



**American University Washington College of Law**

---

**From the Selected Works of Claudio M. Grossman**

---

2020

# Pandemia y Derecho Internacional

Claudio M. Grossman



Available at: [https://works.bepress.com/claudio\\_grossman/168/](https://works.bepress.com/claudio_grossman/168/)

ANALES  
DEL  
INSTITUTO DE CHILE

VOL. XXXIX

ESTUDIOS  
*SOCIEDAD Y PANDEMIA*  
*Miradas desde el Instituto de Chile*



2020

ANALES  
DEL  
INSTITUTO DE CHILE

ESTUDIOS

*SOCIEDAD Y PANDEMIA*  
*Miradas desde el Instituto de Chile*

ANALES DEL INSTITUTO DE CHILE  
© Instituto de Chile, derechos reservados  
ISSN 07-16-6117

Almirante Montt 453, Santiago  
Casilla 1349, Correo Central, Santiago de Chile  
*www.institutodechile.cl*

*Representante legal*  
ADRIANA VALDÉS BUDGE  
Presidenta del Instituto de Chile

*Director*  
FERNANDO LOLAS STEPKE

*Edición*  
ÁLVARO QUEZADA SEPÚLVEDA

*Diagramación*  
FABIOLA HURTADO CÉSPEDES

Las opiniones vertidas por los autores son de su exclusiva responsabilidad y no representan necesariamente el parecer de la institución.

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la portada, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna por ningún medio, ya sea electrónico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin el permiso previo del Director.

La correspondencia académica y comercial deberá dirigirse a nombre del Director a la dirección del Instituto de Chile, Almirante Montt 453, Santiago, teléfono 26854400.

Edición de trescientos ejemplares, impreso en Andros Impresores, Santiago, diciembre de 2020.

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

ANALES  
DEL  
INSTITUTO DE CHILE

VOL. XXXIX

ESTUDIOS  
*SOCIEDAD Y PANDEMIA*  
*Miradas desde el Instituto de*  
*Chile*



2020

# PANDEMIA Y DERECHO INTERNACIONAL

CLAUDIO GROSSMAN<sup>1</sup>

## RESUMEN

La pandemia actual ha cobrado un tremendo precio a la humanidad. A la fecha, más de un millón de personas han fallecido, varios millones han sido infectadas y no se vislumbra un final para las trágicas consecuencias que la COVID-19 ha infligido a las personas. La pandemia ha afectado a todas las naciones, debido a las interconexiones en numerosos campos, incluido el comercio, las inversiones y el turismo, que, como resultado de la globalización, han multiplicado los contactos entre las personas. No obstante, la pandemia ha demostrado también que las poblaciones más vulnerables son las que más sufren. Los países con sistemas de salud inexistentes o subdesarrollados tienen una capacidad limitada para adoptar medidas preventivas y/o responder con éxito a la pandemia. En general, las poblaciones vulnerables se ven más afectadas, debido a la pobreza, la falta de conocimientos sobre salud, el acceso a la tecnología o prácticas discriminatorias profundamente arraigadas. La pandemia también ha demostrado que las posibilidades internacionales para afrontar con éxito este tremendo desafío son enormemente insuficientes.

Palabras clave: pandemia, Organización Mundial de la Salud (OMS), Comisión de Derecho Internacional (CDI), grupos vulnerables, COVID-19.

<sup>1</sup> Profesor de Derecho y Decano Emérito, y R. Geraldson Scholar for International and Humanitarian Law, American University Washington College of Law; Miembro de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de la ONU; Miembro del Institut de Droit International (IDI); ex presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), del Comité contra la Tortura y de los Órganos de Tratados de Derechos Humanos de la ONU.

Para los propósitos de este documento, y de acuerdo con las definiciones reconocidas internacionalmente, una *epidemia* es una enfermedad infecciosa que se propaga rápidamente a un gran número de personas en diferentes países en un corto periodo de tiempo (OMS, 2018). Por el contrario, una *pandemia* es una epidemia no estacional que se produce en todo el mundo, o en un área muy amplia, que cruza fronteras internacionales y suele afectar a un gran número de personas (Kelly, 2011).

Este artículo explica por qué es necesario crear una colaboración global efectiva, que incluya medidas preventivas y reactivas, el fortalecimiento de los mecanismos nacionales e internacionales, y el desarrollo de todas las áreas del Derecho que podrían contribuir a la prevención o respuesta efectiva a la salud global futura. Actualmente, existe un mosaico de diferentes disposiciones legales, creando múltiples normas superpuestas, que carecen de coordinación y efectividad. Las normas legales más completas están incluidas en el Reglamento Sanitario Internacional (RSI) de 2005, de la Organización Mundial de la Salud (OMS). Sin embargo, en la pandemia actual se ha demostrado que estos deben desarrollarse y fortalecerse más. Adicionalmente, es fundamental considerar aspectos como la aplicabilidad de las disposiciones de derechos humanos y derecho humanitario, regulaciones de comercio y transporte, consideraciones ambientales, etc., cuya relevancia también ha sido demostrada por las deficiencias que hemos presenciado en la prevención y reacción a la situación actual.

Este documento se referirá, en primer lugar, a la historia de las pandemias en el mundo, como recordatorio de que este fenómeno no es simplemente un fenómeno raro. Además, la historia de las pandemias demuestra el peligro que representan las crisis de salud mundial para la continuación de la vida y el impacto que tienen en la sociedad. Luego, el documento analizará el RSI de 2005, porque es el instrumento legal más completo que específicamente pretende regular el campo de la salud global. Luego, el documento se referirá a otras áreas del Derecho que son de importancia fundamental para el objetivo final de la protección de las personas. Por último, se presentará posibles formas de avanzar, incluida la acción de la Comisión de Derecho Internacional (CDI).

La CDI fue establecida por la Asamblea General de la ONU en 1947. De acuerdo con el Artículo 31 de la Carta de la ONU, la CDI está a cargo de realizar estudios y hacer recomendaciones con el propósito de codificar y desarrollar progresivamente el Derecho internacional. Integrada por treinta y cuatro juristas independientes, de todos los grupos regionales, que satisfacen los más altos estándares en sus profesiones, la CDI ha contribuido a la creación de la arquitectura jurídica de la comunidad internacional<sup>2</sup>.

Este artículo destaca que cualquier instrumento eficaz, encargado de prevenir y reaccionar ante pandemias, debe hacer de la protección de las personas un objetivo esencial del proyecto. La aclaración de este objetivo tiene importantes consecuencias legales, entre ellas el hecho de que, al anteponer a las personas, toda interpretación de los textos legales, en caso de duda, favorecerá la interpretación más favorable para la protección de las personas<sup>3</sup>. Este artículo muestra la necesidad de un esfuerzo coordinado para enfatizar la cooperación internacional, así como la necesidad de definir la responsabilidad del Estado y de las organizaciones gubernamentales internacionales en este campo. La necesidad de fortalecer la cooperación juega un papel importante en la protección de los derechos humanos y de los más vulnerables, particularmente en tiempos de emergencia. Además, este artículo destaca la importancia de las organizaciones de la sociedad civil, incluidos los científicos y la prensa libre, para hacer frente a esta crisis existencial. La pandemia actual ha demostrado el papel vital de la sociedad civil a la hora de proporcionar información, consejos, críticas y aumentar el acceso al conocimiento para la sociedad en general.

<sup>2</sup> Debido a su composición y métodos de trabajo, que incluyen el diálogo interactivo con los Estados, la CDI está bien preparada para abordar las complejidades que implica enfrentar crisis existenciales, como las pandemias. La CDI tiene una larga historia de trabajo influyente en el campo del Derecho internacional; por ejemplo, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados fue redactada por primera vez por la CDI antes de ser adoptada en la Convención de Viena en 1969. Ver Naciones Unidas, *Comisión de Derecho Internacional*, <https://legal.un.org/CIT/> (proporcionando más información sobre las contribuciones del CIT) (en inglés).

<sup>3</sup> Esto está establecido por las normas de interpretación establecidas en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, y además aplicada por los órganos judiciales internacionales. Ver *Opinión consultiva sobre las reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, 1951 I.C.J 15.

## HISTORIA

En los últimos veinticinco años ha habido múltiples epidemias y varias pandemias, por ejemplo: coronavirus del SRAS<sup>4</sup> (LeDuc y Barry, 2004), Dengue<sup>5</sup>, Cólera<sup>6</sup>, Virus del ébola<sup>7</sup>, Influenza H1N1<sup>8</sup>, coronavirus del MERS<sup>9</sup>, virus del zika<sup>10</sup>, and VIH/SIDA<sup>11</sup>. Además, antes del comienzo del siglo XXI, innumerables epidemias y pandemias “plagaban” a la humanidad (Kohn, 2002; Byrne, 2008). El mundo se enfrenta actualmente a la pandemia de COVID-19<sup>12</sup>, en el que más de un millón de personas han muerto<sup>13</sup> y millones de personas han sido infectadas<sup>14</sup>. El impacto en todas las áreas de la actividad humana ha sido tremendo, incluido el cierre de las fronteras nacionales en todo el mundo, lo que ha provocado que la actividad económica mundial prácticamente se detenga.

A partir del siglo XIX los Estados entendieron que, para prevenir y controlar los nefastos resultados causados por las enfermedades infecciosas, las medidas nacionales debían complementarse con la coordinación y cooperación internacional. Después de que un brote de cólera

<sup>4</sup> Organización Mundial de la Salud, OMS, “Síndrome respiratorio agudo severo (SRAS)” <https://www.who.int/topics/sars/es/>.

<sup>5</sup> Organización Mundial de la Salud, “Dengue y dengue severo” [https://www.who.int/health-topics/dengue-and-severe-dengue#tab=tab\\_1](https://www.who.int/health-topics/dengue-and-severe-dengue#tab=tab_1) (en inglés).

<sup>6</sup> Organización Mundial de la Salud, “Cólera” [https://www.who.int/health-topics/cholela#tab=tab\\_1](https://www.who.int/health-topics/cholela#tab=tab_1) (en inglés).

<sup>7</sup> Organización Mundial de la Salud, “Virus del Ébola” [https://www.who.int/health-topics/ebola/#tab=tab\\_1](https://www.who.int/health-topics/ebola/#tab=tab_1) (en inglés).

<sup>8</sup> Organización Mundial de la Salud, “Pandemia (H1N1) 2009” <https://www.who.int/csr/disease/swineflu/en/> (en inglés).

<sup>9</sup> Organización Mundial de la Salud, “Coronavirus del síndrome respiratorio de Oriente Medio (MERS-CoV)” [https://www.who.int/health-topics/middle-east-respiratory-syndrome-coronavirus-mers#tab=tab\\_1](https://www.who.int/health-topics/middle-east-respiratory-syndrome-coronavirus-mers#tab=tab_1) (en inglés).

<sup>10</sup> Organización Mundial de la Salud, “Virus del zika” [https://www.who.int/health-topics/zika-virus-disease#tab=tab\\_1](https://www.who.int/health-topics/zika-virus-disease#tab=tab_1) (en inglés).

<sup>11</sup> Organización Mundial de la Salud, “VIH / SIDA” [https://www.who.int/health-topics/hiv-aids/#tab=tab\\_1](https://www.who.int/health-topics/hiv-aids/#tab=tab_1) (en inglés).

<sup>12</sup> Organización Mundial de la Salud, “COVID-19” [https://www.who.int/health-topics/coronavirus#tab=tab\\_1](https://www.who.int/health-topics/coronavirus#tab=tab_1) (en inglés).

<sup>13</sup> Según el Centro de recursos sobre el coronavirus de la Universidad Johns Hopkins (<https://coronavirus.jhu.edu/map.html>), hasta el 7 de octubre de 2020, se han producido 1.052.193 muertes por COVID-19.

<sup>14</sup> Según el Centro de recursos sobre coronavirus de la Universidad Johns Hopkins (<https://coronavirus.jhu.edu/map.html>), hasta el 7 de octubre de 2020, ha habido 35.980.287 casos de COVID-19.

se extendiera al imperio ruso desde Asia, Francia ayudó a organizar la primera Conferencia Sanitaria Internacional (Telesetsky, 2020). El objetivo de la conferencia fue crear regulaciones que estandarizaran las medidas de cuarentena entre los Estados para prevenir la importación de cólera, peste y fiebre amarilla (Howard-Jones & WHO, 1975).

De 1851 a 1938 hubo catorce conferencias en total, resultando en la Convención Sanitaria Internacional (*Ibid.*). Además, en 1902, se creó la Oficina Sanitaria Panamericana, luego rebautizada como Organización Panamericana de la Salud (OPS), como la primera organización internacional especializada en salud mundial (*Ibid.*, p. 83). En 1907, la Oficina Internacional de Higiene Pública (OIHP) también se estableció como la primera oficina de salud permanente, asegurando que las respuestas estatales a los brotes de enfermedades fueran adecuadas (Stern & Markel, 2004). La Organización de la Salud de la Sociedad de Naciones (OSLN) y la Oficina Internacional de Epizootias (OIE) también contribuyeron a los esfuerzos mundiales para regular la respuesta a los brotes de enfermedades. Más importante aún, después de la creación de las Naciones Unidas (ONU), en 1945, la comunidad internacional decidió crear un organismo internacional que pudiera abordar el impacto de las enfermedades infecciosas de forma permanente, ampliando aún más la posibilidad de cooperación entre los Estados. La Organización Mundial de la Salud (OMS) es el organismo central a través del cual la comunidad internacional combate los problemas de salud mundial, incluidas las pandemias.

#### LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD Y EL REGLAMENTO SANITARIO INTERNACIONAL

En 1948 la OMS se estableció como una agencia especial dependiente del Consejo Económico y Social de la ONU, y subsumió a la OIHP, OSLN y OPS<sup>15</sup>. Se otorgó a la OMS los poderes de supervisión, el poder de ampliar las obligaciones de los Estados y el de redefinir los eventos que desencadena la cooperación internacional. En 1952 la OMS creó

<sup>15</sup> Ver El sistema de Naciones Unidas, [https://www.un.org/en/pdfs/18-00159e\\_un\\_system\\_chart\\_17x11\\_4c\\_en\\_web.pdf](https://www.un.org/en/pdfs/18-00159e_un_system_chart_17x11_4c_en_web.pdf) (en inglés).

el Sistema mundial de vigilancia y respuesta a la influenza (GISRS)<sup>16</sup>, para identificar, monitorear y desarrollar vacunas para cualquier cepa de influenza que pueda convertirse en una epidemia o pandemia. Casi cincuenta años después la OMS creó el Plan para la pandemia de influenza, un marco para mejorar la vigilancia de la influenza, acelerar el desarrollo de vacunas y antivirales, mejorar la investigación sobre la influenza y mejorar la preparación para emergencias<sup>17</sup>. Luego, en 2000, los Estados complementaron estos esfuerzos con la Red Global de Alerta y Respuesta ante Brotes, una red de instituciones y organizaciones que investigan y planifican la respuesta internacional coordinada a los brotes de enfermedades infecciosas (Mackenzie et al, 2014). Más recientemente, en 2011, la OMS publicó el Marco de preparación para una pandemia de influenza para compartir los virus de la influenza y el acceso a las vacunas y otros beneficios (PIP)<sup>18</sup>. Actuando a través del GISRS, el PIP facilita el intercambio de virus de influenza, datos de secuencia genética, reactivos y evaluación de riesgos.

Sobre la base de las regulaciones sanitarias internacionales ya existentes hasta 1969, la OMS había adoptado en ese mismo año el Reglamento Sanitario Internacional (RSI)<sup>19</sup>. En particular, el RSI de 1969 proporciona una lista específica de brotes de enfermedades que desencadenan el deber de notificar a la OMS. Específicamente, los Estados deben notificar a la OMS cada vez que ocurra un brote de cólera, peste, fiebre amarilla, viruela, fiebre recurrente o tifus en el territorio del Estado<sup>20</sup>. Sin embargo, la epidemia de SARS de 2003 puso en duda la eficacia de la OMS y el RSI<sup>21</sup>. Además, el desastre de Chernobyl mostró que los eventos no incluidos en la lista, como una catástrofe nuclear, podrían

<sup>16</sup> Organización Mundial de la Salud, “Sistema mundial de vigilancia y respuesta a la influenza (GISRS)” [https://www.who.int/csr/disease/OP\\_GISRS\\_FINAL.pdf](https://www.who.int/csr/disease/OP_GISRS_FINAL.pdf) (en inglés).

<sup>17</sup> Organización Mundial de la Salud, “Plan Pandemia de Influenza. El papel de la OMS y las directrices para la planificación nacional y regional”, WHO / CDS / CSR / EDC / 99.1 (abril de 1999).

<sup>18</sup> Organización Mundial de la Salud, Marco de preparación para una pandemia de influenza (PIP) <https://www.who.int/influenza/pip/en/> (en inglés).

<sup>19</sup> Organización Mundial de la Salud, Preguntas frecuentes del Reglamento Sanitario Internacional (2005), <https://www.who.int/ihr/about/FAQ2009.pdf> (en inglés).

<sup>20</sup> Organización Mundial de la Salud, Normas sanitarias internacionales (1969) <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/96616/9241580070.pdf?sequence=1> (en inglés).

<sup>21</sup> El SARS no se incluyó en la lista de enfermedades que motivaron el deber estatal de notificar a la OMS. En consecuencia, el RSI de 1969 fue criticado por limitar la obligación de notificar a un conjunto tan limitado de enfermedades.

tener graves consecuencias para la salud y, por lo tanto, era necesario no limitar las razones por las que se requeriría la cooperación sanitaria internacional. Como resultado, la OMS actualizó el RSI en 2005<sup>22</sup>.

El RSI de 2005 exige que los Estados mejoren los mecanismos internacionales de vigilancia, notificación y respuesta a los brotes de enfermedades. Además, el RSI de 2005 amplió los eventos que deben informarse a la OMS. Específicamente, los Estados deben informar cualquier evento que: (1) tenga un impacto grave en la salud pública; (2) sea inusual o inesperado; (3) pueda ser internacionalmente virulento; y (4) pueda generar un derecho significativo de restricciones comerciales o de viajes internacionales<sup>23</sup>. Los Estados deben designar un punto focal nacional para el RSI, que informe a los puntos de contacto regionales de la OMS. La OMS puede hacer recomendaciones de emergencia temporales para los riesgos de salud en curso<sup>24</sup>. Además, las revisiones crean un método mediante el cual el Director General de la OMS puede obtener asesoramiento sobre recomendaciones temporales para emergencias de salud pública de un Comité de Emergencias<sup>25</sup>. Más importante aún, el RSI de 2005 adoptó algunos enfoques innovadores en el ámbito del Derecho internacional y el derecho de las organizaciones internacionales, tales como enfatizar la importancia de los derechos humanos<sup>26</sup>, incluido el derecho de iniciativa del Director General y disposiciones de exclusión voluntaria<sup>27</sup>, y reconocer el valor de las organizaciones de la sociedad civil.

Sin embargo, la actual crisis de COVID-19 ha demostrado la necesidad de desarrollar aún más la capacidad de la OMS para reaccionar de manera temprana ante las pandemias, con el fin de fortalecer los

<sup>22</sup> Organización Mundial de la Salud, "Normas sanitarias internacionales (2005)", WHO/CDS/EPR/IHR/2007.1 (Junio 2007).

<sup>23</sup> *Ibíd.* Anexo 2.

<sup>24</sup> *Ibíd.* Arte. 15-16.

<sup>25</sup> *Ibíd.* Arte. 48-49.

<sup>26</sup> El artículo 3 del RSI establece específicamente que, al implementar las medidas dentro del RSI, los Estados deben respetar la dignidad, los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas. Además, el artículo 32 requiere que los Estados "traten a los viajeros con respeto por su dignidad, derechos humanos y libertades fundamentales, y minimicen cualquier malestar o angustia asociado con tales medidas".

<sup>27</sup> Las disposiciones de exclusión voluntaria crean un régimen en el que los Estados están obligados a acatar la Constitución de la OMS, a menos que el Estado declare que no estará sujeto a las disposiciones de la Constitución.

mecanismos de prevención y cooperación, así como la necesidad de considerar el impacto total de las pandemias en la comunidad internacional. Teniendo en cuenta que una gran proporción del presupuesto de la OMS proviene de contribuciones voluntarias de los Estados, existen serios problemas respecto de la autonomía práctica de la OMS (Posner, 2020)<sup>28</sup>. Como resultado, los Estados pueden influir en la determinación de las prioridades de la organización. Además, es necesario aclarar aún más las responsabilidades de la OMS cuando ocurran fallas en el cumplimiento de sus funciones y obligaciones, y, en general, hacer que los mecanismos de prevención y cooperación sean más eficaces para responder a las pandemias. Por ejemplo, la crisis actual ha demostrado las consecuencias perjudiciales de la falta de comunicación y acción oportunas, que podría remediarse fortaleciendo aún más la capacidad e independencia del Director General para reaccionar con prontitud, y haciendo hincapié en la necesidad de actuar preventivamente frente a emergencias.

#### DESARROLLOS NECESARIOS DE LA NORMATIVA INTERNACIONAL

El papel de las organizaciones de la sociedad civil ha sido fundamental en la pandemia actual. Por ejemplo, gracias a las organizaciones científicas y a las organizaciones no gubernamentales, los Estados y la comunidad internacional han podido acceder al conocimiento<sup>29</sup> que, en ocasiones, ha sido suprimido o negado, creando serios peligros (Gelling, 2007)<sup>30</sup>. En consecuencia, también es importante promover activamente

<sup>28</sup> También se podrían montar críticas similares contra la CDI debido al hecho de que los miembros de la CDI son elegidos por Estados dentro de la ONU, la Comisión informa a la Asamblea General y la ONU está involucrada en el proceso de determinación de los temas que serán discutidos por la CDI. Ver Naciones Unidas, *El trabajo de la Comisión de Derecho Internacional*, Volumen I (8th ed. 2012) p. 10-16, 33-34, 70-81.

<sup>29</sup> Poco después de que comenzara el brote de COVID-19, los científicos de China publicaron la secuencia del genoma del virus en la plataforma científica mundial "Centro Nacional de Información Biotecnológica", lo que permitió a los científicos de todo el mundo comenzar rápidamente la investigación sobre el virus de la COVID-19, más rápido que brotes de enfermedades previas. NCBI ahora actúa como un repositorio para la investigación en todo el mundo sobre la enfermedad. Para más información, ver NCBI, SARS-CoV-2 Datos, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/sars-cov-2/> (en inglés).

<sup>30</sup> En 2007, en Indonesia, tras un brote de gripe aviar (H5N1), el gobierno indonesio se negó a compartir muestras del virus H5N1 con la Organización Mundial de la Salud a menos que los países que reciban las muestras garanticen un acceso asequible a las vacunas.

la cooperación internacional en el ámbito de los actores no estatales. Además, es imperativo que la comunidad internacional se mantenga alerta y reaccione contra los intentos de limitar sus contribuciones. De manera similar, la existencia de una prensa libre ha permitido el flujo de información valiosa, incluido, además de información científica, el acceso a informes sobre casos de abuso de poderes de emergencia, corrupción y falta de acceso a tratamiento médico.

Existe una necesidad urgente de adoptar medidas eficaces para abordar las cuestiones relacionadas con la pandemia en los países en desarrollo, así como la situación de los grupos vulnerables en todas partes. Respecto de los países en desarrollo, la creación de capacidades efectivas<sup>31</sup> se vuelve esencial para la salud mundial. La pandemia ha demostrado que los sistemas de salud nacionales insuficientes o inexistentes no solo afectan a los nacionales del Estado afectado, sino que también pueden afectar negativamente a la comunidad internacional en su conjunto. En consecuencia, las medidas positivas diseñadas para la creación de capacidad requieren mucho más que compromisos voluntarios y requieren medidas que incluyan fondos especiales, posibilidades para un despliegue rápido de asistencia de materiales y personal, etc.

La COVID-19 también ha demostrado su impacto desproporcionado en las poblaciones vulnerables, incluidas las mujeres y los niños, las minorías, los pueblos indígenas, las comunidades LGBTQ+ y otros grupos vulnerables. Además, ha puesto de manifiesto la necesidad de ampliar la categoría de personas vulnerables, para incluir a quienes se encuentran en primera línea enfrentando los peligros que genera el cuidado de la salud pública. Huelga decir que esto incluye a todo el personal médico (médicos, enfermeras y técnicos médicos), así como a las personas responsables de las funciones esenciales de la sociedad, como las que participan en la producción, el transporte y la venta de alimentos y medicamentos, y las que mantienen la seguridad.

Con el fin de desarrollar un marco normativo e institucional eficaz para la prevención y reacción a las pandemias, es absolutamente ne-

<sup>31</sup> La creación de capacidad incluye el fortalecimiento de las instituciones nacionales que mejorarán la salud general de la población y, al mismo tiempo, permitirán a los Estados prevenir y reaccionar ante pandemias. El desarrollo de capacidades también incluye capacitación, desarrollo de infraestructura y transferencia tecnológica.

cesario que los Estados adopten medidas positivas para proteger a las poblaciones vulnerables de sus sociedades. Desde el punto de vista jurídico, esta protección es un ejercicio del principio de no discriminación, una prohibición bien asentada y reconocida existente en el Derecho internacional, que se incluye en la Carta de las Naciones Unidas; en la Declaración Universal de Derechos Humanos; en los sistemas de derechos humanos universales y regionales, y en convenciones especializadas. La COVID-19 ha demostrado una y otra vez que la prohibición de la discriminación no se logra simplemente con la ausencia de violación de dicha prohibición. Para dar cumplimiento efectivo a dicha prohibición es imperativo adoptar medidas especiales, que incluyen capacitación y entrenamiento, asignación de recursos, sanciones efectivas en caso de violación de esta, así como otras medidas y procedimientos que aseguren que no existirá en los hechos discriminación alguna. No se puede exagerar la importancia de la capacitación. La necesidad de una cultura que reconozca la humanidad de todas y todos, y los compromisos colectivos que ello requiere, incluyendo medidas de protección hacia las personas que están más expuestas, lo que a menudo requiere un cambio cultural significativo.

El Derecho internacional, en su desarrollo actual, establece la responsabilidad de los Estados y organismos internacionales en caso de violación de sus obligaciones internacionales. Sin embargo, no hay suficiente especificidad respecto de las consecuencias de la violación de las obligaciones legales relacionadas con las pandemias, y mucho menos acerca de las violaciones de las obligaciones relacionadas con la prevención de pandemias. Cualquier proyecto de los Estados u organizaciones internacionales para fortalecer la acción internacional requerirá una mayor cooperación estatal. Sin embargo, sin una definición clara de las obligaciones y deberes y de las consecuencias que se derivan de su violación, tal proyecto estará condenado al fracaso. Más importante aún, como ocurre siempre que existen obligaciones, es que se establezcan mecanismos de solución pacífica de controversias entre Estados, que incluyan los métodos desarrollados en el Derecho internacional para abordar los desacuerdos<sup>32</sup>.

<sup>32</sup> El Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas proporciona una lista de esos métodos de solución de controversias. La Sección 1 del Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas establece que, “[l]as partes en cualquier controversia cuya continuación pueda poner

La pandemia actual ha afectado enormemente a múltiples áreas del Derecho internacional, que incluyen: derecho económico; derecho de inversión y comercio internacional; derecho de los derechos humanos; derecho laboral; cambio climático; ley de salud global; derecho financiero internacional; derecho ambiental internacional; ley de Propiedad Intelectual<sup>33</sup>, incluido el acceso a medicamentos; derecho deportivo internacional<sup>34</sup>; derecho internacional marítimo y aéreo<sup>35</sup>; entre otras. Aparentemente casi todas las áreas de la actividad humana pueden verse devastadas por las pandemias. Sin embargo, no tenemos un cuerpo normativo que aborde la cooperación internacional de una manera que pueda regular adecuadamente todas las cuestiones implicadas por las pandemias. En ese sentido, y para evitar la fragmentación del Derecho internacional, también es importante desarrollar las posibilidades de armonización, teniendo en cuenta el objetivo último de la protección de las personas. Sin embargo, esta armonización no debe ignorar el principio de que se debe respetar la aplicación especial de las normas cuando así lo requiera el Derecho internacional. Ese es el caso, por ejemplo, del derecho de los derechos humanos y de la regulación de situaciones de emergencia, tal como lo establece el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>36</sup>, el artículo 27 de la

---

en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, deberán, en primer lugar, buscar una solución mediante la negociación, investigación, mediación, conciliación, arbitraje, arreglo judicial, recurso a agencias o arreglos regionales, u otros medios pacíficos de su elección”.

<sup>33</sup> Por ejemplo, los derechos de Propiedad Intelectual pueden restringir la distribución de productos farmacéuticos, medicamentos y vacunas.

<sup>34</sup> Por ejemplo, la actual crisis de COVID-19 ha provocado la cancelación o el aplazamiento de múltiples eventos deportivos, grandes y pequeños, incluidos los Juegos Olímpicos de 2020.

<sup>35</sup> Por ejemplo, uno de los cruceros con un gran número de casos de COVID-19, el Diamond Princess, era un barco de bandera del Reino Unido, pero el propietario era una corporación de los Estados Unidos. Mientras estaba frente a la costa de Japón, un pasajero se enfermó de COVID-19; sin embargo, como resultado de las lagunas en el régimen de derecho marítimo existente, el gobierno japonés no estaba seguro de si podía ejercer jurisdicción sobre el trato de los pasajeros.

<sup>36</sup> El artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) describe las situaciones en las que los Estados pueden derogar las obligaciones descritas en el Pacto, en situaciones de emergencia. También especifica que los Estados no pueden derogar algunas de las disposiciones incluidas en el Pacto, ya que estas disposiciones son *ius cogens*. La sección 3 establece que los Estados deben notificar al Secretario General de las Naciones Unidas cuando derogan, con una justificación para la derogación.

Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>37</sup> y el artículo 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>38</sup>.

Según el Derecho internacional de los derechos humanos, los Estados pueden restringir legalmente ciertos derechos, en una sociedad democrática, cuando sea necesario, incluso sin declarar una emergencia. Sin embargo, para restringir algunos derechos, los Estados deben satisfacer estrictos requisitos de necesidad, proporcionalidad, oportunidad y no discriminación<sup>39</sup>. Además, si una emergencia amenaza la vida de una nación, y esta es declarada públicamente, se permiten las derogaciones de algunos derechos, pero también se deben cumplir los estrictos requisitos identificados anteriormente. No se permite en ningún caso la derogación de los derechos absolutos<sup>40</sup>. Estas normas establecen una hoja de ruta clara a seguir cuando un evento ha alcanzado el nivel de una amenaza para la vida de una nación o, alternativamente, cuando aún no ha cumplido con este requisito. Estas normas, que tienen su origen en tratados internacionales ratificados casi universalmente, permiten incluso sostener que el Derecho consuetudinario ha reconocido su valor y legitimidad. Además, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas establece normas adicionales que se aplican en casos de emergencias, incluidas las pandemias. En su Observación general N° 14<sup>41</sup>, el órgano de supervisión del cumplimiento de las obligaciones de este Pacto espe-

<sup>37</sup> El artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos también describe las situaciones en las que los Estados pueden derogar las obligaciones de la Convención, en situaciones de emergencia. De manera similar al artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Sección 2 del Artículo 27 previene la derogación de obligaciones dentro de la Convención que son *jus cogens* y la Sección 3 establece procedimientos de notificación al Secretario General de la Organización de los Estados Americanos.

<sup>38</sup> El artículo 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos sigue el mismo formato que los dos convenios anteriores. La sección 1 prevé la derogación en tiempos de emergencia; La sección 2 evita la derogación de las obligaciones de *jus cogens* incluidas en la Convención; y la Sección 3 requiere la notificación al Secretario General del Consejo de Europa cada vez que un Estado invoca el derecho de derogación.

<sup>39</sup> Por ejemplo, el artículo 21 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos sobre reunión pacífica.

<sup>40</sup> Ver artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Artículo 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos; y el artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura.

<sup>41</sup> El derecho a la salud se aborda en la Observación general 14 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), 993 UNTS 3 (adoptado el 16 de diciembre de 1966, entró en vigor el 3 de enero de 1976).

cifica su contenido normativo. En particular, los párrafos 34<sup>42</sup>, 35<sup>43</sup>, 36<sup>44</sup> y 37<sup>45</sup> son de gran importancia para las emergencias sanitarias mundiales, ya que establecen las obligaciones legales específicas de los Estados en relación con el derecho a la salud, reflejando las obligaciones de los tratados y del Derecho internacional consuetudinario.

Los párrafos de la Observación General N° 14, ya mencionados, se han visto confirmados por desarrollos existentes en la jurisprudencia internacional. En esta materia, es de gran relevancia el caso *Cuscul Piraveal y otros Vs. Guatemala*<sup>46</sup>, decidido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que aborda el derecho a la salud en la epidemia del VIH/SIDA. En ese caso, cuarenta y nueve personas, quince de las cuales murieron durante el transcurso del caso, alegaron ante la Corte Interamericana que Guatemala había violado su derecho a la salud, al brindar un acceso inadecuado a la atención médica para el VIH/SIDA. La Corte Interamericana resolvió que, debido al tratamiento inadecuado disponible para las víctimas del VIH/SIDA, el gobierno de Guatemala violó los derechos de las víctimas a la salud, integridad personal, vida y protección judicial a las personas que viven con el VIH/SIDA.

<sup>42</sup> El párrafo 34 establece la obligación de los Estados de respetar el derecho a la salud y establece situaciones en las que surgiría esta obligación. Por ejemplo, los Estados deben “abstenerse [...] de negar o limitar la igualdad de acceso para todas las personas [...] a los servicios de salud preventivos, curativos y paliativos; [y] abstenerse [...] de imponer prácticas discriminatorias como política de Estado”.

<sup>43</sup> El párrafo 35 establece la obligación de los Estados de proteger, que incluye la adopción de legislación, u otras medidas similares, que garantizarían el acceso igualitario a la atención médica y los servicios relacionados con la salud, incluida la creación de una reglamentación para el sector de la salud para garantizar que sea igualmente accesible para todos.

<sup>44</sup> El párrafo 36 establece la obligación de los Estados de cumplir, lo que significa que los Estados partes deben “dar suficiente reconocimiento al derecho a la salud en los sistemas políticos y legales nacionales, preferiblemente a través de la implementación legislativa, y adoptar una política nacional de salud con un plan detallado por la realización del derecho a la salud”.

<sup>45</sup> El párrafo 37 establece la obligación de los Estados de cumplir (facilitar) mediante la adopción de “medidas positivas que permitan y ayuden a las personas y comunidades a disfrutar del derecho a la salud”. Además, los Estados están obligados a cumplir (proporcionar) “un derecho específico contenido en el Pacto cuando las personas o un grupo no pueden, por razones ajenas a su voluntad, realizar ese derecho por sí mismos por los medios a su disposición”. Por último, los Estados están obligados a cumplir (promover) el derecho a la salud mediante “la realización de acciones que creen, mantengan y restauren la salud de la población”.

<sup>46</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Cuscul Piraveal y otros c. Guatemala*, Sentencia de 23 de agosto de 2018.

Además, la Corte afirmó que el artículo 26 de la Convención Americana creaba el derecho a la salud como un derecho autónomo que requiere que un Estado brinde un tratamiento permanente y de calidad para su realización efectiva.

Fuera de la adjudicación judicial, la comunidad internacional ha utilizado otras fuentes para fortalecer la acción y la cooperación internacionales con el fin de hacer frente a las pandemias, que incluyen resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU sobre el VIH/SIDA y el Ébola. Las legislaciones y los tribunales nacionales, en distintos grados, han incorporado obligaciones internacionales de cooperación y han reconocido la importancia de la salud pública. Además, una extensa literatura académica ha presentado argumentos persuasivos a favor, como mínimo, de la necesidad de un consenso general válido en la doctrina de la necesidad de cooperación y cumplimiento de algunas normas básicas relativas a la protección de la salud (Murase, 2017).

A pesar de los diferentes procesos que se están llevando a cabo actualmente —y del aprendizaje que debe derivar del trágico impacto de la pandemia que actualmente afecta a la comunidad internacional— no se ha asegurado aún una respuesta efectiva dirigida a prevenir futuras crisis y a reaccionar efectivamente cuando estas ocurran. La complejidad de los numerosos temas involucrados exige una cuidadosa revisión integral, que lleve finalmente a la adopción de un instrumento integral que identifique, desarrolle y armonice el derecho existente. Desde esa perspectiva, la adopción de un tratado podría servir para establecer con claridad las obligaciones internacionales de los Estados, las organizaciones internacionales y los derechos de las personas, ofreciendo así una hoja de ruta clara para la acción. Huelga decir que la adopción de tal tratado requiere un compromiso serio, cuyas complejidades no pueden subestimarse debido a las implicaciones que derivan para la soberanía nacional. La responsabilidad por incumplimiento de obligaciones y la necesidad de crear mecanismos efectivos de prevención<sup>47</sup> tiene serias consecuencias para la soberanía estatal. Sin embargo, es un hecho innegable que ningún Estado, por poderoso que sea, puede enfrentar un desafío global a la salud de su población y a su economía,

<sup>47</sup> Estos incluyen la creación de capacidad estatal y el desarrollo de poderes y responsabilidades para organizaciones internacionales como la OMS.

sin cooperación efectiva internacional. La existencia de eventos catastróficos en el área de la salud que precedieron a la pandemia actual y otras crisis potenciales que se perfilan como una realidad innegable (por ejemplo, el cambio climático) demandan una acción coordinada mundialmente. Con todo, las posibilidades reales de acción, para ser efectivas, requieren de preparación y estudios cuidadosos, negociación y enfoques adecuados que, sin ignorar las realidades de la vida contemporánea (que incluye el papel de los Estados como los actores más importantes en el desarrollo del Derecho internacional) avancen en el tema de prevención y reacción efectivas frente a crisis internacionales.

### EL PAPEL DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL

La Comisión de Derecho Internacional (CDI) está particularmente bien preparada para emprender esta tarea. Su composición, representando a todos los grupos regionales<sup>48</sup>, así como sus métodos de trabajo, que implican someter y considerar las reacciones de los Estados<sup>49</sup>, asegura que los resultados de su trabajo contribuirán en gran medida a satisfacer las condiciones de aceptabilidad por parte de estos.

La Comisión podría trabajar para identificar, analizar y determinar la aplicabilidad de todas las fuentes y áreas del Derecho que sean relevantes en esta materia, buscando la armonización cuando sea necesario y reconociendo la aplicabilidad en algunas instancias de *lex specialis*<sup>50</sup>. El alcance del tema se limitaría al Derecho internacional sobre pandemias, y buscaría el desarrollo de un cuerpo legal unificado que aborde de manera integral todos los aspectos involucrados mediante la adopción de medidas adecuadas diseñadas para prevención y reacción efectivas. El valor esencial para enfatizar es la absoluta necesidad de cooperación internacional en la protección de las personas. Para ello es esencial la armonización de todas las áreas del Derecho involucradas e identificadas en este artículo, sin perjuicio de la aplicación de las normas de derechos

<sup>48</sup> La CDI está compuesta por treinta y cuatro miembros, elegidos por la Asamblea General de la ONU, de cada grupo regional.

<sup>49</sup> Para llevar a cabo su trabajo, la CDI sostiene un diálogo constante con los Estados miembros de la ONU sobre la base de informes.

<sup>50</sup> Tales casos pueden surgir en el área del comercio, el medio ambiente, los derechos humanos y otras áreas del Derecho.

humanos que no pueden ser abrogadas ni aun en caso de emergencias. Esto incluye las obligaciones positivas de los Estados hacia la población en general y sus grupos vulnerables.

A lo anterior se agrega la necesidad de identificar con claridad el conjunto de las obligaciones de los Estados antes, durante y después de las pandemias, como asimismo las consecuencias que derivan de su incumplimiento. También es esencial identificar medidas de solución de disputas. De manera similar, el rol de los organismos internacionales y su responsabilidad en caso de incumplimiento —especialmente de la OMS— es un tema importante, incluyendo el fortalecimiento de sus capacidades de acción efectiva independiente con recursos suficientes. Teniendo en cuenta el papel fundamental que desempeñan los científicos en el seguimiento, la investigación y la respuesta a las emergencias sanitarias, es necesario involucrarlos en el proceso de formulación de textos para presentar a los Estados. Asimismo, con base en la experiencia de la actual pandemia, es esencial incluir la cooperación con la comunidad científica y la sociedad civil en general, en la adopción e implementación de acciones eficaces para enfrentar este desafío global (Murase, 2017).

La inclusión del tema “Pandemias y el Derecho Internacional” en el programa de trabajo de la Comisión ofrecería una oportunidad tanto para la codificación como para el desarrollo progresivo del Derecho internacional. La Comisión analizaría cómo los Estados, las organizaciones internacionales y los tribunales internacionales han abordado la cuestión de las pandemias, así como identificaría los principios y normas del Derecho internacional consuetudinario y su aplicación a la luz de la práctica general de los Estados y la *opinio juris*. La Comisión también buscaría identificar los mejores y más aceptados métodos para responder a las pandemias, satisfaciendo la necesidad de proponer a los Estados el desarrollo progresivo de las normas internacionales. Un análisis integral también proporcionaría una visión general de las reglas existentes y ayudaría a identificar los principales problemas que surgen en su implementación, las limitaciones que enfrentan los Estados en esta área y los diferentes métodos que los Estados han desarrollado para responder a las pandemias. En consecuencia, el resultado del tema brindaría una buena oportunidad para codificar las normas existentes y hacer propuestas para el desarrollo progresivo del Derecho. El trabajo

de la Comisión sobre este tema se realizaría sin perjuicio de regímenes legales más favorables sobre pandemias establecidos en los ámbitos nacional, regional o internacional.

### CONCLUSIÓN

La COVID-19 ha demostrado que el marco legal internacional existente respecto de la salud global y las pandemias es insuficiente. Además, ha demostrado que la mejor manera de atender los intereses de la comunidad internacional es actuar eficazmente en el campo de la prevención y reacción a las pandemias. Las pandemias afectan a toda la sociedad, pero debemos reconocer también que aquellos que son más vulnerables requieren una atención especial y una acción positiva, como se explicó anteriormente. En consecuencia, es imperativo que la comunidad internacional utilice su conocimiento y su experiencia colectiva para formular principios de Derecho internacional o proyectos de artículos que corrijan las lagunas del Derecho internacional vigente para proteger a las personas, antes, durante, y después de una epidemia. La protección de las personas es el primer y principal objetivo; cualquier otro —reforzar el Derecho internacional consuetudinario, crear directrices para la armonización del Derecho nacional, aumentar la coordinación internacional, etc.— debe considerarse como método para generar obligaciones diseñadas para la protección de las personas.

Desde la década de 1850 los Estados han comprendido que la cooperación internacional es necesaria para preparar y prevenir las crisis internacionales de salud mundial. Sin embargo, las medidas adoptadas no han estado a la altura de la tarea de proteger a las personas. Es imperativo que las graves consecuencias creadas por la pandemia actual sean suficientes para resaltar la necesidad de actuar con eficacia, y que la comunidad internacional no necesitará otra tragedia que afecte a la humanidad para reaccionar adecuadamente ante horribles eventos similares.

La comunidad internacional no debe ser un mero espectador de las tragedias que se desarrollan ante sus ojos. Es necesario que actuar con rapidez y eficacia para enfrentar los desafíos actuales y evitar que se repitan desafíos similares, cuya inminencia aparece innegable.

### AGRADECIMIENTOS:

El profesor Grossman desea agradecer a su colega en la CDI, el profesor Shinya Murase, por su iniciativa, conocimientos e inspiración en este y otros temas, y a su asistente de investigación, Lena Raxter, candidata a JD en la American University, Washington College of Law, por sus contribuciones a este artículo.

### BIBLIOGRAFÍA

- Byrne, J. P. (ed.). (2008). *Encyclopedia of Pestilence, Pandemics, and Plagues*, Vol. 1 & 2. Greenwood Press.
- Gelling, P. (26 de marzo de 2007). Indonesia Defiant on Refusal to Share Bird Flu Samples. *New York Times*. Retrieved at: <https://www.nytimes.com/2007/03/26/world/asia/26cnd-flu.html>.
- Heath Kelly, H. (2011). The classical definition of a pandemic is not elusive. *Bull World Health Organ*, 89(7): 540-1. DOI: 10.2471/BLT.11.088815.
- Howard-Jones, N. & World Health Organization. ( 1975) . *The scientific background of the International Sanitary Conferences, 1851-1938*. Geneva: WHO. Retrieved at: <https://apps.who.int/iris/handle/10665/62873>
- Kohn, G. C. (2002). *Encyclopedia of plague and pestilence: from ancient times to the present*. Checkmark Books.
- LeDuc J. & Barry, M. A. (2004). SARS, the First Pandemic of the 21st Century. *Emerg Infect Dis.*; 10(11): e26. DOI: 10.3201/eid1011.040797\_02.
- Mackenzie, J. S., Drury, P., Arthur, R. R., Ryan, M. J., Grein, Th., Slattery, R., Suri, S., Domingo, Ch. T. & Bejtullahu, A. (2014). The Global Outbreak Alert and Response Network. *Glob Public Health*; 9(9): 1023-1039. DOI: 10.1080/17441692.2014.951870
- Murase, Sh. (2017). Scientific Knowledge and the Progressive Development of International Law: With Reference to the ILC Topic on the Protection of the Atmosphere. In: S. Mahmoudi (ed.), *The International Legal Order: Current Needs and Possible Responses* (pp. 41-52). Leiden: Martinus Nijhoff.
- World Health Organization, WHO. (2018). *Managing epidemics. Key facts about major deadly diseases*. Retrieved at: <https://www.who.int/emergencies/diseases/managing-epidemics/en/>.

- Posner, E. A. (21 April 2020). The Limits of the World Health Organization, *Lawfare*. Retrieved at: <https://www.lawfareblog.com/limits-world-health-organization>.
- Stern, A. M. & Markel, H. (2004). International Efforts to Control Infectious Diseases, 1851 to the Present. *JAMA*; 292(12): 1474-1479. DOI:10.1001/jama.292.12.1474.
- Telesetsky, A. (2020). International Governance of Global Health Pandemics. *ASIL Insights*; 24(3). Retrieved at: <https://www.asil.org/insights/volume/24/issue/3/international-governance-global-health-pandemics>.

Claudio Grossman es Profesor, Decano Emérito y Catedrático R. Geraldson en Derecho Internacional y Humanitario, en el *Washington College of Law, American University*, Previamente Decano (1994-2016), Miembro de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (2017-2021) y del Instituto de Derecho Internacional(2019-...). Presidente del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2014-...). Fue el Agente de Chile en el caso Obligación de Negociar acceso al Océano Pacífico (Bolivia v Chile). Ex miembro (2003-2015) y Presidente del Comité contra la Tortura de la ONU y de la Comisión Inter-Americana de Derechos Humanos (1994-2001) Ex presidente de los diez Órganos de Tratados de Derechos Humanos de la ONU (2013-2014). Graduado de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile (1973) y Doctor en Ciencias del Derecho de la Universidad de Ámsterdam, en Países Bajos (1980). Ha enseñado en centros académicos en todo el mundo y es autor de numerosas publicaciones sobre derecho internacional, derecho de las organizaciones internacionales, derechos humanos y educación internacional. Ver curriculum vitae en <https://www.wcl.american.edu/community/faculty/profile/grossman/bio>

