

EL CONSEJO DE EUROPA Y LA PANDEMIA DE LA COVID-19
(CORONAVIRUS)

*THE COUNCIL OF EUROPE AND THE COVID-19 PANDEMIC
(CORONAVIRUS)*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 634-645



Jorge Antonio
CLIMENT
GALLART

ARTÍCULO RECIBIDO: 24 de abril de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: A lo largo del presente texto vamos a comprobar cuál ha sido la respuesta jurídica del Consejo de Europa a la pandemia de la COVID-19. Ello comporta el estudio del derecho a la protección de la salud, y de cómo, precisamente para proteger el mismo, los Estados europeos se han visto obligados a tomar medidas que afectan a otros derechos recogidos en el CEDH.

PALABRAS CLAVE: Pandemia; derecho a la protección de la salud; Consejo de Europa; Carta Social Europea; Comité Europeo de Derechos Sociales.

ABSTRACT: *In this text, the legal response of the Council of Europe to the COVID-19 pandemic is checked. This involves the study of the right to health protection, and how, precisely to protect it, the European States have taken measures that affect other rights included in the ECHR.*

KEY WORDS: *Pandemic; right to health protection; Council of Europe; European Social Charter; European Committee of Social Rights.*

1. Empezar señalando que la crisis de salud pública originada por la pandemia de la COVID-19 ha tensionado los sistemas sanitarios de todo el mundo, no es ninguna novedad. Al fin y al cabo, no se había conocido nada igual en Europa desde hace más de un siglo, siendo su antecedente más próximo, por equivalencia, la mal llamada gripe española de 1918.

Lo que sí que resulta novedoso es el estudio de la respuesta jurídica que se está dando a esta pandemia desde diferentes instituciones, tanto nacionales como internacionales. El presente artículo se va a centrar en el papel que está llevando a cabo el Consejo de Europa (CE) en la lucha contra el coronavirus.

Para ello, estudiaremos los diferentes instrumentos jurídicos con los que cuenta esta organización internacional, y cómo los mismos pueden resultar útiles a fin de garantizar el derecho a la protección de la salud de los ciudadanos que se encuentran en territorio europeo. De un modo particular, y dado que ellas están siendo las principales víctimas del coronavirus, veremos cuál es el nivel de protección jurídica de las personas de edad avanzada. Haremos una breve mención al Convenio MEDICRIME como instrumento útil para perseguir a aquellos que se aprovechan de la actual situación e introducen en el mercado productos sanitarios falsificados o que no responden a los criterios de calidad exigibles, con el perjuicio que de ello se deriva para la salud pública. Por último, haremos especial hincapié en cómo, precisamente para poder amparar ese derecho a la protección de la salud, los Estados están adoptando medidas que implican la restricción de otros derechos fundamentales, e incluso, en algunos casos, su derogación, como ocurre a través del proceso previsto en el artículo 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), procedimiento al que ya han acudido diversos Estados del CE.

2. Con carácter previo a estudiar el entramado jurídico que puede servir de salvaguarda para la ciudadanía europea frente a la pandemia del coronavirus, cabe traer a colación la guía de actuación aprobada por el propio CE el pasado día 7 de abril del presente año, titulada “Respetando la democracia, el Estado de Derecho y los Derechos Humanos en el marco de la crisis sanitaria de la COVID-19”. Dicha guía va destinada a los Estados miembros.

El texto viene a recordar que los Estados deben adoptar todas las medidas necesarias para garantizar el derecho a la protección de la salud de sus ciudadanos,

• **Jorge Antonio Climent Gallart**

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Internacional Público de la Universidad de Valencia. Correo electrónico: Jorge.climent@uv.es

pero, a su vez, las mismas no deben ser utilizadas como excusa para socavar los valores inherentes a la democracia, al estado de Derecho y a los Derechos Humanos en Europa.

3. El CE es una organización internacional paneuropea nacida tras la Segunda Guerra Mundial cuyo cometido fundamental es la promoción y defensa de los Derechos Humanos, del Estado de Derecho y de la democracia como sistema político en el continente europeo.

En su seno se aprobaron dos de los tratados más importantes en materia de protección de los Derechos Humanos, como son el CEDH y la Carta Social Europea (CSE). Cabe destacar que aquí haremos referencia a la CSE revisada, texto actualmente vigente que enmendó el tratado original. Además de ellos, y precisamente en relación con el derecho a la protección de la salud, cabe traer a colación el Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina (también conocido como Convenio de Oviedo).

El CEDH no recoge, como tal, un derecho a la protección de la salud. No obstante, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), máximo intérprete del CEDH, sí que ha interpretado que el reconocimiento de determinados derechos, como el derecho a la vida, previsto en el art. 2 CEDH, o el derecho a la protección de la vida privada (concepto que incluye la integridad física y psíquica), recogido en el art. 8 CEDH, comporta obligaciones positivas. Estas se manifiestan en el deber de los Estados de adoptar todas las medidas apropiadas para salvaguardar los derechos de aquellos que se encuentran bajo su jurisdicción, siendo que esta obligación es exigible en el contexto de cualquier actividad, sea pública o no, en la que puedan estar en juego los bienes jurídicos protegidos. Por tanto, aun cuando no venga reconocido expresamente el derecho a la protección de la salud como tal en el CEDH, dicho bien jurídico sí que encontrará amparo indirectamente, al obligar al Estado a proteger el derecho a la vida o a la vida privada.

La CSE, sin embargo, sí que recoge el derecho a la protección de la salud, en su artículo 11, que reza literalmente como sigue:

“Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la protección de la salud, las Partes se comprometen a adoptar, directamente o en cooperación con organizaciones públicas o privadas, medidas adecuadas para, entre otros fines:

I. Eliminar, en lo posible, las causas de una salud deficiente;

2. Establecer servicios formativos y de consulta dirigidos a la mejora de la salud y a estimular el sentido de responsabilidad individual en lo concerniente a la misma;

3. Prevenir, en lo posible, las enfermedades epidémicas, endémicas y otras, así como los accidentes.”

También podemos deducir dicho derecho indirectamente de lo dispuesto en el artículo 3 del Convenio de Oviedo:

“Las Partes, teniendo en cuenta las necesidades de la sanidad y los recursos disponibles, adoptarán las medidas adecuadas con el fin de garantizar, dentro de su ámbito jurisdiccional, un acceso equitativo a una atención sanitaria de calidad apropiada”.

4. El derecho a la protección de la salud, tal y como viene recogido en el artículo II de la CSE, ha sido interpretado por el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS), como el derecho a gozar del más alto nivel posible de salud. Ello incluye el derecho de acceso equitativo a una atención sanitaria de calidad apropiada. Debemos tener en cuenta que, en todo caso, este derecho a la protección de la salud siempre vendrá limitado por el grado de desarrollo alcanzado por la ciencia en el momento en que pretenda ejercerse.

El CEDS entiende por salud, siguiendo la definición expresada en el tratado constitutivo de la Organización Mundial de la Salud (OMS), el estado de completo bienestar físico, mental y social, y no meramente la ausencia de afecciones o enfermedades.

Precisamente para que el ejercicio de este derecho no sea meramente teórico e ilusorio, será necesario que el Estado adopte todas las medidas apropiadas encaminadas a dotarle de efectividad.

En relación con aquellas situaciones de pandemia de enfermedades altamente contagiosas, como es el caso de la COVID-19, el art. 23.3 CSE obliga a los Estados a adoptar medidas de prevención. El CEDS, a la hora de interpretar esta norma, ha acudido al principio de precaución. De conformidad con el mismo, cuando una evaluación científica preliminar indique que existen motivos razonables de preocupación con respecto a los efectos potencialmente peligrosos del virus para la salud humana, el Estado deberá tomar todas las medidas adecuadas para prevenir esos riesgos. El objetivo del principio de precaución es evitar que dichos peligros potenciales se lleguen a concretar en daños reales.

Precisamente en relación con la labor de prevención, el Estado deberá informar a la población, de manera inmediata y constante, sobre los riesgos conocidos relacionados con la pandemia y sobre los comportamientos o medidas que debe llevar a cabo la ciudadanía para evitar la propagación de la enfermedad.

El deber de protección de la salud alcanza tal grado que, incluso en aquellas situaciones en las que pueda existir incertidumbre sobre la existencia misma de riesgos para la salud humana, el CEDS ha mantenido que las instituciones nacionales pueden tomar medidas de protección sin tener que esperar a que la realidad y la gravedad de esos riesgos se hagan completamente evidentes.

Por último, debemos señalar que el pasado día 21 de abril del presente año, el CEDS emitió una declaración sobre cómo se debe interpretar este derecho en tiempos de pandemia, durante los cuales la vida y la salud de muchas personas están seriamente amenazadas. Garantizar el derecho a la protección de la salud es de crucial importancia, debiendo los Estados tomar todas las medidas necesarias para asegurar la efectividad de su ejercicio.

Para prevenir y limitar la propagación del virus, el CEDS entiende que los Estados podrán realizar tests, ordenar el distanciamiento físico, proveer de mascarillas y desinfectantes adecuados o imponer cuarentenas y confinamientos. Todas esas medidas deben diseñarse e implementarse teniendo en cuenta el estado actual del conocimiento científico y siempre de conformidad con las normas pertinentes de Derechos Humanos.

En cuanto a los ciudadanos que ya están infectados por el virus, el CEDS recuerda a los Estados que deben tomar todas las medidas necesarias para tratar a las personas enfermas. Así pues, deberán garantizar la disponibilidad de una cantidad suficiente de camas de hospital, así como de unidades y equipos de cuidados intensivos. También deben tomarse todas las medidas posibles para garantizar que se despliegue un número adecuado de profesionales de la salud y que sus condiciones de trabajo sean saludables y seguras. Esto incluye la provisión de equipos de protección personal necesarios.

Los Estados deben tomar todas las medidas posibles mencionadas anteriormente en el menor tiempo posible, con el máximo uso de los recursos financieros, técnicos y humanos disponibles, y por todos los medios apropiados, tanto de carácter nacional como internacional, incluida la asistencia y la cooperación internacional.

Termina recordándonos el CEDS que el acceso a la asistencia sanitaria debe garantizarse por los Estados a todos sin discriminación. En este sentido, resulta fundamental que la atención médica sea efectiva para los grupos especialmente

vulnerables, como son las personas sin hogar, las personas pobres, las personas mayores, las personas con discapacidad, las personas encarceladas y las personas con un estatus migratorio irregular.

5. El mayor número de víctimas de la COVID-19 se concentra en aquellas personas mayores de 70 años. De ello es consciente la Comisionada de los Derechos Humanos del Consejo de Europa, D^a Dunja Mijatović, la cual manifestó, el pasado 20 de marzo del presente año, su preocupación por esta cuestión. Así pues, tras reconocer que el sistema institucional vigente no había sabido dar respuesta a la situación de especial vulnerabilidad de este colectivo, alentaba a que, tras superar esta pandemia, se lleven a cabo las reformas necesarias a fin de mejorar las condiciones en que viven buena parte de nuestros mayores.

No obstante, la crisis sanitaria la tenemos ahora, y debemos de comprobar con qué instrumentos contamos para poder atender a los ancianos, pues son la población con un mayor riesgo de fallecimiento por esta enfermedad.

Así, si acudimos de nuevo a la CSE, observaremos que en su artículo 23 se reconocen los derechos de las personas de edad avanzada a la protección social. Entre otros, se incluye el de permitir a estas personas elegir libremente su estilo de vida y llevar una existencia independiente en su entorno habitual mientras lo deseen y les sea posible hacerlo. Y precisamente para que puedan hacer efectivo dicho derecho, la CSE establece, a su vez, que los Estados deberán proveerles de viviendas adaptadas a sus necesidades y a su estado de salud o de ayudas adecuadas para la adaptación de su vivienda, así como de la asistencia sanitaria y de los servicios que requiera su estado de salud.

El CEDS ha interpretado que el artículo 23 comporta una serie de obligaciones positivas para el Estado consistentes en la creación de programas y servicios de asistencia médica (en particular, de atención domiciliaria) específicamente destinados a las personas mayores. Además, el Estado debe desarrollar programas de salud mental para cualquier problema psiquiátrico o psicológico que puedan padecer los ancianos, así como proveer servicios adecuados de cuidados paliativos.

Otro texto al que deberemos acudir, en relación con la protección jurídica de nuestros mayores, es a la Recomendación CM/Rec(2014)2, aprobada por el Comité de Ministros en fecha 19 de febrero de 2014. En su anexo, además de otras, especifica las siguientes recomendaciones en relación con la protección de la salud de los ancianos:

Los Estados deben tomar las medidas adecuadas, preventivas incluidas, para promover, mantener y mejorar la salud y el bienestar de las personas mayores. También deben garantizar una asistencia médica adecuada y de calidad. La misma deberá estar disponible y ser accesible para las personas de edad avanzada.

Los servicios deben estar disponibles dentro de la comunidad para permitir que las personas mayores permanezcan el mayor tiempo posible en sus propios hogares.

Con el fin de evaluar y satisfacer mejor las necesidades de las personas mayores, los Estados miembros deben promover un enfoque multidimensional de la asistencia médica y social y fomentar la cooperación entre los servicios competentes.

Como vemos, tanto el CEDS como el propio Comité de Ministros del CE ya se habían pronunciado a favor de la necesidad de reforzar el derecho a la protección de la salud precisamente de aquel colectivo que, por su avanzada edad, resulta de los más vulnerables. Pero cabe recordar que, en todo caso, la implementación de estas medidas siempre va a corresponder a los propios Estados.

6. El derecho a la protección de la salud también puede quedar seriamente afectado si en el mercado se introducen productos sanitarios o farmacéuticos falsificados o que no responden a los criterios de calidad exigibles. Precisamente para combatir estas prácticas, en el seno del CE se aprobó el Convenio sobre la falsificación de productos médicos y delitos similares que supongan una amenaza para la salud pública (también conocido como MEDICRIME).

El Comité de las Partes, órgano encargado de vigilar el cumplimiento del tratado por los Estados, se pronunció, el pasado 8 de abril del presente año, sobre la oportunidad de utilizar todos los resortes que prevé el Convenio a fin de proteger la salud pública. En tiempos como los actuales, señala el Comité, en los que se da una escasez de productos sanitarios, los oportunistas se aprovechan de estas debilidades introduciendo en el mercado fármacos que no han superado ningún tipo de control, dispositivos médicos deliberadamente deficientes, mascarillas de protección o pruebas de detección rápida que no cumplen con su finalidad (es decir, que no son eficaces ni protegiendo ni detectando), entre otros.

Como por desgracia hemos podido comprobar por los medios de comunicación, incluso los propios Estados europeos han sido víctimas de estos oportunistas, que se han aprovechado de un mercado internacional tensionado. Precisamente el Convenio MEDICRIME es el adecuado para prevenir y perseguir

todas estas conductas. Eso sí, como dice el Comité, el Convenio debe ser aplicado ahora, puesto que muchas de las personas que participan en este tipo de acciones fraudulentas, cuando la situación de emergencia sanitaria termine, desaparecerán, siendo muy difícil entonces perseguirlos. Además, una actuación contundente ahora contra todas estas conductas que ponen en riesgo la salud pública puede tener un efecto disuasorio beneficioso de cara a futuras epidemias y pandemias.

7. A fin de garantizar el derecho a la protección de la salud de sus ciudadanos frente a esta pandemia del coronavirus, los Estados miembros del Consejo de Europa se han visto obligados a tomar distintas medidas que afectan a algunos derechos fundamentales.

Los Estados pueden justificar las restricciones los derechos reconocidos en el CEDH (o en cualquier de sus protocolos) amparándolas en alguna de las disposiciones recogidas en el mismo.

Como ejemplo de ello, tomaremos la medida consistente en el confinamiento de la población en sus casas, dado que es la más habitual en los distintos países europeos. La misma supone una restricción, entre otros, de la libertad de circulación, prevista en el artículo 2.1 del Protocolo 4º CEDH. En los puntos 3 y 4 de dicha norma se prevé la posibilidad de que dicha libertad pueda ser restringida por los propios Estados en virtud de diferentes causas: la seguridad nacional, la seguridad pública, el mantenimiento del orden público, la prevención del delito, la protección de los derechos y las libertades de terceros, y, por último, incluye una cláusula más genérica, el interés público de una sociedad democrática. Es obvio que los Estados afectados por esta pandemia podrán ampararse en razones de interés público, como es el velar por la salud pública, para poder ordenar dicho confinamiento. Debemos pensar que el aislamiento social, de conformidad con los criterios de los expertos epidemiólogos, es la medida más efectiva para evitar la propagación del coronavirus.

En todo caso, para que tanto el confinamiento, como cualquier otra medida restrictiva aprobada por los Estados, pueda ser declarada conforme con el CEDH, deberá superar el test de Estrasburgo, es decir, habrá de cumplir con una triple condición: En primer lugar, dicha limitación tendrá que venir recogida por la legislación interna; segundo, habrá de perseguir alguno de los objetivos legítimos previstos en el propio CEDH (en el caso del confinamiento, velar por la salud pública); y, por último, deberá poder considerarse como 'necesaria en una sociedad democrática'. El TEDH interpreta el término "necesaria" del tercer requisito, como "necesidad social imperiosa", es decir, que la medida restrictiva debe responder a una necesidad social imperiosa en una sociedad democrática.

Considerará que la injerencia no responde a una necesidad social imperiosa propia de una sociedad democrática, cuando entienda que los motivos alegados por las autoridades nacionales para justificarla no son pertinentes o suficientes, o cuando se entienda que la medida es desproporcionada respecto del legítimo objetivo que se pretende conseguir. En relación con la pandemia actual, el confinamiento sería una medida pertinente y proporcional en relación con el objetivo perseguido: la protección de la salud pública.

Pero además de la limitación de derechos, los Estados van a poder acudir a la vía prevista en el artículo 15 CEDH, titulado “Derogación en caso de excepción”, en aquellos supuestos en los que entiendan que las medidas que van a tener que aprobar para poder hacer frente a esta pandemia sean tan gravosas que su implementación resulte incompatible con las disposiciones del CEDH (o de alguno de sus protocolos).

Esta vía es más contundente que la anterior. Aquí ya no se trata de aprobar una medida restrictiva de un derecho reconocido en el CEDH, la cual deberá luego superar los requisitos del test de Estrasburgo, si el Estado es demandado ante el TEDH. Aquí directamente el Estado pretende desvincularse temporalmente de las obligaciones derivadas del CEDH. En todo caso, ello no significa que el TEDH no pueda, con carácter posterior, entrar a revisar tanto las causas alegadas, como las medidas concretas adoptadas. Recordemos que el TEDH es el órgano encargado de controlar el cumplimiento del CEDH por parte de los Estados, lo cual incluye también el artículo 15 CEDH.

Para que esta medida excepcional de derogación pueda ser considerada legítima, requiere que se den unos requisitos de fondo y de forma:

Así pues, en primer lugar, nos debemos encontrar ante una situación de guerra o de cualquier otro peligro público que amenace la vida de la nación. Se debe entender por tal, una situación de crisis o de peligro excepcional e inminente que afecta al conjunto de la población y constituye una amenaza para la vida organizada de la comunidad que compone el Estado. Desde luego, la pandemia de la COVID-19 encajaría perfectamente en ese concepto.

En segundo lugar, las medidas que deroguen las obligaciones derivadas del CEDH solo resultarán legítimas, cuando sean estrictamente necesarias. Además, tales medidas no deberán entrar en contradicción con las restantes obligaciones que dimanen del Derecho Internacional.

En tercer lugar, no se admitirán medidas que deroguen el derecho a la vida (salvo para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra), la prohibición de la tortura y de los tratos o penas inhumanos o degradantes, la prohibición de

la esclavitud y la servidumbre, el mandato “no hay pena sin ley”, la abolición de la pena de muerte y el derecho a no ser juzgado o sancionado dos veces.

Aquel Estado que pretenda ejercer el derecho de derogación deberá tener plenamente informada a la Secretaria General del CE, D^a Marija Pejcinovic Buric, de las medidas tomadas y de los motivos que las han inspirado. Esta no es una cuestión menor; puesto que de no realizar dicha comunicación, el artículo 15 no se aplicará a las medidas adoptadas. De igual modo, el Estado deberá comunicarle la fecha en que dichas medidas hayan dejado de estar en vigor, volviendo a tener plena aplicación las disposiciones del CEDH.

En este mismo momento, diversos Estados europeos ya han comunicado a la Secretaria General del CE su voluntad de ejercer esta opción. No obstante, lo bien cierto es que, como hemos visto previamente, el propio CEDH prevé causas que pueden ser alegadas por los Estados como justificación de las medidas restrictivas adoptadas. Por ello, creemos innecesario tener que acudir a la vía excepcional de la derogación para poder hacer frente a esta pandemia.

8. Podemos concluir que el CE cuenta con una serie de instrumentos jurídicos que pueden ser muy útiles en la lucha contra el coronavirus. Especialmente importante resulta la CSE, en la cual, de manera explícita, se reconoce el derecho a la protección de la salud.

Para proteger este derecho, los Estados se han visto obligados a tomar determinadas medidas que suponen la afeción de otros derechos fundamentales, como ha ocurrido con el confinamiento, que restringe, entre otros, la libertad de circulación. Incluso algunos han decidido acudir a la vía de la derogación del artículo 15 CEDH.

Es precisamente en la adopción y aplicación de estas medidas restrictivas de derechos por parte de los Estados, donde debemos estar especialmente vigilantes. Ha de evitarse que la protección de la salud se convierta en una excusa perfecta para llevar a cabo acciones que se extralimiten de dicho objetivo. Como muy acertadamente se recoge en la guía de actuación aprobada por el propio CE, titulada “Respetando la democracia, el Estado de Derecho y los Derechos Humanos en el marco de la crisis sanitaria de la COVID-19”, el virus está destruyendo muchas vidas, no debemos permitir que también destruya nuestros valores fundamentales y nuestras sociedades libres.

