



Parte 1: Derechos Humanos y Pandemia - Entrevista a Mijhaíl Pável

Por: Mijhaíl Pável Pardo Lafuente

1. **¿Cuál es su apreciación sobre el esfuerzo desplegado inicialmente por China para minimizar la aparición del COVID-19 y para que la OMS no declarara el brote de una emergencia de salud pública de importancia internacional?**

R.- Para responder adecuadamente a esta interrogante, es necesario analizar las acciones adoptadas por parte de las autoridades gubernativas de China a partir de un enfoque *cronológico*, esto es, desde el surgimiento del primer brote de COVID-19 en la provincia costera de Wuhan (provincia de Hubei), hasta la declaratoria de “emergencia de salud pública de importancia internacional” (ESPII) por parte del Director General de la Organización Mundial de la Salud (OMS), instancia técnica especializada de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) para la coordinación –a nivel global– de una “respuesta de salud pública”¹ frente a la epidemia en curso.



Así, de acuerdo con la “información oficial” publicada por la OMS:

¹ El artículo 2 (*Finalidad y alcance*) del Reglamento Sanitario Internacional señala que: “La finalidad y el alcance de este Reglamento son prevenir la propagación internacional de enfermedades, proteger contra esa propagación, controlarla y darle una *respuesta de salud pública* proporcionada y restringida a los riesgos para la salud pública y evitando al mismo tiempo las interferencias innecesarias con el tráfico y el comercio internacionales”. Por su parte, el art. 13 (*Respuesta de salud pública*) del mismo instrumento explicita que: “En consulta con los Estados Miembros, la OMS publicará directrices para prestar apoyo a los Estados Partes en el desarrollo de la capacidad de respuesta de salud pública”, <https://www.who.int/ihr/publications/9789241580496/es/>.



- El **31 de diciembre del año 2019**, China notifica un conglomerado de casos de neumonía causados por un nuevo coronavirus (COVID-19)², cuya estructura genética es 80% similar al Sars-CoV-1 surgido el año 2002 en el mismo país³.
 - ❖ Otras fuentes sostienen que, en dicha fecha, las autoridades sanitarias de Wuhan declararon el “descubrimiento de una neumonía viral”, aunque sin una “**evidencia clara de transmisión de persona a persona**”⁴.
 - ❖ Paralelamente, la República de Taiwán (Estado soberano no reconocido por la OMS) remite una misiva a este organismo, en la que solicita información adicional sobre la potencial transmisión de la enfermedad entre humanos. Empero, la OMS nunca “respondió ni compartió la solicitud con los Estados miembros”⁵.
- Días después, el **5 de enero de 2020**, la OMS publica su “primer parte técnico” ante la comunidad internacional relativo al nuevo patógeno. Dicho documento contenía “una evaluación del riesgo y una serie de recomendaciones, así como la información proporcionada por China a la Organización sobre la situación de los pacientes y la respuesta de salud pública ante el conglomerado de casos de neumonía de Wuhan”⁶.
- El **12 de enero de 2020**, China hizo pública la “secuencia genética” del virus causante del COVID-19⁷.
- El **14 de enero de 2020**, la jefa técnica del Programa de Emergencias Sanitarias de la OMS, Maria van Kerkhove, señala en una rueda de prensa que “puede que se haya

² Organización Mundial de la Salud (OMS), “COVID-19: cronología de la actuación de la OMS”, última actualización realizada el 9 de abril de 2020, <https://www.who.int/es/news-room/detail/08-04-2020-who-timeline---COVID-19>.

³ Navas, Maria Elena, “Coronavirus: cómo el mundo desaprovechó la oportunidad de tener una vacuna lista para hacer frente a la pandemia”, *BBC News*, 9 de abril de 2020, https://www.bbc.com/mundo/noticias-52216766?at_campaign=64&at_custom1=%5Bpost+type%5D&at_custom4=D50B0F5E-798D-11EA-8A67-9B6C96E8478F&at_medium=custom7&at_custom2=facebook_page&at_custom3=BBC+News+Mundo&fbclid=IwAR2eq2mIY7330IQomHVnqsN7si_vK8GhlTw4GdRMc_hb0E5TvinTOnsXnNw.

⁴ Chan, Wilfred, “The WHO Ignores Taiwan. The World Pays the Price”, *The Nation*, April 3, 2020, <https://www.thenation.com/article/world/taiwan-who-coronavirus-china/>. Traducción propia.

⁵ Chan, Wilfred, “The WHO Ignores Taiwan. The World Pays the Price”, *The Nation*, April 3, 2020, <https://www.thenation.com/article/world/taiwan-who-coronavirus-china/>. Traducción propia.

⁶ Organización Mundial de la Salud (OMS), “COVID-19: cronología de la actuación de la OMS”, última actualización realizada el 9 de abril de 2020, <https://www.who.int/es/news-room/detail/08-04-2020-who-timeline---COVID-19>.

⁷ *Ibid.*



producido una *transmisión limitada* del coronavirus *entre seres humanos...* fundamentalmente a través de familiares, y que existe el riesgo de un *posible* brote más amplio”⁸.

- ❖ En la misma fecha, Taiwán envía a dos expertos biomédicos a la provincia de Hubei (China), donde identifican una “*significativa*” probabilidad de que el coronavirus fuera capaz de transmitirse entre seres humanos⁹. Dos días más tarde, el **16 de enero de 2020**, las autoridades sanitarias de este país alertan sobre la peligrosidad del patógeno, señalando que era “más de lo que inicialmente se suponía”¹⁰.
- El **22 de enero de 2020** (una semana después de las evidencias de contagio arrojadas por Taiwán), la misión de observación de la OMS en China “emite una declaración en la que se afirma que se ha *demostrado la transmisión* entre seres humanos en Wuhan”¹¹. Frente a este escenario, el Director General de la OMS, Dr. Tedros Adhanom Ghebreyesus, convoca un “Comité de Emergencias” conforme al procedimiento previsto en el art. 48 del Reglamento Sanitario Internacional (RSI), ello con el objetivo de evaluar si el brote del nuevo coronavirus constituye una “emergencia de salud pública de importancia internacional”¹².

Finalizada la sesión de este Comité, los miembros (conformados por expertos de 16 países—incluidos China, Japón, Corea del Sur y Estados Unidos—¹³) no logran alcanzar un *consenso* “a partir de los *datos conocidos en ese momento*” (Taiwán no fue partícipe de esta reunión pese al avance de sus estudios), por lo que solicitan se convoque una segunda reunión en el plazo de 10 días con la finalidad de recabar mayor “información”¹⁴.

⁸ *Ibíd.*

⁹ Chan, Wilfred, “The WHO Ignores Taiwan. The World Pays the Price”, *The Nation*, April 3, 2020, <https://www.thenation.com/article/world/taiwan-who-coronavirus-china/>. Traducción propia. Énfasis añadido.

¹⁰ *Ibíd.*

¹¹ Organización Mundial de la Salud (OMS), “COVID-19: cronología de la actuación de la OMS”, última actualización realizada el 9 de abril de 2020, <https://www.who.int/es/news-room/detail/08-04-2020-who-timeline---COVID-19>.

¹² *Ibíd.*

¹³ Chan, Wilfred, “The WHO Ignores Taiwan. The World Pays the Price”, *The Nation*, April 3, 2020, <https://www.thenation.com/article/world/taiwan-who-coronavirus-china/>. Traducción propia.

¹⁴ Organización Mundial de la Salud (OMS), “COVID-19: cronología de la actuación de la OMS”, última actualización realizada el 9 de abril de 2020, <https://www.who.int/es/news-room/detail/08-04-2020-who-timeline---COVID-19>.



- Posteriormente, **el 28 de enero de 2020**, “una delegación de alto nivel de la OMS viaja a Beijing para reunirse con los dirigentes de China, conocer mejor la respuesta de ese país, y ofrecer la asistencia técnica que pueda ser necesaria”¹⁵. Durante esta visita, el director de la OMS acuerda con los dirigentes del Partido Comunista chino “que un equipo internacional de destacados científicos se desplace en misión... para comprender mejor el contexto y la respuesta general e intercambiar información y experiencias”¹⁶. Esta “Misión Conjunta OMS-China”, estuvo compuesta por expertos de “Alemania, Canadá, Estados Unidos (Centros para el Control y la Prevención de Enfermedades, Institutos Nacionales de la Salud), Japón, Nigeria, Corea del Sur, Rusia y Singapur”¹⁷.
- ❖ Mientras tanto, en el epicentro del brote de COVID-19 (Wuhan), funcionarios gubernativos procedían con el “arresto y castigo” de varios ciudadanos chinos por “difundir rumores” sobre esta enfermedad, *pari passu* el control del flujo de la información¹⁸.
- Días más tarde, **el 30 de enero de 2020**, el Director de la OMS convoca por segunda ocasión al “Comité de Emergencias”. En esta oportunidad, el Comité llega a un consenso entre sus miembros, recomendando al Director General declarar que el brote por el nuevo coronavirus (2019-nCov) “constituye una emergencia de salud pública de importancia internacional (ESPII)”¹⁹. Para esta fecha, “las autoridades chinas habían confirmado casi 8.000 casos”²⁰, mientras que en el mundo “habían aumentado diez veces con 7.781 casos en 18 países”²¹.
- De acuerdo con el “Informe de la Misión Conjunta OMS-China sobre la enfermedad por coronavirus 2019 (COVID-19)”²² –desarrollado entre el **16 y 24 de febrero** de 2020–

¹⁵ *Ibíd.*

¹⁶ *Ibíd.*

¹⁷ *Ibíd.*

¹⁸ Collins, Michael, “The WHO and China: Dereliction of Duty”, *Council on Foreign Relations*, February 27, 2020, <https://www.cfr.org/blog/who-and-china-dereliction-duty>. Traducción propia.

¹⁹ Organización Mundial de la Salud (OMS), “COVID-19: cronología de la actuación de la OMS”, 9 de abril de 2020, <https://www.who.int/es/news-room/detail/08-04-2020-who-timeline---COVID-19>.

²⁰ Chan, Wilfred, “The WHO Ignores Taiwan. The World Pays the Price”, *The Nation*, April 3, 2020, <https://www.thenation.com/article/world/taiwan-who-coronavirus-china/>. Traducción propia.

²¹ Collins, Michael, “The WHO and China: Dereliction of Duty”, *Council on Foreign Relations*, February 27, 2020, <https://www.cfr.org/blog/who-and-china-dereliction-duty>.

²² World Health Organization (WHO), *Report of the WHO-China Joint Mission on Coronavirus Disease 2019 (COVID-19)*, 28 February 2020 Report, <https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/who-china-joint-mission-on-COVID-19-final-report.pdf>. Traducción propia.



China “ha lanzado quizás el esfuerzo de contención de enfermedades más *ambicioso, ágil y agresivo* de la historia”²³, y ha demostrado: *i) el profundo compromiso* del pueblo chino con la acción colectiva frente a esta amenaza común²⁴; y *ii) el enfoque audaz* de China para contener la rápida propagación del coronavirus²⁵. Asimismo, el informe destaca el “riguroso e implacable”²⁶ paquete de *medidas no farmacéuticas* implementadas por este país para contener la transmisión del virus como un parámetro de “respuesta global”²⁷.

- ❖ Estas conclusiones demostraban, según algunos analistas, el respaldo del Director General de la OMS a la gestión del Partido Comunista sobre el nuevo coronavirus, no obstante de las “crecientes denuncias de *descontrol, represión y opacidad*”²⁸ atribuibles al gobierno chino durante los primeros compases de la crisis.
- Finalmente, el **11 de marzo de 2020**, debido a los “alarmantes niveles de propagación de la enfermedad”²⁹ en el mundo (para esta fecha, ya se contabilizaba alrededor de 120.000 contagios, 4.500 muertes y 114 países afectados³⁰), la OMS determina caracterizar al COVID-19 como una *pandemia global*.

²³ *Ibidem*, p. 16. Traducción propia. Énfasis agregado. A este respecto, el Informe de la OMS señala que: “La notable velocidad con la que los científicos chinos y los expertos en salud pública aislaron el virus causal, establecieron herramientas de diagnóstico y determinaron parámetros clave de transmisión, como la ruta de propagación y el período de incubación, proporcionaron la base de evidencia vital para la estrategia de China, ganando un tiempo invaluable para el respuesta”.

²⁴ World Health Organization (WHO), *Report of the WHO-China Joint Mission on Coronavirus Disease 2019 (COVID-19)*, 28 February 2020 Report, p. 17. Traducción propia. Énfasis agregado.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ *Ibidem*, p. 19. Sobre este aspecto, el Informe de la OMS también sostiene que: “La experiencia de China respalda firmemente la eficacia y la efectividad de anclar los planes de preparación y respuesta rápida de COVID-19 en una evaluación exhaustiva de los riesgos locales y de utilizar una estrategia de contención diferenciada basada en el riesgo para gestionar el brote en áreas sin casos vs. casos esporádicos vs. grupos de casos vs. transmisión a nivel comunitario. Dicha estrategia es esencial para garantizar un enfoque sostenible y minimizar el impacto socioeconómico”.

²⁷ Dentro de las conclusiones arribadas por la Misión Conjunta, se identifican cuatro recomendaciones de “respuesta global” basadas en la experiencia china para contener el COVID-19.

²⁸ Mugabe, Robert, “¿Organización China de la Salud? Así cautivó Pekín a la OMS mientras no estabas mirando”, *El Confidencial*, 9 de abril de 2020, https://www.elconfidencial.com/mundo/2020-04-09/china-influenza-oms-coronavirus-tedros-adhanom_2541332/?fbclid=IwAR0ogEaemTrdfo3NHRiEaQX_qcmRffp5iZMisUf2RDfsqvK2ulKgP5OQkV4.

²⁹ Organización Mundial de la Salud (OMS), “COVID-19: cronología de la actuación de la OMS”, última actualización realizada el 9 de abril de 2020, <https://www.who.int/es/news-room/detail/08-04-2020-who-timeline---COVID-19>.

³⁰ Mugabe, Robert, “¿Organización China de la Salud? Así cautivó Pekín a la OMS mientras no estabas mirando”, *El Confidencial*, 9 de abril de 200, <https://www.elconfidencial.com/mundo/2020-04-09/china->



En virtud a esta cadena de sucesos “oficiales” registrados por la OMS, así como la cobertura desplegada por algunos medios internacionales, es posible establecer, *prima facie*, los siguientes criterios:

- a. La declaración de “emergencia de salud pública de importancia internacional” (ESPII), prevista en el artículo 12 del RSI, fue determinada por el Director General de la OMS **30 días** después de la primera notificación china sobre el nuevo coronavirus.
- b. El Director General de la OMS siguió las recomendaciones proporcionadas por el “Comité de Emergencia” conformado en virtud al art. 18 del RSI, ello tanto para postergar la declaratoria de ESPII (1era sesión) como para ejecutarla (2da sesión).
- c. Durante este intervalo, autoridades chinas procedieron con la *censura* de toda la información “no oficial” difundida por algunos medios al interior de este país, en particular, respecto a la situación de los primeros infectados, cuya situación puede remontarse hasta noviembre del año 2019. De hecho, en los últimos días, el ayuntamiento de Wuhan ha revelado un aumento de casi el 50% en la tasa de mortalidad registrada inicialmente, así como una relativa alza en la curva de contagios (+325)³¹; datos que, según algunas autoridades internacionales, dejan entrever la “transparencia estadística”³² con la que China ha manejado el curso de la epidemia en su territorio.
- d. **No se tomaron en cuenta** los estudios epidemiológicos llevados a cabo tempranamente por Taiwán en la provincia de Wuhan, cuyos resultados ya alertaban la potencial propagación del patógeno entre seres humanos. Esta situación se debe a que este país no está reconocido por la OMS (entre otros organismos internacionales) como “Estado soberano”, por lo que, jurídicamente, no está facultado –a diferencia de los Estados miembros de este organismo– para “compartir información y recursos durante emergencias sanitarias mundiales”³³.

influencia-oms-coronavirus-tedros-adhanom_2541332/?fbclid=IwAR0ogEaemTrdfo3NHRiEaQX_qcmRffp5iZMisUf2RDfsqvK2ulKgP5OQkV4.

³¹ “China eleva drásticamente su balance de muertos por COVID-19”, *DW News*, 17 de abril de 2020, <https://www.dw.com/es/china-eleva-dr%C3%A1sticamente-su-balance-de-muertos-por-COVID-19/a-53158251>

³² “Trump: cifra de muertos por coronavirus en China es ‘mucho más alta’”, *DW News*, 18 de abril de 2020, <https://amp.dw.com/es/trump-cifra-de-muertos-por-coronavirus-en-china-es-mucho-m%C3%A1s-alta/a-53171278?fbclid=IwAR2z9PLC6poSu7uD6QzsOK9auyxtT4oBL6KIKIoheQ5ceaCIZcgGzXlrWyk>.

³³ Chan, Wilfred, “The WHO Ignores Taiwan. The World Pays the Price”, *The Nation*, April 3, 2020, <https://www.thenation.com/article/world/taiwan-who-coronavirus-china/>. Traducción propia.



Como se verá más adelante, este es un elemento que debe ser objeto de una profunda revisión por parte de la OMS, esto es, si las disposiciones del RSI (*v.gr.* intercambio de información) deben aplicarse sólo a los Estados Partes de este organismo, o por el contrario –y más importante aún–, por todos los países concernidos en el control de una pandemia global, indistintamente de su membresía. De hecho, dada la fricción diplomática vigente entre Beijín y Taipéi, este último debe recurrir a la Agencia Internacional de Regulación Sanitaria de la ONU para notificar a la OMS sobre cualquier “evento que pudiese constituir una emergencia de salud pública de importancia internacional” (arts. 6 y 7 del RSI).

- e. Casi **un mes y medio después** de la declaración ESPII, la OMS decide reconocer al COVID-19 como una *pandemia*, lo que involucra la activación e intersección de varios mecanismos jurídicos que prevé del Derecho internacional en general, y el Derecho internacional de la salud en particular.

Sobre este último aspecto, diversos debates se han desarrollado en torno a la posibilidad de declarar a China **responsable internacionalmente** por el supuesto incumplimiento de sus obligaciones procedimentales de derecho sanitario internacional relativas al deber de *notificación oportuna e intercambio de información* previstos en los artículos 6 y 7 del RSI. Para evaluar adecuadamente el alcance de estas obligaciones, es necesario definir:

- a. Si el marco normativo internacional en materia de salud pública prevé obligaciones de esta naturaleza ante un evento pandémico.
- b. En caso afirmativo, si el incumplimiento de estas obligaciones para un Estado supone la comisión un acto internacionalmente ilícito y si, consecuentemente, está obligado a reparar.
- c. Si procede la aplicación de algunos principios consolidados en el Derecho internacional contemporáneo a este ámbito (*v.gr.* deber de prevención, obligación de no causar daño transfronterizo, entre otros).

En cuanto al **primer elemento**, el instrumento jurídico vinculante para el tratamiento de una pandemia de trascendencia global es el Reglamento Sanitario Internacional del año 2005³⁴ (RSI), cuya finalidad consiste en “*prevenir* la propagación internacional de enfermedades,

³⁴ Artículo 21 de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud: “La Asamblea de la Salud tendrá autoridad para adoptar reglamentos referentes a: a) requisitos sanitarios y de cuarentena y otros procedimientos...”, https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf.



proteger contra esa propagación, *controlarla* y *darle* una respuesta de *salud pública* proporcionada y restringida a los riesgos para la salud pública y evitando al mismo tiempo las interferencias innecesarias con el tráfico y el comercio internacionales”³⁵.

En ese sentido, de acuerdo con el artículo 6.2 de este instrumento:

“Cada Estado Parte *notificará* a la OMS por el medio de comunicación más eficiente de que disponga... y antes de que transcurran 24 horas desde que se haya evaluado la información concerniente a la salud pública, todos los eventos que ocurran en su territorio y que *puedan constituir una emergencia de salud pública de importancia internacional* de conformidad con el instrumento de decisión, así como toda medida sanitaria aplicada en respuesta a esos eventos.

(...) Una vez cursada la notificación, el Estado Parte *seguirá comunicando* a la OMS *información oportuna, exacta y suficientemente detallada sobre la salud pública de que disponga relativa al evento notificado*”.

Asimismo, el art. 7 del RSI establece que:

“Si un Estado Parte tiene pruebas de que se ha producido un evento imprevisto o inusual, cualquiera que sea su origen o procedencia, que podría constituir una emergencia de salud pública de importancia internacional, *facilitará* a la Organización Mundial de la Salud *toda la información* concerniente a la salud pública”.

En ese sentido, parece evidente que la *obligación de notificar e intercambiar información oportunamente* por parte de los Estados respecto de eventos que puedan derivar en una emergencia de salud pública internacional, **sí se halla regulada** por el marco jurídico internacional previsto por la OMS, advirtiéndose en la mismas una naturaleza procedimental.

En cuanto al **segundo elemento**, para determinar la responsabilidad internacional del Estado, es preciso identificar:

- a) La *obligación internacional* cuyo cumplimiento es esencial para la comunidad internacional;
- b) El *nexo causal* entre el hecho internacional ilícito y el daño causado; y
- c) La *legitimación activa* del sujeto internacional para invocar la responsabilidad internacional del Estado responsable.

³⁵ Artículo 2 del Reglamento Sanitario Internacional, <https://www.who.int/ihr/publications/9789241580496/es/>. Énfasis añadido.



Respecto al inciso *a*), está claro que el cumplimiento de la obligación de notificar e intercambiar información oportuna por parte del Estado en cuyo territorio se haya producido un evento que pueda constituir una emergencia de salud pública internacional, repercute en los *intereses comunes* de la comunidad de Estados como un asunto de seguridad nacional e internacional, por lo que su cumplimiento es esencial.

Respecto al inciso *b*), es importante observar dos cuestiones imperativas. En primer lugar, el artículo 12 del Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos refiere que: “Hay violación de una obligación internacional por un Estado cuando un hecho de ese Estado no está en conformidad con lo que de él exige esa obligación, sea cual fuere el origen o la naturaleza de esa obligación”³⁶. En segundo lugar, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) el caso relativo a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, ha establecido que para determinar la existencia de responsabilidad internacional, debe existir “...un nexo causal *suficientemente directo y seguro* entre el hecho ilícito, el incumplimiento por parte del Demandado de la obligación... y la lesión sufrida por el Solicitante, que consiste en todo daño de cualquier tipo, material o moral...”³⁷. En ese sentido, debe demostrarse, en términos objetivos, y con un “grado de certeza suficiente”³⁸, que el cumplimiento de China respecto de sus obligaciones procedimentales en el marco del RSI, hubiese evitado el brote pandémico del COVID-19, una situación que se tradujo en la pérdida de numerosas vidas humanas hasta la fecha, entre otros efectos.

Para confirmar estos extremos, es necesario revisar algunos elementos factuales desarrollados antes, durante, y después de confirmada la alerta sanitaria internacional por parte de la OMS. Así, de acuerdo con algunos medios internacionales, el primer caso de infección por una “neumonía atípica” en China, fue registrado el **17 de noviembre de 2019**³⁹, semanas antes de que las autoridades chinas anunciaran la aparición del nuevo coronavirus (31 de diciembre de 2019). El *quid* de la cuestión reside en comprobar si, a partir de los datos científicos con los que contaban “preliminarmente” las autoridades sanitarias de Wuhan, el

³⁶ Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, Resolución aprobada por Quincuagésimo sexto período de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 28 de enero de 2002, https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/56/83&Lang=S.

³⁷ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), *Judgment*, I.C.J. Reports 2007, p. 43, para 462, <https://www.icj-cij.org/files/case-related/91/091-20070226-JUD-01-00-EN.pdf>.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ Davidson, Helen, “First COVID-19 case happened in November, China government records show-report”, *The Guardian*, March 13, 2020, <https://www.theguardian.com/world/2020/mar/13/first-COVID-19-case-happened-in-november-china-government-records-show-report>.



nuevo patógeno podía considerarse como un evento epidémico de importancia internacional y, en consecuencia, debía notificarse *ipso facto* su reconocimiento ante los organismos competentes, evitando así su propagación en la dimensión y afectación actuales.

El desafío es aún mayor si consideramos las diversas restricciones impuestas por el gobierno chino (con una carga punitiva adicional) en torno a la información científica desarrollada por su propio personal médico, así como su falta de transparencia⁴⁰. Además, como señala David Fidler, “la práctica estatal ha mostrado poco interés, si es que lo hay, en los principios de responsabilidad del estado por actos que supuestamente son legalmente ilícitos con respecto al movimiento transfronterizo de patógenos”⁴¹, por lo que la “aplicación mecánica del RSI y los principios de responsabilidad estatal a la pandemia de COVID-19”⁴² podría tornarse inconducente. En ese escenario, es poco probable que, dada la información con la que se dispone y el grado de incertidumbre epidemiológica respecto al virus, pueda demostrarse, en términos objetivos, el nexo causal “suficientemente directo y seguro” exigido por la CIJ.

Empero, aun asumiendo *arguendo* el incumplimiento de China respecto de su obligación de notificar e intercambiar información en el marco del RSI (arts. 6 y 7), este instrumento no prevé, por un lado, *medidas de reparación y/o compensación* por el quebramiento dichas disposiciones y, por otro, la posibilidad de recurrir ante la Corte Internacional de Justicia para la constatación de dichas infracciones. De hecho, el artículo 56 del RSI contempla la negociación, u otros mecanismos pacíficos previstos por el Derecho internacional –incluido los buenos oficios del Director General de la OMS–, para resolver las controversias emergentes acerca de la “*interpretación o la aplicación*” de dicho instrumento, pudiendo recurrir, alternativamente, al arbitraje interestatal.

En ese sentido, un Estado Parte del RSI podría argüir (y acá entra en juego el inciso *c*) supra), por ejemplo, un problema de aplicación en torno al deber de *notificación e intercambio de información oportuna* por parte de China, al no haberse producido bajo los estándares establecidos por este instrumento, lo que ha conducido el incumplimiento de sus obligaciones internacionales en el marco del derecho sanitario internacional. No obstante, aun cuando dicha disyuntiva pueda recaer en el sentido prescrito por el art. 56 del RSI y aplicarse los

⁴⁰ Davidson, Helen, “First COVID-19 case happened in November, China government records show-report”, The Guardian, March 13, 2020, <https://www.theguardian.com/world/2020/mar/13/first-COVID-19-case-happened-in-november-china-government-records-show-report>.

⁴¹ Fidler, David, “COVID-19 and International Law: Must China Compensate Countries for the Damage?”, *Just Security*, March 27, 2020, https://www.justsecurity.org/69394/COVID-19-and-international-law-must-china-compensate-countries-for-the-damage-international-health-regulations/?fbclid=IwAR3q5_N3B2IZsjROjrLocskxZl-XKgwSDeyTSs-qhjmhWFouSOQOWNarWM

⁴² *Ibíd.*



principios de la responsabilidad internacional de los Estados, su resolución debe supeditarse a los mecanismos previstos por este artículo, donde no opera la jurisdicción contenciosa (además de requerir, por supuesto, del *consentimiento expreso* de China para este efecto). Si bien algunos académicos plantean la posibilidad de activar la jurisdicción de la CIJ para demandar a China en virtud del art. 75 de la Constitución de la OMS, su consecución revela más interrogantes que certezas en tanto requiere la aplicación de ciertas interpretaciones extensivas respecto del alcance de algunas de sus cláusulas (arts. 21-22, 64, 63 y 37 de la C-OMS)⁴³.

Por otra parte, en cuanto al **tercer elemento**, algunos publicistas arguyen que determinados principios del Derecho internacional contemporáneo pueden ser aplicables a las omisiones llevadas a cabo por el gobierno chino, concretamente, el deber de prevenir cualquier actividad peligrosa en su territorio que pueda suponer un riesgo de “daño transfronterizo” (*Trail Smelter, Lake Lonoux*). Así, el incumplimiento de esta obligación conduciría a la responsabilidad internacional de China y, en consecuencia, al deber de reparar a los Estados afectados por las consecuencias perjudiciales que trajo consigo la prosecución de estos actos⁴⁴. No obstante, la consecución de esta iniciativa encontraría las mismas aristas descritas precedentemente respecto al deber de *notificación oportuna*.

Por otro lado, algunos analistas convienen en la posibilidad de establecer la responsabilidad internacional de una organización internacional por el brote del COVID-19, a saber, la OMS. Este planteamiento encontraría, una vez más, diversas complicaciones ya que el tratado por cual se rige este organismo no prevé ninguna *obligación de prevenir* respecto de la contingencia epidémica en curso; de hecho, los objetivos plasmados en este instrumento responden a criterios procedimentales (*v.gr.* proponer convenciones, acuerdos y reglamentos y hacer recomendaciones referentes a asuntos de salubridad internacional) que la OMS debe adoptar para lograr “el grado más alto posible de salud” entre los países de la comunidad internacional (art. 1 C-OMS).

Bajo estas consideraciones, es posible concluir, como apunta David Fidler, que la supuesta responsabilidad china por las consecuencias del COVID-19 parece ser un tema que atinge, en mayor grado, a connotaciones de carácter geopolítico que al Derecho internacional. Sin embargo, frente a la crisis sanitaria en curso y ante la “fossilidad” del dispositivo diplomático

⁴³ Tzeng, Peter, “Taking China to the International Court of Justice over COVID-19”, *EJIL:Talk!*, April 2, 2020, https://www.ejiltalk.org/taking-china-to-the-international-court-of-justice-over-COVID-19/?fbclid=IwAR05oPvf_xvzgH5kNOEXb03ianEDbSBDDiVEuBPGx72UqO_4lKEkuww_erk.

⁴⁴ Miller, Russell and Starshak, William, “China’s Responsibility for the Global Pandemic”, *Just Security*, March 31, 2020, <https://www.justsecurity.org/69398/>.



para promover *vasos comunicantes* entre los países de la comunidad internacional, es posible recomendar las siguientes pautas:

- a. Debe constituirse un “sistema de monitoreo, control y seguimiento” –coordinado por los Estados– respecto de las obligaciones internacionales establecidas en el marco jurídico sanitario de la OMS. Esta iniciativa puede coadyuvar a desconcentrar las amplias facultades que detenta el Director General de la OMS, en particular, la discrecionalidad con la que opera para declarar una “emergencia de salud pública de importancia internacional”.
- b. Debe analizarse, como fue señalado inicialmente, la posibilidad de extender las facultades previstas por el RSI a otros Estados que no sean parte de este instrumento, particularmente en lo que refiere al intercambio de información técnico-científica. En ese sentido, es importante que la Comisión de Derecho Internacional elabore un “Proyecto de Artículos” respecto a los principios rectores aplicables a situaciones de emergencia sanitaria internacional⁴⁵, y establezca, en consecuencia, la práctica internacional consolidada en esta arena.
- c. Con el fin de evitar el surgimiento de nuevos fenómenos epidémicos que comprometan la salud pública global, es importante que China revise, en el marco de su derecho interno, las regulaciones en materia de seguridad alimentaria y salud pública, así como el control de especies animales en su territorio, siguiendo las directrices de la Organización Mundial de Sanidad Animal⁴⁶.
- d. Finalmente, es importante que los Estados apuesten por un mayor incentivo económico en la investigación de enfermedades transmisibles de impacto internacional, evitando que estas decisiones sean definidas por emporios empresariales en función a su rentabilidad⁴⁷.

2. Qué opina Ud. acerca de las decisiones del Estado italiano respecto a negarle el acceso a cuidados intensivos a los mayores de 80 años y también a aquellas personas con

⁴⁵ Este planteamiento está basado en los intercambios sostenidos entre los profesores Philip Sands y Gian Luca Burci en el marco del Webinar: “COVID-19 and International Law: What went wrong and what can we learn from it?”, publicado el 17 de abril de 2020, <https://www.youtube.com/watch?v=d-IRZ6WPiCI&fbclid=IwAR0WhUnPVdp2TJZrrnJl-807KWwcr-0BOJiGszQyTfPQveyhX1DMhOIzgec>.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ Navas, María Elena, “Coronavirus: cómo el mundo desaprovechó la oportunidad de tener una vacuna lista para hacer frente a la pandemia”, *BBC News*, 9 de abril de 2020, https://www.bbc.com/mundo/noticias-52216766?at_campaign=64&at_custom1=%5Bpost+type%5D&at_custom4=D50B0F5E-798D-11EA-8A67-9B6C96E8478F&at_medium=custom7&at_custom2=facebook_page&at_custom3=BBC+News+Mundo&fbclid=IwAR2eq2mIY7330IQomHVnqsN7si_vK8GhITw4GdRmc_hb0E5TvinTOnsXnNw.



problemas previos de salud, por ejemplo, no brindándoles asistencia de ventilación mecánica? ¿Generaría ello responsabilidad internacional?

R.- Las decisiones adoptadas por el gobierno italiano frente a la epidemia del COVID-19 han sido, cuando menos, polémicas, particularmente en lo que refiere al tratamiento sanitario de las personas adultas. Como se observará más adelante, estas determinaciones pueden repercutir seriamente en sus obligaciones internacionales, lo que derivaría, eventualmente, en la declaración de su responsabilidad internacional por parte de un tribunal de derechos humanos. En tal entendido, a continuación se presentan algunas consideraciones jurídico-factuales que permitirán sustentar la conclusión señalada precedentemente.

De acuerdo con el “mapa de registro para el COVID-19” elaborado por el Centro de Ciencias de Sistemas e Ingeniería de la Universidad Johns Hopkins (EE.UU.), Italia es el tercer país del mundo –por debajo de España y Estados Unidos– con la mayor cantidad de contagios registrados hasta la fecha (181.228 p.)⁴⁸, aunque el primero en tasa de mortalidad (12,83%) según las cifras proporcionados por el propio gobierno italiano⁴⁹. Estos alarmantes datos se han producido, en gran medida, debido a las inconducentes y contradictorias declaraciones en las que han incurrido diversas autoridades públicas de ese país (desde el nivel central y municipal), provocando no sólo una descoordinación en el sector administrativo, sino también (y peor aún) una ola de confusión en la población italiana en torno a la letalidad del virus⁵⁰, no obstante de la evidencia científica con la que contaba oportunamente *il governo nazionale*.

Tiempo después, frente a la expansión inconmensurable del patógeno, las autoridades italianas se vieron visto forzadas a imponer regulaciones de mayor envergadura, situación que ha derivado –al igual que en otros países– en el bloqueo de toda actividad prescindible y, consecuentemente, en la ralentización de la economía interna. Sin embargo, la *progresividad* con la que fueron implementadas las medidas gubernamentales, así como la falta de control oportuna de los casos de infección presentados, han conducido, entre otros

⁴⁸ Datos obtenido del “Mapa de Registro para el COVID-19” elaborado por el Centro de Ciencias de Sistemas e Ingeniería de la Universidad Johns Hopkins (EE.UU.), revisados el 20 de abril de 2020, <https://coronavirus.jhu.edu/map.html>.

⁴⁹ “Coronavirus: qué hay detrás del alto número de muertes en Italia a causa del COVID-19”, *BBC News*, 25 de marzo de 2020, <https://www.bbc.com/mundo/noticias-51817327>.

⁵⁰ Horowitz, Jason, Bubola, Emma y Povoledo, Elisabetta, “Coronavirus: lecciones para el mundo desde Italia, el nuevo epicentro de la pandemia”, 22 de marzo de 2020, *The New York Times*, <https://www.nytimes.com/es/2020/03/22/espanol/coronavirus-lecciones-italia.html>.



efectos, al colapso del sistema sanitario local, panorama devastador con el que el segundo sistema sanitario de Europa se ve enfrentado cotidianamente.

Pese al registro de enfermos recuperados (38.092)⁵¹, la inyección económica efectuada en el sistema sanitario (25.000 millones de euros)⁵², y el descenso en la curva de contagios advertido en los últimos días⁵³, muchos pacientes no tienen la posibilidad de recibir una asistencia adecuada, lo que ha derivado en la elaboración de un Protocolo –con graves repercusiones ético-clínicas– para determinar “qué pacientes recibirán tratamiento en cuidados intensivos y cuáles no”⁵⁴, implementándose, por consiguiente, un *codice di acceso* para la atención de enfermos que presenten “escasas probabilidades de supervivencia debido a la edad avanzada o a patologías preexistentes”⁵⁵.

Si bien este documento no ha sido aprobado aún por el Comité técnico-científico de Italia, en los hechos, el personal médico italiano se ha visto forzado a adoptar decisiones que han limitado el acceso de las personas mayores de 80 años edad⁵⁶ –e incluso menores (60 años)– a los servicios de sanidad pública, esto debido al número limitado de máquinas respiratorias⁵⁷ con las que cuenta el país transalpino. A este respecto, es importante señalar que, según el Instituto Nacional de Estadísticas (Istat), en Italia residen alrededor de “14 millones de

⁵¹ Datos obtenidos de la “Tabla informática para el COVID-19” del Centro de Ciencias de Sistemas e Ingeniería de la Universidad Johns Hopkins (EE.UU.), revisado el 17 de abril de 2020, <https://coronavirus.jhu.edu/map.html>.

⁵² Horowitz, Jason, Bubola, Emma y Povoledo, Elisabetta, “Coronavirus: lecciones para el mundo desde Italia, el nuevo epicentro de la pandemia”, 22 de marzo de 2020, *The New York Times*, <https://www.nytimes.com/es/2020/03/22/espanol/coronavirus-lecciones-italia.html>.

⁵³ “Italia baja número de contagios, pero suben muertes por coronavirus”, *Excelsior*, 15 de abril de 2020, <https://www.excelsior.com.mx/global/italia-baja-numero-de-contagios-pero-suben-muertes-por-coronavirus/1375979>.

⁵⁴ “Por el colapso sanitario en Italia, proponen no dar prioridad a los pacientes mayores de 80 años con coronavirus”, *Infobae*, 15 de marzo de 2020, <https://www.infobae.com/america/mundo/2020/03/15/por-el-colapso-sanitario-en-italia-proponen-no-dar-prioridad-a-los-pacientes-mayores-de-80-anos-con-coronavirus/>

⁵⁵ Di Blasi, Erica, “Italians over 80 ‘will be left to die’ as country overwhelmed by coronavirus”, *The Telegraph*, March 14, 2020, <https://www.telegraph.co.uk/news/2020/03/14/italians-80-will-left-die-country-overwhelmed-coronavirus/>.

⁵⁶ “Coronavirus en Italia, ‘La sala de emergencias se está derrumbando’: la dramática situación que deben enfrentar los médicos que atienden a pacientes con COVID-19 en el país europeo”, *BBC mundo*, 19 de marzo de 2020, <https://www.bbc.com/mundo/noticias-51919561>.

⁵⁷ Pineda, Elsy, “Italia ya no atiende a pacientes con coronavirus mayores de 60 años”, *noticiasya*, <https://noticiasya.com/2020/03/22/italia-ya-no-atiende-a-pacientes-con-coronavirus-mayores-de-60-anos/>; Tobin, Jonathan S., “In Italy’s Coronavirus Crisis, the Elderly Are Left to Die. Will Trump Let America Follow?”, March 18, 2020, <https://www.haaretz.com/us-news/.premium-in-u-s-coronavirus-crisis-will-trump-save-the-elderly-or-condemn-them-to-death-1.8687478>.



personas mayores de 65 años”, una cifra que representa alrededor del 22% de la población⁵⁸, constituyendo un importante segmento poblacional de ese país.

Aunque algunos autores han destacado la armonización de las medidas de restricción social adoptadas por el Estado italiano con los estándares internacionales en materia de derechos humanos⁵⁹ –no exentas de algunas críticas en el plano doméstico⁶⁰–, es evidente la poca atención que ha merecido, en la presente coyuntura, la situación de las personas adultas en situaciones de riesgo, particularmente cuando han sido privadas, sin que medie una justificación razonable, de las garantías reconocidas por los tratados internacionales, configurando de ese modo un *trato discriminatorio*. A este respecto, de acuerdo con el artículo 14 del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos (CEDH): “El goce de los derechos y libertades... ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o *cualquier otra situación*”⁶¹.

Según las Directivas en materia de no discriminación de la Unión Europea, “la categoría ‘cualquier otra situación’ ha permitido al TEDH incluir (entre otras) aquellas características expresamente protegidas por las Directivas en materia de no discriminación, a saber: discapacidad, *edad* y orientación sexual”⁶². Adicionalmente, el artículo 21 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), prohíbe “toda discriminación”, en particular, aquella ejercida por “razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, *edad* u

⁵⁸ “Coronavirus: qué hay detrás del alto número de muertes en Italia a causa del COVID-19”, *BBC News*, 25 de marzo de 2020, <https://www.bbc.com/mundo/noticias-51817327>.

⁵⁹ Spadaro, Alessandra, “Do the containment measures taken by Italy in relation to COVID-19 comply with human rights law?” *EJIL:Talk!*, March 16, 2020, <https://www.ejiltalk.org/do-the-containment-measures-taken-by-italy-in-relation-to-COVID-19-comply-with-human-rights-law/>.

⁶⁰ Estas observaciones han girado en torno a la naturaleza normativa de las disposiciones adoptadas por el gobierno italiano y su incompatibilidades con los estándares constitucionales para restringir derechos en casos excepcionales, extremo que otorgado una especie de *carte blanche* al Presidente del Consejo der Ministro italiano, “lo que le permite limitar las libertades sin criterios o principios precisos a seguir”; Vedaschi, Arianna and Graziani, Chiara, “Coronavirus Emergency and Public Law Issues: An Update on the Italian Situation”, *Verfassungsblog*, March 12, 2020, <https://verfassungsblog.de/coronavirus-emergency-and-public-law-issues-an-update-on-the-italian-situation/>. Traducción propia.

⁶¹ Artículo 14 (Prohibición de discriminación) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf.

⁶² *Manual de legislación europea contra la discriminación*, Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Luxemburgo, 2011, p. 184, https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1510-FRA_CASE_LAW_HANDBOOK_ES.pdf.



orientación sexual”⁶³. Adicionalmente, el art. 25 de este instrumento reconoce el derecho “de las personas mayores a llevar una *vida digna* e independiente y a participar en la vida social y cultural”, así como de acceder a una “atención médica preventiva y tratamiento médico” adecuados (art. 35 del CDFUE).

Asimismo, el Comentario General No. 6 sobre los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores, refiere que si bien “el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no contiene ninguna referencia explícita a los derechos de las personas mayores”, este sector tiene derecho a disfrutar de todas las garantías reconocidas en dicho instrumento, lo que implica, *inter alia*, la obligación de los Estados de asegurar el “más alto nivel posible de salud física y mental” a través de la “asistencia y servicios médicos en caso de enfermedad” (art. 12 del PIDESyC)⁶⁴. A este respecto, la Observación General N° 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha precisado que:

“El Comité interpreta el derecho a la salud, definido en el apartado 1 del artículo 12, como un derecho inclusivo que no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada sino también los principales factores determinantes de la salud, como el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición adecuada, una vivienda adecuada, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva”⁶⁵.

Similarmente, el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) ha señalado que “dentro de las obligaciones positivas que surgen en virtud del reconocimiento del derecho a la protección de la salud, los Estados parte deben ofrecer una *asistencia adecuada y oportuna* que se halle exenta de cualquier *discriminación*”⁶⁶; una connotación que encuentra resonancia en el “Plan de Acción Internacional de Viena sobre el Envejecimiento” de 1982⁶⁷ por un lado, y en la

⁶³ Artículo 21 (No discriminación) de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf.

⁶⁴ UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), *General Comment No. 6: The Economic, Social and Cultural Rights of Older Persons*, 8 December, 1995, E/1996/22, <https://www.refworld.org/docid/4538838f11.html>. Traducción propia.

⁶⁵ Observación General N° 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, 22° período de sesiones, Ginebra, mayo del año 2000, párr. 11, <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451>.

⁶⁶ *Manual de legislación europea contra la discriminación*, Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Luxemburgo, 2011, p. 148, https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1510-FRA_CASE_LAW_HANDBOOK_ES.pdf. Énfasis añadido.

⁶⁷ Plan de Acción Internacional de Viena sobre el Envejecimiento, adoptada por la Asamblea General de la ONU de 1982 bajo Resolución N° 37/51, <https://www.un.org/development/desa/ageing/resources/vienna-international-plan-of-action.html>.



“Declaración de Principios de las Naciones Unidas para las personas mayores” de 1991⁶⁸, por otro.

Por otra parte, la jurisprudencia desarrollada por los tribunales competentes en este ámbito ha sido particularmente orientativa. Así por ejemplo, en el asunto *Werner Mangold/Rüdiger Helm*, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TEJUE) ha establecido que “la prohibición de discriminación por razón de edad” constituye un “*principio general del Derecho de la Unión*”⁶⁹, debiendo interpretarse en relación con los principios generales del Derecho internacional. Por su parte, en el caso *Schwizgebel vs. Suiza*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha manifestado que:

“...una diferencia de trato es discriminatoria en el sentido del artículo 14 si no tiene una *justificación objetiva o razonable*. La existencia de tal justificación debe evaluarse en relación con el objetivo y los efectos de la medida en cuestión, teniendo en cuenta los principios que normalmente prevalecen en las sociedades democráticas. Una diferencia de trato en el ejercicio de un derecho establecido por el Convenio no sólo debe perseguir un objetivo legítimo: el artículo 14 también será violado cuando se establezca claramente *que no existe una relación razonable de proporcionalidad* entre los medios empleados y el *objetivo* buscado a realizarse. (...) la noción de discriminación generalmente cubre aquellos casos en que una persona o grupo es tratado, sin una justificación adecuada, de manera *menos favorable* que otra, incluso si el Convenio no exige un trato más favorable”⁷⁰.

En el presente caso, la diferencia de trato en razón de edad que actualmente acontece en el sistema sanitario italiano carece de justificación “objetiva y razonable”, advirtiéndose al efecto un tratamiento “menos favorable” de las personas adultas (concebidos además como *grupos vulnerables*) frente a los demás ciudadanos en una situación que reviste, en esencia, connotaciones similares, a saber, el goce de un servicio efectivo de salud. El problema es aún peor si se evidencia que la imposibilidad de acceder a dicho servicio por parte de las personas adultas en Italia, puede constituir un *trato inhumano* derivado del tratamiento discriminatorio ejercido sobre este segmento por parte las autoridades sanitarias de ese país, un escenario que

⁶⁸ La “Declaración de Principios de las Naciones Unidas para las personas mayores” adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas de 1991 bajo Resolución N° 46/91, “...alienta a los gobiernos del mundo a incorporar en sus legislaciones internas políticas sociales destinadas a garantizar el “acceso a la atención médica de las personas mayores, “incluido el pleno respeto de su dignidad... y el derecho a tomar decisiones sobre su atención y la calidad de sus vidas”, <https://www.un.org/development/desa/ageing/resources/international-year-of-older-persons-1999/principles/los-principios-de-las-naciones-unidas-en-favor-de-las-personas-de-edad.html>.

⁶⁹ *Manual de legislación europea contra la discriminación*, Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Luxemburgo, 2011, p. 219, https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1510-FRA_CASE_LAW_HANDBOOK_ES.pdf. Énfasis agregado.

⁷⁰ ECHR, *Case of Schwizgebel vs. Switzerland*, Judgment, June 10, 2010, paras 77-78, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-99288>. Traducción propia. Énfasis añadido.



conduciría no solo la discriminación en relación con el acceso a la asistencia sanitaria (comprendido en el ámbito normativo del artículo 14 del Convenio Europeo) sino también, y particularmente, la violación de una *norma absoluta* consagrada por el derecho internacional de los derechos humanos, esto es, la prohibición de tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes.

Una justificación de dicho tratamiento en virtud al déficit de infraestructura y equipamiento sanitario que actualmente aqueja al Estado italiano no resistiría un *test de razonabilidad y proporcionalidad*, ya que la responsabilidad de garantizar, a través de la adopción de políticas programáticas, el acceso de todos los ciudadanos a un sistema de salud público adecuado compete en todo momento y en cualquier circunstancia al Estado, donde el *deber de prevenir* –aunado al principio de *debida diligencia*– cumple un rol preponderante frente a un fenómeno contingente. Como señala la Observación General N° 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “...incluso en situaciones de limitaciones graves de recursos, es preciso proteger a los miembros vulnerables de la sociedad mediante la aprobación de programas especiales de relativo bajo costo”⁷¹.

Por tanto, el incumplimiento de las obligaciones positivas y negativas dispuestas en los instrumentos normativos descritos *ut supra*, supone:

- a. La responsabilidad internacional del Estado por la violación a los límites negativos impuestos (*v.gr.* prohibición de discriminación) sobre determinados derechos sociales (*v.gr.* acceso a un servicio de salud) de las personas adultas reconocidos por diversos tratados y declaraciones internacionales de derechos humanos.
- b. La responsabilidad internacional del Estado por la violación de normas *absolutas* (*v. gr.* prohibición de aplicar tratos crueles, *inhumanos* y degradante) en relación con la privación del acceso a un servicio de salud reconocido por el art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Finalmente, las medidas de restricción impuestas por el Estado italiano a determinados derechos fundamentales sólo son justificables en tanto dichas limitaciones no sean “incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional” (art. 4 del PIDCP) y respondan a criterios de necesidad y proporcionalidad con el objetivo legítimo

⁷¹ Observación General N° 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, 22° período de sesiones, Ginebra, mayo del año 2000, párr. 18, <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451>.



identificado, a saber, la protección de la salud pública frente a una epidemia. Empero, si la excepción a la garantía no halla satisfacción en el accionar del Estado a raíz de la aplicación de criterios contraproducentes al fin perseguido, la declaración de *estado de emergencia* se vería desafiada en términos jurídicos.

3. ¿Qué apreciación tiene usted de las acciones tomadas por Portugal al integrar a los migrantes dentro de las medidas tomadas para combatir el coronavirus? ¿Cuál es la protección que deberían recibir los migrantes en un contexto de pandemia?

R.- El caso de Portugal reviste particular importancia debido a las connotaciones positivas de derechos humanos que encierra la política migratoria adoptada por este país frente a la emergencia del COVID-19. En concreto, el gobierno luso ha decretado la *incorporación automática* de los ciudadanos migrantes cuyo proceso de admisión se encontraba pendiente de aprobación (incluidos aquellos que han solicitado asilo), así como la renovación de su permanencia en caso de que ésta hubiese expirado⁷².

De acuerdo con las autoridades portuguesas, esta medida ha sido establecida en virtud a la dificultad que supone la prosecución legal de estos trámites frente al *estado de emergencia* decretado en todo el país, cuyo efecto, entre otros, ha sido el cierre de los servicios de Extranjería y ha permitido, fundamentalmente, el acceso de las personas extranjeras a todas las garantías y derechos que gozan los ciudadanos portugueses (v.gr. acceso al servicio nacional de salud)⁷³; una política por demás plausible en un escenario internacional donde la devolución de extranjeros a sus territorios de origen se ha producido estrepitosamente, no obstante de las restricciones establecidas sobre este tipo de medidas por parte de los instrumentos de derechos humanos⁷⁴ y de Derecho internacional humanitario⁷⁵.

⁷² Li, Monica, “COVID-19’s impact on migrant communities”, *European web site on integration*, April 16, 2020, <https://ec.europa.eu/migrant-integration/news/COVID-19s-impact-on-migrant-communities>.

⁷³ Del barrio, Javier Martín, “Portugal regulariza a todos los inmigrantes pendientes de autorización de residencia”, *El País*, 28 de marzo de 2020, <https://elpais.com/internacional/2020-03-28/portugal-regulariza-a-todos-los-inmigrantes-pendientes-de-autorizacion-de-residencia.html>.

⁷⁴ Por ejemplo el artículo 4 (*Prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros*) del Protocolo N° 4 al Convenio Para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales reconociendo ciertos derechos y libertades además de los que ya figuran en el Convenio y en el Protocolo Adicional al Convenio, <https://www.derechoshumanos.net/Convenio-Europeo-de-Derechos-Humanos-CEDH/1963-Protocolo04-ConvenioProteccionDerechosHumanosyLibertadesFundamentales.htm#a4>.

⁷⁵ A este respecto, son particularmente relevantes los denominados *acuerdos de readmisión*, que involucran a un Estado de destino –donde los inmigrantes y refugiados irregulares aspiran a reubicarse– y un Estado de origen –fuente de inmigración irregular–, incorporan “cláusulas detalladas sobre los derechos y obligaciones estatales en contextos de retorno y readmisión de nacionales” regidos por los principios de reciprocidad y cooperación internacionales; Hallee, Caron, Refugees, “Readmission Agreements, and ‘Safe’ Third Countries:



Para algunos analistas, la extensión universal de todas las garantías que reconoce el derecho portugués hacia los ciudadanos extranjeros –que implica, entre otros elementos, la suspensión temporal de registro migratorio y el acceso a los servicios de asistencia financiera y de salud–, minimizará la propagación de la enfermedad ya que, por un lado, limitará la exposición de los funcionarios fronterizos y los solicitantes al patógeno y, por otro, aliviará la presión de las personas migrantes en búsqueda de empleo⁷⁶.

En ese sentido, es destacable la incorporación de un *enfoque inclusivo* de derechos humanos en el diseño de la política migratoria adoptada por el Estado portugués, otorgando subjetividad jurídica a los ciudadanos migrantes en su territorio, lo que supone, sustancialmente, el acceso de este grupo de personas a todas las garantías jurídicas reconocidas por el ordenamiento interno de ese país. De hecho, la Red de Naciones Unidas sobre Migración ha recomendado a los Estados el (re)ajuste de sus políticas migratorias frente al brote del COVID-19 (que incluye situaciones de control fronterizo, retorno forzoso, entre otras) con el objetivo de asegurar su compatibilidad con “estrategias efectivas de salud pública”⁷⁷.

Por otra parte, respecto a la situación de los migrantes en contextos de epidemia transnacional, el derecho internacional de la salud presenta algunos lineamientos importantes. Así por ejemplo, el Reglamento Sanitario Internacional (RSI) de la OMS prevé la adopción, por los Estados Parte, de diversas medidas sanitarias (*non exclusive*) para el ingreso o salida de las personas en sus territorios. Asimismo, el art. 23 de este instrumento jurídico establece la posibilidad de solicitar a los “viajeros” (cuyo alcance analizaremos más adelante) información sobre el destino e itinerario”, esto con el objetivo de “averiguar si han estado en una zona afectada o sus proximidades, o sobre otros posibles contactos con una infección o contaminación antes de la llegada”⁷⁸.

A Recipe for Refoulement?”, *Journal of Regional Security*, N° 12, 2017, pp. 27-50; Gregor, Noll, *The International Court of Justice and Migration*, Department of Law, Gothenburg University, 2020, p. 3, <https://ssrn.com/abstract=3513844>.

⁷⁶ Schmitt, Alexandra and Massimino, Elisa, “A Migrant Model To Follow: Portugal’s Response to the Coronavirus”, *Center for American Progress*, April 10, 2020, <https://www.americanprogress.org/issues/security/news/2020/04/10/482998/migrant-model-follow-portugals-response-coronavirus/>.

⁷⁷ Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNU), “El COVID-19 no discrimina; ni tampoco nuestra respuesta”, <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25730&LangID=S>.

⁷⁸ Artículo 23 del Reglamento Sanitario Internacional, <https://www.who.int/ihr/publications/9789241580496/es/>.



Por su parte, el art. 31 del mismo reglamento contempla la eventualidad de imponer, cuando concurren determinadas circunstancias (*v.gr.* riesgo de salud pública), determinadas medidas profilácticas sobre los viajeros, siempre que éstas resguarden su “dignidad, *derechos humanos* y libertades fundamentales” (arts. 3 y 32 del RSI)⁷⁹. Pese a la cobertura abstracta que comporta este enunciado, está claro que todas las regulaciones migratorias que implementen los Estados en situaciones de emergencia sanitaria transfronteriza deben guardar estricta relación con los estándares internacionales en materia de *igualdad y no discriminación*, evitando vulnerar las obligaciones negativas que detentan en este ámbito, esto es, la prohibición de dar un tratamiento diferente sobre las personas en base a su origen nacional.

La interconectividad de los supuestos normativos precedentes, esto es, entre el Derecho Internacional de la Salud, los Derechos Humanos y el Derecho Migratorio, puede advertirse también en los “Principios y Directrices recomendados sobre los Derechos Humanos en las fronteras internacionales”, cuya Directriz N° 6 (Examen y Entrevistas) indica la necesidad de:

“Garantizar que la salud pública sólo se invoca como motivo para limitar los derechos de entrada donde haya graves amenazas para la salud de la población o de determinadas personas, prestando la debida atención al *Reglamento Sanitario Internacional* de la Organización Mundial de la Salud”; y

“Asegurar que cualquier examen físico de salud relacionado con restricciones de entrada o estancia, incluidas las pruebas para la detección de enfermedades transmisibles, *cumpla con las normas de derechos humanos*, haciendo hincapié en el carácter voluntario de las pruebas, obteniendo el consentimiento informado, proporcionando asesoramiento adecuado previo y posterior a la prueba, y protegiendo la confidencialidad”⁸⁰.

Sin perjuicio de lo anterior, una aproximación ontológica del concepto “viajero” utilizado por el RSI puede resultar problemático en términos interpretativos. Así, de acuerdo con el Glosario de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), viajero es toda “persona que se desplaza de un lugar a otro, *por cualquier razón*”⁸¹. En cambio, para el RSI, viajero supone “toda persona física que realiza un viaje internacional” *tout court*, lo que

⁷⁹ “La gestión de los viajeros enfermos en los puntos de entrada –aeropuertos, puertos y pasos fronterizos terrestres internacionales– en el contexto del brote de COVID-19”, <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/331193/WHO-2019-nCoV-POEmgmt-2020.1-spa.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Énfasis añadido.

⁸⁰ Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas (OACNU), *Principios y Directrices recomendados sobre los Derechos Humanos en las Fronteras Internacionales*, p. 32, <https://acnudh.org/load/2018/07/Principios-y-Directrices-recomendados-sobre-los-derechos-humanos-en-las-fronteras-internacionales.pdf>. Énfasis añadido.

⁸¹ OIM, *Glosario sobre migración*, Derecho internacional sobre migración N° 7, Ginebra, 2006, p. 79, https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml_7_sp.pdf.



excluiría, *prima facie*, las migraciones irregulares o desplazamientos forzados, aspectos que requieren especial atención frente a una emergencia sanitaria transfronteriza.

En ese sentido, la proposición descriptiva recogida por el RSI, específicamente en el campo de las “definiciones”, debería incorporar un enunciado que amplíe el ámbito de regulación fronteriza *ratio personae*, particularmente aquel registrado por el Glosario de la OIM; una iniciativa que permitiría cohesionar, por un lado, las obligaciones establecidas por los regímenes legales aplicables a situaciones de pandemia, y por otro, los objetivos perseguidos por el RSI, a saber, y en particular, “la protección de los *derechos humanos* de los viajeros y otras personas”⁸².

Por otra parte, la situación las personas refugiadas y migrantes detenidos en algunas latitudes de Europa (principalmente en Grecia y Jordania⁸³) merece especial atención debido a las condiciones insalubres y de hacinamiento a las que habitualmente son expuestas, elevando su probabilidad de contagio debido a la imposibilidad de adoptar medidas de *distanciando social*; una situación que puede derivar, eventualmente, en la propagación de la enfermedad. Por ello, diversos organismos internacionales como la Agencia de la ONU para los Refugiados (ACNUR), la OMS o la propia OIM, entre otros, han instado a los Estados a “gestionar las restricciones fronterizas de una manera que se respeten los derechos humanos y las normas de protección de refugiados, incluido el *principio de no devolución*, a través de controles de cuarentena y de salud”⁸⁴.

En el plano regional, donde se han producido regresos masivos de nacionales a sus países de origen, cobra liminar importancia el “derecho de retorno”, cuya garantía se halla contemplada en el artículo 22.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) al establecer que: “Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo”. De hecho, de acuerdo con las declaraciones vertidas por la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Michelle Bachelet,

⁸² OMS, *Reglamento Sanitario Internacional*, 3era. ed., 2005, <https://www.who.int/ihr/publications/9789241580496/es/>

⁸³ Silkoset, Andrea, “We are all fragile, but we are not all equally fragile’: Humanitarian operations amidst the COVID-19 pandemic”, *Peace Research Institute Oslo*, April 8, 2020, <https://blogs.prio.org/2020/04/we-are-all-fragile-but-we-are-not-all-equally-fragile-humanitarian-operations-amidst-the-COVID-19-pandemic/>.

⁸⁴ Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNU), “Los derechos y la salud de las personas refugiadas, migrantes y apátridas deben protegerse en la respuesta al COVID-19: Comunicado de prensa conjunto de ACNUDH, OIM, ACNUR y OMS”, <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25762&LangID=S>.



“toda persona tiene *derecho a regresar* a su país de origen, incluso durante una pandemia”⁸⁵, por lo que los gobiernos tienen la obligación de asegurar un “*regreso seguro*, digno y voluntario de sus ciudadanos, así como su reincorporación sostenible a la sociedad”⁸⁶, garantizando además su “acceso equitativo a la información, a los tests, a los cuidados sanitarios y a la protección social”⁸⁷, sin discriminación alguna índole e independientemente de su estatus migratorio.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos humanos (CteIDH) también ha desarrollado importantes criterios en materia migratoria, particularmente en torno a la necesidad de estandarizar las políticas migratorias que los Estados emitan bajo un enfoque de derechos humanos y, al igual que el sistema universal y europeo, en observancia con los principios de igualdad y no discriminación⁸⁸. En ese sentido, si bien los Estados tienen la facultad de establecer un trato diferenciado entre los migrantes, dicho tratamiento debe responder a criterios de razonabilidad, objetividad y proporcionalidad⁸⁹, evitando de ese modo la lesión de sus derechos humanos.

Similarmente, la Resolución N° 1/2020 “Pandemia y Derechos Humanos en las Américas”, emitida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), recomienda a los Estados a “garantizar el *derecho de regreso y la migración de retorno* a los Estados y territorios de origen o nacionalidad, a través de acciones de cooperación, intercambio de información y apoyo logístico entre los Estados correspondientes, con atención a los protocolos sanitarios requeridos y considerando de manera particular el derecho de las personas apátridas de retornar a los países de residencia habitual, garantizando el principio de respeto a la unidad familiar”⁹⁰.

⁸⁵ “Los migrantes tienen derecho a regresar a su país durante la pandemia del coronavirus”, *Noticias ONU*, 15 de abril de 2020, <https://news.un.org/es/story/2020/04/1472872>.

⁸⁶ “Los migrantes tienen derecho a regresar a su país durante la pandemia del coronavirus”, *Noticias ONU*, 15 de abril de 2020, <https://news.un.org/es/story/2020/04/1472872>.

⁸⁷ *Ibíd.*

⁸⁸ CteIDH, Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de agosto de 2014, párr. 402.

⁸⁹ CteIDH, Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014, párr. 402; Caso Vélez Loo vs. Panamá, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 23 de noviembre de 2010, párr. 97. Opinión Consultiva OC-18/03, “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, Resolución de 17 de septiembre de 2003, párr. 168.

⁹⁰ CIDH, “Pandemia y Derechos Humanos en las Américas”, Resolución N° 1/2020, 10 de abril de 2020, párr. 60, <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>. Énfasis añadido.



Aunado a lo anterior, es importante subrayar finalmente, por su trascendencia constitucional, el Dictamen emitido por la Corte Constitucional del Ecuador (CCE) respecto a la “Declaratoria de Excepción” emitida por el presidente de ese país, Lenin Moreno. Así, este tribunal ha señalado, *inter alia*, que:

“La supresión de vuelos y el cierre de fronteras no son medidas absolutas; por lo cual *el Estado permitirá*, en las circunstancias excepcionales de este periodos de emergencia sanitaria, *el ingreso adecuado de las personas nacionales y extranjeros* con residencia en el país, que se encuentran en tránsito al país o en zonas fronterizas; debiendo imponerse los debidos controles sanitarios y la sujeción a las directrices emitidas por las autoridades de salud”⁹¹.

En virtud de todo lo expuesto, es evidente el contexto de vulnerabilidad al que están frecuentemente expuestos las personas migrantes, máxime cuando, en la actualidad, varios marcos establecidos para los refugiados están siendo “eliminados temporalmente”⁹². En ese sentido, es importante que los Estados apliquen medidas *no discriminatorias* que asegure su acceso, en condiciones de igualdad, a todas las garantías fundamentales reconocidas por las cartas internacionales, evitando además la propalación de una retórica xenofóbica inconducente.

Asimismo, es necesario modificar, al igual que la responsabilidad, la “arquitectura legal”⁹³ de algunos instrumentos internacionales en materia sanitaria para la *protección efectiva* de los migrantes en situaciones de pandemia global, cuya consecución permitirá una colaboración más estrecha entre el Derecho internacional de la salud, las obligaciones de protección de los migrantes (indistintamente de su estatus jurídico) y las disposiciones internacionales sobre derechos humanos.

⁹¹ Corte Constitucional del Ecuador (CCE), Dictamen Constitucional N° 1-20-EE/20, 19 de marzo de 2020, [http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/0753708f-17ba-4a7b-a818-d93769a77b3a/Dictamen_1-20-EE-20_\(0001-20-EE\).pdf](http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/0753708f-17ba-4a7b-a818-d93769a77b3a/Dictamen_1-20-EE-20_(0001-20-EE).pdf). Énfasis añadido.

⁹² Silkoset, Andrea, “We are all fragile, but we are not all equally fragile”: Humanitarian operations amidst the COVID-19 pandemic”, Peace Research Institute Oslo, April 8, 2020, <https://blogs.prio.org/2020/04/we-are-all-fragile-but-we-are-not-all-equally-fragile-humanitarian-operations-amidst-the-COVID-19-pandemic/>.

⁹³ Pillai, Priya, “COVID-19 Symposium: COVID-19 and Migrants—Gaps in the International Legal Architecture?”, *OpinioJuris*, April 4, 2020, <http://opiniojuris.org/2020/04/04/COVID-19-symposium-COVID-19-and-migrants-gaps-in-the-international-legal-architecture/>.