

COVID-19, UN “PRESTIGE SANITARIO”. ANÁLISIS DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS ANTES DE LA DECLARACIÓN DEL ESTADO DE ALARMA*

**Eugenio
Moure González**

Eugenio Moure Abogados, S.L.P.

“Gobernar es prever”, Émile de Girardin.

“La buenas vallas hacen buenos vecinos”, Robert Frost.

SUMARIO

1. COVID-19, un “Prestige sanitario” a la deriva durante cinco semanas. 2. Nuestro sistema de salud pública como garante ante una pandemia. 2.1 La doble dimensión de la salud pública. 2.2 Dos principios relegados. **3. La acuciante necesidad de un auténtico Derecho Internacional de la Salud.** 3.1 Las Recomendaciones de la OMS, ¿*soft law* o *hard law*? 3.2 ¿Por qué la necesidad un derecho internacional de la salud? **4. A modo de conclusión para evitar que el “naufragio” se repita. 5. Bibliografía.**

RESUMEN

Con el antecedente del “Prestige” como tragedia medioambiental, analizamos la gestión de la tragedia sanitaria provocada por la COVID-19 antes de la declaración del estado de alarma.

PALABRAS CLAVE

COVID-19, precaución, transparencia.

1. COVID-19, UN “PRESTIGE SANITARIO” A LA DERIVA DURANTE CINCO SEMANAS

El Prestige era un buque monoscasco que el 13 de noviembre de 2002 transitaba con 77.000 toneladas de crudo a 28 millas (52 kms.) de Finisterre, cuando en medio un fuerte temporal sufrió una vía de agua. Cinco días después, tras intentar alejarlo lo

* Este trabajo se realizó durante las primeras cuatro semanas de confinamiento, entre marzo y de abril de 2020, el año que cambió nuestra percepción del riesgo epidemiológico. Fue revisado en julio de 2021, con apenas unos pequeños cambios introducidos.

máximo posible de la costa, se partió en dos hundiéndose a una profundidad de 3.850 metros. El petrolero en su alejamiento fue dejando un reguero de crudo que provocó las primeras manchas negras en la costa gallega.

El literal afectado no solo tenía gran importancia ecológica (como es el caso de las Islas Cíes) sino también una notable industria pesquera. El hundimiento del petrolero produjo luego una inmensa marea negra que alcanzó de pleno las costas atlánticas gallegas, causando un desastre ecológico de grandes proporciones.

La presión social (como el movimiento “Nunca Más”) y los efectos devastadores de aquel desastre ecológico obligaron a una modificación legal en nuestro país, equiparándola con la legislación de otros países, que ya prohibía la navegación de estos buques por sus costas. Si hubiera existido una legislación similar a la de otros países de la UE se habría evitado la magnitud de la catástrofe.

Diecisiete años después, a finales de diciembre de 2019, en China se declara la epidemia por un virus hasta entonces desconocido, con epicentro en la ciudad de Wuhan¹ y el 23 de enero de 2020 se decreta el confinamiento de su población. El 31 de enero de 2020 se conocen los primeros casos en Italia y el 23 de febrero se pusieron once localidades italianas en cuarentena ante la tercera muerte en su territorio. El 8 de marzo se extendió a Lombardía y otras catorce provincias del Norte y al día siguiente a todo el país.

El primer caso español diagnosticado fue el de un turista alemán en La Gomera el 31 de enero, mientras que en la península se trató a una persona procedente de Italia el 26 de febrero. En esa misma fecha la cuenta oficial del Ministerio de Sanidad en Twitter (@sanidadgob) advertía de que “al volver de una zona de riesgo puedes hacer vida normal, y si a los 14 días no has desarrollado síntomas no es necesario tomar medidas”². El 3 de marzo sólo se aconsejaba celebrar algunos encuentros deportivos a puerta cerrada en los que participasen equipos italianos y la suspensión de congresos y seminarios de profesionales sanitarios³, no así celebraciones

1 Séptima ciudad de China por población, 11 millones de habitantes.

2 En nota del prensa del Ministerio de Sanidad del día 25 de febrero sólo se preveía la detección precoz en estos casos: “Las personas que presenten síntomas y que en los 14 días anteriores hayan estado en alguna de estas zonas de riesgo han de ser consideradas posibles casos y por tanto se deben realizar las pruebas y aplicar los procedimientos correspondientes”. <https://www.mscbs.gob.es/gabinete/notasPrensa.do?metodo=detalle&id=4799> Consultado el 7 de abril.

3 Nota del prensa del 3 de marzo. <https://www.mscbs.gob.es/gabinete/notasPrensa.do?metodo=detalle&id=4803> Consultado el 7 de abril.

multitudinarias, como las acontecidas el 8 de marzo o los encuentros deportivos profesionales, cuando ya se contabilizaban 589 casos en toda España. Sólo al día siguiente se empiezan a tomar las primeras medidas por el Ministerio de Sanidad (suspensión de la actividad docente presencial, recomendación del teletrabajo, fomento del cuidado domiciliario de los mayores, entre otras⁴) hasta la declaración del estado de alarma el día 14.

El 28 de enero la OMS recomendaba “evitar las aglomeraciones y no permanecer con frecuencia en espacios cerrados y abarrotados”⁵. Sólo dos días después declaró que el brote se trataba de una emergencia de salud pública de importancia internacional (ESPII) (en ese momento se habían diagnosticado más de 9.700 casos en China y 106 en otros 19 países). El 3 de febrero daba publicidad al Plan Estratégico de Preparación y Respuesta a este nuevo virus⁶, y el día 5 del mismo mes advertía que representaba un elevado riesgo a nivel mundial. El 11 de febrero le puso el nombre de COVID-19, enfermedad por coronavirus (en sus abreviaturas en inglés), y el 3 de marzo exhortaba a aumentar la producción de equipos de protección para el personal sanitario⁷.

El 11 de febrero el Ministro de Sanidad Salvador Illa subrayó “que el Sistema Nacional de Salud está preparado para hacer frente a la situación. La probabilidad de que suponga un riesgo para la población

4 Nota del prensa del 9 de marzo. <https://www.mscbs.gob.es/gabinete/notasPrensa.do?metodo=detalle&id=4806> Consultado el 7 de abril.

5 También recomendaba lo siguiente: “mantener al menos un metro de distancia de cualquier persona con síntomas respiratorios de infección por 2019-nCoV (por ejemplo, tos y estornudos); -lavarse las manos frecuentemente con una solución hidroalcohólica si no están visiblemente sucias, y con agua y jabón si están sucias; al toser o estornudar, cubrirse la boca y la nariz con el codo flexionado o con un pañuelo de papel, desechar este inmediatamente y lavarse las manos; - abstenerse de tocarse la boca y la nariz”. Documento: *Consejos sobre la utilización de mascarillas en el entorno comunitario, en la atención domiciliaria y en centros de salud en el contexto del brote de nuevo coronavirus (2019-nCoV)*. https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/330999/WHO-nCov-IPC_Masks-2020.1-spa.pdf. Consultado el 7 de abril de 2020.

6 El plan se centra en poner en marcha con rapidez la coordinación y el apoyo operativo a nivel internacional, y ampliar y agilizar lo necesario las operaciones de preparación y respuesta de los países.

7 “Sin cadenas de suministro seguras, el riesgo para los trabajadores sanitarios en todo el mundo es real. La industria y los gobiernos deben actuar con rapidez para estimular el suministro, reducir las restricciones a la exportación y poner en marcha medidas con las que detener la especulación y el acaparamiento. No podemos detener la COVID-19 sin proteger primero a los trabajadores sanitarios”, dijo el Director General de la OMS, el Dr. Tedros Adhanom Ghebreyesus. <https://www.who.int/es/news-room/detail/03-03-2020-shortage-of-personal-protective-equipment-endangering-health-workers-worldwide> Consultado el 1 de abril de 2020.

7 “Sin cadenas de suministro seguras, el riesgo para los trabajadores sanitarios en todo el mundo es real. La industria y los gobiernos deben actuar con rapidez para estimular el suministro, reducir las restricciones a la exportación y poner en marcha medidas con las que detener la especulación y el acaparamiento. No podemos detener la COVID-19 sin proteger primero a los trabajadores sanitarios”, dijo el Director General de la OMS, el Dr. Tedros Adhanom Ghebreyesus. <https://www.who.int/es/news-room/detail/03-03-2020-shortage-of-personal-protective-equipment-endangering-health-workers-worldwide> Consultado el 1 de abril de 2020.

en nuestro país se considera bajo”⁸. El 13 de febrero en rueda de prensa tras la reunión de Ministros de Sanidad de la Unión Europea (EPSCO) celebrada en Bruselas, nuestro ministro declaró: “España tiene suficiente suministro de equipos personales de emergencia en este momento”⁹.

El Consejo de la UE publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea del 20 de febrero las conclusiones con motivo de la expansión del brote Covid-19 en el que se insta en tomar, en otras medidas, que “el personal hospitalario que trate a los pacientes disponga de protección adecuada; y que se cumplan las recomendaciones de la OMS formuladas sobre la base del RSI, el trabajo el Comité de Seguridad Sanitaria, el asesoramiento del EDIC y los planes y orientaciones nacionales”; y pedía a la Comisión que se “siga examinando todas las posibilidades disponibles, especialmente la contratación conjunta, para facilitar el acceso necesario a los equipos de protección individual que los Estados miembros necesitan, a fin de minimizar su potencial escasez”.

Entre la declaración por la OMS de COVID-19 como ESPII (el 30 de enero) y la adopción de la primeras medidas a nivel comunitario en nuestro país (el 9 de marzo) transcurrieron cinco semanas en la cual el virus deambuló sin control alguno y, lo que es más importante como luego veremos, sin que se tomaran tres medidas de trascendental importancia: la compra masiva de EPIs para el personal sanitario; la adopción de restricciones para evitar concentraciones masivas de personas; y la información a la ciudadanía en aras de la procura de su protección individual y el cuidado de los más vulnerables (nuestros ancianos).

2. NUESTRO SISTEMA DE SALUD PÚBLICA COMO GARANTE ANTE UNA PANDEMIA

2.1 La doble dimensión de la salud pública

El Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, invoca el artículo cuarto, apartado b), de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, que habilita

⁸ Nota de prensa del Ministerio de Sanidad. <https://punto-critico.com/ausajpuntocritico/wp-content/uploads/2020/03/nota-prensa-11-febrero-2020-ministerio.pdf> Consultada el 6 de abril de 2020.

⁹ Nota de prensa del 13 de febrero. <https://www.mscbs.gob.es/gabinete/notasPrensa.do?metodo=detalle&id=4792> Consultado el 7 de abril

al Gobierno para, en el ejercicio de las facultades que le atribuye el artículo 116.2 de la Constitución, cuando se produzcan crisis sanitarias que supongan alteraciones graves de la normalidad.

En este marco, las medidas previstas -según el RD- tenían como fin proteger la salud y seguridad de los ciudadanos, contener la progresión de la enfermedad y reforzar el sistema de salud pública, “sin demora” (dice) para prevenir y contener el virus y mitigar el impacto sanitario, social y económico.

Mucho se ha escrito sobre que si las medidas implantadas daban contenido más bien a un estado de excepción¹⁰, pero sin ser esa la pretensión del presente trabajo, conviene reflexionar, siquiera brevemente, sobre el sacrificio que la defensa de la salud pública impone de otros derechos, incluso de la propia autonomía personal. Pues como dice el Tribunal Constitucional en su Sentencia 37/2011, de 28 de marzo, el tratamiento médico obligatorio no produce una vulneración del derecho a la libertad, pues la libertad personal protegida por la Constitución no supone una cláusula general de autodeterminación individual.

La Ley Orgánica 3/1986 de Medidas especiales en materia de Salud Pública ya advierte que “con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible” (art. 3º).

Pero la salud pública no sólo es la cláusula que permita limitar determinados derechos, sino que a su vez es un derecho individual exigible, como cualquier otro, ante los poderes públicos. Así la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, en su artículo 11 recoge las prestaciones de salud pública y, entre ellas, la información y vigilancia epidemiológica, la protección y promoción de la salud, la prevención de las enfermedades, o la vigilancia y control de los posibles riesgos para la salud.

¹⁰ Es la opinión, por lo demás autorizada, de Manuel Aragón, magistrado emérito del Tribunal Constitucional, que llama “exorbitante utilización del estado de alarma” al escribir, entre otras consideraciones, que “la declaración del estado de alarma no permite, a su amparo, decretar, como se ha hecho, la suspensión generalizada del derecho de libertad de circulación y residencia de los españoles, medida que solo puede adoptarse en el estado de excepción, como determina el artículo 55.1 de la Constitución” (*Hay que tomarse la Constitución en serio*, El País, 10 de abril de 2020).

En definitiva, la salud pública presenta, desde la teoría de los derechos fundamentales, una doble dimensión (derecho-deber), pues por un lado tenemos el derecho a la protección de nuestra salud a través de las actuaciones de vigilancia, promoción y prevención y, por otro lado, recae el deber legal de someternos a esas medidas para la protección de la salud pública como interés colectivo, incluso con sacrificio de otros derechos.

Sucede, no obstante, que cuando falla la prevención, que es la principal medida en materia de salud pública, ese sacrificio se hace cuestionable, por la sensación de falta de previsión y, sobre todo, porque evidencia una falta de transparencia en la gestión, pues la más elemental prevención es la que se propicia uno mismo convenientemente informado.

Como sostiene el magistrado César Tolosa “es necesario que, una vez superada esta pandemia, la sociedad y los juristas reflexionemos profundamente acerca del valor de la salud colectiva y de los sacrificios que su consecución puede requerir desde la perspectiva individual, logrando el necesario equilibrio en el que debe basarse una concepción actualizada y moderna del concepto salud pública, en una sociedad que debe acostumbrarse a convivir con el riesgo”¹¹.

Esa reflexión tiene que partir de un análisis de lo sucedido, de lo que se hizo, de lo que podía haberse hecho y de los errores cometidos, por omisión o más bien por demora, pues desde esa experiencia se puede construir una sociedad mejor preparada para los próximos riesgos que sin duda se avecinarán.

2.2 Dos principios relegados

2.2.1 El principio de precaución

El art. 3, apartado d), de la Ley General de Salud Pública, lo define con estas implicaciones:

“La existencia de indicios fundados de una posible afectación grave de la salud de la población, aun cuando hubiera incertidumbre científica sobre el carácter del riesgo, determinará la cesación, prohibición o limitación de la actividad sobre la que concurran”.

Realmente no es ninguna novedad pues aparece recogido en análogos términos en el art. 191 del Tratado de Lisboa (y en los tratados precedentes).

¹¹ Tolosa, C. *El contagio por coronavirus desde la perspectiva administrativa*. Diario La Ley nº. 9601, 26 de marzo de 2020, Editorial Wolters Kluwer.

Se traduce en la exigencia de actuar frente a un riesgo potencial grave sin esperar a los resultados de la investigación científica (Dirección general 24 de la Comisión Europea, “Consumo y Salud”).

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea lo ha aplicado en el ámbito de la salud pública, como ocurrió con el mal de la “vacas locas” (1998, asunto C-180/96) o con los organismos genéticamente modificados (2002, asunto C-6/99).

La Comunicación de la Comisión Europea sobre el recurso al principio de precaución, fechada en Bruselas el 2 de febrero de 2000 (conocida como COM/ 2000/ 1 final¹²), ya aludía a su ámbito de aplicación cuando se ponga en riesgo la salud humana.

Interesantes son los aspectos que según dicha comunicación deben dar contenido a este principio: proporcionalidad, no discriminación, coherencia, análisis de ventajas e inconvenientes y estudio de la evolución científica. De lo cuales destacamos el de coherencia, en la medida en que supone mirar lo hecho en otras latitudes para actuar de la misma manera¹³.

Constituye, en definitiva, una proposición de acción preventiva ante la fuente de un peligro futuro. Pero no es suficiente cualquier eventualidad, sino aquella que puede acarrear daños graves e irreversibles¹⁴.

Y no sólo en un plano político proyecta sus efectos el principio de precaución, sino también en el jurídico, pues “la inactividad o el silencio del Estado que no prohibió o reglamentó alguna actividad que después resultó en daños considerables, no puede ser esgrimida por el causante directo de aquellos como una causa de exención o de disminución de su propia responsabilidad”¹⁵.

Su naturaleza va más allá de informar u orientar la actuación de los poderes públicos, sino que es una regla jurídica¹⁶. En terminología anglosajona no debe considerarse un mero *soft law*.

¹² <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:52000DC0001> Consultado el 7 de abril.

¹³ La coherencia, según a citado comunicación, significa que las medidas deberán tener una dimensión y una naturaleza comparable con las ya adoptadas en ámbitos equivalentes en los que se disponen de datos científicos.

¹⁴ Romeo, C. *Aportaciones del principio de precaución al Derecho penal*, en *Principio de precaución, Biotecnología y Derecho*, Carlos María Romeo Casabona (Ed.), Editorial Comares, p. 390.

¹⁵ Figueroa, G. *El principio de precaución frente a los viejos conceptos de la responsabilidad civil*, en *Principio de ...*, op. cit., nota 11, p. 316.

¹⁶ Romeo, C, op. cit., p. 395.

En salud pública se dice que las decisiones deben favorecer la precaución: el principio tiende a evitar los falsos negativos para así prevenir las exposiciones potencialmente peligrosas y los problemas de salud innecesarios¹⁷.

La precaución afecta a la gestión del riesgo, que se caracteriza por sopesar pros y contras y seleccionar una estrategia de actuación que modifique los niveles de riesgo a que están sometidos los individuos o la población¹⁸.

Este proceso implica la comunicación del riesgo o transmisión de la información obtenida a la población afectada. Como explica Emilia Sánchez “debe ser transparente y multidisciplinario (...), incluidas las consecuencias potenciales de la decisión de no actuar. La sociedad acepta muchas situaciones que suponen, a la vez, riesgos y beneficios. La clave está en situar los límites de la exposición a unos niveles en que el equilibrio, el *trade-off*, entre unos y otros sea socialmente aceptable”¹⁹.

El principio de precaución va más allá de la prevención. Por eso su aplicación en las políticas públicas sanitarias debe tener en cuenta dos elementos necesarios: la participación de todos los intervinientes y un plan a largo plazo revisable en función de los avances de la ciencia²⁰.

Expuesto lo anterior el análisis retrospectivo de lo acontecido evidencia que no se aplicó el principio de precaución en la gestión de esta crisis sanitaria. Si nos atenemos a las notas de prensa y a los documentos publicados por el Ministerio de Sanidad su contenido denota una intención -loable en otros escenarios- de no provocar el alarmismo. El recurso dialéctico a la fortaleza de nuestro sistema sanitario²¹, al riesgo bajo de contagio por la lejanía del brote (China)²² y a los consejos más

tranquilizadores de la OMS²³, no así de aquellos que implican un mayor esfuerzo inversor (el acopio de EPIs²⁴ o la realización masiva de test²⁵), evidencia que no se trabajó en otros escenarios alternativos (menos benévolos) o, si se hizo, se ignoró una premisa básica en relación con este principio: cuando los datos no son concluyentes un planteamiento prudente y cauteloso consiste en optar por la “hipótesis más pesimista”²⁶.

2.2.2 El principio de transparencia

Viene enunciado así en el art. 3, f) de la Ley General de Salud Pública:

“Las actuaciones de salud pública deberán ser transparentes. La información sobre las mismas deberá ser clara, sencilla y comprensible para el conjunto de los ciudadanos”.

Ya hemos expuesto en el apartado anterior cómo la información es un elemento esencial de la precaución, en la medida que no hay mejor control de daños que aquel que se basa en una información de los riesgos, aunque partamos de un escenario de incertidumbre.

Buena prueba de cómo la información de los riesgos ha fallado lo tenemos en la siguiente comparación. Mientras el 2 de marzo el Centro Europeo para la Prevención de la Enfermedades (ECDC) informaba que el riesgo asociado con la infección por COVID-19 para las personas en la UE/EEE y el Reino Unido se consideraba de moderado a alto según la probabilidad de transmisión y el impacto de la enfermedad²⁷, ese mismo día el Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias publicaba su informe COVID-19 n° 4 en el que se limitaba a concluir lo siguiente: “La información recogida en

17 Jamieson D, Wartenberg D. *The precautionary principle and electric and magnetic fields*. Am J Public Health 2001;91: 1355-8.

18 Foster KR, Vecchia P, Repacholi MH. *Risk management: Science and the precautionary principle*. Science 2000;288: 979-81.

19 Sánchez, R. *El principio de precaución: implicaciones para la salud pública*. Gac Sanit 2002;16(5):371-3, p. 372.

20 Agudelo Montoya, G. y López Mejía, J.F. *El principio de precaución en el plan nacional de salud pública de Colombia: ¿ausencia o gran mal?* Revista Luna Azul, No. 28, enero - junio 2009.

21 Nota de prensa del 4 de febrero. <https://www.mscbs.gob.es/gabinete/notasPrensa.do?metodo=detalle&id=4786> Consultada el 7 de abril.

22 Nota de prensa del 11 de febrero. <https://www.mscbs.gob.es/gabinete/notasPrensa.do?metodo=detalle&id=4786> Consultada el 7 de abril.

23 Nota de prensa del 12 de febrero. <https://www.mscbs.gob.es/gabinete/notasPrensa.do?metodo=detalle&id=4791> Consultada el 7 de abril.

24 Nota de prensa del 13 de febrero. <https://www.mscbs.gob.es/gabinete/notasPrensa.do?metodo=detalle&id=4792> Consultada el 7 de abril.

25 Muy elocuentes fueron las palabras de apertura del Director General de la OMS en la conferencia de prensa sobre COVID-19 de 16 de marzo: “Tenemos un mensaje simple para todos los países: pruebas, pruebas, pruebas”. <https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---16-march-2020>

26 Así lo establece la Comisión Europea en su recomendación citada *ut supra*.

27 *Evaluación rápida del riesgo: brote de la nueva enfermedad por coronavirus 2019 (COVID-19): mayor transmisión a nivel mundial-quinta actualización*. <https://www.ecdc.europa.eu/en/publications-data/rapid-risk-assessment-outbreak-novel-coronavirus-disease-2019-covid-19-increased> Consulta el 7 de abril.

futuras notificaciones será crucial para determinar características clínicas, epidemiológicas y virológicas de los casos de infección por SARS-CoV-2 que se identifiquen en España²⁸; omitiendo cualquier referencia al riesgo de contagio.

Ser transparente no sólo supone generar una información epidemiológica²⁹ en lo que determinante sea conocer el riesgo de contagio³⁰, aunque el mismo no se diera³¹. La transparencia va ligada también a la rendición de cuentas (*accountability*) que supone hacer visible el proceso de toma de decisiones, así como el método aplicado y los resultados obtenidos. Las decisiones que se toman, la manera en que se toman y sus partícipes determinan el grado de justicia y equidad de un sistema sanitario³².

Según la OMS la buena gobernanza en el ámbito sanitario implica “la participación de actores a los cuales les concierne la definición e implementación de políticas, programas y prácticas que promueven sistemas de salud equitativos y sostenibles”³³. Pero para ello la información debe ser relevante (no banal) y además fácilmente accesible para todos los actores, lo que incluye a la población en general. El buen gobierno sanitario requiere responsabilidad e incentivos para promover la participación³⁴, pero no puede haberla si antes no se actúa con transparencia.

28 https://www.isciii.es/QueHacemos/Servicios/VigilanciaSaludPublicaRENAVE/EnfermedadesTransmisibles/Documents/INFORMES/Informes%20COVID-19/Informe%20COVID-19.%20N%C2%BA%204_02marzo2020_ISCIII.pdf

29 Recogida como derecho en el art. 6 de la Ley 41/2002 de autonomía del paciente: “Los ciudadanos tienen derecho a conocer los problemas sanitarios de la colectividad cuando impliquen un riesgo para la salud pública o para su salud individual, y el derecho a que esta información se difunda en términos verdaderos, comprensibles y adecuados para la protección de la salud, de acuerdo con lo establecido por la Ley”.

30 Recogido en el art. 4, c) de la Ley 33/2011, General de Salud Pública, como el derecho a “recibir información (...) en particular, sobre los riesgos biológicos, químicos, físicos, medioambientales, climáticos o de otro carácter, relevantes para la salud de la población y sobre su impacto. Si el riesgo es inmediato la información se proporcionará con carácter urgente”.

31 En una primera fase de la crisis sanitaria con mensajes tranquilizadores y consejos básicos de autocuidado, y en una segunda fase centrando el mensaje en una frase apodictica (“quédate en casa”) para luego ofrecer a diario datos o cifras con previsiones, generalmente optimistas, de cuándo se aplanaría la curva de contagios y fallecidos.

32 García-Altés, A. y Argimon, J.M. *La transparencia en la toma de decisiones de salud pública*. Gaceta sanitaria, 2016; 30 (S1), p. 11.

33 Good governance for health. Department of Health Systems, Geneva, 1998. https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/65021/WHO_CHS_HSS_98.2.pdf?sequence=1&isAllowed=y Consultado el 8 de abril.

34 Meneu, R. y Ortún, V. *Transparencia y buen gobierno en sanidad. También para salir de la crisis*. Gaceta Sanitaria, vol, 25, jul./ago. 2011.

Esa información ha fallado. No es una novedad; España fue uno de los últimos países de Europa en aprobar una ley de transparencia³⁵, y su grado de cumplimiento después más de 5 años desde su entrada en vigor es más bien escaso³⁶.

Esa transparencia se hace más acuciente ante tamaña crisis sanitaria. Como señala Transparency International³⁷ “la demanda de transparencia no es un fin en sí mismo, sino un medio al servicio de los ciudadanos para que puedan escuchar las motivaciones que han guiado la toma de decisiones públicas (...) Esta crisis también ha puesto de manifiesto una lamentable falta de madurez en términos de acceso a los datos abiertos. De hecho, los datos rara vez han sido tan cruciales para la gestión de una crisis”³⁸.

Esa doble vertiente de la transparencia faltó. Por un lado estuvo ausente la información de los riesgos epidemiológicos (de moderados a altos ya el 2 de marzo); y, por otro lado, se echó en falta una explicación a la ciudadanía en tiempo real de las políticas sanitarias diseñadas para abordar esta crisis, al menos hasta la declaración del estado de alarma (luego las ruedas de prensa -con inicial filtrado de preguntas- se multiplicaron por doquier).

3. LA ACUCIANTE NECESIDAD DE UN AUTÉNTICO DERECHO INTERNACIONAL DE LA SALUD

3.1 Las Recomendaciones de la OMS, ¿soft law o hard law?

La Organización Mundial de la Salud (OMS, en inglés bajo el acrónimo *WHO - World Health*

35 Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. BOE de 10 de diciembre de 2013, en cuya exposición de motivos ya se reconoce que la mayoría de los países europeos están dotados de una norma similar, al igual de la UE (Directiva 2004/109 CE).

36 España ocupaba a 1 de enero de 2019 el puesto 87º en una relación de 123 países que contiene el ranking e transparencia (Global Right Information Rating) que elaboran el Access Info Europa y el Centro para la Ley y la Democracia. <https://datosmacro.expansion.com/estado/indice-derecho-informacion/espana> Consultado el 9 de abril.

37 Transparency International es la única organización a escala mundial que se dedica, desde 1993, al movimiento anticorrupción, a través de alianzas entre la sociedad civil, el sector privado y los gobiernos.

38 *COVID-19. Contra la Crisis de Salud, más Transparencia y Democracia*. Declaración conjunta firmada por los capítulos nacional de Francia, Italia y España de Transparency International. Madrid, 7 de Abril 2020. <https://transparencia.org.es/ti-espana-francia-e-italia-firman-propuesta-conjunta-para-defender-la-transparencia-durante-la-crisis-del-covid-19/> Consultado el 9 de abril.

Organization) es la agencia especializada de la ONU que tiene como finalidad alcanzar para todos los pueblos el más alto grado de salud³⁹.

De la OMS forman parte 196 Estados miembros. España, se adhiere a la OMS con todos los efectos legales y jurídicos mediante Instrumento de Aceptación con fecha de 28 de mayo de 1951.

Entre los textos que emanan de la OMS están los acuerdos, las convenciones, los reglamentos y las recomendaciones en materia de salubridad internacional y para prevenir la propagación de enfermedades.

Salvo los reglamentos, el resto son *soft law*, es decir, no vinculantes, se tratan de meras declaraciones de intenciones como recomendación general en materia de salud⁴⁰.

Los reglamentos son *hard law*, pues establecen obligaciones jurídicas para los Estados que se verán obligados a su cumplimiento. En particular, para el caso que nos ocupa, el actual Reglamento Sanitario Internacional (RSI) que entró en vigor el 15 de junio de 2007 y que obliga formalmente a España.

Pero a diferencia de otras normas *hard law*, el RSI no prevé mecanismo de coerción a los Estados miembros para su cumplimiento. Ello a pesar de que el objetivo del RSI es el de proteger a todos los Estados contra la propagación internacional de enfermedades, incluidos los riesgos graves para la salud pública y las emergencias sanitarias.

Como queriendo legitimarse, el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaraba el estado de alarma para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, en su exposición de motivos se alude a que la OMS habría elevado el 11 de marzo de 2020 la situación de Emergencia de Salud Pública de Importancia Internacional (ESPII) ocasionada por el COVID-19 a pandemia internacional (recuérdese que la ESPII había sido declarada el 30 de enero).

En el art. 1 del RSI se define a la ESPII como un evento extraordinario que constituye un riesgo para la salud pública de otros Estados a causa de la propagación internacional de una enfermedad, y

39 Art. 1 de Constitución de la OMS adoptada en la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados y que entró en vigor el 7 de abril de 1948.

40 Baelo, M ¿Son jurídicamente vinculantes para España las recomendaciones de la OMS relativas al COVID-19? Diario La Ley nº. 9599, 23 de marzo de 2020, Editorial Wolters Kluwer.

que podría exigir una respuesta internacional coordinada.

Su finalidad es fortalecer la colaboración a escala mundial intentando mejorar la capacidad de respuesta coordinada, con tres importantes incentivos: reducir los graves trastornos de un brote; acelerar su contención; y mantener el prestigio de la comunidad internacional⁴¹.

Existe constituida, como órgano subsidiario de la OMS, la Red Mundial de Alerta y Respuesta antes Brotes Epidémicos (GOARN), que es un mecanismo de colaboración técnica entre instituciones y redes ya existentes con esa finalidad que su largo nombre indica.

En 2014 se crea la Agencia de Seguridad Sanitaria Mundial (GHSA), formada inicialmente por 26 Estados, como cuerpo asesor de la OMS, con el propósito prevenir, localizar y dar respuesta y dar respuesta efectiva antes las amenazas generadas por las enfermedades infecciosas.

Todo ese despliegue organizativo tiene el fin de propender la seguridad sanitaria. Pero, ¿qué es eso? El propio RSI define la seguridad en materia de salud pública como “el conjunto de actividades proactivas y reactividades necesarias para reducir al mínimo la vulnerabilidad a los eventos agudos de salud pública que ponen en peligro la salud colectiva de las poblaciones nacionales”. Y luego, ya referido a la seguridad sanitaria, se dice que tiene como objetivo “prevenir, detectar y evaluar aquellos eventos que puedan constituir una emergencia de salud pública de importancia internacional y darles una respuesta coordinada”.

El esfuerzo retórico es loable, pero quizás algo alejado todavía de su eficacia práctica, si nos atenemos al descontrol de la pandemia por el Covid-19. La ausencia de una decidida y sobre todo uniforme voluntad política por las diferentes prioridades de los sistemas de salud regionales (Europa como ejemplo), ha provocado una inestable cooperación global, quizás por falta de liderazgo o quizás porque faltan instituciones internacionales con la misma “*autoritas*” pero con más “*potestas*” (algo sobre lo que luego insistiremos).

Sin cooperación internacional la seguridad sanitaria es un *desiratum* en un escenario en el que la “globalización ha aumentado la vulnerabilidad y la interdependencia de los países”⁴². O como también

41 Gallego, A.C. *El Derecho internacional de la salud a la luz de la paz y seguridad internacionales*. Dykinson, Madrid, 2019, p. 192.

42 Palabras del Primer Ministro Lee Hsien Loong en el

se afirma “ningún país, por más preparado que esté, o por más rico o tecnológicamente avanzado que sea, puede prevenir, detectar y dar respuesta por sí solo a todas las amenazas para la salud pública”⁴³.

La forma de actuación de la OMS ante una ES-PII es a través de recomendaciones y la adopción de diversas medidas junto con el papel de los comités. Pero, recordémoslo, aunque el RSI sea *hard law* no recoge sanción jurídica ante su incumplimiento incluso por negligencia.

Bien es cierto que por algún autor se dice, recurriendo a un oxímoron que evidencia la endebles del argumento, que las recomendaciones deben ser adoptadas por los Estados por una “voluntariedad obligatoria”⁴⁴. Se trata de un enfoque moral por la fuerza de convicción de su loable fin: garantizar la salud, evitando riesgos y amenazas a la seguridad sanitaria internacional. Pero la fuerza de la moral no es suficiente para propender la cohesión internacional frente a un enemigo común que no entiende de fronteras.

Tal es así que dando contestación a la pregunta del enunciado, entendemos que una de las rémoras de la producción normativa de la OMS es precisamente la falta de coerción propia del Derecho (*hard law*). De poco sirven las meras recomendaciones (*soft law*) dirigidas a la ordenación de las medidas eficaces para el control de una pandemia, si luego cada Estado, o incluso cada región, puede proceder según su particular criterio.

3.2 ¿Por qué la necesidad un derecho internacional de la salud?

En términos de salud pública el actual escenario internacional por la pandemia provocada por la COVID-19 no es nuevo⁴⁵, aunque si lo es la repercusión que ha tenido, porque este patógeno ha atacado

fundamentalmente al mundo occidental, afectando a regiones muy desarrolladas (Europa y USA), democratizando el riesgo, es decir, atacando a sociedades tradicionalmente menos vulnerables (o que así se creían), sin establecer grupos de riesgo (todos somos sus posibles víctimas) y cuya capacidad de contagio ha alterado sustancialmente nuestro *modus vivendi* (esa sociedad abierta a la que se refería Karl Popper).

Un análisis inicial ya nos permite constatar el alto grado de interdependencia de la salud pública a nivel mundial, lo que demuestra hasta qué punto es necesario un plan de acción global. La necesidad de regulaciones normativas de vocación global es incuestionable, por eso se viene hablando -desde una perspectiva académica- de la necesidad de un desarrollo coherente del Derecho internacional de la salud.

Ello se debe a que no existe ningún tratado internacional de alcance mundial que se dedique a regular la protección internacional de la salud como tal⁴⁶. “¿Puede hablarse de un cuerpo de Derecho internacional de la salud?”, preguntaba en 1980 el Informe sobre la salud en el mundo de la OMS. La respuesta que se daba era afirmativa, sobre la base de amplia definición a la salud⁴⁷.

Pero lo cierto es que la OMS ha concedido escasa atención al derecho -en especial al *hard law*- como herramienta de protección y promoción de la salud. La OMS se ha mostrado más partidaria de la búsqueda de la promoción de la salud, con un perfil médico-sanitario en la asunción de un rol más asistencial que jurídico.

No basta con la existencia de un cuerpo normativo sistematizado que permita cohesionar y armonizar los diferentes derechos sanitarios nacionales. Tiene que existir una firme voluntad de facilitar y fortalecer la cooperación sanitaria internacional⁴⁸.

Esa cooperación es fundamental para el control de las enfermedades infecciosas. Por eso el objetivo principal de este nuevo Derecho Internacional que se plantea reside en capacitar a las organizaciones internacionales para movilizar recursos y estrategias, impidiendo que la inacción de los Estados provoque daños más allá incluso de sus propias fronteras.

Debate de alto nivel para mejorar la seguridad sanitaria internacional, OMS, Marzo de 2007. Citado por Gallego, A.C., op. cit., p. 104.

43 Palabras del Ministro de Relaciones Exteriores de Noruega, Sr. Jonas Gahr Store, en el *Debate de alto nivel para mejorar la seguridad sanitaria internacional*, OMS, Marzo de 2007. Citado por Gallego, A.C., op. cit., p. 105.

44 Saura, J. *La Organización Mundial de la Salud y la cooperación internacional frente a las grandes pandemias: el nuevo Reglamento Sanitario Internacional*, en *Salud pública mundial y Derecho Internacional*, Pons, X. (Ed), Marcial Pons, Madrid, 2010., p. 108.

45 Los antecedentes de enfermedades infecciosas son numerosos: el VIH/SIDA, la nueva variante de la enfermedad de Creutzfeldt Jakob derivada de la Encefalopatía Espongiforme Bovina, el Dengue, el virus Ébola, la fiebre hemorrágica de Marburgo, el Síndrome Agudo Respiratorio Severo (SARS), la Gripe Aviar o, más recientemente, la nueva Gripe A (H1N1).

46 Xeuba, X. *Las emergencias del Derecho Internacional de la Salud*. Revista Digital Facultad de Derecho, n.º. 1, 2009, p. 7.

47 Xeuba, X. op. cit., p. 8.

48 Tomasevski, K. Health, Schachter, O, Joyner, C.C. (Eds.), *United Nations Legal Order*, Cambridge: Cambridge University Press, 1995, pp. 860- 861. Citado por Xeuba, C, op. cit., p. 10.

Es cierto que la Organización de las Naciones Unidas (ONU) ha desplegado una prolífica actividad normativa relacionada con la salud, pues uno de sus objetivos es la solución de los problemas sanitarios internacionales⁴⁹. Pero los intereses políticos en su seno decisorio suponen un bloqueo en la toma de decisiones.

Además está la prohibición de intervenir en asuntos internos, que se desprende al artículo 2 (7) de la Carta de las Naciones Unidas. Sólo existe un derecho a intervenir cuando el estado en cuestión no pudiera garantizar la protección de sus habitantes y salvaguardar la seguridad sanitaria, interviniendo en última instancia el Consejo de Seguridad de la ONU. Las operaciones de mantenimiento de la paz es una de las medidas previstas, si bien no son coercitivas. Medidas coercitivas, como la imposición de un cordón sanitario, nunca se han aplicado.

Lo acontecido con la COVID-19 evidencia la constatación realizada hace años de que “el mundo está mal preparado para responder a una pandemia grave”⁵⁰. Lo ocurrido demuestra que no sólo son necesarias advertencias y recomendaciones, sino otro tipo de medidas que permitan evitar la descoordinación internacional y la existencia de dos o más velocidades en la respuesta nacional a una amenaza de este tipo.

Aunque entonces sonase utópico, conviene reivindicar el manifiesto para un nuevo constitucionalismo, más allá del Estado, para alumbrar una nueva “Constitución de la Tierra”. Fue dado a conocer en Roma el 21 de febrero de 2020 con esta intención: “que instituya una esfera pública internacional a la altura de los desafíos globales y, en particular, funciones e instituciones supranacionales de garantía de los derechos humanos y de la paz”⁵¹.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN PARA EVITAR QUE EL “NAUFRAGIO” SE REPITA

Existe un alto grado de interdependencia de la salud pública a nivel mundial, lo que demuestra hasta qué punto es necesario un plan de acción global.

49 Artículo 55.b) de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, BOE, 16 de noviembre de 1996.

50 *No solo la ausencia de enfermedad*. Duodécimo programa general de trabajo, OMS, adaptado por la Asamblea Mundial de la Salud en mayo de 2013, p. 33.

51 Fragmento de la entrevista a Luigi Ferrajoli, filósofo del Derecho. *Los países de la UE van cada uno por su lado defendiendo una soberanía insensata*. El País, 28 de marzo de 2020.

Ha faltado una institución internacional que haya impulsado y coordinado de modo efectivo la labor de liderar y organizar la cooperación internacional. La OMS carece de esa “potestas” por mucha “autoritas” que tenga.

Las advertencias y las recomendaciones de la OMS son importantes, pero la gestión de una crisis sanitaria internacional implica más que eso, sino una decidida acción supranacional.

La ausencia de un cuerpo normativo que actuase con el carácter propio del *hard law* y no de *soft law* -habitual en el escaso acervo normativo de la OMS- ha sido condicionante del devenir de la COVID-19.

Mientras esa tarea no se aborde en foros internacionales, en España debemos utilizar nuestras propias normas, aplicando con más rigor dos principios que han fallado: precaución y transparencia.

Actuando con otra cautela ante un virus que llamaba a nuestras puertas desde la vecina Italia, y que poco antes había provocado el confinamiento de Wuhan, hubiéramos ganado unas semanas para recibirlo mejor preparados.

El recuerdo en positivo de la tragedia medioambiental del Prestige son los miles voluntarios equipados con sus guantes, monos y mascarillas blancas luchando contra el chapapote en la costa gallega.

Su herencia para el futuro ha sido una nueva legislación para garantizar la seguridad marítima y una mayor conciencia medioambiental ante los riesgos derivados del transporte de determinados productos contaminantes.

Esta otra “marea negra” que ha traído la COVID-19, con decenas de miles de afectados y un 10% de fallecidos, hubiera sido menos dantesca sin recurrir al esfuerzo heroico de quienes la combaten desde los centros sanitarios.

El buen recuerdo que nos quedará suena a aplauso colectivo para quienes equipados de forma parecida lucharon por salvar la vida de tantos enfermos.

Su herencia en este caso debe ser la construcción de un derecho internacional de la salud a cargo de instituciones supranacionales dedicadas con medios suficientes a la protección eficaz frente a las pandemias.

Mientras tanto seamos conscientes de nuestra vulnerabilidad ante estos nuevos riesgos que continuarán acechando, para los cuales hay que actuar con mayor sentido de la precaución y de la transparencia.

Gobernar es prever, es adelantarse a los acontecimientos, es (si recurrimos a la retórica bélica tan presente en las arengas presidenciales) cavar trincheras antes de la línea de fuego y no después.

Y como esta guerra la hacemos todos la información es esencial para saber levantar vallas de precaución para la adecuada salvaguarda de nuestra salud y la de nuestros vecinos.

5. BIBLIOGRAFÍA (LIBROS)

- Gallego Hernández, A.C. *El Derecho internacional de la salud a la luz de la paz y seguridad internacionales*. Dykinson. Madrid, 2019.
- Pons Rafols, X (Ed). *Salud pública mundial y Derecho Internacional*. Marcial Pons. Madrid, 2010.
- Romeo Casabona (Ed). *Principio de precaución, biotecnología y Derecho*. Comares. Granada, 2004.