

# LAS AVERÍAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO: LO QUE EL COVID-19 DEVELÓ\*

EMILIANO OAXACA PATERNA\*\*

*Hubo una epidemia de tristeza en la ciudad,  
se borrarón las pisadas,  
se apagaron los latidos,  
y con tanto ruido  
no se oyó el ruido del mar*

Joaquín Sabina\*\*\*

## I. Advertencia al lector a manera de introducción

Resulta estéril repetir —como demasiados han hecho ya— que atravesamos por una de las mayores crisis sociales de nuestros tiempos. Insípido es escribir que la economía mundial y nacional sufre ya un desquiciado arrebató digno de incluirse en los libros de historia universal. No pretendo gastar líneas que llenen así los espacios. Son análisis evidentes, de los que naturalmente se debe partir, pero no pensar demasiado y hacer tratados al respecto.

---

\* Fecha de recepción: mayo 2020. Aceptado para tu publicación: junio 2020.

\*\* Licenciado en Derecho por la Universidad La Salle (México). Correo electrónico: emiliano.oaxaca.paterna@gmail.com

\*\*\* Joaquín Sabina, "Ruido", en el CD *Esta boca es mía*, grabación de 1994, Madrid, España, BMG Ariola.

Atónito he leído y escuchado a muchas y muchos juristas reiterar sobre la importancia del derecho (en especial el administrativo) en esta crisis pandémica mundial. La premisa es igual a la conclusión: el derecho es importante en tanto que limita el uso arbitrario de facultades en estado de excepción. Sin embargo, no proliferan reales críticas respecto del incipiente estado normativo que guarda nuestra legislación y su incapacidad para mantener el estado de derecho también en situaciones extraordinarias.

Así pues, el presente trabajo tiene por menester exponer las grandes omisiones de las que adolece nuestro derecho administrativo tratándose de emergencias o crisis de carácter sanitario. Omisiones que han sido delatadas por el COVID-19, y que representan una de las mayores crisis legislativas del estado mexicano. Más que como una crítica a lo que difícilmente es previsible, una oportunidad que se presenta como resultado de una superación del marco normativo.

Transitamos en medio de una irrepetible ocasión —esperando que se convierta en más una obligación— para volver a entender al derecho administrativo y su papel en la relación derechos fundamentales —crisis sanitarias—. Nos encontramos en la imperiosa necesidad de modificar al poder de administración estatal, dentro del entendimiento de un verdadero y progresista marco del derecho humano a la salud, tanto en su aspecto internacional como nacional. Tanto en normalidad jurídica, como en estados de excepción.

¿Qué es una emergencia sanitaria para nuestro derecho administrativo? ¿Quién y cómo se declara? ¿Cuáles son los efectos de esa declaración? ¿Se trata de un concepto regulado por nuestro derecho administrativo? ¿Debiera ser regulado conforme al derecho internacional de los derechos humanos? ¿Basta con la Acción Extraordinaria en Materia de Salubridad General para hacer frente a crisis sanitarias? ¿El supuesto del Artículo 29 de nuestra Constitución general resulta un mecanismo apto? ¿Los actos administrativos emitidos son acordes al marco normativo? Son algunos de las cuestiones que de una u otra forma se tratarán en el presente Artículo de fondo.

Así pues, se intentará realizar un estudio que vislumbre la enorme carencia de nuestro derecho administrativo respecto de emergencias sanitarias. Un análisis que bien podría encajar —con sus matices— en los diferentes estados de excepción previstos en nuestra ley y dispuestos a ocurrir en la vida de nuestra República.

## II. Sobre el derecho administrativo y su papel en la salud pública (aun en estado de emergencia)

Se reconoce en todas las teorías, en todos los foros, medios y academias que el derecho es el último fundamento de toda democracia y también el último fundamento de toda tiranía. Que es el instrumento esencial para que “lo público” sea en verdad de todos y encuentre alguna justificación ya moral, amoral, formal, material, etcétera.<sup>1</sup> Esperando dar con un asomo de un propio y simple concepto: el derecho no es otra cosa que una actividad consistente en hacer objetivo lo subjetivo.

¿Cuáles subjetivos (o relativos) se deben transformar en objetivo (o absoluto)? Es claramente la pregunta central de nuestra ciencia. ¿Cómo lograr esa metamorfosis y cómo hacerla válida para la generalidad, incluidos en ella aquellos cuya subjetividad no fue tomada en cuenta?<sup>2</sup> Es otro núcleo de pensamiento, quizás el más importante.

Pero no sólo se trata de lo anterior, el derecho cumple fines, reconoce realidades, identifica, asume y minimiza riesgos, protege a los individuos en tanto lo son. El derecho ansía el bien común —aunque resulta a veces imposible definir tal cosa—. El derecho es el instrumento que hemos creado para alcanzar la felicidad comunitaria. Pero ¿cómo todo esto se relaciona con la administración de una crisis sanitaria?

El derecho funciona, en buena medida, para darnos orden, estabilidad y sensaciones de permanencia ante la escasez —particularmente el derecho administrativo—, y es claro que la crisis pandémica ocasionada por el COVID-19 representa una afronta a cualquier cosa que se asemeje a lo anterior. El COVID-19 enjuicia nuestro pasado y futuro, incluso revitaliza la idea subyacente del peligro de la extinción humana, de lo efímero, del riesgo y del peligro común.

En este orden de ideas, el derecho administrativo resulta ser la principal —o única— rama del derecho apta para la real e inmediata atención de cualquier tipo de emergencia. El acto administrativo goza de dos características fundamentales que lo distinguen: su esencia “ejecutiva” y su validez jurídica intrínseca (la presunción de legalidad y los principios de

---

<sup>1</sup> Cfr. Ferrajoli, Luigi, “*La democracia a través de los derechos*”.

<sup>2</sup> Recomendando ampliamente la lectura de: Abreu y Abreu, Juan Carlos *El pluralismo cultural una alternativa para la reconcepción de los derechos humanos*.

ejecutividad, ejecutoriedad, estabilidad e impugnabilidad),<sup>3</sup> elementos que hacen que su producción, eficacia y consecuencias se generen de forma inmediata y protegidas por el derecho.

El derecho administrativo goza de una privilegiada posición dentro de nuestro juego republicano, tan es así que “no se puede establecer que el derecho administrativo tenga un fin único y específico, porque por medio de la administración pública se realizan las acciones más importantes del Estado,<sup>4</sup> dentro de las cuales deben estipularse, con especial énfasis, los estados de excepción de cualquier tipo.

Ahora bien, el derecho a la salud como prerrogativa fundamental resulta ampliamente reconocido por tratados internacionales y por nuestro derecho interno, así como ampliamente discutido por la teoría jurídica. Se trata de un derecho humano protegido tanto por el sistema internacional de protección de los derechos humanos, así como por el diverso sistema interamericano, ambos vinculantes para el Estado mexicano.

Así, para el caso del sistema internacional, el reconocimiento y protección comienza desde el Artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 que dispone que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia sanitaria y los servicios sociales necesarios”.<sup>5</sup>

Reconocimiento que se confirma por lo estipulado en el Artículo 12 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales que establece, en su primer apartado que “los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”.<sup>6</sup> Desde la redacción de los citados preceptos, es notorio que el derecho humano a la salud implica garantizar el acceso una vida plena en todo momento, garantizar el acceso al bienestar como concepto integral (y no sólo como ausencia de enfermedades).

---

<sup>3</sup> Roldán Xopa, José, *Derecho Administrativo*, pp. 342-344.

<sup>4</sup> Hamdan Amad, Fauzi, “Derecho administrativo” en *Apuntes de las cátedras impartidas en la Escuela Libre de Derecho*, pp. 15-16.

<sup>5</sup> Declaración Universal de los Derechos Humanos.

<sup>6</sup> Pacto Internacional de los Derechos Sociales, Económicos y Culturales, Impone a los estados la adopción de medidas: “Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”.

Por su parte, en el sistema interamericano de protección de derechos humanos, sucede igual en virtud de su hermenéutico reconocimiento en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o Pacto de San José, así como su expresa protección en el Artículo 10 del Protocolo de San Salvador que establece que “toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social”.<sup>7</sup>

Naturalmente, el derecho a la salud es igualmente reconocido por nuestra constitución que en su Artículo 4° dispone que “toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del Artículo 73 de esta Constitución”.

Ahora bien, lo anterior da pie para que se garantice y proteja el derecho humano a la salud echando mano de diversas herramientas estatales. Se ha desarrollado una senda lista de estándares y referentes importantes para determinar el cumplimiento o incumplimiento de esta obligación interamericana e internacional, utilizando tanto a las funciones legislativas, jurisdiccionales y ejecutivas.

Destaca que el juego del derecho administrativo resulta primordial para garantizar de primera mano el derecho a la salud, más aún que la labor judicial y legislativa. El derecho administrativo supone una interacción cotidiana con las personas y sus derechos, es el que permite la asignación de recursos, compra de insumos, permisión de edificación de infraestructura hospitalaria, regulación de precios de mercado, de intereses bancarios, y un largo etcétera. Se trata pues de una presencia intensa y trascendente.

Como herramienta estatal, México deposita en el marco normativo del ejecutivo una amplísima red de competencias y facultades con el propósito de administrar cotidianamente a la nación. Ello no excluye, más bien acentúa, la importancia del derecho administrativo en contextos

---

<sup>7</sup> Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, Impone, además, que: “Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho: a) la atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad; b) la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado; c) la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas; d) la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole; e) la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y f) la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.

críticos como lo puede ser una emergencia de carácter sanitario. Es dable afirmar que el derecho administrativo debe prever como hipótesis normativa, sin escatimar, todas las situaciones de emergencia imaginables para calificarlas, graduarlas y generar consecuencias de derecho que permeen en todo el ordenamiento.

Por lo tanto, la regulación y actividad del derecho administrativo en temas de salud debe ser completa, audaz, íntegra y sumamente capaz de garantizar a la población este derecho tanto en tiempos de “normalidad constitucional”,<sup>8</sup> y sobre todo en situaciones de anormalidad fáctica y jurídica. La ciencia jurídica de la administración de recursos públicos tiene la encomienda más importante en este sentido: no se trata de una opinión, se trata de una obligación convencional y constitucional.

Si entendemos que el derecho a la salud no termina en simplemente la ausencia de enfermedades, sino que “debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud”,<sup>9</sup> ello implica que dichas condiciones de integralidad en el derecho a la salud, deben darse —en la medidas de las posibilidades estatales— en ciertos escenarios que impliquen incluso situaciones extraordinarias.

Ahora bien, los sistemas internacionales como el interamericano de protección de derecho obligan a los Estados parte a “adoptar medidas”, sin puntualizar cuáles son las medidas específicas, cuestión que se torna un tanto problemática pues dicha obligación se sujeta a la “medida de los recursos disponibles”. Evidentemente, el fraseo utilizado al respecto —y prácticamente en todo el derecho internacional— abre discusiones sobre el cumplimiento o incumplimiento de los deberes impuestos.

No es menester del presente trabajo profundizar sobre la obligatoriedad del derecho internacional —cuestión que remonta a las teorías de las obligaciones y su adaptación en tratándose derechos humanos—, sin embargo, se limita a afirmar de manera categórica la existencia de la obligación de adoptar medidas necesarias para garantizar el derecho a la salud. Y, en efecto, está dentro de la medida de las posibilidades del Estado mexicano crear un vasto marco normativo que garantice tal derecho —y en general todos los derechos humanos— incluso (y con especial énfasis) en situaciones de anormalidad.

---

<sup>8</sup> Cruz Villalón, Pedro, “Normalidad y excepción”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, p. 192.

<sup>9</sup> Benach, Joan, “La salud de todos y sus causas. La salud pública, la equidad y sus causas: ¿de qué depende nuestra salud?”, en *Comprendiendo el derecho humano a la salud*, pp. 10-12.

Es menester del Estado crear las condiciones —al menos comenzando por la normativas— para que todos los ciudadanos mexicanos gocen de un claro marco legal que regularice la administración la salud pública, y demás colateralidades jurídicas, en los diferentes estados de normalidad, así como en los diferentes estados de excepción o de anormalidad posibles.

Así pues, es obligación del Estado mexicano, y a través del derecho administrativo, el definir, graduar y limitar las diferentes situaciones de excepción fáctica y jurídica, con el propósito de:

1. Accionar al aparato estatal, mediante instituciones, autoridades y acciones ciertas y determinadas en cuanto a su objeto y alcance, para hacer frente a la crisis sanitaria de que se trate;
2. Prever de forma legal, la posible limitación o restricción de ciertos derechos humanos que se consideren necesarios para la contención de la crisis, y su eventual restablecimiento.
3. Garantizar, en consecuencia, la protección legal de los derechos humanos, eliminando la arbitraria disposición de los mismos en que pudiera incurrir la administración.

### **III. Estado de emergencia sanitaria: verdadera angustia legal**

Resulta que el uso de conceptos como “*emergencia sanitaria*”, “*contingencia sanitaria*” o “*desastre sanitario*” son utilizados por nuestro legislador en diferentes cuerpos normativos. Hacen referencia, sin duda, a situaciones extraordinarias y, pareciera, que los mismos cuentan con una especial y detallada regulación; que son parte de una regulación que califica y gradúa diferentes situaciones de excepción por riesgos sanitarios generales.

Lo anterior presupone entonces que nuestro cuerpo normativo cuenta con una clara identificación de diversos acontecimientos fácticos a los que les correspondería una serie de consecuencias de derecho. Se trataría pues de una taxonomía jurídica que permitiría la entrada en acción de todo el aparato estatal para mitigar la emergencia, con claras limitaciones a su poder administrativo, salvaguardando en todo momento la protección de los derechos humanos.

Además, refuerza lo expuesto si revisamos también la creación de órganos estatales y facultades extraordinarias para hacer frente a las emergencias en el sector salud, tal y como el Consejo de Salubridad General, la propia Secretaría de Salud federal y la “*acción extraordinaria en materia de salubridad general*”. Sin menospreciar que el sector salud es una materia concurrente que también prevé, por lo tanto, facultades a ejercer por las entidades federativas.

Sin embargo, se advierte desde este momento —sin anticipar todas las conclusiones— que nuestra legislación carece de tales intenciones, o al menos no regula de forma adecuada. Como veremos en el desarrollo siguiente, resulta que el “*estado de emergencia sanitaria*” no figura, tan si quiera, como una hipótesis normativa puesta para actualizarse por el mundo fáctico. A continuación, se abordarán dos grandes embrollos al respecto:

### **a) Su indefinición legal como salida en falso**

Las definiciones jurídicas resultan trascendentales para el funcionamiento del derecho. Permiten delimitar, calificar y entender cuándo es que la realidad encuadra en la norma. Definir también es comprender los fines del derecho; cuando se legisla, se argumenta en tanto que se explican las razones que sostienen que regular ciertas realidades es importante para un Estado.

Definir implica argumentar. Y las argumentaciones justifican a la propia definición en tanto que se compagina con los fines u obligaciones del Estado, las argumentaciones en las definiciones

se efectúan como consecuencia de la aparición de un problema social cuya solución —total o parcial— se piensa puede ser la adopción de una medida legislativa. Ejemplo de ello son las discusiones sobre la despenalización o no (y en qué casos sí o no) del aborto, de la eutanasia o del tráfico de drogas, sobre la regulación del llamado tráfico de influencias ...<sup>10</sup>

Particularmente en el derecho administrativo, definir implica abonar en favor del Estado de Derecho. Significa limitar mediante la regulación del hecho y de sus efectos, el uso del poder del Estado que le confiere el acto administrativo, y que podría entenderse autoritario sin las limitantes y sin los efectos que únicamente la norma puede imponer.

---

<sup>10</sup> Atienza, Manuel, *Las Razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, pp. 2-4.



La creación de hipótesis normativas ciertas, genera las condiciones para generar efectos jurídicos ciertos: limita las subjetivas interpretaciones y dota de certeza y seguridad jurídica a los sujetos de derecho. En el derecho administrativo, en la medida en que un concepto se define en el ordenamiento, se limita la discrecionalidad<sup>11</sup> del servidor público, lo que se traduce en seguridad y certeza jurídicas. Ello no quiere decir que la interpretación jurídica non eche mano de las definiciones no legales (ellas son importantísimas), sin embargo, existen conceptos tan fundamentales e importantes que su definición desde la ley es imperante.

Ahora bien, con fecha 30 y 31 de marzo de 2020 se publicaron en el *Diario Oficial de la Federación* el *Acuerdo por el que se declara como emergencia sanitaria por causa de fuerza mayor, a la epidemia de carácter grave generada por el virus SARS-CoV2 (COVID-19)*, por parte del Consejo de Salubridad General,<sup>12</sup> y el *Acuerdo por el que se establecen acciones extraordinarias para atender la emergencia sanitaria generada por el virus SARS-CoV2*, por parte de la Secretaría de Salud.<sup>13</sup>

Destaca, para efectos del presente análisis el uso del término **emergencia sanitaria**, como un concepto juridizado y con efectos jurídicos que parecieran ciertos y claros respecto de lo que significa, al menos, para el mundo jurídico tal situación excepcional.

Sin embargo, resulta que no encontraremos definición alguna en toda nuestra legislación respecto de lo que se entiende por “emergencia sanitaria”. Por el contrario, se trata de un término indefinido que es utilizado aleatoriamente junto con los diversos términos como **contingencia sanitaria** y **desastre sanitario**. ¿Hacen referencia a la misma cosa? ¿Qué implica la utilización de un término u otro? ¿Cuáles son sus efectos de derecho? ¿Esto implica que el Estado cuente con herramientas legales para afrontar la crisis? ¿Implica la posibilidad de limitar derechos humanos? ¿Son estos de excepción?

Algunos sostienen que regular a la emergencia sanitaria con una definición propia, casi al estilo de colocarla como institución jurídica, resulta innecesario en tanto que nuestra legislación —aunque de forma separada— si que prevé definiciones aplicables con facultades específicas para hacer frente a cualquier situación de riesgo.

---

<sup>11</sup> Roldán Xopa, José, *Derecho Administrativo*, pp. 274-276.

<sup>12</sup> Disponible en: [https://www.dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5590745&fecha=30/03/2020](https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5590745&fecha=30/03/2020)

<sup>13</sup> Disponible en: [https://www.dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5590914&fecha=31/03/2020](https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5590914&fecha=31/03/2020)

Definir a la emergencia sanitaria carece de utilidad, se argumenta, en tanto que podríamos encontrar en la Ley General de Protección Civil una definición que aporte claridad respecto de lo que se entiende por emergencia sanitaria y sus efectos:

*Emergencia:* Situación anormal que puede causar un daño a la sociedad y propiciar un riesgo excesivo para la seguridad e integridad de la población en general, generada o asociada con la inminencia, alta probabilidad o presencia de un agente perturbador.<sup>14</sup>

Lo anterior encuentra aplicabilidad —se sostiene— en tanto que el objeto de la propia Ley General de Protección Civil incluye en la misma “las medidas y acciones que sean necesarias para salvaguardar la **vida, integridad y salud de la población**”.<sup>15</sup>

Así, podríamos entender que la definición citada alcanza también para su acepción de carácter sanitario, razón por la cual resulta innecesario elaborar una definición específica contemplada en la Ley General de Salud, o en el reglamento del Consejo General de Salubridad o cualquier otro. Además, la hipótesis normativa que nos atañe es la de “epidemia de carácter grave”, que a su vez posibilita la entrada en vigor de la *Acción Extraordinaria en Materia de Salubridad General*.

Sin embargo, lo anterior encuentra serias refutaciones. Primero, se trata de una ley con objeto y sujetos de aplicación propios de la protección civil, que si bien pueden concurrir en cuestiones relacionadas a la sanidad pública, lo cierto es que su espíritu y estricto ámbito de aplicación no implica —ni pretende hacerlo— la regulación de los temas de salud pública y salubridad general (menos aún en estado emergencia).

Aunque las emergencias sanitarias son, en efecto, especie del género “emergencia”, su evidente especificidad, tecnicidad y complejidad, hace que resulte necesario un bagaje normativo que contemple situaciones tan peculiares de la ciencia médica y el servicio público en salud. Se trata pues de contextos fácticos tan distintos que, si bien podemos interpretar sus conexidades, lo cierto es que son esencialmente diferentes y por lo tanto también lo es su regulación.

La emergencia sanitaria implicaría, al menos como concepto, que el sistema de salud se encuentra en una situación tan crítica, que se pone en riesgo la prestación del servicio de salud pública, entrando como algunas variables *i*) superación de la capacidad hospitalaria y de infraestructura;

---

<sup>14</sup> Artículo 2, fracción XVIII.

<sup>15</sup> Artículo 2 fracción XLIII.

*ii)* desabasto de insumos y recursos médicos para la atención a enfermedades, *iii)* desabasto de personal de salud calificado, y *iv)* ausencia de recursos para investigación científica, entre tantas otras.

En segundo lugar, no alcanzaría de cualquier modo a entender el uso aleatorio del término “*contingencia sanitaria*”, mismo que parece exclusivo del lenguaje propio de la ley Federal del Trabajo que en sus Artículos 42 *bis*, 132 XIX *bis*, 168, 175, 427 y 512-D Ter lo utiliza de forma aleatoria, indiscriminada y naturalmente, sin definición legal aplicable. ¿Resulta un término exclusivo para los efectos de la suspensión de relaciones laborales? ¿Es diferente de la emergencia sanitaria o de la emergencia en la Protección Civil? ¿El uso de un término implica el del otro?

Lo anterior es de suma importancia ya que la aplicación indistinta de los términos acarrea una seria discusión respecto de los efectos en el ámbito laboral, por no mencionar la discrepancia respecto de los efectos que el mal uso del lenguaje jurídico puede ocasionar en las relaciones civiles, mercantiles o hasta fiscales.

Aunado a ello, resulta que la misma Ley General de Protección Civil emplea el distinto término “desastre sanitario”—en evidente contradicción o evidente laguna normativa— al definir el término de Fenómeno Sanitario Ecológico para los efectos de la Protección Civil:

Agente perturbador que se genera por la acción patógena de agentes biológicos que afectan a la población, a los animales y a las cosechas, causando su muerte o la alteración de su salud. Las epidemias o plagas constituyen un **desastre sanitario** en el sentido estricto del término. En esta clasificación también se ubica la contaminación del aire, agua, suelo y alimentos...<sup>16</sup>

Como podría esperarse, tampoco el derecho administrativo define lo que se entiende por “*desastre sanitario*”, y mucho menos en su *sentido estricto*. Se suma a la tenebrosa confusión respecto de su distancia del término “*emergencia sanitaria*” y su sentido estricto, así como a las indescriptibles diferencias con el término “*contingencia sanitaria*” y su ¿diverso? sentido estricto, cualesquiera que estos sean.

Podría tratarse de una laguna del derecho —contrario a lo que pensarían ciertos defensores de Kelsen— que pueda solucionarse echando mano de definiciones no legales, o al propio sentido común, se argumenta. Sin embargo, no alcanzaría para determinar la activación del aparato estatal para enfrentar la crisis de que se trate. No alcanzaría para delimitar los

---

<sup>16</sup> Artículo 2 fracción XXVI (Énfasis propio),

efectos de dicho esfuerzo institucional que, dicho sea de paso, podrían ser desastrosos en términos de derechos humanos y en términos económicos.

Lo cierto es que la autoridad administrativa tiene camino libre para entender y definir a la *emergencia sanitaria* o *emergencia en temas de salud pública* libremente (incluso de forma contradictoria en diferentes ocasiones). Ello implica una total discrecionalidad administrativa para restringir y/o limitar derechos a su conveniencia. ¿Contingencia sanitaria, emergencia sanitaria o desastre sanitario? ¿Qué se entiende por cada término?: la Ley no distingue, lo hará entonces el funcionario público en turno.<sup>17</sup>

Se trata pues de una que podría dispensar —con justificaciones extralegales— el ejercicio de los derechos humanos de forma arbitraria, así como podría colocar en estado de excepción a nuestra República. El congreso, como natural contrapeso del ejecutivo, tiene una categórica encomienda al respecto de dicha avería en el derecho administrativo.

## **b) El embrollo sobre su declaratoria: ¿quién la emite?**

Nuestra *surrealidad jurídica* no termina en la indefinición de conceptos; es donde comienza. No nos basta con la nubosidad respecto de la definición de uno de los instrumentos jurídicos más poderosos, sino que es previsible que los problemas sean ulteriores. Y, claro, es un efecto de la propia indefinición generar tanto caos legal como sea posible.

Naturalmente, al no existir como término definido, no existe mucho menos una competencia o facultad que indique claramente a qué autoridad administrativa le corresponde su declaratoria. Al respecto, —y recurriendo de nuevo a ejercicios interpretativos— existen dos grandes posibilidades al respecto que involucran tanto al Consejo de Salubridad General, como a la esfera de competencias de la Secretaría de Gobernación, como parte del Sistema Nacional de Protección Civil. Ninguna, anticipo, es clara:

Así pues, el reglamento del Consejo de Salubridad General contempla en su Artículo 9 fracción XVII, lo siguiente:

El Consejo tendrá las siguientes funciones:

...

XVII. Aprobar y publicar en el Diario Oficial de la Federación la **declaratoria en los casos de enfermedades graves que sean causa de emergencia o atenten contra la seguridad nacional**, por iniciativa

---

<sup>17</sup> Por lo que hace a la Acción Extraordinaria en Materia de Salubridad General y sus supuestos de actualización por “emergencia” o “catástrofe” se dedica estudio respectivo en apartado.

propia o a solicitud por escrito de instituciones nacionales especializadas en la enfermedad, que sean acreditadas por el Consejo, en la que se justifique la necesidad de atención prioritaria;

La estricta competencia, como se podrá notar, reside en que el Consejo de Salubridad General tiene la facultad de declarar a una enfermedad como “grave”, y que la misma pueda causar a su vez un estado de emergencia (¿de conformidad con la definición de la Ley de Protección Civil?), pero no puede emitir por sí mismo, una declaratoria de emergencia sanitaria.

Es decir, el Consejo de Salubridad General puede *calificar* las características de una enfermedad, pero ello no implica que califique el impacto o posible impacto de la misma, y que además ello coloque en estado de emergencia sanitaria al país, tampoco se entiende que sea el propio Consejo de Salubridad General quien emita tal declaratoria de emergencia sanitaria en un momento posterior.

En otras palabras, una “*enfermedad grave*” puede o no, ser causa de una declaratoria de emergencia o de puesta en peligro a la seguridad nacional. Se trata de una relación causal no necesaria prevista desde el derecho, que produce una facultad administrativa de calificación de enfermedades, misma bien podría ser la razón de una posterior emergencia sanitaria o de puesta en peligro a la seguridad nacional. La facultad del Consejo de Salubridad es únicamente respecto de la calificación de las enfermedades.

Además, se advierte que tampoco existe claridad en nuestro derecho administrativo una enfermedad se cataloga como grave debido a: *i)* peligrosidad para los individuos que la contraigan; *ii)* su alta capacidad de contagio; *iii)* su daño a sistemas u organismos esenciales del cuerpo humano; y *iv)* su capacidad para colocar en estado de emergencia al sistema de salud pública, o cualquiera otra.

Lo anterior resulta relevante —como se verá más adelante— en tanto que el término “enfermedad de carácter grave” es un término que, junto con el de “emergencia” o “catástrofe” actualizan la posibilidad de ejercicio de la Acción Extraordinaria en Materia de Salubridad General, misma que prevé además la facultad para que la Secretaría de Salud determine “lo que disponga”.

Ahora bien, continuando con el difícil entramado que implica nuestra legislación, se vuelve necesariamente a la Ley General de Protección Civil por dos razones, en primer lugar, porque es la única que habla sobre facultades explícitas de declaración de emergencia (aunque genérico), y en

segundo lugar, porque el mismo es utilizado también por la Ley General de Salud al prever lo conducente a la Acción Extraordinaria en Materia de Salubridad (aunque no del todo aplicable como ya se explicó).

En este sentido, sería la Secretaría de Gobernación la facultada para emitir la declaratoria de emergencia sanitaria, conforme se destaca el Artículo 59 de la Ley General de Protección Civil que dispone:

Artículo 59. La declaratoria de emergencia es el acto mediante el cual la Secretaría reconoce que uno o varios municipios o demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, de una o más entidades federativas se encuentran ante la inminencia, alta probabilidad o presencia de una situación anormal generada por un agente natural perturbador y por ello se requiere prestar auxilio inmediato a la población cuya seguridad e integridad está en riesgo.

Del citado precepto nacen diversos cuestionamientos dignos de análisis: ¿La declaratoria de emergencia a que hace referencia es diferente a la sanitaria? ¿Es la Secretaría de Gobernación la facultada en términos materiales para emitir tal declaratoria sanitaria? ¿La Ley General de Protección Civil puede actualizar el diverso Artículo 181 de la Ley General de Salud en tanto declara la existencia de una “emergencia” en términos genéricos?

Cabe destacar al respecto, que la finalidad de tal declaratoria es la prestación inmediata de Auxilio, que se entiende hace referencia, naturalmente a la respuesta de ayuda pronta a efecto de mitigar riesgos físicos ante víctimas de posibles siniestros o desastres. Es decir, su finalidad no atañe ni pretende accionar de forma alguna al sistema sanitario de forma extraordinaria, en tanto se insiste, no es objeto de la citada ley.

Lo anterior abona incluso ante la redacción de la definición del término auxilio, la que establece que implica la *respuesta de ayuda a las personas en riesgo o las víctimas de un siniestro, emergencia o desastre, por parte de grupos especializados públicos o privados, o por las unidades internas de protección civil, así como las acciones para salvaguardar los demás agentes afectables*.<sup>18</sup>

Aunque el alcance de ciertos términos como “grupos especializados”, “salvaguardar”, entre otros, resultan debatibles, lo cierto es que los mismos no pueden sacarse del estricto objeto de la propia ley, brindar protección civil, misma que ha sido diseñada especialmente para atender emergencia ocasionadas por siniestros naturales como terremotos, incendios, y desastres naturales de forma general.

---

<sup>18</sup> Ley General de Protección Civil, Artículo 2 fracción V.

Así pues, como consecuencia a su indefinición, es que no existe competencia alguna designada a cierto órgano del Estado para declarar un estado de “emergencia sanitaria”. Cuestión que genera un completo trastorno legal a la hora de transitar jurídicamente por una crisis y que, por sí sola, es una avería del derecho administrativo que atenta contra la seguridad y certeza jurídicas.

Por lo tanto, se advierte que el *Acuerdo por el que se declara como emergencia sanitaria por causa de fuerza mayor, a la epidemia de carácter grave generada por el virus SARS-CoV2 (COVID-19)*, publicado por el Consejo de Salubridad General en el *Diario Oficial de la Federación* con fecha 30 de marzo del 2020, es **nulo de pleno derecho** de conformidad con los Artículos 3 fracción I<sup>19</sup> y 6<sup>20</sup> de la Ley Federal del Procedimiento Administrativo.

### **c) La Acción Extraordinaria en Materia de Salubridad General: salvavidas frustrado**

Ahora bien, parecería que lo expuesto encuentra una seria y sólida contravención por parte del derecho administrativo: la Acción Extraordinaria en Materia de Salubridad General. Figura jurídica que consiste en la facultad conferida a la Secretaría de Salud para hacer frente a las situaciones de riesgo en salud, así como limitar derechos humanos a propósito de conseguirlo.

De conformidad con el Artículo 181 de la Ley General de Salud, la Acción Extraordinaria en Materia de Salubridad General consiste que:

Artículo 181.- En caso de epidemia de carácter grave, peligro de invasión de enfermedades transmisibles, **situaciones de emergencia o catástrofe que afecten al país**, la Secretaría de Salud dictará inme-

---

<sup>19</sup> Artículo 3. Son elementos y requisitos del acto administrativo: I. Ser expedido por órgano competente, a través de servidor público, y en caso de que dicho órgano fuere colegiado, reúna las formalidades de la ley o decreto para emitirlo;

<sup>20</sup> Artículo 6. La omisión o irregularidad de cualquiera de los elementos o requisitos establecidos en las fracciones I a X del Artículo 3 de la presente Ley, producirá la nulidad del acto administrativo, la cual será declarada por el superior jerárquico de la autoridad que lo haya emitido, salvo que el acto impugnado provenga del titular de una dependencia, en cuyo caso la nulidad será declarada por el mismo. Párrafo reformado DOF 24-12-1996 El acto administrativo que se declare jurídicamente nulo será inválido; no se presumirá legítimo ni ejecutable; será subsanable, sin perjuicio de que pueda expedirse un nuevo acto. Los particulares no tendrán obligación de cumplirlo y los servidores públicos deberán hacer constar su oposición a ejecutar el acto, fundando y motivando tal negativa. La declaración de nulidad producirá efectos retroactivos. En caso de que el acto se hubiera consumado, o bien, sea imposible de hecho o de derecho retrotraer sus efectos, sólo dará lugar a la responsabilidad del servidor público que la hubiere emitido u ordenado.

diatamente las medidas indispensables para prevenir y combatir los daños a la salud, a reserva de que tales medidas sean después sancionadas por el presidente de la República.

De hecho, es a través de la figura de la Acción Extraordinaria en Materia de Salubridad General, que pueden explicarse las disposiciones de confinamiento, aislamiento y distancia social que al efecto se han dispuesto los decretos para atender la crisis ocasionada por el COVID-19.

De forma complementaria, el Artículo 184 de la citada ley establece las atribuciones específicas que le corresponden a la Secretaría de Salud en uso de tal figura jurídica:

Artículo 184.- La acción extraordinaria en materia de salubridad general será ejercida por la Secretaría de Salud, la que deberá integrar y mantener permanentemente capacitadas y actualizadas brigadas especiales que actuarán bajo su dirección y responsabilidad y tendrán las atribuciones siguientes:

- I. Encomendar a las autoridades federales, estatales y municipales, así como a los profesionales, técnicos y auxiliares de las disciplinas para la salud, el desempeño de las actividades que estime necesarias y obtener para ese fin la participación de los particulares;
- II. Dictar medidas sanitarias relacionadas con reuniones de personas, entrada y salida de ellas en las poblaciones y con los regímenes higiénicos especiales que deban implantarse, según el caso;
- III. Regular el tránsito terrestre, marítimo y aéreo, así como disponer libremente de todos los medios de transporte de propiedad del estado y de servicio público, cualquiera que sea el régimen legal a que estén sujetos éstos últimos;
- IV. Utilizar libre y prioritariamente los servicios telefónicos, telegráficos y de correos, así como las transmisiones de radio y televisión, y
- V. Las demás que determine la propia Secretaría.

Ahora bien, se pensaría que dicha figura jurídica vendría a imponer un simple modelo de atención a situaciones de riesgo en el sector salud, razón por la cual resultaría innecesario contar con toda una serie de hipótesis normativas y consecuencias de derecho que regulen de forma específica y puntual a la “emergencia sanitaria”.

Sin embargo, no obstante, el reconocimiento de previsión de situaciones críticas en salud que representa la acción citada, la citada acción se entiende únicamente a través del uso de conceptos indefinidos y abstractos que no permiten delimitar de forma clara y precisa —bajo los estándares



de seguridad jurídica— en qué momento nos encontramos, insisto, en la situación anómala que se intenta regular, y mucho menos, cuáles son los efectos sobre los gobernados.

Destaca —como se enfatizó en negritas— el uso de los términos: “*epidemia de carácter grave*” e “*invasión de enfermedades transmisibles*”. No se hará referencia a la posible indefinición de tales primeros términos —máxime que se ha tratado ya, aunque someramente, el término “epidemia de carácter grave”—, en tanto que ello implicaría salir del objeto del presente Artículo y hacerlo verdaderamente extenso. Sin embargo, es preciso limitarse a dejar patente su ambigüedad como hipótesis de derecho y la poca rigurosidad legal para considerar su actualización.

“*Situaciones de emergencia o catástrofe que afecte al país*” es el lenguaje en cuestión. Mismo que no aporta grandes luces que permitan refutar el argumento central del presente análisis. Por el contrario, añade una nueva terminología (¿jurídica?) que termina de trastocar cualquier asomo de concepto legal de “*emergencia sanitaria*”.

La regulación de la actual Acción de Extraordinaria en Materia de Salubridad General no responde —ni responderá— respecto de si se hace referencia como (supuesto de actualización) a la “contingencia sanitaria” que utiliza la Ley Federal del Trabajo para tratar suspensiones laborales, o a las “emergencias” y “urgencias sanitarias” propias de la Protección Civil, o, mucho menos al término de “*emergencia sanitaria*” utilizado en múltiples leyes, reglamentos, decretos y acuerdos.<sup>21</sup>

El resultado de tal incapacidad, no se reduce únicamente a la inexpliación teórica o académica. Se trata de una indefinición que rinde a la Acción Extraordinaria en Materia de Salubridad General una herramienta jurídica inservible para cumplir sus fines. Se trata de una facultad de la Secretaría de Salud que permite una discrecionalidad tal, apta para traducirse fácilmente en violaciones directas a los derechos humanos.

Así, el hecho de que no se entienda dentro del lenguaje jurídico al término de “*emergencia sanitaria*” o “*catástrofe que afecte al país*”, tiene como posible resultado que la Secretaría de Salud pueda ser seriamente cuestionada desde el ámbito legal en el uso de la Acción Extraordinaria en Materia de Salubridad General. Que sus decisiones se nulifiquen y sean contrarias a la propia Constitución y convenciones internacionales.

---

<sup>21</sup> Tal y como el Acuerdo por el que se declara como emergencia sanitaria por causa de fuerza mayor, a la epidemia de carácter grave generada por el virus SARS-CoV2 (COVID-19), por parte del Consejo de Salubridad General, así como el Acuerdo por el que se establecen acciones extraordinarias para atender la emergencia sanitaria generada por el virus SARS-CoV2, por parte de la Secretaría de Salud, publicados el 30 y 31 de marzo del 2020 en el *Diario Oficial de la Federación*.

## IV. Conclusión

La crisis pandémica ocasionada por el COVID-19 representa una emblemática afronta a nuestra estabilidad, a nuestro futuro e incluso revitaliza la idea subyacente del peligro de la extinción humana, de lo efímero, del riesgo y del peligro común. En este contexto hay que reconocer que el derecho administrativo ha sido creado, en buena medida para paliar esas realidades asfixiantes.

Sin embargo, hemos caído en cuenta que las normas administrativas para hacer frente a las emergencias sanitarias resultan totalmente intran-sitables al día de hoy. Lejos de perfilar soluciones y herramientas insti-tucionales, enturbian y trasiegan una serie de hipótesis normativas que resultarían útiles para tal efecto.

El problema es amplio, pero comienza por la inexistencia total de re-gulación (comenzando por la definición legal del término) del concepto de “emergencia sanitaria”. Cuestión que trasciende en el ordenamiento en tanto que se trata de la situación de excepción en salud por excelencia.

Lo anterior obliga al operador jurídico a echar mano de forzadas in-terpretaciones con el objetivo de argumentar tanto la competencia, como el propio fondo de las acciones a tomar para hacer frente a la emergencia sanitaria de que se trate. Sin perder de vista que, de mantenerse así las condiciones, el Estado mexicano cuenta con vía libre para determinar por su propio medio el hecho y los efectos jurídicos.

Tal *surrealidad* jurídica implica un notorio incumplimiento a las nor-mas internacionales que protegen el derecho humano a la salud en tanto que, obligan a un entendimiento del mismo como concepto integral —y no sólo como la ausencia de enfermedades— que impone generar las condiciones necesarias para un completo estado de bienestar personal, tanto en situaciones de normalidad constitucional como en aquellas de excepción fáctica y jurídica.

Nuestro derecho administrativo, debe ser lo suficientemente ágil para crear estados de excepción normativa que no impliquen la aplicación de facto del Artículo 29 de la Constitución general. Por lo tanto y como propuesta, debiera definir, graduar y limitar, las diferentes situaciones de excepción fáctica y jurídica, con el propósito de que el Estado mexicano pueda:

1. Accionar su aparato emergente, mediante instituciones, autoridades y acciones ciertas y determinadas en cuanto a su objeto y alcance, para hacer frente a la crisis sanitaria de que se trate;
2. Prever de forma legal, la posible limitación o restricción de ciertos derechos humanos que se consideren necesarios para la contención de la crisis, y su eventual restablecimiento (sin la aplicación del referido Artículo 29 de la Constitución general).
3. Garantizar, en consecuencia, la protección legal de los derechos humanos, eliminando la arbitraria disposición de los mismos en que pudiera incurrir la administración.

## V. Bibliografía

ABREU Y ABREU, Juan Carlos, *El pluralismo cultural una alternativa para la reconcepción de los derechos humanos*, tesis doctoral, Universidad Panamericana, 2016.

ATIENZA, Manuel, *Las Razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017.

BENACH, Joan, "La salud de todos y sus causas. La salud pública, la equidad y sus causas: ¿de qué depende nuestra salud?", en *Comprendiendo el derecho humano a la salud*, Madrid, Prosalus y Cruz Roja Española, 2014.

CRUZ VILLALÓN, Pedro, "Normalidad y excepción", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, 2004.

FERRAJOLI, Luigi, "La democracia a través de los derechos", Perfecto Andrés Ibáñez (Trad.) Madrid, Ed. Trotta, 2014.

JIMÉNEZ GARCÍA, Joel Francisco, *La normativa mexicana ante las emergencias sanitarias*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

HAMDAN AMAD, Fauzi "Derecho administrativo", en *Apuntes de las cátedras impartidas en la Escuela Libre de Derecho*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2016.

ROLDÁN XOPA, José, *Derecho Administrativo*, México, Ed. Oxford, 2008.

## **Legislación**

Declaración Universal de los Derechos Humanos, disponible en: <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

Pacto Internacional de los Derechos Sociales, Económicos y Culturales, disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>.

Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, disponible en: <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>