

El aporte del Derecho Internacional como norma jurídica para determinar la responsabilidad de los Estados en el marco de la pandemia COVID-19

Documento de discusión; última actualización: 23/09/2021

Helen Ahrens
(helen.ahrens@giz.de)

Índice

Introducción	2
Capítulo I: El Derecho Internacional como norma jurídica	3
1. Obligación de prevención de pandemias por parte de los Estados (Derecho para la crisis) ...	3
1.1 Principios generales del Derecho Internacional:	3
1.1.1 El principio de No Harm (principio de evitar daños)	3
1.1.2. El principio de due diligence (diligencia debida).....	4
1.1.3 La obligación de cooperar.....	4
1.1.4 El principio de solidaridad	5
1.2 El Régimen sanitario internacional como <i>lex specialis</i>	6
1.3 Los Derechos Humanos	7
1.3.1 El derecho a la vida.....	8
1.3.2 El derecho a la salud	9
1.3.3 Contribución de los derechos humanos al derecho sanitario internacional	10
2. Reacción de los Estados (Derecho en la crisis)	11
Capítulo II: El Derecho Internacional como norma de responsabilidad estatal	12
1. Responsabilidad estatal según el Derecho Internacional en general	13
1.1 Violación de derechos internacionales por parte de algunos Estados.....	13
1.2 Posibilidades de demandar las infracciones	13
2. Responsabilidad estatal en caso de violación de DDHH	14
2.1 Violación de derechos humanos.....	14
2.2 Posibilidades de demandar las infracciones	16
Resumen	17

Introducción

El Derecho Internacional se mueve entre la tradición de la soberanía del Estado y las normas y objetivos universales y, por ello, se encuentra en constante evolución: Mientras el **Derecho Internacional clásico** se califica como **derecho de la coexistencia** de los Estados como únicos sujetos jurídicos, desde el final de la Segunda Guerra Mundial, el campo del **Derecho Internacional se ha ampliado** a nuevas áreas de relaciones interestatales y, al mismo tiempo, se ha convertido en una materia cada vez más compacto. Por el aumento de la necesidad de acciones transfronterizas entre Estados y la ampliación de sujetos jurídicos internacionales¹, el Derecho Internacional se transformó en el **derecho de la cooperación** con el fin de alcanzar objetivos comunes y de promover bienes comunes (especialmente el mantenimiento de la paz y el derecho medioambiental). A **principios del nuevo milenio**, el debate sobre la globalización llegó incluso a identificar una **evolución** del Derecho Internacional desde la coexistencia vía la cooperación **hasta la integración**. Esto se vio respaldado por la evolución de la teoría contractual hacia una teoría constitucional del Derecho Internacional en respuesta a la globalización y la regionalización².

¿Han sufrido estas tendencias un **retroceso a causa de la pandemia**? De hecho, **fenómenos de tipo crisis** se pueden observar en el ámbito de relaciones internacionales y en el Derecho Internacional³: La Organización Mundial de la Salud (OMS), por ejemplo, se ha visto sometida a presiones no sólo en relación con su gestión de la pandemia, sino sobre todo por la "retirada" declarada de Estados Unidos y Brasil. La comunidad de Estados, sobre todo los Estados miembros de la UE, han seguido una "política de unilateralidad nacional", al menos en la primera fase de la pandemia. Desde el punto de vista del derecho sanitario internacional, Estados como China o Brasil se enfrentan a acusaciones de falta de transparencia y de supuesta violación de la normativa sanitaria internacional. No menos importante, los derechos humanos han sido objeto de una presión masiva a través de las restricciones de viaje, la cuarentena individual o la masiva (*lock downs*)⁴. Algunos Estados latinoamericanos han derogado según el Art. 27 CADH los derechos de la Convención Americana de Derechos Humanos⁵.

Para abordar el aporte del Derecho Internacional como norma jurídica para determinar la responsabilidad de los Estados en el marco de la pandemia COVID-19, se ha elaborado este

¹ "Nuevos" sujetos jurídicos son las organizaciones internacionales que sólo gozan de una subjetividad jurídica parcial frente a los Estados que han reconocido su personalidad jurídica. Otros sujetos jurídicos parciales son, entre otros, las asociaciones con soberanía de facto (partidos de la guerra civil), los individuos (derechos humanos y derecho penal internacional) y las empresas transnacionales.

² Thomas Cottier, *Das Völkerrecht im Spannungsfeld von Nationalstaatlichkeit und Universalität*, Zeitschrift für Politik Neue Folge, Vol. 57, No. 2 (Junio 2010), pp. 156-169; Michael Nummer, *Die Kooperation internationaler Gerichte*, Mohr Siebeck 2009, pp. 54-73; Thomas Kleinlein, *Konstitutionalisierung und allgemeine Dogmatik des Völkerrechts*, en: *Konstitutionalisierung im Völkerrecht. Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht* (Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht), vol 231. Springer (2012), pp. 315 – 615.

³ Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages, *Die Corona-Pandemie im Lichte des Völkerrechts (Teil 2), Völkerrechtliche Pflichten der Staaten und die Rolle der Weltgesundheitsorganisation*, WD 2 - 3000 - 038/20, 2 de julio de 2020.

⁴ Una visión más completa de las presiones sobre los derechos humanos puede encontrarse en la *Síntesis del primer Foro*, última actualización 19.07.2021.

⁵ http://www.oas.org/en/sla/dil/inter_american_treaties_suspension_guarantees.asp

documento. Está pensado como una **primera aproximación** a la sistematización de la diversidad y heterogeneidad del Derecho Internacional que rige las obligaciones del Estado en la pandemia, y que esperamos pueda ser profundizada en los diferentes foros.

Capítulo I: El Derecho Internacional como norma jurídica

1. Obligación de prevención de pandemias por parte de los Estados (Derecho para la crisis)

1.1 Principios generales del Derecho Internacional:

Los **principios** (o reglas⁶) mencionados a continuación constituyen el sustrato primigenio y el hilo conductor que orienta las convenciones, declaraciones y tratados, así como la conducta entre los Estados. El valor de estos principios -aunque se encuentran codificados sólo por excepción p.ej. en el Reglamento Sanitario Internacional (RSI)- es ampliamente reconocido al ser calificados como normas del Derecho Internacional consuetudinario⁷. A veces, la codificación aclara y precisa su sentido, y hay codificaciones que vienen complementados por la norma consuetudinaria. En todo caso, “quedará claro que el Derecho Internacional consuetudinario sigue existiendo y siendo aplicable, independientemente del Derecho Internacional de los tratados, aun y cuando las categorías de derechos tengan idéntico contenido”⁸.

1.1.1 El principio de No Harm (principio de evitar daños)

El principio de *No Harm* se desarrolló originalmente en el histórico precedente de *Trail Smelter*⁹ sobre el derecho ambiental internacional y en los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) sobre el proyecto de prevenir el daño transfronterizo en las actividades peligrosas (*Draft Articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities*¹⁰) del año 2001. Aunque el principio de *No Harm* se toma prestado del Derecho Internacional del medio ambiente, ya se

⁶ Según la Corte Internacional de Justicia, la asociación de los términos “reglas” y “principios” no se trata más que de una expresión doble usada para enunciar la misma idea, toda vez que se entiende claramente por principios, los principios de derecho, es decir, también incluye las reglas del Derecho Internacional para las cuales el uso del término “principios” puede justificarse debido a su carácter más general y fundamental. *Delimitations of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area*, I.C.J. Reports 1984, p. 246, parr. 79.

⁷ “El hecho que los principios mencionados, y reconocidos como tales, hayan sido codificados o incorporados en convenciones multilaterales no quiere decir que ellos cesan de existir y de aplicarse en tanto que principios de derecho consuetudinario, incluso con respecto de países que son parte en dichas convenciones. Principios como aquellos referidos a la abstención del uso y la amenaza del uso de la fuerza, la no intervención, el respeto de la independencia y de la integridad territorial de los Estados...conservan un carácter obligatorio en tanto que elementos de Derecho Internacional consuetudinario...” ICJ Reports 1984, parr. 83.

⁸ *Military and Paramilitary Activities in und against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14, parr. 179.

⁹ *Trail Smelter case* (United States v. Canada), 16.4.1938 y 11.3.1941, Reports of International Arbitral Awards Vol. 3, p. 1905 ff.

¹⁰ ILC *Draft Articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities*, with commentaries 2001, https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_7_2001.pdf.

extiende a otros ámbitos del Derecho Internacional, como el Derecho Internacional sanitario¹¹. El principio de *No Harm* obliga a los Estados a **evitar**, o al menos **minimizar**, en la medida de sus posibilidades, **significativos daños transfronterizos** a otros Estados o a poblaciones que emanen de su territorio o estén bajo su control.

1.1.2. El principio de *due diligence* (diligencia debida)

Interrelacionado con el principio *No Harm*, pero con un enfoque distinto, es el principio de *due diligence*. Este principio se centra en las **obligaciones de procedimiento**, como la supervisión o los controles continuos de las actividades de alto riesgo, las evaluaciones de riesgo, los planes de contingencia, el intercambio de información, la notificación de incidentes relacionados con el riesgo y la cooperación internacional¹². Por ello, estas obligaciones **no son basadas en resultados** (como un daño), sino simplemente deberes de conducta. Es decir que *due diligence* se refiere a **estándares de comportamiento** que deben ser observados, con el fin de evitar o de limitar daños y evaluar riesgos. Las medidas adoptadas por un Estado para cumplir con el principio de *due diligence*, deben ser **conforme** a sus obligaciones en materia de **derechos humanos**.

En el Derecho Internacional sanitario, las obligaciones básicas de *due diligence* se encuentran en el RSI. Sus contornos más concretos para su ejercicio pueden desprenderse de una práctica de monitoreo por parte del *Review Committee*, que especifica continuamente las normas y las hace cada vez más manejables¹³.

1.1.3 La obligación de cooperar

El deber de cooperación entre los Estados -en cierta medida el **núcleo operativo del principio de solidaridad**- constituye uno de los fundamentos jurídicos del derecho sanitario internacional. La obligación de prestar cooperación y apoyo internacionales, ya se desprende del art. 2 párrafo 1 del PIDESC¹⁴ y del art. 1 párrafo 3, art. 2 y arts. 55 y 56 de la Carta de las ONU, así como de la Declaración sobre los principios de Derecho Internacional, referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1970¹⁵.

¹¹ Jelena Bäumlér, *Das Schädigungsverbot im Völkerrecht*, Heidelberg: Springer 2017, S. 293; Peters, Anne, *Die Pandemie und das Völkerrecht (The Pandemic and Public International Law)* (February 9, 2021). Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper No. 2021-03, In: Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart: Neue Folge, vol. 69 (2021).

¹² Coco / de Souza Dias, *Part I: Due Diligence and COVID-19: States' Duties to Prevent and Halt the Coronavirus Outbreak*, Blog of the European Journal of International Law del 24 de marzo de 2020, <https://www.ejiltalk.org/parti-due-diligence-and-covid-19-states-duties-to-prevent-and-halt-the-coronavirus-outbreak/>.

¹³ Informe del Segundo *Review Committee* de 2014 http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/251717/B136_22Add1-en.pdf?sequence=1&isAllowed=y; Informe del Tercer *Review Committee* de 2019 https://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA68/A68_22Add1-en.pdf?ua=1 e Informe del *Review Committee* en el contexto de la pandemia de 2020 https://cdn.who.int/media/docs/default-source/documents/emergencies/a74_9add1-en.pdf?sfvrsn=d5d22fdf_1&download=true

¹⁴ Saul/Kinley/Mowbray, ICESCR, Commentary, Oxford Univ. Press 2014, Art. 12, p. 1034.

¹⁵ *Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States in accordance with the Charter of the United Nations*, New York, 24 October 1970, <https://www.un.org/ruleoflaw/files/3dda1f104.pdf>.

El **Reglamento Sanitario Internacional (RSI)** concreta la exigencia del Derecho Internacional de cooperación en el **ámbito de la atención sanitaria preventiva y el control de pandemias**. El RSI constituye el marco jurídico para la coordinación de la gestión sanitaria internacional por parte de la OMS, que depende de la cooperación de los Estados. Los compromisos del art. 44 RSI sobre la colaboración y la asistencia entre los Estados Parte, que se limitan a las posibilidades y capacidades económicas, financieras y logísticas de los Estados, no requieren la "entrega de recursos estatales". Ningún Estado está obligado a poner sus propias capacidades a disposición de otros Estados, si existe el riesgo de que ello provoque su propia situación de emergencia - incluso si a posteriori, quedara demostrado que la situación de emergencia no ponía en peligro la vida de su población. Si, por el contrario, la asistencia es posible, también es jurídicamente requerida.

1.1.4 El principio de solidaridad

Hoy en día, la "solidaridad" es un **principio emergente del Derecho Internacional**¹⁶, que ha encontrado su expresión en los regímenes de refugiados y de derechos humanos, en el Derecho Internacional del medio ambiente, en el Derecho Internacional de gestión de catástrofes y en el derecho sanitario internacional. Bajo el "paraguas" del principio de solidaridad, existen hoy -además de una multitud de exigencias políticas- también obligaciones de cooperación estatal, garantizadas por el derecho convencional o consuetudinario:

En su resolución del 15 de agosto de 2008, el **Comité de Derechos Humanos de la ONU** esbozó el principio de solidaridad¹⁷. Con respecto a la pandemia de COVID-19, el **Comité Social de la ONU** hizo un llamamiento a la cooperación internacional y al apoyo a los países con sistemas sanitarios débiles que se han visto especialmente afectados por el brote¹⁸. Por último, la resolución de la **Asamblea General de la ONU** -que no es vinculante según el Derecho Internacional- del 2 de abril de 2020, que hace un llamamiento a la solidaridad mundial en la crisis del Coronavirus, parece señalar el camino a seguir, para el desarrollo y la concreción del principio de solidaridad en la pandemia¹⁹. En esta resolución, la Asamblea General reafirma su compromiso con el multilateralismo y su firme apoyo al rol central del sistema de las Naciones Unidas, en la respuesta mundial a la pandemia del COVID-19 (párrafo 1).

Por todo ello, es difícil conciliar el deber de solidaridad con las **prohibiciones de exportación** de EE.UU. p.ej. de los kits de pruebas para el Coronavirus a países especialmente afectados. Dada su importancia para la contención de la enfermedad infecciosa, tales prohibiciones de exportación están en principio en contradicción con las obligaciones de cooperación y solidaridad de los Estados

¹⁶ Carozza/Crema, *On Solidarity in International Law*, 2014, <https://www.fciv.org/downloads/Carozza%20Crema.pdf> ; *Draft declaration on the right to international solidarity*,

<https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Solidarity/DraftDeclarationRightInternationalSolidarity.pdf> .

¹⁷ UN-Dok. A/HRC/9/10, 15 de Agosto de 2008, *Human rights and international solidarity*, Rdnr. 6, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G08/151/04/PDF/G0815104.pdf?OpenElement>.

¹⁸ UN CESCR, *Statement on the coronavirus disease (COVID-19) pandemic and economic, social and cultural rights* del 17 de abril de 2020, E/C.12/2020/1, Rn. 23, <https://undocs.org/E/C.12/2020/1>.

¹⁹ Resolución aprobada por la Asamblea General el 3 de abril de 2020, A/RES/74/270, *Solidaridad mundial para luchar contra la enfermedad por coronavirus de 2019 (COVID-19)*, <https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/RES/74/270>.

en la pandemia. Ya anteriormente, el Comité Social de la ONU ha criticado los embargos que interfieren en el suministro de medicamentos y adecuados equipos médicos a otro Estado²⁰.

El principio de solidaridad también sobrepasa la discusión sobre la utilización y la accesibilidad de una **vacuna contra COVID-19**. Los "intereses lucrativos" de la industria farmacéutica (protección de patentes, protección de la propiedad intelectual, intereses de los accionistas) y la salud mundial chocan aparentemente con él. En su 73ª sesión, celebrada el 18 de mayo de 2020, la **Asamblea de la Salud de la OMS** adoptó por unanimidad una resolución sobre el COVID 19²¹, que declara la vacunación contra el COVID-19 como un bien público mundial (**global public good**) de salud²²; cabe recordar que una declaración tal no es vinculante según el Derecho Internacional.

Desde el cambio de milenio, el concepto de "**bienes públicos mundiales**" (BPM) se ha convertido en un marco de referencia en la protección global del medio ambiente, la protección del clima y en la política de desarrollo²³. Los BPM se refieren a bienes públicos (como el agua y el aire) que no se limitan a las fronteras nacionales, sino que pueden utilizarse en todo el mundo. Sin embargo, el concepto de BPM en gran medida es un **reclamo político** en el contexto del imperativo de la solidaridad. El mero hecho de que un determinado bien particular - como una vacuna – sea calificado políticamente como un "bien público global", **no trae consigo consecuencias legales** según el Derecho Internacional. El "BPM" no es un "sello de aprobación" política, ni puede por sí misma impedir legalmente la privatización, la apropiación o la explotación. En particular, no existen normas vinculantes en el Derecho Internacional para una distribución mundial "justa" de las vacunas²⁴.

Sin embargo, la calificación de una vacuna COVID-19 como "bien público mundial" **podría ser relevante en la interpretación y aplicación del derecho nacional**, por ejemplo, a la hora de ejercer los poderes discrecionales legislativos de forma "amigable con el Derecho Internacional".

1.2 El Régimen sanitario internacional como *lex specialis*

El núcleo del derecho sanitario internacional es el **RSI**²⁵, adoptado en 2005 por la Asamblea de la Organización Mundial de la Salud (OMS) sobre la base del artículo 21 de los Estatutos de la OMS. El RSI, como **legislación secundaria de la OMS**, no es vinculante en virtud del Derecho Internacional²⁶.

²⁰ Michael Krennerich, *Soziale Menschenrechte – Zwischen Recht und Politik*, 2013, S. 223.

²¹ A73/CONF./1 Rev.1, "COVID-19 response", 18 de mayo de 2020, https://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA73/A73_CONF1Rev1-en.pdf.

²² CIDH lo declara en su Resolución 1/21 sobre "*Las vacunas contra el COVID-19 en el marco de las obligaciones interamericanas de derechos humanos*" también un bien público regional. <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-21-es.pdf>

²³ Kaul/Grunberg/Stern (Hrsg.), *Global public goods: international cooperation in the 21st century*, Oxford University Press, 1999; Inge Kaul, *Global Public Goods. A concept for framing the Post-2015 Agenda?*, Deutsches Institut für Entwicklungspolitik, Discussion Paper 2/2013, https://www.die-gdi.de/uploads/media/DP_2.2013.pdf.

²⁴ Con una vision different: Claire-Marie Richter, *Time to Counter "Vaccine Nationalism"?: International Obligations of States in the Context of the COVID-19 Pandemic*, Völkerrechtsblog, 26.03.2021, doi: 10.17176/20210326-095245-0

²⁵ Un acercamiento crítico al RSI se puede encontrar en el primer informe de Robinson Pérez, *Gobernanza de salud global y cambios en la OMS: 74 Asamblea Mundial la Salud*, junio 2021, p. 10 (documento interno de DIRAJus)

²⁶ Jurídicamente, el RSI no es un tratado de Derecho Internacional. Art. 21 de la Constitución / Estatutos de la OMS, que fue ratificado por los Estados Parte como tratado fundacional de la OMS, autoriza a la Asamblea de

El derecho secundario derivado de las organizaciones internacionales **no** suele ser **directamente aplicable en el ámbito jurídico nacional** porque no contiene ninguna de las llamadas *self-executing-norms* (normas autoejecutables)²⁷. Por ello, deben haber sido integrados en los sistemas nacionales.

El RSI contiene una serie de **obligaciones sobre la atención sanitaria preventiva y el desarrollo de capacidades, como también obligaciones de información, notificación y cooperación** en virtud del Derecho Internacional. Además, el derecho sanitario internacional se basa en las **recomendaciones y el asesoramiento de la OMS**²⁸ y -por último, pero no menos importante- en la solidaridad y la confianza²⁹, así como en la certeza de que una pandemia sólo puede combatirse a nivel mundial.

El artículo 54 del RSI prevé una especie de "**sistema de vigilancia**" según el cual, la Asamblea de la Salud de la OMS, examina periódicamente la eficacia del RSI. Los Estados son objeto de una evaluación constante por parte de un grupo de expertos independientes. También los informes de la Misión de Evaluación Externa Conjunta desempeñan un papel fundamental³⁰. Se basan en las autoevaluaciones por parte de los Estados Parte. No obstante, la aplicación y los informes no han sido coherentes en todos los países³¹, y la información no indica necesariamente cómo se aplican realmente los requisitos de capacidad del RSI en cada país. Por ello, no sólo desde la crisis del Coronavirus se ha pensado en reforzar los mecanismos legales del RSI³².

Adicionalmente, los **Principios de Bangkok** para la aplicación de los aspectos sanitarios del **Marco de Sendai**, orientados a la Reducción del Riesgo de Desastres 2015-2030, ofrecen acciones concretas para proteger los logros del desarrollo de las medidas adoptadas para mitigar dicho riesgo, incluyendo un enfoque en los sistemas de salud resilientes.

1.3 Los Derechos Humanos

Según el **art. 57 RSI**, su normatividad no afecta a los derechos y obligaciones de los Estados Parte asumidos en virtud de otros tratados internacionales o de derechos humanos³³. Por el contrario, las normas deben interpretarse en el sentido de la **compatibilidad mutua**. En cuanto al régimen de

la Salud, dictar normas sobre "medidas sanitarias y de cuarentena y otras precauciones para prevenir la evitar la propagación de enfermedades de un país a otro (...)".

²⁷ Markus Benzing, *International Organizations or Institutions, Secondary Law*, en: Max Planck Encyclopedias of International Law [MPIL], marzo 2007, Rdnr. 21, <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e508>.

²⁸ Véase el Segundo informe de Robinson Pérez, *Una aproximación al debate del derecho de salud en crisis*, Agosto 2021, p 23ss (documento interno de DIRAJus).

²⁹ Pedro Villarreal, *The 2019-2020 novel coronavirus outbreak and the importance of good faith for international law*, *Völkerrechtsblog* del 28 de enero de 2020, <https://voelkerrechtsblog.org/the-2019-2020-novel-coronavirus-outbreak-and-the-importance-of-good-faith-for-international-law/>.

³⁰ Véase arriba la nota de pie No 8.

³¹ Hoffman JJ., *Making the international health regulations matter: promoting universal compliance through effective dispute resolution*. En: Rushton S, Youde J, eds. *Routledge handbook on global health security*. Oxford: Routledge, 2014, p. 239–251; Commission on a Global Health Risk Framework for the Future, *The neglected dimension of global security: a framework to counter infectious disease crises*, 2016, <https://www.nap.edu/catalog/21891/the-neglected-dimension-of-global-security-a-framework-to-counter>

³² Véase el primer informe de Robinson Pérez (documento interno de DIRAJus), p. 12 ss. y segundo informe (documento interno de DIRAJus) p. 24 s.

³³ Su débil priorización en las actuaciones de la OMS; véase el primer informe de Robinson Pérez (documento interno de DIRAJus), p. 25.

derechos humanos, no hay competencia, sino una **relación complementaria** entre los derechos humanos y el derecho sanitario. Ello se desprende del artículo 3 párrafo 1 RSI que estipula que el Reglamento debe aplicarse con pleno respeto a la **dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales**. Por lo tanto, las obligaciones centrales de los Estados en la pandemia incluyen ya actualmente, además de la protección de la salud, la salvaguarda de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los ciudadanos.

Por ello, las obligaciones de los Estados según el RSI -en particular las obligaciones de notificación e información, así como la obligación de mantener una capacidad de atención sanitaria adecuada- se ven **respaldadas y complementadas por el derecho humano a la salud** (art. 12 del PIDESC; Artt. 5, 26 CADH y Art. 10 Protocolo de San Salvador) **y el derecho a la vida** (art. 6 PIDCP; art. 4 CADH) en virtud del derecho individual³⁴.

1.3.1 El derecho a la vida

El **derecho a la vida** contiene la **obligación positiva de los Estados** Parte de la CADH de adoptar las medidas necesarias para proteger la vida de las personas y minimizar los riesgos³⁵. En casos extremos, los fallos estructurales del Estado en la política sanitaria pueden violar el derecho humano a la vida³⁶. En la misma línea, el Comité de Derechos Humanos de la ONU, creado para supervisar el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de la ONU, subraya que los Estados deben tomar las medidas adecuadas para proteger a la población bajo su jurisdicción, de enfermedades mortales³⁷. Estas medidas incluyen, no sólo garantizar el acceso a los medicamentos y otros elementos esenciales para la supervivencia, sino también los servicios de emergencia, la organización de planes de emergencia o el establecimiento de estructuras adecuadas relacionadas con la vida³⁸. Esta obligación positiva de protección incluye la adopción de medidas inmediatas en caso de que se produzca un brote de enfermedades potencialmente mortales, con el fin de prevenir o al menos mitigar las consecuencias graves³⁹.

³⁴ Olha Bozhenko, *More on Public International Law and Infectious Diseases: Foundations of the Obligation to Report Epidemic Outbreaks*, Blog of the European Journal of International Law, 15. August 2019, <https://www.ejiltalk.org/more-on-public-international-law-and-infectious-diseases-foundations-of-theobligation-to-report-epidemic-outbreaks/>.

³⁵ Corte IDH. Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349, § 146; Corte IDH. Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C No. 261, § 132, Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, § 89.

³⁶ Corte IDH. Caso Luna López Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de octubre de 2013. Serie C No. 269, § 119, Corte IDH. Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349, § 148; Corte IDH. Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359, § 156.

³⁷ Human Rights Committee (CCPR), *General Comment No. 36*, (CCPR/C/GC/36) del 3 de septiembre de 2019, parr. 26, https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR/C/GC/36&Lang=en; *General Comment No. 6*, parr. 5, <https://www.refworld.org/docid/45388400a.html>.

³⁸ Human Rights Committee (CCPR), *General Comment No. 36* (CCPR/C/GC/36); parr. 26.

³⁹ Coco / de Souza Dias, *Part I: Due Diligence and COVID-19: States' Duties to Prevent and Halt the Coronavirus Outbreak*, Blog of the European Journal of International Law del 24 de marzo de 2020,

1.3.2 El derecho a la salud

El **derecho a la salud** obliga a los Estados a crear un **sistema de atención médica** para poder evitar eficazmente las amenazas a la salud⁴⁰. Según el Comité Social de las Naciones Unidas y la Corte IDH, las **obligaciones específicas** del derecho se refieren a (i) la disponibilidad de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud a la población dentro de la jurisdicción de un Estado Parte, (ii) su accesibilidad sin discriminación alguna, (iii) la aceptabilidad de los servicios brindados desde el punto de vista cultural y (iv) su calidad desde el punto de vista médico y científico⁴¹.

Además, el Comité Social de las Naciones Unidas distingue entre las **obligaciones básicas mínimas** (*minimum core obligations*), **obligaciones de efecto inmediato** (*obligations of immediate effect*), y **otras obligaciones** que -en función de los recursos disponibles- deben implementarse progresivamente⁴². De acuerdo con las categorías comunes de obligaciones estatales en el ámbito de la protección internacional de los derechos humanos (**respetar - proteger - cumplir**), el Comité clasifica las obligaciones en tres subgrupos respectivos: La obligación de respetar requiere que los Estados se **abstengan de interferir directa o indirectamente** en el disfrute del derecho a la salud. La obligación de proteger requiere que los Estados **adopten medidas que impidan a terceros interferir** en las garantías del artículo 12 PIDESC. Por último, la obligación de cumplir requiere que los Estados **adopten medidas legislativas, administrativas, presupuestarias, judiciales, promocionales y de otro tipo para la plena realización del derecho a la salud**⁴³.

Según el art. 12 párrafo 2 lit. c) PIDESC el Estado está obligado explícitamente a la "**prevención, tratamiento y control de las enfermedades epidémicas (...)**"; ello se puede encontrar también en el Art. 10 del Protocolo San Salvador. Esta disposición no es sólo una sentencia programática no vinculante, sino una norma jurídica vinculante⁴⁴. En esta línea, en el caso Cuscul Pivaral, la Corte IDH destaca que en un contexto de enfermedades endémicas es necesario que los Estados den cuenta de la interrelación entre garantizar una política eficiente de seguridad social y la atención a la salud⁴⁵. Además, el Comité Social de la ONU ha dejado claro en repetidas ocasiones que no considera

<https://www.ejiltalk.org/part-i-due-diligence-and-covid-19-states-duties-to-prevent-and-halt-the-coronavirusoutbreak/>.

⁴⁰ UN CESCR, *General Comment No. 14* (2000), parr. 16 <https://undocs.org/en/E/C.12/2000/4>; Olha Bozhenko, *More on Public International Law and Infectious Diseases: Foundations of the Obligation to Report Epidemic Outbreaks* Blog of the European Journal of International Law del 15 de Agosto de 2019, <https://www.ejiltalk.org/more-on-public-international-law-and-infectious-diseases-foundations-of-theobligation-to-report-epidemic-outbreaks/>.

⁴¹ UN CESCR, *General Comment No. 14* (2000), parr. 12; Corte IDH/Max Planck Institute/Instituto de Estudios Constitucionales, *INFOGRAFÍA: COVID-19 y el Derecho a la Salud*, <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/infografia-covid.pdf>.

⁴² UN CESCR, *General Comment No. 14* (2000), parr. 43, <https://undocs.org/en/E/C.12/2000/4>.

⁴³ UN CESCR, *General Comment Nr. 14* (2000), parr. 33, <https://undocs.org/en/E/C.12/2000/4>.

⁴⁴ Peters, Anne, *Die Pandemie und das Völkerrecht (The Pandemic and Public International Law)* (February 9, 2021). Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper No. 2021-03, In: *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart: Neue Folge*, vol. 69 (2021).

⁴⁵ Corte IDH. Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359, § 99.

que la lista de obligaciones del art. 12 párrafo 2 PIDESC sea exhaustiva⁴⁶; por lo tanto, la prevención, el tratamiento y el control de las **pandemias** también pueden incluirse en la lit. c).

En el contexto de enfermedades epidémicas, el Comité Social de la ONU afirma que los países deben mejorar la **vigilancia epidemiológica** y la recolección de datos, así como otras **estrategias** de control de enfermedades. Los Estados también están obligados a **tomar medidas contra las posibles amenazas**, que se basan en datos epidemiológicos. Tampoco puede un Estado ocultar o falsificar **información sanitaria relevante** y posiblemente vital, por ejemplo, con vistas a la **protección contra la infección** o la prevención de epidemias⁴⁷.

1.3.3 Contribución de los derechos humanos al derecho sanitario internacional

La "contribución" de los derechos humanos a la protección sanitaria internacional y al control de las pandemias es apreciable, pero no debe sobrestimarse. El derecho humano a la salud del **art. 12 PIDESC**, con sus dos párrafos, sólo comprende un **material normativo muy limitado** en comparación con los más de 50 artículos del RSI sustantivos, en parte extremadamente detallados y técnicos (más varios anexos). En consecuencia, el **efecto de dirección** (potencial) del derecho sanitario internacional sobre las acciones de política sanitaria de los Estados resulta ser mucho mayor que el del derecho a la salud, que en el mejor de los casos puede hacer **correcciones selectivas** a la política sanitaria estatal.

Por otra parte, las obligaciones complementarias en materia de derechos humanos son **objeto de una jurisprudencia variada de tribunales nacionales e internacionales**⁴⁸, que aplican, interpretan y desarrollan los derechos humanos. En este contexto, los **mecanismos de supervisión y aplicación** específicos de los derechos humanos, en particular a través de la **práctica de interpretación** continua de los **Comités de la ONU** (por ejemplo, a través de las llamadas Observaciones Generales), profundizan y amplían el material normativo del art 12 PIDESC con el efecto positivo que pueden ser reclamados por los individuos, al contrario de lo que ocurre con la normatividad del RSI.

Además de las obligaciones (verticales) de un Estado de proteger y prevenir la salud de su población, también hay **obligaciones horizontales** del Derecho Internacional **hacia otros Estados y sus poblaciones**, especialmente en lo que respecta a la **solidaridad y la cooperación** transfronterizas. Ante situaciones de pandemia, las medidas gubernamentales de control de la infección para contener una pandemia, que restringen la libertad de su propia población (por ejemplo, las prohibiciones de viajar), pueden tener al mismo tiempo un **efecto positivo** (por ejemplo, la interrupción de una cadena de infección, etc.) en beneficio de otros Estados y sus poblaciones⁴⁹.

⁴⁶ UN CESCR, *General Comment No. 14* (2000), parr. 7, 13, <https://undocs.org/en/E/C.12/2000/4>; Saul/Kinley/Mowbray, ICESCR, *Commentary*, Oxford Univ. Press 2014, Art. 12, p. 991.

⁴⁷ Michael Krennerich, *Soziale Menschenrechte – Zwischen Recht und Politik*, Schwalbach/Ts. 2013, S. 210.

⁴⁸ Defensoría del Pueblo de Colombia, *Derecho a la Salud en la Constitución, la Jurisprudencia y los Instrumentos Internacionales*, Bogotá 2003, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/27803.pdf>

⁴⁹ Véase WHO *Fact Sheet, The Right to Health*, Fact Sheet No. 31, <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Factsheet31.pdf>; Weilert, Katarina, *Das völkerrechtliche Menschenrecht auf Gesundheit und seine Umsetzung in Deutschland*, in: Gesundheits- und Sozialpolitik (G+S) 2018, S. 55 (56)

2. Reacción de los Estados (Derecho en la crisis)

Como se ha explicado anteriormente, las obligaciones centrales de los Estados en la pandemia incluyen no sólo la protección de la salud, sino también la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los ciudadanos. En su informe político sobre "COVID-19 y derechos humanos"⁵⁰, las Naciones Unidas señalan que

"[E]n la crisis actual, los derechos humanos pueden ayudar a los Estados a recalibrar sus medidas de respuesta para maximizar su eficacia en la lucha contra la enfermedad y minimizar las consecuencias negativas. La centralidad de la protección, que sustenta la respuesta en entornos humanitarios, garantiza que preservemos colectivamente nuestra humanidad y dignidad comunes."

Numerosos Estados han declarado el **estado de emergencia** para suspender temporalmente las garantías de los derechos humanos⁵¹. Siempre que se cumplieran los requisitos formales y sustantivos de un estado de excepción, en el sentido de los convenios de derechos humanos y, en particular, que se mantuviera la proporcionalidad, estos Estados podían así eximirse de observar, por ejemplo, el **derecho a la libertad de reunión o la libertad de circulación** y podían imponer más fácilmente "toques de queda" y medidas de cuarentena. Las medidas estatales que se tomaron en este contexto son ahora objeto de **numerosos casos judiciales nacionales e internacionales**⁵². El **derecho a la vida**, sin embargo, es un derecho que no puede ser suspendido por tales declaraciones. Además, con la excepción de América Latina, algunas declaraciones de emergencia se retiraron después de la primera ola de la pandemia⁵³.

En este contexto, se debe mencionar al **art. 43 RSI** -una de las disposiciones centrales del RSI- que tiene como objetivo la compatibilidad de la protección de la salud y los derechos humanos y, por tanto, tiene un efecto protector de los derechos humanos. La norma regula, entre otras cosas, los requisitos jurídicos en caso de que un Estado miembro de la OMS vaya más allá de la norma recomendada por la OMS y quiere tomar más medidas (por ejemplo, restricciones a los viajes, prohibiciones de importación y exportación, etc.) con el "pretexto" de combatir la pandemia. Aquí, la **OMS** puede ser "moderadora" y, en cierta medida, "proteger los derechos fundamentales" en las políticas sanitarias de los Estados miembros - **en cierto sentido**, está asumiendo su rol de **guardián de los derechos humanos** en la pandemia.

⁵⁰ United Nations, *Covid-19 and Human Rights*, April 2020, https://www.un.org/sites/un2.un.org/files/un_policy_brief_on_human_rights_and_covid_23_april_2020.pdf.

⁵¹ OHCHR, *Emergency Measures and COVID-19: Guidance*, 27.04.2020, https://www.ohchr.org/Documents/Events/EmergencyMeasures_Covid19.pdf; Human Rights Committee, *Statement on derogations from the Covenant in connection with the COVID-19 pandemic*, 30.04.2020, <https://disasterlaw.ifrc.org/media/2949>.

⁵² Diane Desierto, *Calibrating Human Rights and Necessity in a Global Public Health Emergency: Revive the UN OHCHR's ICESCR Compliance Criteria*, Blog of the European Journal of International Law, 26. Marzo 2020, <https://www.ejiltalk.org/calibrating-human-rights-and-necessity-in-a-global-public-health-emergency-activate-the-un-ohchrs-icescr-compliance-criteria/>.

⁵³ Peters, Anne, *Die Pandemie und das Völkerrecht* (The Pandemic and Public International Law) (February 9, 2021). Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper No. 2021-03, In: *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart: Neue Folge*, vol. 69 (2021).

Adicionalmente, conviene mencionar brevemente las **recomendaciones de la OMS**. Aunque la **declaración de una emergencia de salud pública** por parte de la OMS no conlleva **ninguna obligación directa para los Estados Parte** de la OMS en virtud del Derecho Internacional⁵⁴, sí constituye la base jurídica para que la **OMS adopte medidas de mayor alcance** (art. 15 RSI). Entre ellas se encuentran las **recomendaciones** temporales (pero renovables) de la OMS. Se caracterizan por un "multilateralismo reflejado", que no pretende sustituir las funciones centrales del Estado, sino complementarlas de forma cooperativa ante los retos comunes⁵⁵.

Según el **art. 18 párrafo 1 RSI**, las recomendaciones de la OMS a los Estados Parte en relación con las personas pueden incluir, entre otras cosas, los siguientes consejos: Revisar el itinerario de viaje en las zonas afectadas; exigir la vacunación u otra profilaxis; aplicar la cuarentena u otras medidas sanitarias a las personas sospechosas; realizar una segregación de las personas afectadas; realizar un seguimiento de los contactos de las personas sospechosas/afectadas; impedir la entrada de personas sospechosas y afectadas en el país; negar la entrada a las personas no afectadas en las zonas afectadas; y/o imponer restricciones a la salida de personas de las zonas afectadas.

En el **transcurso de la pandemia de COVID 19**, la OMS hizo recomendaciones sobre la realización de pruebas de Coronavirus y el uso de mascarillas⁵⁶. Recomendaciones sobre las cuarentenas masivas (*lock downs*) no se emitieron, aunque hubiera sido posible en virtud del art. 18 párrafo 1 RSI. No existe ninguna obligación gubernamental de seguir las recomendaciones de la OMS, sino que se trata de un **asesoramiento no vinculante** sobre la aplicación temporal y específica (art. 1 RSI). Tal cual, la importancia del derecho sanitario de la OMS se pone de manifiesto en los llamados **Principios de Siracusa** de 24 de agosto de 1984 sobre las disposiciones del PICP de la ONU⁵⁷. Según su art. 26 se tendrá debidamente en cuenta el RSI de la Organización Mundial de la Salud. Cabe mencionar que los Principios de Siracusa -que no son vinculantes según el Derecho Internacional- contienen **principios jurídicos generales** reconocidos en relación con la **restricción y la derogación de los derechos humanos** y sirven, entre otras cosas, como base de argumentación para la interpretación de los derechos humanos internacionales, en virtud del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de la ONU.

Capítulo II: El Derecho Internacional como norma de responsabilidad estatal

⁵⁴ Bogdandy, Armin von / Villareal, Pedro, *Critical Features of International Authority in Pandemic Response: The WHO in the COVID-19 Crisis, Human Rights and the Changing World Order*, Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper No. 2020-18 del 14 de mayo de 2020, S. 4, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3600058.

⁵⁵ Armin v. Bogdandy / Pedro Villarreal, *Es geht nicht ohne die WHO*, in: FAZ vom 23. April 2020, S. 6, <https://www.faz.net/aktuell/politik/staat-und-recht/trotz-trumps-kritik-es-geht-nicht-ohne-die-who-16737324.html>.

⁵⁶ WHO, *Laboratory testing strategy recommendations for COVID-19, interim guidance*, 21. März 2020, https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/331509/WHO-COVID-19-lab_testing-2020.1-eng.pdf.

⁵⁷ United Nations, Economic and Social Council, *Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights*, UN-Dok. E/CN.4/1985/4 Annex, <https://undocs.org/en/E/CN.4/1985/4>.

1. Responsabilidad estatal según el Derecho Internacional en general

1.1 Violación de derechos internacionales por parte de algunos Estados

Se han convertido infracciones específicamente en cuanto a la obligación a establecer una "capacidad para responder rápida y eficazmente a los riesgos para la salud pública y a las emergencias de salud pública de importancia internacional" (*preparedness*) según el art. 13 RSI⁵⁸:

En 2014, solo 64 Estados Parte al RSI habían informado que cumplían las normas mínimas de capacidad básica; 81 Estados Parte habían solicitado una prórroga adicional de dos años; y 48 no habían comunicado sus intenciones a la OMS⁵⁹. Cinco años más tarde, en el 2019, el tercer *Review Committee* constató que muchos Centros Nacionales de Coordinación (CNC) -que todos los Estados Parte deben establecer según el art. 4 del RSI⁶⁰- carecen de la autoridad, la capacidad, la formación y los recursos necesarios para desempeñar eficazmente su mandato, relativo a las comunicaciones urgentes basadas en acontecimientos, tal como se establece en el artículo 4 del RSI⁶¹. Este tercer *Review Committee*, también observó que los funcionarios de alto nivel tenían un conocimiento limitado de la función de los CNC. Y el actual *Review Committee* constata que la falta de cumplimiento por parte de los Estados Parte de ciertas obligaciones en virtud del RSI, en particular de preparación de prevención (*preparedness*), contribuyó a que la pandemia de COVID-19 se convirtiera en una emergencia sanitaria mundial prolongada⁶².

Además, se mencionan infracciones en cuanto a las obligaciones de informar y de cooperar.

1.2 Posibilidades de demandar las infracciones

Aunque el Derecho Internacional proporciona normas materiales que tienen cierto poder de conducción sobre las políticas sanitarias de los Estados, sin embargo, el Derecho Internacional difícilmente permitirá responsabilizar legalmente a los infractores del Derecho Internacional por las razones siguientes:

Dado que las normas del **RSI no dan lugar a posiciones jurídicas individuales**, los individuos no pueden alegar ante los tribunales nacionales que su Estado ha violado el RSI. Además, no existe una jurisdicción internacional global, ni siquiera facultativa. Y los recursos de los Estados ante la Corte Internacional de Justicia no son admisibles por falta de una norma de competencia adecuada⁶³.

⁵⁸ Véase también el segundo informe de Robinson Pérez (Documento interno DIRAJus), p. 5 s.

⁵⁹ http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/251717/B136_22Add1-en.pdf?sequence=1&isAllowed=y

⁶⁰ Los CNC deben ser centros nacionales (no personas individuales) capaces de realizar las Para tal efecto, y, o designar comunicaciones requeridas por el RSI dentro de sus Estados y a nivel internacional. Las funciones de los CNC en el marco del RSI implican que los Estados Parte deben dotar a los CNC de la autoridad, la capacidad, la formación y los recursos necesarios para cumplir con sus responsabilidades de forma eficaz.

⁶¹ https://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA68/A68_22Add1-en.pdf?ua=1

⁶² https://cdn.who.int/media/docs/default-source/documents/emergencias/a74_9add1-en.pdf?sfvrsn=d5d22fdf_1&download=true

⁶³ Peters, Anne, *Die Pandemie und das Völkerrecht* (The Pandemic and Public International Law) (February 9, 2021). Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper No. 2021-03, In: *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart: Neue Folge*, vol. 69 (2021).

En teoría, la creación de un **tribunal de arbitraje** sería posible (art. 56 RSI). Este podría entonces, por ejemplo, conceder una indemnización por los daños causados por la pandemia en caso de que se puede probar una violación del principio *No harm*. Por un lado, será muy difícil en el contexto de la pandemia de COVID-19 hacer realidad este principio, porque una causalidad de los daños de la pandemia en sentido jurídico, difícilmente podrá establecerse en la compleja situación actual. Por otro lado, la creación de un tribunal de arbitraje requeriría el acuerdo del Estado demandado. El hecho de que hasta ahora ningún Estado haya declarado su sumisión en el marco del RSI, significa que este procedimiento es poco probable.

Las **demandas** de responsabilidad **contra un Estado en los tribunales de otro Estado**, como las demandas colectivas presentadas en EE.UU. contra China, son inútiles debido a la **inmunidad soberana** en conflicto⁶⁴. Tendrán que ser rechazadas como inadmisibles desde el principio, porque los tribunales nacionales no pueden intervenir en las acciones de un Estado contra otro.

Apenas existen otras sanciones.

En consecuencia, las (posibles) violaciones de los principios del Derecho Internacional y de la normativa sanitaria internacional, por falta de preparación de muchos Estados y a través de la desinformación y el encubrimiento por parte de algunos actores, son prácticamente imposibles de ser sancionadas legalmente. Por lo general, la pandemia ha ilustrado los notorios déficits de la función de responsabilidad del Derecho Internacional.

2. Responsabilidad estatal en caso de violación de DDHH

Mientras que las garantías de los derechos humanos (p. ej. el derecho a la vida) del **PIDCP** como los de la CADH son "derechos de defensa contra el Estado", y, en general, directamente aplicables, la particularidad de las garantías del **PIDESC**, así como los del **Protocolo de San Salvador**, son derechos positivos de prestación. Por lo tanto, el Estado debe adoptar activamente medidas legislativas y organizativas para protegerlos, por lo que las consideraciones económicas y financieras siempre desempeñan un papel en la aplicación de estos derechos humanos⁶⁵. En parte, los derechos consagrados en el PIDESC tienen el **carácter de objetivos estatales**⁶⁶. No obstante, las obligaciones legales indirectas y directas de los Estados pueden derivarse de sus **núcleos centrales justiciables**.

2.1 Violación de derechos humanos

Una deficiencia en la preparación de la prevención (**falta de "preparedness"**) puede violar los derechos humanos⁶⁷. Las obligaciones de **due diligence** se derivan de la prohibición del daño y la falta de capacidad no exime de la comisión de una infracción.

⁶⁴ Keitner, *Just Security*, 8.4.2020, citado por Peters, Anne, *Die Pandemie und das Völkerrecht* (The Pandemic and Public International Law) (February 9, 2021). Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper No. 2021-03, en: *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart: Neue Folge*, vol. 69 (2021).

⁶⁵ Brigit Toebes, *The Right to Health as a Human Right in International Law*, Amsterdam: Hart 1999, S. 7; Lawrence O. Gostin, *Global Health Law*, Harvard Univ. Press, Cambridge 2014, S. 246; WHO Fact Sheet, *The Right to Health*, Fact Sheet No. 31, S. 5, <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Factsheet31.pdf>.

⁶⁶ Brigit Toebes, *The Right to Health as a Human Right in International Law*, Amsterdam: Hart 1999, S. 6.

⁶⁷ Violaciones al derecho a la salud – específicamente a la accesibilidad de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud sin discriminación alguna- se pueden encontrar en el documento Síntesis del primer Foro, última actualización 19.07.2021, 7 s.

Según el Art. 4 PIDESC los Estados se obligan a someter los derechos del Pacto únicamente a limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática. En cuanto a la restricción de los DESCAs, el Protocolo de San Salvador concretiza en su Art. 4 que no podrá restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos o vigentes en un Estado, en virtud de su legislación interna o de convenciones internacionales, con el pretexto de que el Protocolo no los reconoce o los reconoce en menor grado.

En los intentos por frenar la propagación del COVID-19, la mayoría de la población de América Latina ha experimentado algún tipo de **medidas de distanciamiento social y cuarentena amplia**, conocidas coloquialmente como "lock downs"⁶⁸. Estas medidas van, desde las que abarcan regiones o provincias específicas, hasta las que se aplican a países enteros. Las medidas también varían en severidad, ya que algunos países permiten las actividades esenciales sin importar la distancia o el tiempo, mientras que otros dictan límites específicos de viaje y aplican toques de queda. Además de las medidas generales de distanciamiento social, si a una persona se le diagnostica COVID-19, se le puede ordenar que permanezca **aislada**. De forma alarmante, muchos países están recurriendo a las sanciones penales para imponer el cumplimiento de las medidas de salud pública, incluida la **penalización** de la exposición y la transmisión del COVID-19⁶⁹.

Como fue descrito antes, cuando los Estados promulgan medidas de salud pública que restringen los derechos, no obstante, deben cumplir ciertas **obligaciones básicas de derechos humanos**. Deben garantizar, por ejemplo, que se satisfagan las **necesidades básicas de las personas**, incluyendo la alimentación, el agua, el saneamiento y la vivienda. También deben evitar que se produzcan impactos desproporcionadamente duros en las comunidades marginadas, o que se apliquen a ellas. Además, las personas que sufren pérdidas económicas debido a las medidas de salud pública tienen derecho a una **compensación** justa⁷⁰. Es importante que todas estas **medidas estén sujetas a recursos y a revisión**. Durante y después de la fase aguda de una crisis, debe haber un análisis y un debate para garantizar que las medidas de salud pública se basan en pruebas, son necesarias y son proporcionadas en función de la ciencia disponible, las preocupaciones de salud pública y las normas de derechos humanos.

En cualquier situación de emergencia o crisis, la **supervisión judicial** de las medidas excepcionales adoptadas por el Estado es esencial para el Estado de Derecho y la protección de los derechos humanos⁷¹. Dado que las medidas contra la pandemia del COVID19 han afectado a muchas esferas

⁶⁸ E. Van Hoof, *Lockdown is the world's biggest psychological experiment – and we will pay the price*, World Economic Forum (09 April 2020), <https://www.weforum.org/agenda/2020/04/this-is-the-psychological-side-of-the-covid-19-pandemic-that-were-ignoring/>.

⁶⁹ N. Sun and L. Zilli, *The Use of Criminal Sanctions in COVID-19 Responses – Parts I and II*, Opinio Juris (03 April 2020), <https://opiniojuris.org/2020/04/03/covid-19-symposium-the-use-of-criminal-sanctions-in-covid-19-responses-exposure-and-transmission-part-i/> and <https://opiniojuris.org/2020/04/03/covid-19-symposium-the-use-of-criminal-sanctions-in-covid-19-responses-enforcement-of-public-health-measures-part-ii/>.

⁷⁰ World Health Organization, *Chapter 10: Controlling the spread of infectious diseases*, in: *Advancing the Right to Health: the Vital Role of Law* (2016), <https://www.who.int/healthsystems/topics/health-law/chapter10.pdf?ua=1>.

⁷¹ ICJ, *Legal commentary to the ICJ Geneva Declaration: upholding the rule of law and the role of judges & lawyers in times of crisis*, 31 de mayo de 2011, p. 62 ss.

del funcionamiento del Estado y de la sociedad, han afectado a los sistemas de justicia en la medida en que su funcionamiento normal se vio interrumpido, suspendido o ajustado a las nuevas circunstancias⁷². Si bien estas medidas pueden haberse considerado necesarias para afrontar eficazmente la pandemia, el funcionamiento limitado de los tribunales, así como las limitaciones en el **acceso al asesoramiento jurídico**, tienen **implicaciones** para el **acceso a la justicia** y el **derecho a un juicio justo**. También plantean cuestiones sobre la **capacidad del sistema judicial** para ofrecer reparación por posibles violaciones de los derechos humanos relacionadas con la pandemia y las consiguientes medidas de emergencia. En este sentido, las obligaciones de los Estados en virtud del Derecho Internacional de los derechos humanos, que siguen siendo aplicables en tiempos de crisis, deben ser fundamentales en su respuesta a la COVID-19⁷³.

2.2 Posibilidades de demandar las infracciones

Los Estados Parte del **PIDESC** y del **Protocolo San Salvador**, deben cumplir sus obligaciones de **forma progresiva**. Esto significa que el Estado Parte debe tomar medidas para realizar progresivamente los objetivos establecidos en el Pacto⁷⁴. El Comité Social de la ONU puede supervisar el cumplimiento de los derechos garantizados en el Pacto Social, mediante el examen de las **denuncias individuales** contra los Estados Parte, en virtud del **Protocolo Facultativo** del Pacto Social de la ONU, que entró en vigor en 2013, siempre que hayan ratificado el Protocolo⁷⁵. Más aún, la **Corte Interamericana de Derechos Humanos** (Corte IDH) ha hecho referencia a las garantías del PIDESC para concretar las obligaciones en materia de derechos humanos de la Convención Americana de Derechos Humanos y su Protocolo San Salvador⁷⁶.

En la sentencia Poblete Vilches c. Chile, de 8 de marzo de 2018, la Corte IDH sostuvo por primera vez que los **derechos económicos, sociales y culturales también son directamente justiciables**⁷⁷. En octubre de 2018, la Corte IDH condenó a Guatemala por violar sus obligaciones en virtud del **artículo 26 de la CADH**⁷⁸. El Tribunal consideró que el sistema de **salud pública de Guatemala** para las personas que viven con el VIH/SIDA era inadecuado, a pesar de la legislación al respecto.

⁷² Sobre los preparativos y las respuestas del Sistema Judicial a la Pandemia, véase el documento “*Síntesis del Primer Foro*”, última actualización: 19.07.2021, p. 5 ss.

⁷³ ICJ Geneva Declaration Commentary, Principle One.

⁷⁴ WHO Fact Sheet, *The Right to Health*, Fact Sheet No. 31, S. 22 ff., <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Factsheet31.pdf>.

⁷⁵ *Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* del 10 de diciembre de 2008, <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/OPCESCR.aspx>. La lista de ratificaciones se encuentra aquí: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3-a&chapter=4&clang=en.

⁷⁶ Anna Kothe, *Vulnerability in times of Corona. Guidelines from the Inter-American Court of Human Rights on the Right to Health*, *Völkerrechtsblog* del 28 de mayo de 2020, <https://voelkerrechtsblog.org/vulnerability-in-times-of-corona/>.

⁷⁷ Corte IDH. Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_349_esp.pdf; Pedro Villarreal, *The Direct Justiciability of the Right to Health at the IACtHR*, *Völkerrechtsblog*, 22 de octubre de 2018, <https://voelkerrechtsblog.org/the-direct-justiciability-of-the-right-to-health-at-the-iacthr/>; Lucas Sánchez, *Der IAGMR und WSK-Rechte. Eine wegweisende Rechtsprechungsänderung*, *Völkerrechtsblog*, 20 de agosto de 2018, <https://voelkerrechtsblog.org/der-iagmr-und-wsk-rechte/>.

⁷⁸ Corte IDH. Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359.

Guatemala no ha cumplido sus **obligaciones positivas de garantizar el derecho a la salud**, el derecho a la vida y el derecho a dar pasos progresivos hacia la plena realización de los derechos económicos, sociales y culturales y es directamente responsable de la violación. Para el futuro, está por ver hasta qué punto la jurisprudencia de la Corte IDH, puede proporcionar **impulsos** para las necesarias reformas de los sistemas sanitarios de los países latinoamericanos.

Resumen

En vista de la diversidad y heterogeneidad de las **obligaciones estatales** en materia de pandemia, su **sistematización** resulta necesaria, pero al mismo tiempo supone un **reto jurídico**:

En términos de **ética jurídica**, se puede distinguir entre los deberes de solidaridad más "altruistas", como el deber de cooperación o la prohibición de daños y los deberes más "egoístas" (como el principio de prevención). Algunas funciones tienen un carácter más procedimental (por ejemplo, las funciones de diligencia debida, la presentación de informes y obligaciones de información); otros, en cambio, exigen el establecimiento de determinadas capacidades médicas para la atención sanitaria preventiva.

En cuanto a su **contenido normativo** y su **efecto vinculante**, algunas obligaciones están jurídicamente diferenciadas (por ejemplo, las obligaciones de notificación con motivo de una infección nacional); otras obligaciones, en cambio, se basan en principios, que más bien reflejan un enfoque político y son, en el mejor de los casos, normativamente el Derecho Internacional blando (por ejemplo, el requisito de transparencia o el principio de solidaridad).

Por último, las obligaciones del Estado en la pandemia provienen de **diferentes fuentes del Derecho Internacional**, lo que, a la vista de los solapamientos o redundancias, hace necesario aclarar la relación entre los diferentes regímenes jurídicos (por ejemplo, el derecho de la salud pública y los derechos humanos) y sus diferentes contribuciones a la lucha contra la pandemia.

Por último, y no menos importante, **equilibrar entre los derechos humanos** también es un **reto jurídico**. El derecho a la salud, formulado en el art. 12 párrafo 2 lit. c) PIDESC, exige protección contra epidemias, incluyendo cuarentenas y aislamientos individuales e incluso "*lock downs*" cuando no se dispone de medios menos restrictivos y se avecina un gran peligro. Equilibrar los derechos de libertad, libre circulación y reunión, por un lado, y el derecho a la salud, por otro, no es fácil. En el Derecho Internacional contemporáneo está bien aceptado que los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales son iguales. Los deberes de, por un lado, salvaguardar las libertades y, por otro, proteger contra las pandemias, son ambos una cuestión de derechos humanos. En este ejercicio de equilibrio, las pruebas científicas son un factor decisivo. Sin embargo, en la pandemia de COVID-19 se ha demostrado que no hay una sola ciencia sólida, especialmente en la investigación médico-epidemiológica. ¿Puede el asesoramiento técnico de la OMS contribuir en este caso a determinar qué medidas restrictivas pueden ser eficaces y necesarias para alcanzar el objetivo principal, es decir, frenar la propagación del Coronavirus, para justificarlas a prima facie?

Todavía queda mucho por hacer para sistematizar y concretar las obligaciones de los Estados según el Derecho Internacional para determinar su responsabilidad en el marco de pandemias.