, en tanto las normas que están inspiradas en posturas supera-

⁵⁷¹ Esto ha sido subrayado como un factor determinante en las deficiencias de la respuesta frente a la pandemia de influenza de 2009 en Fineberg, Harvey, “Pandemic Preparedness and Response. Lessons from the H1N1 Influenza of 2009”, *The New England Journal of Medicine*, vol. 370, núm. 14, abril de 2014, pp. 1340 y 1341; también, véase Lo, Bernard, “Hard Choices in Difficult Situations: Ethical Issues in Public Health Emergencies”, *The Domestic and International Impacts of the 2009 H1N1 Influenza A Pandemic. Global Challenges, Global Solutions*, Memorias del Taller sobre Amenazas Microbiales, The National Academies Press, 2010, p. 264.

⁵⁷² Así se le denomina en una crónica sobre el escándalo que se generó en Estados Unidos, en 1976, a partir de lo que fue percibido como una reacción exagerada frente a un posible brote de influenza en ese país, en Fineberg, Harvey y Neustadt, Richard E., *The Swine Flu Affair...*, *cit.*

⁵⁷³ Este punto desarrolla con mayor profundidad en Abeysinghe, S., *Pandemics, Science and Policy. H1N1 and the World Health Organization*, Basingstoke, Palgrave MacMillan, 2015, p. 155.

⁵⁷⁴ Estas divergencias a nivel internacional son señaladas como preocupantes, por ejemplo, en el documento *Comparative Analysis of National Pandemic Influenza Preparedness Plans*, Organización Mundial de la Salud, enero de 2011, p. 39. En cuanto a las discrepancias entre distintos países europeos, véase Martin, Robyn y Conseil, Alexandra, “Public Health Policy and Law for Pandemic Influenza: A Case for European Harmonization?”, *Journal of Health Politics, Policy and Law*, vol. 37, núm. 6, diciembre de 2012, pp. 1103 y ss. Por otro lado, se señala en estos artículos también que las discrepancias no son escandalosas.

das podrán ser objeto de crítica, y así, impulsar su posterior reforma legal. Por supuesto, la tardanza con que se presenten estas modificaciones legales puede ser fatal para la eventual respuesta ante futuros eventos de este tipo.

Asimismo, derivado de esta consideración, el papel de un marco jurídico internacional es destacable, dada la posición privilegiada de una autoridad sanitaria como la Organización Mundial de la Salud. A pesar de sus problemas presupuestarios,⁵⁷⁵ esta organización internacional representa un foro de discusión propicio para la emisión de criterios únicos, merced a lo que se conoce como “autoridad normativa”⁵⁷⁶ en la materia de sanidad internacional, puesto que se encuentra en una posición idónea para gestionar el sistema de alertas epidémicas y pandémicas.

En suma, la validez del conocimiento científico puede fungir como una posible respuesta frente al problema de la cuestión jurídica binaria de válido/inválido, legal/no legal. Aun cuando la validez científica emplea categorías similares, su desarrollo se encuentra libre de las ataduras que están presentes en la creación de normas jurídicas. Sin embargo, como se expone en párrafos precedentes, ello no implica que no existan retos epistemológicos persistentes.

3. *La presencia de factores políticos disruptivos*

La ausencia de un carácter “definitivo” del conocimiento científico⁵⁷⁷ y de una vinculatoriedad en términos jurídicos no es lo único que explica la presencia de ciertas actuaciones divergentes durante la pandemia de influenza A(H1N1) de 2009. Por el contrario, el desacuerdo en torno a qué información presentar y cuáles medidas adoptar obedeció más a factores disruptivos en la toma de decisiones.

Aunque, en estricto sentido, los siguientes debates se posicionan más allá del enfoque de gobernanza global que se ha presentado, ellos resultan

⁵⁷⁵ Desde hace tiempo, la Organización Mundial de la Salud se ha enfrentado a un estancamiento en las contribuciones de los Estados miembros y ha tenido que acudir al financiamiento privado. Para cifras recientes, véase *Report of the Ebola Interim Assessment Panel...*, cit., para. 35, disponible en: <http://www.who.int/csr/resources/publications/ebola/ebola-panel-report/en/>.

⁵⁷⁶ Gostin, Lawrence *et al.*, “The Normative Authority of the World Health Organization”, *Public Health*, vol. 129, núm. 7, julio de 2015, pp. 854 y 855.

⁵⁷⁷ Cáceres, Enrique, “The Golden Standard of Concepts with Necessary Conditions and the Concept of Law”, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, México, núm. 6, 2012, pp. 41 y 42

relevantes para explicar por qué ciertas decisiones no vinculantes fueron objeto de escrutinio, sobre todo en lo relativo a la Organización Mundial de la Salud. Por su parte, los manuales nacionales cuyo carácter jurídico queda en tela de duda podrían ser abordados a partir de su traslape con las directrices internacionales, en la medida en que se identifican ciertas contradicciones.

A pesar de que se menciona a los factores políticos en este caso en particular, lo cierto es que definirlos es demasiado complejo como para pretender condensarlo en unas cuantas líneas. En términos generales, se abordan tales factores políticos en tanto contribuyen a explicar las deficiencias en las medidas adoptadas en uno y otro lado durante 2009, y no pertenecen a una justificación técnico-científica, sino a aspectos procedimentales e institucionales propios de los órganos que emitieron las principales decisiones públicas relacionadas con la pandemia.

A continuación, se señalan algunos de esos factores políticos que tuvieron un carácter disruptivo. Su presencia explica las deficiencias o contradicciones en que incurrieron tanto la Organización Mundial de la Salud como diversos órganos de gobierno mexicanos durante la pandemia de influenza A(H1N1) de 2009.

A. La controversia en el seno de la Organización Mundial de la Salud

Durante y después de la pandemia de influenza A(H1N1) de 2009, la Organización Mundial de la Salud fue criticada por su falta de transparencia en torno a la formación del Comité de Emergencias, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 12(4) del Reglamento Sanitario Internacional. Concretamente, la decisión de no divulgar los nombres de los integrantes de dicho Comité condujo a la especulación de que la decisión había sido influida por el sector farmacéutico, en atención a que posiblemente se trataba de personas con vínculos a empresas de ese ámbito.⁵⁷⁸ Esto se reflejó tanto en una investigación iniciada con fundamento en el artículo 50 del Reglamento Sanitario Internacional, que culminó con el Informe del Comité de Examen acerca del funcionamiento del Reglamento Sanitario Internacional (2005) en relación con la pandemia por virus (H1N1) 2009,⁵⁷⁹ así como

⁵⁷⁸ Para todos los detalles sobre esta acusación, consúltese “Statement Presented by Doctor Wolfgang Wodarg...”, *cit.*

⁵⁷⁹ Disponible en: http://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA64/A64_10-sp.pdf.

en una pesquisa por separado, a cargo del Consejo de Europa, que también derivó en la publicación de un reporte de evaluación de los hechos.⁵⁸⁰

En términos generales, ambas investigaciones enfatizaron, entre otras cosas, que hubo una visible falta de transparencia en el procedimiento, que condujo a la declaración del máximo nivel de alerta pandémica. A pesar de que la posterior publicación de los nombres de los integrantes del Comité de Emergencias no arrojó evidencia alguna que indicara la presencia de conflictos de interés, la sola decisión de no divulgar los nombres generó reacciones adversas en los medios y algunos entes políticos, incluido el citado Consejo de Europa.⁵⁸¹

Adicionalmente, la industria farmacéutica obtuvo ganancias gigantescas merced a la emisión de la declaración de una pandemia, en tanto se activaron contratos “durmientes” en el momento de declarar el nivel 6 de alerta pandémica.⁵⁸² Esta situación motivó la difusión de las sospechas de que había un conflicto de interés en los miembros del Comité de Emergencias, en tanto la justificación de no divulgar los nombres con el fin de evitar cualquier injerencia externa no fue suficiente para convencer de la ausencia de un vínculo entre alguno de los especialistas del Comité y el sector farmacéutico.

Lo que salta a la vista, y a su vez confirma la pertinencia de un enfoque de gobernanza, es que las investigaciones versaron sobre la declaración de pandemia que, como se señala en los capítulos primero y tercero, está fundamentada en un documento no vinculante, como lo son las directrices. Ello corrobora que se trata de un acto con un efecto ya sea sobre la libertad individual o bien sobre la capacidad de toma de decisiones de los Estados, más allá de su carácter legalmente no vinculante, lo que puede conducir a asumirlo como un acto emitido por una autoridad.⁵⁸³

⁵⁸⁰ Esta investigación se intitula “Handling of the H1N1 pandemic: more transparency needed”, Resolución 1749 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, junio de 2010, párrs. 30, 46-48, disponible en: <http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta10/ERES1749.htm>

⁵⁸¹ Se reitera que la postura crítica que recibió más atención fue la del (hoy ex) diputado ante el Consejo de Europa, Wolfgang Wodarg, quien acusó a la Organización Mundial de la Salud de “fabricar” la pandemia y distorsionar la información en beneficio de las empresas farmacéuticas que obtuvieron sendas ganancias a raíz de la declaración del máximo nivel de alerta pandémica. Véase el capítulo tercero.

⁵⁸² Cohen, Deborah y Carter, Philip, 1279; *Strengthening Response to Pandemics...*, cit., pp. 101, 102 y 116; Algarra Garzón, Giovanni, “Definiendo un escenario de toma de decisiones...”, cit., pp. 65-68.

⁵⁸³ Bogdandy, Armin von *et al.*, “Developing the Publicness of Public International Law...”, cit., pp. 11 y 12.

B. *El entorno político mexicano como un obstáculo frente a la contingencia*

Aunado a las complicaciones surgidas en el plano internacional, a partir del procedimiento que condujo a la Organización Mundial de la Salud a declarar el máximo nivel de alerta pandémica, las instituciones provenientes del gobierno de México tampoco estuvieron exentas de dinámicas políticas disruptivas.

A partir de los datos generales proporcionados en el capítulo cuarto, se puede colegir que el entorno del sistema de salud mexicano perjudicó la capacidad de respuesta frente a la pandemia.⁵⁸⁴ La falta de capacidades en infraestructura y personal dejaron al gobierno y a la población en una situación vulnerable frente a la emergencia sanitaria, ya que se trata de un severo obstáculo al cumplimiento de las obligaciones en materia de salud.⁵⁸⁵

Además de las mencionadas circunstancias, a pesar del contenido 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*, y que estaba en vigor durante la contingencia de 2009, se presentaron desacuerdos entre el gobierno federal de México y el gobierno del Distrito Federal, en el manejo de la información relativa a la vigilancia epidemiológica.⁵⁸⁶ Aunque no hay declaraciones públicas al respecto, esto ha sido interpretado como un jaleo político, derivado de un protagonismo de los titulares del Ejecutivo de ambos niveles.⁵⁸⁷

Es menester incluir este tipo de factores políticos dentro de cualquier análisis sobre la idoneidad de adoptar tal o cual medida de salud pública. Sin embargo, toda vez que la interpretación de la evidencia puede prestarse a múltiples resultados, al mismo tiempo se torna complicado poder abarcar todas las posibilidades respecto de cuál es el factor político que influyó más. En este apartado se señalan dos: el estado precario del sistema nacional de salud mexicano —reseñado brevemente en el capítulo cuarto—, y los roces entre autoridades de distintos niveles de gobierno y diferentes partidos políticos.⁵⁸⁸

⁵⁸⁴ Véase la sección IV.1.

⁵⁸⁵ Sólo a manera de indicador, en 2009 el Instituto Mexicano del Seguro Social contaba con 0.83 camas por cada mil derechohabientes. Véase Leal Fernández, Gustavo, “La influenza A (H1N1) cuadro mínimo de los responsables directos...”, *cit.*, p. 61.

⁵⁸⁶ Véase nota al pie de página 469.

⁵⁸⁷ Para una crítica a las ínfulas de heroísmo del presidente de la República, véase Fadaneli, Guillermo, “La peste mediática”, *Letras Libres*, México, junio de 2009, p. 37.

⁵⁸⁸ Durante 2009, el presidente de la República, Felipe Calderón, pertenecía al Partido Acción Nacional (PAN); mientras que el jefe de Gobierno del Distrito Federal, Marcelo Ebrard, era miembro del Partido de la Revolución Democrática (PRD).

Así, a pesar de que no se discute con mayor profundidad la relevancia de estos factores en los procesos de toma de decisión, se insiste en su importancia para entender por qué pudo haber desviaciones manifiestas de la normatividad establecida, ya que ésta establece una serie de jerarquías en el supuesto de las emergencias sanitarias.⁵⁸⁹

III. MÁS ALLÁ DEL ESTUDIO DE CASO: ACONTECIMIENTOS Y REFORMAS POSTERIORES A LA PANDEMIA DE 2009

Dado que este trabajo de investigación se centra en los hechos relativos a la pandemia de influenza A(H1N1), y que su duración ‘oficial’ abarcó el periodo de abril de 2009 a agosto de 2010, el análisis se ha orientado principalmente a los mecanismos aplicados en estas fechas. Sin embargo, desde entonces hasta la actualidad se han presentado una serie de acontecimientos que han derivado en múltiples cambios tanto al esquema internacional como al nacional, relativos a la preparación y respuesta frente a pandemias.

Además de las propuestas de reforma que surgieron como consecuencia de la evaluación de la respuesta a la pandemia de 2009, han ocurrido eventos posteriores, que suscitaron ese ímpetu de nueva cuenta. Los principales son, primeramente, la reciente crisis del Ébola ocurrida en África occidental, que ha afectado principalmente a los países de Guinea, Liberia y Sierra Leona. Aunque en marzo de 2016 la Organización Mundial de la Salud declaró que la emergencia de salud pública de importancia internacional ocasionada por este virus ya había concluido,⁵⁹⁰ el manejo de esa crisis continuará teniendo efectos en los debates sobre cómo mejorar el esquema de preparación y respuesta frente a epidemias y pandemias.

Por otro lado, como se menciona en el capítulo tercero, también se emitió una declaración de emergencia de salud pública de importancia internacional en relación con la epidemia ocasionada por el virus del Zika. Di-

⁵⁸⁹ El hecho de que haya competencias concurrentes en materia de salud, es criticado por los obstáculos que ello representa cuando se requiere una respuesta pronta en casos de emergencia, en Cano Valle, Fernando *et al.*, *Medicina y estructuras jurídico-administrativas en México...*, *cit.*, pp. 110, 118 y 132.

⁵⁹⁰ El 29 de marzo de 2016, el Comité de Emergencias de la Organización Mundial de la Salud recomendó a la directora general, declarar concluida esta emergencia. Ello no significa que no se han presentado casos posteriores de la enfermedad, sino únicamente que ya no se estima como necesaria una acción concertada de la comunidad internacional, puesto que se asume que las autoridades nacionales ya son capaces por sí mismas de enfrentar los contagios remanentes. El anuncio se encuentra disponible en: <http://www.who.int/mediacentre/news/statements/2016/end-of-ebola-pheic/en/#>.

cha epidemia ha afectado principalmente a distintos países del continente americano. En consecuencia, se considera que es útil señalar a continuación cuáles han sido algunos de los cambios más sobresalientes que han incidido sobre el conjunto de mecanismos dirigidos a combatir la propagación internacional de enfermedades transmisibles. Puesto que algunos de estos cambios aún son objeto de discusión, en ocasiones sólo se menciona de paso cuáles son los posibles derroteros.

1. *Reformas a los mecanismos relacionados con pandemias en los distintos niveles*

En cuanto a los instrumentos, documentos, acuerdos o directrices que se han expuesto a lo largo del trabajo, hay que señalar que con posterioridad a la pandemia de 2009 ellos han sido reformados para incluir tanto las lecciones de lo acontecido en ese periodo como los avances en el conocimiento científico relativo a cómo lidiar con estos fenómenos. A continuación, se enumeran algunas de esas modificaciones, sobre todo en lo tocante a las medidas analizadas a lo largo del trabajo.

A. *Las reformas en el ámbito internacional*

Como se señaló en los capítulos primero y tercero, en 2013 la Organización Mundial de la Salud sustituyó sus directrices relativas a pandemias de influenza, por otras tituladas *Pandemic Influenza Risk Management. WHO Interim Guidance*, de 2013; y las más recientes, *Pandemic Influenza Risk Management*, de 2017, para las cuales aún no hay traducción oficial al idioma español. Ambas sustituyeron a la anterior versión de 2009. Lo anterior ilustra que la creación de estos lineamientos sobre cómo enfrentar pandemias de influenza se encuentra en constante evolución, merced a los avances científicos que se presentan, así como a los debates entre expertos y representantes gubernamentales en el seno de la Organización Mundial de la Salud.⁵⁹¹

Hasta el momento en que se redactan estas líneas, se emitieron nuevas directrices en 2013 y 2017, y estas últimas continúan vigentes. En ellas se pueden apreciar algunas diferencias respecto de las anteriores de 2009, que

⁵⁹¹ En el marco de la Organización Mundial de la Salud estas reformas han consistido principalmente en la implementación de varias observaciones realizadas en el *Informe del Comité de Examen acerca del funcionamiento del Reglamento Sanitario Internacional (2005)*..., cit.

son enunciadas en los capítulos primero y tercero.⁵⁹² Aparte de las modificaciones al contenido, lo que se puede apreciar del documento en cuestión es que no requirió de una consulta general a los Estados miembros, sino que fueron redactadas en el interior de la citada Organización.⁵⁹³ Lo que ilustra el proceso de reforma de las directrices, es que la Organización Mundial de la Salud cuenta con discrecionalidad para llevar a cabo modificaciones a los documentos internos de carácter no vinculante. Para este propósito, no requiere someterlas al procedimiento formal establecido en los artículos 19 a 22 de su Constitución. Ello constituye una de las principales preocupaciones de recurrir a documentos no vinculantes o apoyarse en ellos.⁵⁹⁴

En la misma tesitura, en 2012, la Organización Mundial de la Salud publicó la versión final del documento institucional *Preparación para una gripe pandémica. Marco para el intercambio de virus gripales y el acceso a las vacunas y otros beneficios*. Dicho documento, a su vez, ya había sido aprobado durante la 64 Asamblea Mundial de la Salud, a través de la resolución WHA64.5 de mayo de 2011. Dado que el fundamento de esta resolución fue el artículo 23 de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud,⁵⁹⁵ ello implica que el documento no tiene carácter legalmente vinculante para los Estados miembros. No obstante, en su interior los Estados se comprometen a compartir con la Organización Mundial de la Salud, de manera “rápida, sistemática y oportuna”, las cepas potencialmente pandémicas del virus de la influenza, con énfasis en el subtipo A(H5N1).⁵⁹⁶ Lo anterior, con el fin de proveer beneficios para la comunidad internacional, como lo serían, por ejemplo, una mayor celeridad en la producción de vacunas, o bien la evaluación más certera de los riesgos de una nueva pandemia.⁵⁹⁷ De manera adicional, aun cuando el documento no contiene obligaciones legales para los Estados, va

⁵⁹² Persiste la duda sobre si el nuevo documento de 2017 sería aplicable a enfermedades además de la influenza, ya que sólo incluye este patógeno.

⁵⁹³ Para más sobre el proceso de creación de estas directrices, véase *Manual para la elaboración de directrices*, 2a. ed., Organización Mundial de la Salud, 2015, disponible en: http://www.who.int/entity/kms/WHO_hib_for_guideline_development_2ed_Spanish.pdf?ua=1.

⁵⁹⁴ Goldmann, Matthias, “We Need to Cut Off the Head of the King. Past, Present and Future Approaches to Soft Law...”, *cit.*, p. 356.

⁵⁹⁵ Este precepto dispone: “La Asamblea Mundial de la Salud tendrá autoridad para hacer recomendaciones a los Miembros respecto a cualquier asunto que esté dentro de la competencia de la Organización”. Esta postura también la sostiene Pooter, Hélène de, *Le droit international face aux pandémies...*, *cit.*, p. 127.

⁵⁹⁶ En esta tesitura, véase el principio 5 en *Preparación para una gripe pandémica. Marco para el intercambio de virus gripales y el acceso a las vacunas y otros beneficios*, París, Organización Mundial de la Salud, 2012, p. 3.

⁵⁹⁷ *Idem.*

aparejado de Acuerdos Modelo de Transferencia de Material,⁵⁹⁸ que los laboratorios nacionales de la red llamada Sistema Mundial de Vigilancia y Respuesta a la Gripe se comprometen a suscribir.⁵⁹⁹ El funcionamiento de este sistema ha sido sujeto a una evaluación quinquenal, en la que se señalan algunos de los logros obtenidos a raíz de su puesta en marcha, así como las tareas pendientes. El análisis global ha sido positivo, dada la cercana colaboración entre la Organización Mundial de la Salud y los Estados miembros,⁶⁰⁰ lo cual ha acontecido, se insiste, a pesar de que no existen obligaciones formales más allá de los establecidos en los mencionados Acuerdos Modelo.

B. *Modificaciones en el ámbito regional*

A partir de la experiencia de la pandemia de influenza A(H1N1) de 2009, el 2 de abril de 2012 surgió el nuevo Plan Norteamericano para la Influenza Animal y Pandémica. Primeramente, se observa de la nueva versión que el título fue modificado, en tanto la entrega previa del Plan fue diseñada a partir de la idea de una posible pandemia generada por el virus de influenza A(H5N1), conocida como “gripe aviar”.⁶⁰¹ En virtud de que la pandemia de 2009 fue ocasionada por la diversa cepa A(H1N1), que provenía de un proceso de zoonosis derivado de cerdos y no de aves,⁶⁰² se cambió el término “aviar” por “animal”, para incorporar esa perspectiva.

Aunque se ha señalado que la evidencia respecto de la efectividad de este Plan regional es limitada,⁶⁰³ lo cierto es que sí hay indicios que dan señal de su aplicación en el comienzo de la pandemia de 2009. Por ejemplo, la notificación inicial a la Organización Mundial de la Salud se realizó en el marco de una cooperación intergubernamental entre Canadá, Estados Unidos y México, a través del envío de muestras a laboratorios de estos países.

Por otro lado, tal como se indica en el capítulo tercero, en el momento de redactar estas líneas se encuentra pendiente la ratificación del T-MEC,

⁵⁹⁸ *Ibidem*, anexos 1 y 2.

⁵⁹⁹ El número de laboratorios que forman parte de esta red asciende a más de 150. Véase el Informe del Grupo de Examen del Marco de PIP de 2016, Documento A70/17, 70 Asamblea Mundial de la Salud, 10 de abril de 2017, p. 11.

⁶⁰⁰ *Ibidem*, p. 13.

⁶⁰¹ Véase el capítulo primero, así como el anexo.

⁶⁰² Véase la nota al pie de página 18.

⁶⁰³ Así se señala en Avery, Donald Howard, “The North American Plan for Avian and Pandemic Influenza...”, *cit.*, p. 18.

el acuerdo comercial que sustituiría al TLCAN. En la medida en que la cooperación política trilateral de México, Estados Unidos y Canadá a raíz del TLCAN constituye la base para el diseño y la puesta en marcha del Plan Norteamericano para la Influenza Aviar/Animal y Pandémica, no queda claro qué destino le depara al citado Plan en caso de que entre el vigor el T-MEC. Toda vez que se trata de un documento no vinculante, puede suponerse que su puesta en marcha no depende estrictamente de la validez del multicitado Tratado.

C. Modificaciones en el ámbito nacional

Después de lo ocurrido durante la contingencia sanitaria de 2009 y 2010, se han llevado a cabo distintas modificaciones al régimen jurídico mexicano relacionado con las epidemias y/o pandemias. Se mencionan aquellas relacionadas con las normas y los diversos actos jurídicos administrativos que fueron enumerados en el capítulo tercero, en tanto reflejan una reacción frente a lo aprendido durante la pandemia de influenza.

El artículo 29 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que contempla el régimen de suspensión de garantías, fue objeto de reformas posteriores en junio de 2011 y febrero de 2014. En atención a lo expuesto en el capítulo cuarto, durante la contingencia de 2009 no se utilizó la figura prevista por este artículo, sino que fueron empleadas otras figuras legales. Asimismo, las reformas no fueron resultado directo de la pandemia de 2009, sino que más bien obedecieron a un conjunto de propuestas con una orientación de derechos humanos.

Con anterioridad a febrero de 2014, cuando aconteció su última reforma, el artículo 29 constitucional establecía que el presidente era el funcionario facultado para emitir las declaratorias de emergencia y la subsecuente suspensión de derechos y garantías, después de consultar con los titulares de las secretarías de Estado y la Procuraduría General de la República.⁶⁰⁴ La nueva redacción del artículo elimina este filtro como requisito para emitir la declaración. En cambio, fueron añadidos otros cambios a este numeral, que en síntesis contemplan lo siguiente:

⁶⁰⁴ A partir de las reformas al artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de junio de 2011, en el sentido de incluir el término “derechos humanos”, también se modificó el contenido del numeral 29 que se reseña, en tanto la versión anterior sólo incluía el término “garantías”.

- Un catálogo de derechos no derogables, en consonancia con los distintos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, que prevén su protección en todo caso y sin excepciones.⁶⁰⁵
- Un requisito de fundamentación, motivación⁶⁰⁶ y proporcionalidad de las medidas adoptadas para hacerle frente a la crisis de que se trate. Más adelante, en este capítulo, se abunda más sobre cómo podrían concebirse estos aspectos de la motivación y la proporcionalidad.
- La facultad del Congreso de la Unión de revocar, en todo momento, las medidas de restricción o suspensión, sin que el presidente de la República pueda legalmente oponerse a ello.
- La revisión de oficio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de la declaración de restricción o suspensión de garantías y derechos humanos.

Más allá de estas reformas al artículo constitucional de mérito, llama la atención que a la fecha no ha sido aprobada la ley reglamentaria al artículo 29 constitucional. Este punto es motivo de un fuerte debate en el seno del Congreso de la Unión.

A fin de cuentas, se mencionan estas reformas debido a que las “epidemias graves” podrían eventualmente encuadrar en este supuesto, bajo el rubro de “caso... que ponga a la sociedad en grave peligro”. Por lo tanto, su invocación sería necesaria si se opta por la figura de restricción o suspensión de garantías y derechos humanos. Empero, se reitera que esto no sucedió durante la pandemia de 2009, pues como se sostiene en el capítulo tercero, no sólo no se citó explícitamente el artículo 29 en el decreto presidencial del 24 de abril de 2009 —que dio inicio formal al periodo de contingencia sanitaria en México—, sino que, además, todas las medidas contenidas en el decreto ya estaban contempladas textualmente en la Ley General de Salud. Mientras tanto, los artículos de esta Ley sanitaria relacionados con el referido decreto presidencial no han sido objeto de reforma alguna hasta ahora.

Aunado a lo anterior, el 29 de noviembre de 2012 fue publicada la nueva norma oficial mexicana, que sustituyó a la anterior de 1994, y que

⁶⁰⁵ Aun cuando los instrumentos internacionales disponían el carácter “no derogable” de estos derechos desde hacía décadas, el artículo 29 de la carta magna mexicana no había sido reformado desde su concepción en 1917.

⁶⁰⁶ Hay que aclarar que estos requisitos de fundamentación y motivación ya se encontraban previstos por el artículo 16 constitucional, por lo que su inclusión, aunque no del todo estéril, es quizá redundante.

establece cuáles son los criterios del Sistema Nacional de Vigilancia Epidemiológica. A grandes rasgos, no se realizan modificaciones de gran envergadura respecto de la versión previa de esta Norma Oficial Mexicana, que data de 1994. Sin embargo, cabría mencionar que en la nueva configuración de 2012 se incluye en el punto 6.5.2 una referencia a la autoridad sanitaria en el caso de emergencias. En atención a lo que se señala en el capítulo cuarto, esto hace alusión a la Secretaría de Salud y al Consejo de Salubridad General. Asimismo, como muestra de la interacción entre el ámbito internacional y el nacional, dado que la versión previa databa de 1994, se incluyeron los conceptos provenientes del nuevo Reglamento Sanitario Internacional de 2005.⁶⁰⁷

Después de la declaración oficial del fin de la pandemia de influenza A(H1N1), emitida en agosto de 2010,⁶⁰⁸ la Dirección General de Epidemiología de la Secretaría de Salud, en conjunto con la Organización Panamericana de la Salud y la Organización Mundial de la Salud, publicó un documento que reemplazó al Plan Nacional de Preparación y Respuesta ante una Pandemia de Influenza de 2006. Este nuevo documento se intitula Plan Nacional de Preparación y Respuesta ante la Intensificación de la Influenza Estacional o ante una Pandemia de Influenza,⁶⁰⁹ del que cabe apreciar un énfasis en la posibilidad de que un brote de influenza estacional adquiera dimensiones inusitadas⁶¹⁰ más allá de que se trate de una nueva cepa del virus o no. Vale la pena agregar que la nueva redacción del referido Plan Nacional recupera diversos hechos relativos a la contingencia de 2009 y 2010, que se incorporaron a manera de “lecciones aprendidas”.⁶¹¹

Algunos han señalado que hubo una notoria ineficacia del anterior Plan Nacional de Preparación y Respuesta ante una Pandemia de Influenza, la cual se debió principalmente a las condiciones precarias del sistema

⁶⁰⁷ Así, en el preámbulo esta Norma Oficial Mexicana señala que el Estado mexicano “se adhiere” al contenido del Reglamento Sanitario Internacional. Más adelante, en el apartado 3.1.15 se integra la figura de *Emergencia en (sic) Salud Pública de Importancia Internacional*, prevista por el artículo 1o. del Reglamento Sanitario Internacional.

⁶⁰⁸ En el plano internacional, esto ocurrió con la declaración de la directora general de la Organización Mundial de la Salud del 25 de abril de 2009.

⁶⁰⁹ Emitido por la dirección general de Epidemiología de la Secretaría de Salud, México, octubre de 2010.

⁶¹⁰ Para la distinción entre influenza pandémica e influenza estacional véase el anexo, sección 3.

⁶¹¹ *Plan Nacional de Preparación y Respuesta ante la Intensificación de la Influenza Estacional o ante una Pandemia de Influenza...*, 2010, *cit.*, especialmente pp. 11-22.

de salud mexicano en el momento de la contingencia.⁶¹² En efecto, no es posible desligar el contenido de estos documentos de las condiciones materiales en las que fueron aplicados.

2. *La crisis del Ébola y su impacto en los instrumentos internacionales diseñados para combatir epidemias y pandemias*

En el momento en que se redactan estas líneas hay una discusión pendiente respecto de la posibilidad de reformar diversos instrumentos relativos a la preparación y respuesta frente a epidemias, dentro del marco de la Organización Mundial de la Salud. Este debate se presenta a partir de lo que se identifica como una respuesta dilatada y poco eficiente de la Organización Mundial de la Salud frente a un brote de Ébola ocurrido en África occidental, que eventualmente rebasó las capacidades de los ministerios nacionales de salud de los países más afectados.⁶¹³

A. *Generalidades sobre la crisis del Ébola de 2013-2016*

Entre marzo y abril de 2014, la Organización Mundial de la Salud recibió múltiples reportes tanto del gobierno de Guinea como de la asociación sin fines de lucro Médicos sin Fronteras (*Médecins sans Frontières*), respecto de la existencia de un brote inusual del virus Ébola en el referido país.⁶¹⁴ Posteriormente, se ha establecido que la propagación del virus que detonó esta crisis inició en diciembre de 2013, cuando un grupo de niños jugaban con murciélagos en la provincia de Guéckédou del citado país.⁶¹⁵

Tras una serie de cuestionamientos por parte de la comunidad internacional, la directora general de la Organización Mundial de la Salud declaró la presencia de una emergencia de salud pública de importancia internacio-

⁶¹² Por ejemplo, Leal Fernández, Gustavo, “Calidad del desempeño del sector salud frente a la influenza A(H1N1)”, *Casa del Tiempo*, México, núm. 29, marzo de 2010, p. 69.

⁶¹³ Para una sinopsis general de estos sucesos, véase el extenso reportaje de Garrett, Laurie, “Ebola’s Lessons. How the WHO Mishandled the Crisis”, *Foreign Affairs*, septiembre-octubre de 2015, disponible en: <https://www.foreignaffairs.com/articles/west-africa/2015-08-18/ebola-s-lessons>.

⁶¹⁴ Alward, Bruce y otros, “Ebola Virus Disease in West Africa. The First 9 Months of the Epidemic and Forward Projections”, *The New England Journal of Medicine*, vol. 371, núm. 16, octubre 16 de 2014, p. 1482.

⁶¹⁵ Baize, Sylvain y otros, “Emergence of Zaire Ebola Virus Disease in Guinea”, *The New England Journal of Medicine*, vol. 371, núm. 15, 9 de octubre de 2014, pp. 1418, 1419 y 1421.

nal el 8 de agosto de 2014.⁶¹⁶ La demora entre la notificación⁶¹⁷ y la declaración formal en comento ha suscitado una serie de propuestas a las carencias percibidas tanto en el seno de la Organización Mundial de la Salud como en el resto de los actores en el campo de la salud internacional —que incluye a los Estados, a actores no estatales, como lo serían el sector privado y a organizaciones no gubernamentales (ONG)—.⁶¹⁸

A la fecha en que esto se escribe, el momento más neurálgico de la propagación del Ébola a lo largo de África occidental ha transcurrido. Mientras tanto, las cifras oficiales señalan que cerca de 28,600 personas han sido infectadas por el virus del Ébola, de entre las cuales más de 11,300 han sido letales,⁶¹⁹ aunque se estima que las cifras reales son más altas.⁶²⁰

B. *Similitudes y diferencias legales entre la pandemia de influenza A(H1N1) de 2009 y la crisis del Ébola de 2013-2016*

Aunque el Ébola no adquirió la categoría oficial de pandemia, sino que permaneció como una emergencia de salud pública de importancia internacional,⁶²¹ este evento y la pandemia de influenza A(H1N1) comparten características en cuanto al tipo de instrumentos que fueron aplicados en uno y otro caso.

Dicho esto, como se menciona en el capítulo primero y en el anexo I, cada enfermedad transmisible presenta características epidemiológicas distintas. Aunque algunos de los esquemas son comunes, como lo sería que se trata de enfermedades capaces de transmitirse de persona a persona, lo cierto es que tanto el nivel de virulencia como los síntomas, su tratamiento

⁶¹⁶ Véase la declaración de la Organización Mundial de la Salud, disponible en: <http://www.who.int/mediacentre/news/statements/2014/ebola-20140808/en/>.

⁶¹⁷ Uno de los avances significativos del Reglamento Sanitario Internacional de 2005 respecto de su versión anterior es precisamente que admite la notificación de estos eventos por parte de entes no estatales en su artículo 9o.

⁶¹⁸ Para críticas más detalladas dirigidas al conjunto de actores del ámbito de la salud internacional y la forma en que respondieron frente a la crisis del Ébola, véanse Gostin, Lawrence y Friedman, Eric, “Ebola: a Crisis in Global Health Leadership”, *The Lancet*, vol. 384, núm. 9951, 11 de octubre de 2014, pp. 1322-1324.

⁶¹⁹ Para recuentos de los resultados de la crisis del Ébola, véase la información ofrecida por la Organización Mundial de la Salud: disponible en: <http://www.who.int/ebola/en/>.

⁶²⁰ Es muy común lidiar con un problema de subreporte de las cifras, en atención a la imposibilidad de monitorizar la totalidad de la incidencia. Véase Sylvie Briand y otros, “The International Ebola Emergency”, *The New England Journal of Medicine*, vol. 371, núm. 13, 25 de septiembre, 2014, pp. 1180 y 1181.

⁶²¹ Las diferencias entre una y otra figura se exponen con detalle en el capítulo primero.

y, por ende, las medidas a adoptar para hacerles frente no son exactamente los mismos.

Así, se pueden observar las siguientes diferencias entre la pandemia de influenza A(H1N1) de 2009 y la emergencia sanitaria ocasionada por el Ébola en 2014:

- Mientras que la influenza es una enfermedad con alto nivel de contagio, ya que éste incluso puede ocurrir vía aérea, el Ébola no es un virus capaz de transmitirse por partículas secas en el aire, sino que es sólo a través de los fluidos corporales.⁶²² Esto tiene implicaciones directas para su categorización, toda vez que mientras la influenza tuvo una presencia prácticamente global al haber alcanzado casi la totalidad de los países del orbe,⁶²³ el Ébola fue eventualmente contenido en los países de África occidental.⁶²⁴
- A pesar de que el Ébola es una enfermedad con menor índice de contagio en comparación con la influenza, la propagación de este virus se acentuó debido a una serie de condiciones socioeconómicas, ya que la crisis del Ébola se agravó en virtud de que los sistemas de salud en los países principalmente afectados se encuentran en condiciones en extremo precarias.⁶²⁵ Además, se detectó que ciertos patrones culturales, como rituales funerarios que involucran un contacto directo con cadáveres infectados,⁶²⁶ aceleraron el contagio entre las personas.

⁶²² Esto podría explicar, en parte, el hecho de que anteriores brotes de Ébola en África hayan sido contenidos y no se propagaran de la misma manera que durante 2014 y 2015. Véase Marx, Michael y Flessa, Steffen, “Ebola Fever Epidemic 2014: a Call for Sustainable Health and Development Policies”, *The European Journal of Health Economics*, vol. 17, núm. 1, enero de 2016, p. 1.

⁶²³ Conforme a Manjarrez Zavala, María Eugenia *et al.*, “Biología del virus: familia *Orthomyxoviridae*”, en Pérez Padilla, Rogelio y otros (eds.), *Influenza por el nuevo virus A H1N1...*, *cit.*, p. 37.

⁶²⁴ Aunque el Ébola tuvo presencia en otros países como España, Estados Unidos, Senegal y Mali, en esas naciones no se presentó una propagación sostenida de persona a persona, por lo que no hubo necesidad de declarar las emergencias nacionales respectivas. El relato se retoma de Menéndez, Justo Manuel *et al.*, “Enfermedad por virus Ébola. Una visión global”, *Revista Española de Quimioterapia*, vol. 27, núm. 4, 2014, p. 234.

⁶²⁵ De hecho, los países que han sido más golpeados por el Ébola tienen niveles de desarrollo en infraestructura sanitaria, que se encuentran entre los más bajos del mundo. Véase Gostin, Lawrence, “Ebola: Towards an International Health Systems Fund”, *The Lancet*, vol. 384, núm. 9951, 11 de octubre de 2014, pp. e49-e51.

⁶²⁶ Marx, Michael y Flessa, Steffen, “Ebola Fever Epidemic 2014: a Call for Sustainable Health and Development Policies...”, *cit.*, p. 1.

- Por otro lado, en el marco de la Organización Mundial de la Salud, la reacción frente a la pandemia de influenza A(H1N1) de 2009 fue más expedita que frente al brote de Ébola en Guinea, Liberia y Sierra Leona. Ello se relaciona, en buena medida, con el hecho de que en el continente americano se cuenta con oficinas regionales (específicamente, la Organización Panamericana de la Salud) percibidas como más robustas y mejor equipadas⁶²⁷ que las oficinas regionales africanas.
- Debido tanto a la vía de contagio como al hecho de que este no ocurre sino hasta que las personas comienzan a presentar los síntomas respectivos, las medidas de salud pública no farmacológicas adoptadas han sido distintas. Durante la pandemia de influenza A(H1N1) de 2009 no se aconsejó el uso de aislamientos y cuarentenas para combatir su propagación, debido a su dudosa efectividad para mitigar su propagación.⁶²⁸ Por el contrario, tratándose del Ébola, se les utilizó de manera reiterada a partir, por una parte, de las recomendaciones técnicas emitidas por la directora general de la Organización Mundial de la Salud y el Comité de Emergencias respectivo.⁶²⁹ De hecho, estas medidas fueron la principal herramienta de combate a la propagación del virus, en tanto, hasta abril de 2016, no se cuenta con una vacuna efectiva contra el Ébola que haya sido aprobada para su uso generalizado.⁶³⁰

⁶²⁷ Los orígenes de la Organización Panamericana de la Salud se remontan incluso a antes de la creación de la Organización Mundial de la Salud en 1946, y su fortaleza se ha debido en parte al apoyo del gobierno de los Estados Unidos. En cambio, las oficinas regionales de África han sido continuamente socavadas por una relación disfuncional con la matriz de Ginebra. Véase Lee, Kelley, *The World Health Organization (WHO)*, Londres, Routledge, 2009, pp. 33 y 45; también Hanrieder, Tine, “The Path-Dependent Design of International Organizations: Federalism in the World Health Organization”, *European Journal of International Relations*, vol. 21, núm. 1, 2015, pp. 223-226.

⁶²⁸ Adicionalmente a lo ya citado sobre este aspecto, véase también Amela Heras, Carmen *et al.*, “Bases epidemiológicas para la toma de decisiones sobre medidas de salud pública (no farmacológicas) durante la respuesta a la pandemia de gripe (H1N1) de 2009”, *Revista Española de Salud Pública*, vol. 84, núm. 5, 2010, septiembre-octubre de 2010, p. 502.

⁶²⁹ Véanse las recomendaciones establecidas en la declaración de emergencia de salud pública de importancia internacional del 8 de agosto de 2014, disponible en: <http://www.who.int/mediacentre/news/statements/2014/ebola-20140808/es/>.

⁶³⁰ Las posibles vacunas aún se encuentra(n) en etapa de ensayos clínicos, y son impulsadas por una participación mixta entre la Organización Mundial de la Salud, instituciones gubernamentales y actores no estatales, tanto ONG como el sector privado, compuesto por empresas farmacéuticas. Para un reporte reciente del progreso de los ensayos clínicos de dos vacunas para el Ébola efectuados en Liberia, véase Kennedy, S. B. y otros, “Phase 2 Placebo-

A partir de esta comparación entre lo que sucedió durante la pandemia de influenza A(H1N1) de 2009 y la crisis del Ébola de 2013-2016, se pueden extraer algunas observaciones generales. Mientras que frente al Ébola se promovieron e implementaron medidas agresivas, como la cuarentena y el aislamiento, durante la pandemia de influenza la adopción de dichas medidas por algunos países fue criticada.⁶³¹ La razón para que fueran distintos entre sí, a pesar de que ambos tienen fundamento legal en el Reglamento Sanitario Internacional, reside en que las bases epidemiológicas para una y otra enfermedad son diferentes.

En lo relativo a la influenza, por ejemplo, se asumió que una vez que la pandemia hubiera avanzado, las medidas de cuarentena y aislamiento no serían efectivas. Por lo tanto, las instancias en las que sí fueron utilizadas pueden ser asumidas como restricciones injustificadas a los derechos de personas (“viajeros” conforme a la terminología del Reglamento Sanitario Internacional).⁶³² Esto se afirma, aun a pesar de que no hayan sido formalmente impugnadas por los afectados.

Mientras tanto, durante la reciente crisis del Ébola en África occidental se puso de manifiesto la relación entre incertidumbre científica y derechos humanos. Debido a la inexistencia de vacunas, así como a los entornos adversos de los países africanos principalmente afectados, algunas medidas draconianas, como el cordón sanitario o cuarentena comunitaria,⁶³³ fueron quizá las únicas disponibles. A pesar de que en ambos casos las autoridades sanitarias y de seguridad tenían facultades para adoptar las mismas medidas, había bases científicas distintas que justificaron su uso para combatir el Ébola, cuando no para la influenza.

Por otro lado, las medidas de distanciamiento social empleadas en México aún son objeto de una discusión científica. Dado que las epidemias y pandemias son eventos esporádicos, no es posible cumplir con estándares regulares de validación de conocimiento. Esto se agrava, en tanto la influen-

Controlled Trial of Two Vaccines to Prevent Ebola in Liberia”, *The New England Journal of Medicine*, vol. 377, núm. 15, 12 de octubre de 2017, pp. 1438-1446.

⁶³¹ Véase nota al pie 408.

⁶³² Además, el procedimiento a través del cual las autoridades chinas implementaron estas medidas fue poco riguroso, dado que la única razón para someter a los viajeros a cuarentena fue su nacionalidad, lo que de ninguna manera cumple con requisitos mínimos de evaluación epidemiológica.

⁶³³ Para más información sobre un caso de la aplicación de esta medida en una aldea de Liberia, véase Tolbert Nyenswayh y otros, “Community Quarantine to Interrupt Ebola Transmission-Mawah Village, Bong County, Liberia, August-October 2014”, *Morbidity and Mortality Weekly Report*, vol. 64, núm. 7, 27 de febrero de 2015, pp. 179-182, disponible en: <http://www.cdc.gov/mmwr/pdf/wk/mm6405.pdf>.

za es considerada una enfermedad “escurridiza”, y el fenómeno del subreporte y las constantes mutaciones del virus merced a su alta tasa de error al replicarse,⁶³⁴ entre otras, son razones epidemiológicas que impiden poseer un conocimiento más completo sobre el fenómeno.

C. Posibles reformas legales como consecuencia de la crisis del Ébola

La gravedad de la crisis del Ébola en África occidental ha generado una reacción, que ha derivado en el planteamiento de una revisión de la estructura de preparación y respuesta frente a emergencias sanitarias generadas por enfermedades transmisibles.

Como resultado de las críticas dirigidas a la Organización Mundial de la Salud por su dilatada respuesta frente a la crisis del Ébola, han surgido propuestas de reformas a los artículos del Reglamento Sanitario Internacional.⁶³⁵ A manera de precisión, cualquier eventual reforma al Reglamento Sanitario Internacional, en términos de los artículos 19 a 21 de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, tiene que ser planteada y discutida ante su máximo órgano, que es la Asamblea Mundial de la Salud, y aprobada por cuando menos dos terceras partes de los presentes en la sesión. Asimismo, los Estados miembros podrán plantear reservas y objeciones a las propuestas, como ocurrió durante las discusiones que condujeron a la aprobación del Reglamento Sanitario Internacional de 2005.⁶³⁶

Hasta ahora, las principales propuestas para reformar la Organización Mundial de la Salud en lo tocante a su papel frente a emergencias sanitarias se han dirigido a cómo volver más eficiente el sistema de preparación y respuesta frente a epidemias y pandemias. Esto incluye, entre otras cosas, determinar quién tendrá la facultad de declarar una emergencia de salud pública de importancia internacional, o si es necesaria la creación de un nuevo centro dedicado exclusivamente a la esta actividad.⁶³⁷ Por el

⁶³⁴ Van-Tam, Jonathan, “The Making of an Influenza Pandemic”, presentación audiovisual, Henry Stewart Talks, 2013. Véase más al respecto en el anexo.

⁶³⁵ Estas propuestas de reforma se enuncian en el Reporte del Grupo de expertos de la evaluación provisional del Ébola, disponible en: <http://www.who.int/csr/resources/publications/ebola/report-by-panel.pdf>.

⁶³⁶ Véase, por ejemplo, las reservas formuladas por los Estados Unidos y la India a algunas disposiciones del Reglamento.

⁶³⁷ Hay opiniones encontradas, en la interrogante sobre si esta facultad debería trasladarse del(a) director(a) general de la Organización Mundial de la Salud hacia el nuevo órgano o no. Compárese el Reporte del Grupo de expertos de la evaluación provisional del

momento, estas propuestas no se han materializado en reformas legales, pues entre otras razones su implementación es un proceso que podría demorarse varios años, ello suponiendo que los Estados miembros accedan a ello.

D. *La incertidumbre frente al virus del Zika*

Como se indica en el capítulo tercero, el Reglamento Sanitario Internacional de 2005, en particular su artículo 12, ha sido invocado a la fecha en cuatro ocasiones: la primera, durante la pandemia de influenza de 2009; la segunda, en lo relativo al resurgimiento del virus de la polio en países de África y Medio Oriente; la tercera, por el brote del virus de Ébola que inició en Guinea; y, la cuarta y más reciente, en el caso del virus del Zika.⁶³⁸ Este último patógeno se propagó principalmente por el continente americano, pero sus orígenes se ubican en Uganda, África, donde fue identificado por vez primera en 1947.⁶³⁹

Así, el 10. de febrero de 2016, la entonces directora general de la Organización Mundial de la Salud emitió una declaración de emergencia de salud pública de importancia internacional debido a la propagación del virus del Zika.⁶⁴⁰ Ello no se fundamentó en los efectos conocidos del virus, sino

ébola, *supra* nota al pie 79, para. 31-34; también, Moon, Suerie y otros, “Will Ebola Change the Game? Ten Essential Reforms before the Next Pandemic. The Report of the Harvard-LSHTM Independent Panel on the Global Response to Ebola”, *The Lancet*, vol. 386, núm. 10009, noviembre de 2015, p. 2212; de igual manera, Sands, Peter; Mundaca-Shah, Carmen y Dzau, Victor, “The Neglected Dimension of Global Security –A Framework for Countering Infectious Disease Crises”, *The New England Journal of Medicine*, vol. 374, núm. 13, reporte especial, marzo de 2016, p. 1283.

⁶³⁸ En el momento de redactar este trabajo, hay un brote severo de Ébola en la República Democrática del Congo, que fue notificado a la Organización Mundial de la Salud el 10. de agosto de 2018. Sin embargo, después de una reunión convocada por el director general, el Comité de Emergencias de la Organización Mundial de la Salud consideró, en una reunión de octubre de 2018, que la situación no representa una emergencia de salud pública de importancia internacional. Una semblanza de los resultados de esta reunión se encuentra disponible en: <https://www.who.int/es/news-room/detail/17-10-2018-statement-on-the-meeting-of-the-ihf-emergency-committee-on-the-ebola-outbreak-in-drc>.

⁶³⁹ Para una cronología sintetizada de la circulación del virus del Zika a través de distintas áreas geográficas, véase Wikan, Nitwara y Smith, Duncan, “Zika Virus: History of a Newly Emerging Arbovirus”, *The Lancet: Infectious Diseases*, vol. 16, núm. 7, julio de 2016, pp. e119-e124.

⁶⁴⁰ Véase la declaración de una emergencia de salud pública de importancia internacional por la directora general de la Organización Mundial de la Salud, disponible en: <http://www.who.int/mediacentre/news/statements/2016/1st-emergency-committee-zika/es/>.

más bien de cara a la incertidumbre científica respecto del posible vínculo entre la enfermedad resultante y un incremento en los casos de microcefalia en recién nacidos.⁶⁴¹ Esta circunstancia ilustra que la reacción frente a eventos como las epidemias y pandemias ocasionadas por enfermedades transmisibles no siempre se realiza con toda la información disponible. Por el contrario, las respuestas dilatadas no son viables incluso frente a limitados conocimientos científicos. Se reitera, a este respecto, la relevancia de la figura del principio precautorio en el análisis de cualquier decisión en la que no se cuenta con conocimiento consolidado.

Dicho esto, el 18 de noviembre de 2016, la directora general de la Organización Mundial de la Salud declaró que la propagación del virus del Zika “ya no constituía una [emergencia de salud pública de importancia internacional]”.⁶⁴² Sin embargo, la cesación formal de este periodo de emergencia no implica que las amenazas de la propagación del virus hayan desaparecido por completo. Por el contrario, en el momento de escribir estas líneas, miembros de la comunidad médica abogan por el desarrollo de una vacuna efectiva, para lo cual deben sortearse obstáculos técnicos, entre ellos las dificultades de conducir las fases de ensayos clínicos necesarias para constatar su seguridad y su eficacia.⁶⁴³

Ante la falta de claridad respecto de la magnitud del daño ocasionado por este brote, persisten interrogantes sobre cuál es el camino a seguir para enfrentar las consecuencias que dicha enfermedad puede tener en las personas. Aun así, hasta ahora la emergencia por Zika no ha derivado en una movilización de personal y recursos como lo hubo en la crisis del Ébola, y anteriormente en la pandemia de influenza A(H1N1). Por lo tanto, dada la limitada información y las escasas consecuencias institucionales, se opta en estas líneas por no llevar a cabo una comparación más detallada entre estos tres eventos.

⁶⁴¹ Heymann, David L. y otros, “Zika Virus and Microcephaly: why is this Situation a PHEIC?”, *The Lancet*, Reino Unido, vol. 387, núm. 10020, febrero de 2016, p. 719.

⁶⁴² Quinta reunión del Comité de Emergencia establecido en virtud del Reglamento Sanitario Internacional (2005) sobre la microcefalia, otros trastornos neurológicos y el virus de Zika, disponible en: <https://bit.ly/2KloRKd>.

⁶⁴³ Para una publicación de los resultados iniciales (fase 1) de ensayos clínicos sobre dos posibles vacunas, así como los obstáculos técnicos pendientes, véase Gaudinski, Martin y otros, “Safety, Tolerability, and Immunogenicity of Two Zika Virus DNA Vaccine Candidates in Health Adults: Randomised, Open-Label, Phase 1 Clinical Trials”, *The Lancet*, vol. 391, núm. 10120, febrero de 2018, pp. 559-561.

IV. EL ANÁLISIS DE LOS MECANISMOS JURÍDICOS RELATIVOS A PANDEMIAS A PARTIR DE LA GOBERNANZA GLOBAL. ENTRE LO TEÓRICO Y LO PRÁCTICO

Derivado de lo que se ha expuesto en líneas precedentes, se estima apropiado presentar algunas observaciones y propuestas relativas a los ámbitos teórico y práctico en relación con los mecanismos relativos a la pandemia de influenza A(H1N1) de 2009. Para tal efecto, se retoman los elementos expuestos en secciones previas, a fin de extraer postulados en ambos sentidos (teórico y práctico), que pueden ser útiles para entender lo acontecido y pensar en futuras ocasiones.

1. *Implicaciones teóricas del enfoque de gobernanza global para la teoría jurídica en el caso de las pandemias*

A raíz de lo planteado en el capítulo segundo, el postulado de la gobernanza global en el sentido de que los efectos restrictivos provienen no sólo de actos jurídicos vinculantes, sino también de aquellos que no poseen el mismo carácter formalmente obligatorio, tiene distintas implicaciones para la teoría jurídica.

En la medida en que se discutió lo relativo al concepto de validez jurídica, una vez que se han reconocido sus límites vale la pena indicar cuáles serían sus ventajas que conllevan que el carácter vinculante de un acto no ha perdido totalmente su relevancia. En ese sentido, la discusión sobre el ejercicio de autoridad por parte de instituciones como la Organización Mundial de la Salud, y la determinación de si hay legitimidad en dicho ejercicio o no, se centra sobre la posibilidad de ampliar el enfoque doctrinal e incorporar nociones de otras disciplinas, bajo el riesgo de que el derecho quede relegado a un aislamiento teórico.⁶⁴⁴

Aun cuando lo anterior no implica un cambio radical en el ámbito práctico y la forma en que se emiten actos y toman decisiones, la importancia de este objetivo teórico reside en la posibilidad de entender los potenciales y límites de la idea de validez jurídica. Por otro lado, limitar este estudio a los instrumentos jurídicos vinculantes habría implicado desco-

⁶⁴⁴ De esta manera, se estima como inevitable retomar distintos conceptos de otras disciplinas, especialmente la teoría política, para llegar a un relato doctrinal suficientemente explicativo. Véase Bogdandy, Armin von *et al.*, “Developing the Publicness of Public International Law...”, *cit.*, p. 21.

nocer todo el sistema de alerta pandémica diseñado por la Organización Mundial de la Salud, así como los documentos más específicos tanto del espacio del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, y quizá también los manuales respectivos en el ámbito mexicano. Resultaría de ello una visión demasiado parcial de los instrumentos empleados para hacerle frente a la pandemia de influenza, que formalmente abarcó el periodo de abril de 2009 a agosto de 2010.

Por lo tanto, es tangible la ventaja de traer a colación los debates actuales en torno a la inclusión de actos que no son legalmente vinculantes dentro de las investigaciones sobre gobernanza global. Así, es posible reconocer el peso que tienen estos actos dentro de los procesos de toma de decisión tanto de organizaciones internacionales como de órganos gubernamentales mexicanos.⁶⁴⁵

A. Justificación del carácter no vinculante de los lineamientos sobre pandemias

Como se reitera a lo largo del capítulo segundo, uno de los aportes de las investigaciones sobre gobernanza global es que resalta los efectos prácticos de los actos legalmente no vinculantes, que en algunos casos llegan a ser iguales o todavía más relevantes que los de aquellos actos que sí tienen carácter vinculante. En ese sentido, a lo largo de los capítulos tercero y cuarto se han combinado los actos jurídicamente vinculantes con diversos que no lo son.

Luego, estos límites de la vinculatoriedad jurídica, que no dependen tanto de su carácter legal, sino de las circunstancias sociopolíticas, se deben a que los procesos formales que conducen a la creación de una norma obligatoria, tanto en el plano internacional⁶⁴⁶ como en el nacional,⁶⁴⁷ pueden

⁶⁴⁵ Se reitera el punto del capítulo segundo, en cuanto a que este trabajo se ha circunscrito a la gobernanza *con* el gobierno; esto es, a los actos que de una manera u otra involucraron a órganos gubernamentales, tanto en el plano internacional como en el nacional. Véase nota al pie 184.

⁶⁴⁶ En cuanto a hechos recientes que ilustran este punto, tan sólo en lo tocante a la próxima reforma al Reglamento Sanitario Internacional a raíz de la crisis del Ébola, la misma se planteó por un panel de expertos en julio de 2015. Empero, el Comité de Examen previsto por el artículo 50 del Reglamento Sanitario Internacional presentó su informe definitivo durante la reunión de la Asamblea Mundial de la Salud, que tuvo lugar en mayo de 2016. En dicho informe, se optó por no recurrir a una reforma al Reglamento Sanitario Internacional. Esta demora resultaría más notoria en el caso de otras organizaciones internacionales, cuanto que las reformas legales dentro de la Organización Mundial de la Salud de un texto legalmente vinculante como lo es el Reglamento Sanitario Internacional, se encuentra so-

llegar a ser tortuosos y conllevan negociaciones que en ocasiones no arriban a su objetivo final.⁶⁴⁸

Los fenómenos globales complejos e inciertos como las pandemias requieren de un margen capaz de permitir una respuesta calibrada, dada esta prolongación de los procesos de reforma legal. En cambio, las ventajas de los actos legalmente no vinculantes resultan en una mayor flexibilidad, en atención a la ausencia de procesos extendidos de negociación relacionados con una codificación.⁶⁴⁹

De cara a la multicitada dificultad de predecir los patrones de propagación y severidad de futuras pandemias, tal flexibilidad demuestra cumplir ese objetivo funcional al servir de guías para la actuación de las autoridades, pues se encuentran en continua actualización.

B. Preocupaciones respecto del papel o función de los actos no vinculantes

Si bien en el apartado previo se explica por qué podría justificarse que estos actos no se “formalicen”, hay que mencionar cuando menos algunos de los problemas que giran en torno a la ausencia de un proceso formal de creación o emisión de actos no vinculantes.

Primeramente, el enfoque de la gobernanza global —o cualquier otro que implique el análisis de actos no vinculantes— tiene sus limitaciones metodológicas. En la medida en que se adoptó un parámetro binario (le-

metido a un proceso peculiar, que le otorga mayores facultades a la Organización Mundial de la Salud para hacerlo de manera abreviada, sin necesidad de esperar procesos jurídicos internos de validación de los tratados.

⁶⁴⁷ Ha sido ampliamente discutida la omisión legislativa en México y cómo en este país, históricamente, ello también se relacionó con una mayor recurrencia a los actos administrativos. Al respecto, véase Astudillo, César, “La inconstitucionalidad por omisión legislativa en México”, en Carbonell, Miguel (coord.), *En busca de las normas ausentes*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, p. 305.

⁶⁴⁸ Se estima que esta es la razón por la cual la Organización Mundial de la Salud opta por recurrir en mayor grado a un esquema de actos no obligatorios o *soft*, en vez de regulaciones o normas formalmente obligatorias o *hard*. Gostin, Lawrence *et al.*, “The Normative Authority of the World Health Organization...”, *cit.*, pp. 854 y 855.

⁶⁴⁹ Sobre esta ventaja de los actos provenientes del *soft law*, véase Toro Huerta, Mauricio del, “El fenómeno del *soft law* y las nuevas perspectivas del derecho internacional”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. VI, 2006, pp. 540 y 541; también Abbott, Kenneth y Snidal, Duncan, “Hard and Soft Law in International Governance”, *International Organization*, vol. 54, núm. 3, junio de 2000, pp. 434 y 435; también, en el marco de la Organización Mundial de la Salud, véase Taylor, Allyn L., “Global Health Law”, en Kickbusch, Ilona y otros (eds.), *Global Health Diplomacy. Concepts, Issues, Actors, Instruments, Fora and Cases*, Nueva York-Heidelberg, Springer, 2013, pp. 49-51.

galmente vinculante/no vinculante, obligatorio/no obligatorio), no queda claro dónde está el punto final de los actos no vinculantes. Como se señala en el capítulo segundo, esto obedece en mayor medida a una selección arbitraria, propia del autor. No obstante, queda abierta la inclusión de otros criterios que no fueron incluidos por razón de tiempo, espacio y limitaciones epistemológicas. A falta de un estándar definitivo, permanece siempre la posibilidad de que se hayan dejado fuera actos no vinculantes que podrían estimarse como relevantes.

A propósito, puede señalarse que esta es una de las virtudes metodológicas y epistemológicas de la validez jurídica: facilita la identificación de los actos que se estiman como producto de un procedimiento conocido de antemano. En ese orden de ideas, surgen diversas preocupaciones en torno al hecho de que un acto legalmente no vinculante tenga efectos restrictivos, limitativos o condicionantes, no sólo en el ámbito fáctico, sino también en el campo de lo jurídico. Dichos efectos pueden ocurrir ya sea sobre la libertad individual, o bien sobre la capacidad de toma de decisión de los Estados.⁶⁵⁰

En cuanto a la creación y posterior modificación de instrumentos legalmente no vinculantes, hay una preocupación constante debido a lo que se considera que es un déficit democrático.⁶⁵¹ Mientras que los criterios jurídicos pueden ser sometidos a lo que se señala como estándares mínimos de participación democrática, no hay tal opción para los actos legalmente no vinculantes. Tal como se observa en las nuevas versiones de las directrices, planes y manuales que se abordaron en secciones precedentes, no se requirió de un proceso formal de reforma⁶⁵² que contara con la participación ya sea de los Estados miembros en el caso de la Organización

⁶⁵⁰ Bogdandy, Armin von *et al.*, “Developing the Publicness of Public International Law...”, *cit.*, p. 11.

⁶⁵¹ Esty, Daniel, “Good Governance at the Supranational Scale...”, *cit.*, pp. 1515-1517; en el contexto de la Unión Europea y de instituciones internacionales encargadas del medio ambiente, Bodansky, Daniel, “The Legitimacy of International Governance: A Coming Challenge for International Environmental Law?”, *American Journal of International Law*, vol. 93, núm. 3, julio de 1999, pp. 598 y 599.

⁶⁵² Cabe aclarar que en el caso de las directrices de la Organización Mundial de la Salud, éstas sí fueron sometidas a debates públicos, celebrados por expertos que cumplieran con requisitos como los del Reglamento de la Organización Mundial de la Salud para los Comités y Paneles de Expertos (Regulations for Expert Advisory Panels and Committees). Sin embargo, estos procesos de modificación distan mucho del nivel de formalidad que tienen las reformas al Reglamento Sanitario Internacional, pues de acuerdo con el artículo 21 de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, sólo pueden llevarse a cabo en el seno de la Asamblea Mundial de la Salud, compuesta por los representantes de todos los Estados miembros bajo la política de un país, un voto.

Mundial de la Salud; de un proceso de firma, aprobación y ratificación del Plan Norteamericano en cita; o bien de la posibilidad de control de otros órganos de gobierno, como los poderes Legislativo o Judicial, en el contexto mexicano.

2. *La incorporación del conocimiento científico como pauta de aceptabilidad de los actos no vinculantes. Implicaciones prácticas*

Tanto en el caso de una perspectiva de derechos humanos como en el análisis de los múltiples instrumentos tanto vinculantes como no vinculantes relacionados con las pandemias, se ha advertido que las respuestas no residen estrictamente en el contenido mismo de las normas jurídicas. Más bien, a partir de las consecuencias teóricas de un análisis de gobernanza global, lo que determina el rumbo de los documentos que establecen criterios de respuesta frente a una pandemia es el avance del conocimiento científico válido y disponible.

Por ende, las derivaciones fácticas o prácticas de esta afirmación consisten en que es necesario abordar los principios científicos que subyacen a cualquier recomendación, directriz o criterio. Sólo a través del conocimiento proveniente de la epidemiología, la virología, la salud pública o, en general, la medicina, podrá determinarse si las medidas administrativas, en el caso de las epidemias y las pandemias, están justificadas o no.

Esto implica que las autoridades sanitarias requieren de estar actualizadas respecto del conocimiento científico en esas materias, a fin de que pueda considerarse que las medidas sanitarias adoptadas están legalmente fundadas y motivadas. Por supuesto, no siempre quedará completamente claro cuáles son las mejores, en tanto el llamado “estado del arte” no siempre proporciona criterios definitivos, especialmente debido a que las emergencias sanitarias en general, y las pandemias en especial, son eventos esporádicos y muy espaciados entre sí.⁶⁵³

Algunos sucesos acontecidos durante la pandemia de influenza en estudio subrayan la relevancia práctica de los actos legalmente no vinculantes. Esto es notorio en el hecho de que las principales críticas dirigidas en contra de la Organización Mundial de la Salud, y que en su momento dieron lugar

⁶⁵³ Sobre las dificultades para realizar los estudios sobre efectividad de las medidas de salud pública en el contexto de emergencias sanitarias, véase Biddinger, Paul y otros, “Public Health Emergency Preparedness Exercises: Lessons Learned”, *Public Health Reports*, vol. 125, suplemento 5, noviembre-diciembre de 2010, p. 105.

a una investigación por parte del Consejo de Europa,⁶⁵⁴ no versaron sobre los actos derivados de instrumentos vinculantes como lo fue la declaración de una emergencia de salud pública de importancia internacional, del 25 de abril de 2009. Más bien, se suscitaron contra la declaración del máximo nivel de alerta pandémica (6) del 11 de junio de 2009,⁶⁵⁵ que estuvo basada en directrices que no tienen carácter de legalmente vinculantes.

Entonces, durante la pandemia se pudo observar de qué manera los actos legalmente no vinculantes, como la declaración del máximo nivel de alerta pandémica, generaron un alto costo económico para los Estados, y, por ende, fomentaron los llamados para una mayor transparencia y rendición de cuentas por parte de la Organización Mundial de la Salud.⁶⁵⁶ El acto proveniente de un instrumento jurídicamente vinculante, que fue la declaración de emergencia de salud pública de importancia internacional, no fue impugnado ni criticado de manera directa.

Lo mismo puede decirse del espacio regional, en la medida en que los actos que condujeron a la eventual notificación de la presencia de una nueva cepa del virus de la influenza también provienen de documentos legalmente no vinculantes, en específico del Acuerdo para la Seguridad y Prosperidad de América del Norte (posteriormente Cumbre de Líderes Norteamericanos, cuyo estatus actual es incierto) y del Plan Norteamericano para la Influenza Aviar/Animal y Pandémica. Así, la coordinación técnica en cuanto a las actividades de laboratorio fue determinante para el desarrollo de la respuesta frente a la aparición y propagación del nuevo subtipo de virus de la influenza.⁶⁵⁷

Se observa que tratándose del régimen jurídico de México, la presencia de actos legalmente no obligatorios no tuvo una presencia tan manifiesta

⁶⁵⁴ Esta investigación tuvo como propósito determinar si hubo un conflicto de interés en el proceso de toma de decisiones que condujo a la declaración del máximo nivel de la pandemia, el 11 de junio de 2009.

⁶⁵⁵ En el capítulo primero se explican con mayor detalle las diferencias entre una y otra figura.

⁶⁵⁶ La declaración del máximo nivel de alerta pandémica trajo como consecuencia la activación de contratos “congelados” o “durmientes” (*dormant*) con empresas farmacéuticas, lo cual a su vez dio lugar a sospechas de que había un conflicto de interés en la declaración del máximo nivel pandémico. Véase Cohen, Deborah y Carter, Philip, “WHO and the Pandemic Flu «Conspiracies»...”, *cit.*, p. 1279; *Strengthening Response to Pandemics...*, *cit.*, pp. 101, 102 y 116; “Handling of the H1N1 Pandemic: More Transparency Needed...”, *cit.*, párr. 10.

⁶⁵⁷ Avery, Donald Howard, “The North American Plan for Avian and Pandemic Influenza...”, *cit.*, p. 1; también, el anexo 1 de Condon, Bradley y Sinha, Tapen, “Los mexicanos no fueron la causa de la influenza A(H1N1) en Estados Unidos”, junio de 2011, disponible en: http://cdei.itam.mx/medios_digitales/archivos/investigacion/Condon_Sinha_AH1N1_27_junio_2011.pdf.

como en el espacio internacional. Aquellos actos del derecho administrativo cuyo carácter legalmente obligatorio podría ser dudoso —como se explica en el capítulo cuarto— ayudan a entender la respuesta frente a la pandemia. En ese sentido, los documentos nacionales terminaron por estar conformes, en su mayor parte, con las directrices provenientes de los ámbitos internacional general (de la Organización Mundial de la Salud) y regional (del TLCAN/T-MEC, bajo el Acuerdo para la Seguridad y Prosperidad de América del Norte), toda vez que no se recurrió a la cuarentena ni al aislamiento a nivel nacional, a pesar de que las autoridades contaban con facultades legales para hacerlo conforme a múltiples fuentes normativas.

Esto evoca el panorama general relativo al impacto que tienen las decisiones de organismos internacionales en el ámbito doméstico.⁶⁵⁸ Por un lado, como se señaló en el capítulo tercero, la Organización Mundial de la Salud, en su calidad de autoridad en materia de sanidad internacional,⁶⁵⁹ desempeñó un papel de rector de las decisiones, con todo y las desviaciones que se suscitaron por unos cuantos países.⁶⁶⁰ Por otro lado, el marco de negociación del Tratado de Libre Comercio de América del Norte fungió en su momento como plataforma para la creación de un foro de coordinación entre países, en el que se definieron los pasos a seguir en la eventualidad de una pandemia de influenza.⁶⁶¹

Ahora bien, hay una dificultad epistemológica relacionada con la incorporación de criterios científicos para determinar la aceptabilidad de un acto no vinculante, como las directrices de la Organización Mundial de la Salud, el Plan Norteamericano o los manuales administrativos mexicanos sobre preparación y respuesta frente a la influenza. El hecho es que se trata de un conocimiento técnico, altamente especializado y complejo, que no se encuentra al alcance de todas las personas.⁶⁶²

En este sentido, no todas las personas sin formación profesional en el área de epistemología, virología, salud pública o medicina pueden tener

⁶⁵⁸ Para una explicación más detallada, véase Serna de la Garza, José María, *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización...*, cit., pp. 69-75.

⁶⁵⁹ Conforme al artículo 2o. de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud.

⁶⁶⁰ Aparentemente, estas desviaciones fueron todavía más frecuentes en la crisis del Ébola. Véase la información contenida en *Report of the Ebola Interim Assessment Panel...*, cit., párrs. 17-19.

⁶⁶¹ Véase nota al pie 415.

⁶⁶² Un razonamiento distinto se vislumbra en la sentencia del caso emblemático *Jacobson v. Massachusetts*, de la Corte Suprema de Estados Unidos, dictada en 1905, p. 197, U.S. 30. El juicio versó, *grasso modo*, sobre la aceptabilidad de una restricción a la libertad individual, consistente en la aplicación obligatoria de una vacuna contra la viruela en el estado de Massachusetts, ordenado por las autoridades sanitarias del mismo.

acceso a las múltiples publicaciones científicas⁶⁶³ que contienen los criterios más actualizados⁶⁶⁴ respecto de las investigaciones que se realizan actualmente. Encima, la validez científica de la información contenida de estas publicaciones, a menudo se extrae de largos procesos, cuyos detalles pueden ser obviados por personas no versadas en la materia. A pesar de que contengan una redacción clara, no necesariamente estarán al alcance del público en general, aunado a que los procesos de validación científica no pueden ser abordados sin tener presente los aspectos minuciosos de los mismos.

En vista de la asimetría existente en el acceso a información tan especializada, resulta necesario acudir a expertos en la materia de que se trate al momento de tomar decisiones de este tipo. En la siguiente sección se menciona también el hecho de que durante la pandemia por influenza A(H1N1) de 2009, tanto en el plano internacional como en el nacional, participaron expertos en epidemiología, virología —con énfasis en influenza— y salud pública en general.

3. Cuando la ciencia no alcanza. El carácter necesario, mas no suficiente, de los criterios científicos

En el anexo se exponen cuáles son algunas de las características epidemiológicas básicas de la influenza, así como de algunos de los medios disponibles para combatirla. De igual manera, tanto en el referido anexo como en los capítulos primero, tercero y cuarto se señalan algunos desacuerdos en torno al conocimiento referido a la influenza pandémica y las medidas más efectivas para su contención.

En primer lugar, la crítica de que la Organización Mundial de la Salud no ha emitido una definición clara o “definitiva” de *pandemia* no es únicamente atribuible a dicha institución, sino que bien podría dirigirse a la rama de la epidemiología en general.⁶⁶⁵ Lo que se puede observar son criterios en

⁶⁶³ Las revistas médicas con mayor factor de impacto internacional en el campo de medicina son, respectivamente, *The New England Journal of Medicine* y *The Lancet*. Ambas revistas han publicado sendos artículos respecto de la influenza pandémica.

⁶⁶⁴ Sin embargo, hay que señalar que el proceso de publicación en revistas académicas puede demorarse sobremanera.

⁶⁶⁵ Por supuesto, esta carencia no es exclusiva del campo de la epidemiología, sino que está también presente en el ámbito del derecho. Véase Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, 2a. ed., Oxford, Oxford University Press, 1994, pp. 6, 15-17; Klabbers, Jan, *An Introduction to International Institutional Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, pp. 7 y 8; Endicott, Timothy, *Vagueness in Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000, pp. 48, 49 y 181-183; Cáceres, Enrique, “The Golden Standard of Concepts with Necessary Conditions and the

constante proceso de construcción, ya que, en la medida en que surgen nuevas enfermedades y reemergen previas sería hartamente riesgoso construir una definición demasiado específica, que pudiera dejar fuera algún fenómeno que se presentara en un futuro. Como se señala en el capítulo tercero, esa fue la razón que tornó obsoleta a la versión anterior del Reglamento Sanitario Internacional de 1969.

Segundo, la utilización de un argumento científico para justificar la opacidad en la reunión del Comité de Emergencias derivó en la impresión de que había una justificación técnico-científica en la decisión de declarar el nivel 6 de alerta pandémica durante junio de 2009. El respaldo consistió en que fue adoptada a través de la inclusión de personas que son consideradas como expertos en el tema.⁶⁶⁶ Asimismo, la decisión también se apoyó en el argumento de que como consecuencia se producirían determinados resultados en el mundo, pues se detendría la acelerada propagación del virus.⁶⁶⁷

A pesar de que anteriormente a 2009 había un énfasis reiterado en el carácter impredecible de una eventual pandemia respecto de su aparición, duración y magnitud,⁶⁶⁸ los instrumentos previos que plasmaban los criterios de preparación y respuesta no se encontraban calibrados para la eventualidad de brotes globales con un menor impacto,⁶⁶⁹ máxime que se habían realizado ejercicios de preparación con el escenario de un posible brote de influenza aviar (de la cepa H5N1) en mente, en tanto ocurrían brotes esporádicos en regiones asiáticas.⁶⁷⁰

Para complicar todavía más este panorama, no se cuenta con herramientas ni epistemológicas ni empíricas para determinar cuál habría sido la consecuencia de no haber activado los mecanismos relacionados con la pandemia de influenza. Hay registro de simulacros o ejercicios previos a la pandemia, encaminados a enfrentar este tipo de contingencia, lo que

Concept of Law”, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, México, núm. 6, 2012, pp. 41 y 42.

⁶⁶⁶ De Búrca, Gráinne, “Developing Democracy Beyond the State...”, *cit.*, pp. 242-246; Wolfrum, Rüdiger, “Legitimacy of International Law from a Legal Perspective: Some Introductory Considerations...”, *cit.*, p. 19.

⁶⁶⁷ De Búrca, Gráinne, “Developing Democracy Beyond the State...”, *cit.*, pp. 245-246.

⁶⁶⁸ 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, p. 79.

⁶⁶⁹ Esta crítica se encuentra en “Handling of the H1N1 Pandemic: More Transparency Needed...”, *cit.*, párr. 23; también, se reconoce esta circunstancia en las nuevas directrices relacionadas con pandemias, en *Pandemic Influenza Risk Management*, Ginebra, Organización Mundial de la Salud, 2017, p. 3.

⁶⁷⁰ Plan Nacional de Preparación y Respuesta ante la Intensificación de la Influenza Estacional o ante una Pandemia de Influenza..., 2010, *cit.*, p. 14.

pudo haber contribuido a disminuir la afectación de las capacidades institucionales.⁶⁷¹ Empero, esto sólo se puede afirmar como una suposición, mas no como una certeza, ya que no hay proyecciones exactas disponibles en el ámbito médico.

La fluctuación en el conocimiento disponible respecto de los brotes epidémicos en general,⁶⁷² y la influenza pandémica en particular, significa que las decisiones no siempre serán adoptadas con toda la información necesaria a la mano. Esto se vuelve problemático, en tanto hay en juego una serie de derechos individuales (sobre todo de libertad) y colectivos (en cuanto a la protección de salud pública), que requieren de un balance basado en criterios que puedan definir si es justificado restringir unos —los derechos individuales— en aras de salvaguardar otros —el derecho a la salud en su vertiente colectiva—. A partir de lo expuesto en los capítulos tercero y cuarto, la tensión entre los derechos implica que uno prevalece sobre el otro en ciertas circunstancias.

Así, al estar en riesgo la salud colectiva, se justifica restringir las libertades individuales (por ejemplo, la libertad de tránsito, de movimiento y de reunión), si y sólo si el conocimiento científico señala que las medidas restrictivas son efectivas para cumplir esa meta. De lo contrario, estaríamos frente a una restricción desproporcionada de derechos por parte de las autoridades nacionales o internacionales.

Sin embargo, no siempre puede emplearse a la ciencia como el único estándar para la justificación de los actos, sean éstos legalmente vinculantes o no. Esto no es exclusivo de lo relativo a epidemias y pandemias, puesto que conforme al principio precautorio, en otros regímenes como el comercial⁶⁷³

⁶⁷¹ El 10 de octubre de 2006, el Comité Nacional para la Seguridad en Salud realizó un ejercicio nacional denominado “Escudo Centinela” para poner a prueba la coordinación entre distintas dependencias sanitarias de los niveles de gobierno federal y estatal. Véase el Informe Ejecutivo de febrero de 2007, así como la presentación en: <http://slideplayer.es/slide/3426179/>.

⁶⁷² Durante la crisis del Ébola también hubo desacuerdos entre expertos en virología y epidemiología en cuanto a la sensatez de declarar una emergencia de salud pública de importancia internacional. Tal fue el caso, por ejemplo, del médico y estadístico Hans Rosling, del Instituto Karolinska de Suecia, quien formó parte de un panel de expertos que recomendó a la directora general de la Organización Mundial de la Salud no declarar la emergencia con motivo del brote de Ébola, en julio de 2014. Hacia los primeros días de agosto de ese año, la crisis ya se encontraba fuera de control. Véase Garrett, Laurie, “Ebola’s Lessons. How the WHO Mishandled the Crisis...”, *cit.*

⁶⁷³ El artículo 5o., párr. 7 del Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, derivado del artículo XX(b) del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT, por sus siglas en inglés), prevé la toma de decisiones en un tema respecto del cual no hay suficiente evidencia científica. Esto puede consistir, por ejemplo, en una falta de consenso en la

o el ambiental,⁶⁷⁴ la existencia de incertidumbre científica es una posibilidad prevista por los instrumentos, lo que faculta a las autoridades a actuar frente a un problema que pone en riesgo la salud pública, aun cuando un cálculo aproximado de la magnitud de sus consecuencias no pueda ser llevado a cabo.⁶⁷⁵

En el siguiente y último capítulo se procede a extraer conclusiones a partir de lo que se ha expuesto hasta aquí. Al haber utilizado el esquema de gobernanza global para comprender los mecanismos jurídicos empleados durante la pandemia de influenza A(H1N1) de 2009, se pueden identificar argumentos teóricos y prácticos que no se limitan al campo de las normas jurídicas que surgen a partir de las fuentes formales.

comunidad respecto de los riesgos a la salud que plantea un producto. Una cláusula similar se encuentra en el artículo 715.4 del TLCAN.

⁶⁷⁴ El principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992 también hace mención de la necesidad de adoptar medidas para proteger el medio ambiente, aun ante la falta de certeza científica absoluta. Para una explicación sobre la inclusión del principio precautorio en esta Declaración y otros instrumentos internacionales, véase Saruwatari Zavala, Garbiñe, “Principio de precaución. Aspectos jurídicos”, en Cano Valle, Fernando (coord.), *El principio precautorio...*, *cit.*, pp. 227-233.

⁶⁷⁵ Cano Valle, Fernando, “El principio precautorio...”, *cit.*, pp. 42 y 43.