

EDITORIAL

LAS EPIDEMIAS, LAS PANDEMIAS Y EL DERECHO INTERNACIONAL: A PROPÓSITO DE LA RESOLUCIÓN DEL IDI DE SEPTIEMBRE DE 2021

EPIDEMICS, PANDEMICS, AND INTERNATIONAL LAW: CONCERNING THE IDI RESOLUTION OF SEPTEMBER 2021

Paz ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA

Catedrática de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales

Universidad de Oviedo

Miembro asociado del Institut de Droit International

1. Fiel a su objetivo de favorecer el progreso del Derecho internacional, el Bureau del Institut de Droit International (IDI) decidió el 27 de marzo de 2020 crear una nueva Comisión sobre las epidemias y el Derecho internacional, nombrando relator al Profesor Shinya Murase, quien unos días antes había propuesto el tema en respuesta a la carta enviada previamente por el secretario general a todos los miembros del Instituto, invitándoles a reflexionar sobre cómo podría contribuir esta asociación científica a afrontar la situación de pandemia, incluyendo el examen de problemas aún no contemplados o abordados de manera insuficiente. A la Comisión, que recibió el núm. 12 de las constituidas para preparar la 80.^a sesión del IDI celebrada telemáticamente entre el 23 de agosto y el 3 de septiembre de 2021, se incorporaron otros 15 miembros, entre ellos el Profesor Antonio Remiro Brotóns. Tras cinco informes previos, el resultado de su trabajo se plasmó en un informe y un proyecto de resolución que después de los correspondientes debates y enmiendas ha dado lugar a la Resolución sobre las epidemias, las pandemias y el Derecho internacional¹.

¹ Su texto se encuentra en https://www.idi-iil.org/app/uploads/2021/09/2021_online_12_en.pdf. La resolución se aprobó por 76 votos a favor, 3 en contra y 1 abstención. El informe se acabó de elaborar el 10 de diciembre de 2020 y se presentó al IDI el 30 de diciembre siguiente.

2. Aunque presentado como proyecto de resolución, el texto propuesto por la 12.^a Comisión se enfocaba como proyecto de artículos, en el entendimiento de que «*The IDI would be well-positioned to consider the topic from the perspective of general international law and to elaborate a set of draft articles on the topic. Naturally, it is up to the States to decide whether or not it is necessary and appropriate to conclude a framework convention on the proposed topic. Nonetheless, it is hoped that the set of draft articles elaborated by the IDI will have certain normative value, even if it does not become a binding convention*»². Sin embargo, en la sesión se optó por la fórmula tradicional de resolución, suprimiendo la calificación de proyecto de artículos, sin perjuicio de mantener la misma estructura y compartir el objetivo de promover el progreso del Derecho internacional mediante su codificación y su desarrollo progresivo³.

3. Por otra parte, la utilización del término «pandemia» no fue pacífico. El informe de la Comisión explicaba que «*The term “pandemic” is not a legal term or a formal declaration within the law of WHO except in relation to pandemic influenza, but rather a descriptive term to allow national and international public health agencies to respond to the situation at a higher degree. There is no systematic practice at WHO in the use of the term “pandemic”*»⁴, por lo que reconocía que «*It is therefore with some reluctance to include the term “pandemic” in the use of terms of the present draft articles, but the Commission has decided to do so since the term is now used widely in public statements and literature. It is hoped that WHO will elaborate in the future a precise legal definition of pandemic with necessary criteria for its application*»⁵.

En este sentido, el proyecto presentado definía por separado las expresiones «epidemia» y «pandemia», pero como consecuencia de algunas enmiendas ambos conceptos se fusionaron, de forma que partiendo de la definición de epidemia como «*an infectious disease that is likely to spread rapidly to a large number of people in one country or in different countries within a short period of time*», se añadió que a fines de la resolución «*the term “epidemic” includes “pandemic”, as meaning an extraordinary form of an epidemic, affecting a wider geographical area, often worldwide, infecting a much larger number of people, causing more deaths, and often creating more severe social disruption and economic loss*»⁶. En coherencia con este enfoque, el término «pandemia» se incluyó en el título del texto aprobado.

4. La Resolución gira en torno a unos principios rectores reflejados en el Preámbulo, siendo el principal la consideración de que las epidemias son una preocupación global, asumiendo así el concepto consolidado en el ámbito del Derecho del medio ambiente. Como explica el informe de la Comisión, en el

² *Epidemics and International Law*, p. 56.

³ Art. 2 de la Resolución.

⁴ *Epidemics and International Law*, p. 66.

⁵ *Ibid.*, pp. 66-67.

⁶ Art. 3 (a).

contexto de las epidemias esta proyección supone el reconocimiento de que, de un lado, la salud pública constituye un bien público global que requiere la cooperación y solidaridad internacionales y, de otro, la noción de soberanía del Estado necesita ser reconceptualizada en términos funcionales con miras a proteger el interés general de la comunidad internacional de prevenir y reducir las epidemias⁷. De ello se deriva que todos los Estados tienen la obligación de prevenir y controlar las epidemias, siendo la protección de las personas el objetivo principal y, en consecuencia, el respeto y protección de los derechos humanos es otro principio básico, con particular atención a los grupos vulnerables. Por otra parte, se subraya el papel vital de la Organización Mundial de la Salud y su Reglamento Sanitario Internacional en la respuesta coordinada y eficaz a las epidemias, al tiempo que se recuerda que el Derecho internacional de la salud debe ser interpretado y aplicado de manera coherente con las demás normas pertinentes de Derecho internacional. Bajo la rúbrica de «Principios generales», el cuerpo de la Resolución desarrolla en sus arts. 4 a 7 estos postulados inspiradores que en el informe de la Comisión incluían asimismo una cláusula de salvaguardia de las obligaciones más específicas en materia de epidemias contraídas en virtud de un tratado internacional, el Reglamento Sanitario Internacional o de otro modo, cláusula que tras los debates mantenidos en la sesión fue desplazada al final del texto.

5. La dimensión de los derechos humanos se aborda en el art. 4 tanto para proclamar el derecho a la vida y a gozar plenamente del mejor nivel de salud posible —con las exigencias de prevención, reducción y control de las epidemias que de ellos se derivan— como para advertir de que las medidas que al respecto adopten los Estados deben ser las necesarias y proporcionadas para alcanzar este objetivo, evitando cualquier discriminación, y que en caso de epidemia aquellos no pueden derogar sus obligaciones de respeto de los derechos humanos más allá de los límites permitidos por el Derecho internacional.

6. La enumeración y descripción de los deberes de los Estados en caso de epidemia ocupan la mayor parte del articulado de la Resolución. Así, se formulan en primer lugar obligaciones detalladas de todos los Estados dirigidas a la reducción de los riesgos y creación de un estado de preparación⁸; en segundo lugar, se desarrollan las obligaciones tanto de los Estados afectados⁹ como de los demás durante la epidemia¹⁰, y finalmente se concretan las medidas en la fase posepidémica¹¹.

Como corolario, el art. 15.2 proclama que «*A breach of the obligation under international law of a State to prevent, reduce and control epidemics or to provide early information on the outbreak of epidemics to other States concerned*

⁷ *Ibid.*, pp. 57-58.

⁸ Art. 8.

⁹ Arts. 9-11.

¹⁰ Arts. 12-13.

¹¹ Art. 14.

or affected and to the competent international organizations shall entail the responsibility of that State». Lo hace pese a que el informe de la Comisión reconoce que «*In the context of the law relating to epidemics, however, it may be considered that seeking State responsibility for wrongful acts of a State under the current international law might face some difficulties*»¹², considerando que:

«*First, international law is concerned only with human activities and is not concerned with natural phenomena such as bacteria and viruses themselves. It is therefore necessary to prove that certain anthropogenic activities have been the causes of the outbreak and spread of epidemics. Second, international law is not yet well-developed in terms of State's obligations within the WHO law as well as outside. Third, even assuming that there were substantive rules in international law applicable to epidemics, the breach of which might entail State responsibility, there would be a problem of causality, namely, identifying the cause of the epidemic and responsible State organs or individuals. There has been no precedent of States invoking the responsibility of other States for the damage caused by epidemics, despite the fact that the world has experienced a number of serious events for centuries. This may be because any State could be an epidemic's "country of origin" of an epidemic, and therefore finds itself under the microscope one day. Fourth, determining whether the circumstances preclude wrongfulness, such as with force majeure, necessity and distress, may be fact-dependent inquiries in the context of epidemics. Fifth, even if the responsibility is established, a State may have little control over cessation and non-repetition, while reparation/compensation may also be difficult to assess*»¹³.

Esta cuestión de la responsabilidad internacional se conecta con la consideración recogida en el informe de la Comisión de que la obligación de todos los Estados de proteger a las personas de las epidemias, como preocupación común de la humanidad, es una obligación *erga omnes*¹⁴. No obstante, los inconvenientes antes apuntados explican que el informe acabe admitiendo que «*the responsibility of States for the breach of such an obligation may entail, under the future communitarian international law, not only that of a single State in the traditional bilateral relationship but rather that of plural States in the form of joint or shared responsibility*»¹⁵.

7. A su vez, las organizaciones internacionales son objeto de consideración en la Resolución desde una doble perspectiva. Por una parte, aparecen en varias ocasiones al enunciar las obligaciones de los Estados de notificación, información y cooperación como destinatarias de las mismas¹⁶; por otro, la Resolución las contempla también como sujetos de obligaciones; así, el art. 5.2 extiende sobre ellas las obligaciones de prevención, reducción y control de las epidemias enunciadas para los Estados en esa disposición en la medida en que se hayan confiado a aquellas competencias en materia de epidemias al tiempo que el art. 13 enuncia la obligación de las organizaciones

¹² *Ibid.*, p. 124.

¹³ *Ibid.*, pp. 124-125.

¹⁴ *Ibid.*, pp. 73-74.

¹⁵ *Ibid.*, p. 126. La redonda es nuestra.

¹⁶ Arts. 9.1, 10.2, 11, 12.2.

de prestar asistencia al Estado que la haya solicitado y el art. 14.1 se refiere en particular al examen que la OMS debe hacer en la fase posepidemia. En coherencia, el art. 15.3 afirma también su responsabilidad internacional, en los mismos términos que para el Estado. No parece necesario explicar que las dificultades ya expresadas respecto a la puesta en práctica de la responsabilidad de los Estados se proyectan y se amplían en lo que atañe a las organizaciones internacionales.

8. En general, el IDI es consciente de que vincular las obligaciones de los Estados y de las organizaciones internacionales con la responsabilidad internacional es una opción de desarrollo progresivo. En la Resolución, lo hace por entender que «*if the IDI did not touch on this issue at all, it would be a significant omission, which may be considered unjustified*»¹⁷, pero al valorar el contenido del art. 15 confiesa en el informe que «*This is a compromise provision which largely states the obvious, but in the absence of the relevant State practice, it seems difficult to go any further*»¹⁸.

9. En cambio, la consideración de los procedimientos de arreglo pacífico de las controversias que puedan surgir entre los Estados no plantea problemas. El art. 16 enuncia los existentes y pone el énfasis en la negociación, seguida en su caso por la conciliación, el arbitraje o el arreglo judicial a través de la Corte Internacional de Justicia. Como particularidad, la disposición advierte de que habida cuenta de que las controversias relativas a las epidemias pueden tener un carácter altamente fáctico y tributario de la ciencia, conviene contemplar el recurso a expertos técnicos y científicos.

10. El análisis de la Resolución debe pasar también por valorar el papel atribuido en ella a las Naciones Unidas. El resultado no es del todo positivo. Si bien son citadas en el art. 6.1 para decir que para proteger a las personas contra las epidemias los Estados deben cooperar entre ellos, así como en el marco de las Naciones Unidas, de la OMS y de otras organizaciones interesadas implicadas, el texto no se hace eco del papel central que la organización mundial viene reclamando para sí en diversas resoluciones de la Asamblea General, comenzando por la A/RES/74/270, en la que afirma que la pandemia de la covid-19 exige una respuesta mundial basada en la unidad, la solidaridad y una cooperación multilateral renovada, por lo que reafirma «su adhesión a la cooperación internacional y al multilateralismo y su firme apoyo al papel central del sistema de las Naciones Unidas en la respuesta mundial a la pandemia». Estos principios son reiterados en las resoluciones posteriores sobre el tema¹⁹.

Refiriéndose a las dos primeras resoluciones adoptadas, se ha dicho que carecen del liderazgo y del impulso político que debería esperarse de la máxi-

¹⁷ *Epidemics and International Law*, p. 125.

¹⁸ *Ibid.*, p. 127.

¹⁹ A/RES/74/274, A/RES/74/306, A/RES/74/307, A/RES/75/156, A/RES/75/157. La Declaración sobre la conmemoración del 75.º aniversario de las Naciones Unidas (A/RES/75/1) se ocupa también de la covid-19.

ma organización intergubernamental internacional en un momento en el que la magnitud de la crisis sanitaria, económica y social exigía mayor altura de miras, mayores compromisos efectivos y mayor liderazgo político transformador²⁰. Es cierto, pero también lo es que las Naciones Unidas están proporcionando una importante colaboración material y técnica, prestando atención a los Estados y colectivos más necesitados, destacando el papel impulsor ejercido por el secretario general. En todo caso, ya fuera por sus acciones o por sus omisiones, la única organización de ámbito universal y fines generales bien merecía una consideración singularizada.

11. Otro tanto cabe decir de la relación entre las epidemias y el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Al referirse a los demás ámbitos del Derecho internacional con los que se interrelacionan las normas internacionales sobre epidemias, la Resolución alude entre otros al Derecho internacional de la paz y de la seguridad y al Derecho humanitario²¹; respecto de este último, especifica que debe ser estrictamente respetado si surge un conflicto armado²². Sin embargo, apenas toma en consideración elementos proporcionados por la práctica del Consejo de Seguridad. Al respecto, el informe de la Comisión señalaba que «*the Security Council, as a political organ of the UN, has not demonstrated consistency in addressing epidemics of international concern that had the impacts similar to HIV/AIDS and Ebola*»²³, concluyendo que «*the linkage between international public health law and the international law on peace and security needs to be further explored*»²⁴.

Es cierto que el Consejo de Seguridad ha recibido reproches, en la medida en que se esperaba de este órgano que respaldara con prontitud el llamamiento que hizo el 23 de marzo de 2020 el secretario general para un alto el fuego mundial, lo que asumieron la mayoría de los Estados. Con esa expectativa se pretendía reforzar la relación entre la salud global y el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, que el Consejo ya había empezado a esbozar en ocasiones anteriores. En efecto, con motivo de la crisis del VIH/SIDA, el Consejo de Seguridad señaló en su S/RES/1308 (2000) «la importancia de una respuesta internacional coordinada a la pandemia del VIH/SIDA, dado que esta podría generar mayor inestabilidad social y situaciones de emergencia» y vinculó la acción frente al problema a su responsabilidad primordial en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Años más tarde, la S/RES/2177 (2014) reconoció que «el alcance sin precedentes del brote del ébola en África constituye una amenaza para la paz y la seguridad internacionales», recordó que «el control de los brotes de enfermedades infecciosas

²⁰ X. PONS RAFOLS, «La COVID-19, la salud global y el Derecho internacional: una primera aproximación de carácter institucional», *REEI*, 2020, núm. 39, p. 10 (disponible en <http://www.reei.org/index.php/revista/num39/articulos/covid-19-salud-global-derecho-internacional-una-primer-a-proximacion-caracter-institucional>).

²¹ Art. 7.1.

²² Art. 7.2.

²³ *Epidemics and International Law*, p. 98.

²⁴ *Ibid.*, p. 99.

graves exige una acción urgente y una mayor colaboración a nivel nacional, regional e internacional y destacó «la crucial e inmediata necesidad de una respuesta internacional coordinada».

En cambio, en esta ocasión, las tensiones entre Estados Unidos y China retrasaron tres meses la acción del Consejo. El proyecto de resolución presentado por Francia y Túnez tuvo que sufrir unas complicadas negociaciones que finalmente condujeron a la aprobación unánime de la S/RES/2532 (2020). En su preámbulo, el Consejo recuerda su responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales y considera que «es probable que el alcance sin precedentes de la pandemia de covid-19 ponga en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales», mientras que en la parte dispositiva asume por fin el llamamiento del secretario general y exige el cese general e inmediato de las hostilidades en todas las situaciones de las que se ocupa, exhortando a todas las partes en los conflictos armados a que realicen de inmediato una pausa humanitaria duradera de al menos noventa días consecutivos. El texto aclara que el cese de las hostilidades y la pausa humanitaria no se aplicarán a las operaciones militares dirigidas contra el Daesh, Al-Qaida y el Frente Al-Nusra (FAN) y otros grupos terroristas designados por el Consejo de Seguridad. El Consejo de Seguridad también solicita al secretario general que ayude a garantizar que todas las entidades pertinentes del sistema de las Naciones Unidas, incluidos los equipos de las Naciones Unidas en los países, de conformidad con sus respectivos mandatos, aceleren su respuesta a la pandemia de covid-19 haciendo especial hincapié en los países necesitados. Además, el Consejo muestra un interés específico en el impacto de la pandemia en los países que se encuentran en situaciones de conflicto armado o están afectados por crisis humanitarias, así como sobre las repercusiones de la covid-19 en la capacidad de las operaciones de mantenimiento de la paz y las misiones políticas especiales, al tiempo que menciona expresamente a los colectivos especialmente vulnerables, como son las mujeres y las niñas, la infancia, los refugiados, los desplazados internos, las personas de edad y las personas con discapacidad.

Si dejamos a un lado la lentitud en la respuesta, en una valoración de conjunto la Resolución merece una valoración positiva, en particular por el reconocimiento de la conexión entre la pandemia y el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, tal como se venía demandando. Con posterioridad, la S/RES/2565 (2021) reitera en el preámbulo la afirmación sobre la probable relación entre la pandemia de covid-19 y el peligro para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y reconoce en su parte dispositiva «el papel de la inmunización generalizada contra la covid-19 como bien público mundial en materia de salud»²⁵.

Todo ello avala la consideración de que la nueva dimensión de la paz y seguridad vinculada a la salud se está fortaleciendo, pese a que la Resolución

²⁵ Apartado 1 de la Resolución.

del IDI no lo refleja. En cambio, este texto se hace eco de una petición del Secretario General que el Consejo de Seguridad no ha atendido hasta el presente: la renuncia a la aplicación de medidas y sanciones unilaterales dada su negativa incidencia en la capacidad de los países afectados para disponer de los recursos sanitarios necesarios. En efecto, el art. 12.4 de la Resolución, al referirse a las obligaciones de otros Estados durante la epidemia, señala que «*States shall abstain from including in economic sanctions directed against affected States any measure that prevents such States from preventing, reducing or controlling an epidemic, such as receiving delivery and service of vaccines and other medical assistance. States shall also take appropriate measures in lifting or suspending any measures already in place as part of economic sanctions imposed on one or more affected States to enable them to perform the task of preventing, reducing or controlling an epidemic and seek all necessary assistance in accordance with international law*».

12. Desde otra perspectiva, tiene también interés apuntar la consideración que la Resolución presta a aspectos tan relevantes en la lucha contra las pandemias como son el suministro de las vacunas y las patentes. Respecto al primer tema, la Resolución lo aborda al referirse a los derechos humanos, apuntando que los Estados deben tomar todas las medidas necesarias para asegurar un acceso equitativo a las vacunas²⁶, e incluyendo esta cuestión en el deber de cooperación²⁷. En cuanto al segundo, la Resolución se limita a indicar que el deber de cooperar comprende asimismo el acceso a las patentes y a las tecnologías relativas a las vacunas²⁸, precisión cuyo alcance queda circunscrito por el recordatorio de los principios de armonización e integración sistémica para evitar conflictos con otras reglas pertinentes de Derecho internacional, entre las que el Derecho internacional de propiedad intelectual es citado expresamente²⁹. Conviene señalar que estas cuestiones no figuraban en el proyecto de resolución y se incorporaron en la sesión.

Contrastan estas discretas propuestas con las iniciativas más específicas formuladas desde otros ámbitos, como la dirigida por la Unión Europea a los miembros de la Organización Mundial del Comercio en junio de 2021 con el fin de establecer un plan de acción multilateral en materia de comercio para ampliar la producción de vacunas y de tratamientos contra la covid-19 y garantizar un acceso universal y justo a los mismos³⁰.

²⁶ Art. 4.1.

²⁷ Art. 6.4.

²⁸ Art. 6.3.

²⁹ Art. 7.1.

³⁰ La propuesta se desglosa en dos Comunicaciones, dirigidas al Consejo General de la OMC y al Consejo de los ADPIC (Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio), disponibles en https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2021/june/tradoc_159605.pdf y en https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2021/june/tradoc_159606.pdf. La Declaración de Roma de la Cumbre Mundial de la Salud, celebrada el 21 de mayo de 2021 bajo los auspicios del G20 y la Comisión Europea, se refiere también a la necesidad de «*Promoting increased efficiency in the use of capacities and global distribution by cooperation and expansion of existing capacities, including by working consistently within the TRIPS agreement and the 2001 Doha Declaration on the TRIPS agreement and Public Health*»;

13. En su informe, la Comisión del IDI reconoce que «*Despite the far-reaching importance of the topic, regrettably, international health law has never been recognized as a topic of mainstream international law. It is indeed puzzling that, even though epidemics have claimed many more deaths than world wars, international law has not played a major role*»³¹. También asume que los esfuerzos normativos del Instituto no pueden solucionar los problemas inmediatos a los que la humanidad se está enfrentando en la actualidad, pero pueden ayudar a la comunidad internacional a afrontar los desafíos de futuras epidemias³². Esta Resolución tiene la virtud de proporcionar un marco jurídico general que constituye una base sólida para impulsar el desarrollo de lo que ya es un sector imprescindible en el Derecho internacional.

and Promoting the use of tools such as voluntary licencing agreements of intellectual property, voluntary technology and know-how transfers, and patent pooling on mutually-agreed terms» (disponible en https://global-health-summit.europa.eu/rome-declaration_en).

³¹ *Epidemics and International Law*, p. 56.

³² *Ibid.*, p. 44.

