

## LA COVID 19 Y LAS POLÍTICAS EUROPEAS SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS\*

### A COVID 19 E AS POLÍTICAS EUROPEIAS SOBRE DIREITOS HUMANOS

Carlos María Romeo Casabona<sup>1</sup>  
 Universidad del País Vasco (UPV/EHU)

#### Resumen:

Es aceptado sin discusión que la pandemia del coronavirus está afectando de forma primaria a la salud pública, como bien jurídico colectivo, pero también sabemos que ha costado miles de vidas y daños a la salud individual de millones de personas. Dada la gravedad que ha ido adquiriendo la enfermedad covid 19, también se plantea desde una perspectiva más básica, aunque todavía sea muy remota, que puede afectar asimismo a la especie humana, a su supervivencia. Las restricciones y privaciones de la libertad ambulatoria o de movimientos ha afectado no solo a ésta sino también a una larga lista de derechos de los ciudadanos, no poco de ellos fundamentales. La vuelta a la normalidad, incorrectamente llamada por algunos "nueva normalidad", presenta sus propias complejidades, pero hay que volver a la situación anterior al inicio de la pandemia, de pleno ejercicio de los derechos de los ciudadanos, aunque sea de forma gradual y acompañada a la evolución de la pandemia.

#### Palabras clave:

salud pública, especie humana, derechos fundamentales, cooperación entre los Estados, Grupo Europeo de Ética, Consejo de Europa, Comisión Europea, nueva normalidad, normalidad.

#### Resumo:

Admite-se sem discussão que a pandemia do coronavírus vem afetando principalmente a saúde pública, como bem jurídico coletivo, mas também sabemos que tem custado milhares de vidas e danos à saúde individual de milhões de pessoas. Dada a gravidade que a doença covid 19 vem adquirindo, também é apresentada de uma perspectiva mais básica, embora ainda seja muito remota, que pode afetar também a espécie humana, a sua sobrevivência. As restrições e privações da liberdade de movimentação ou de circulação vêm afetando não só esta, mas também uma longa lista de direitos dos cidadãos, muitos dos quais fundamentais. O retorno à normalidade, erroneamente denominado por alguns "nova normalidade", apresenta complexidades próprias, mas é preciso retornar à situação anterior, ao início da pandemia, de pleno exercício dos direitos dos cidadãos, ainda que de maneira gradual e acompanhando o ritmo da evolução da pandemia.

#### Palavras-chave:

saúde pública, espécie humana, direitos fundamentais, cooperação entre os Estados, Grupo Europeu de Ética, Conselho da Europa, Comissão Europeia, nova normalidade, normalidade.

## 1 LA EVOLUCIÓN DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO FRENTE A LA PANDEMIA DE LA COVID-19: DE LA SALUD PÚBLICA A LA PROTECCIÓN DE LA ESPECIE HUMANA

A lo largo del nacimiento y de la expansión de la pandemia provocada por el virus SARS-CoV-2 se ha considerado sin discusión que el bien jurídico objeto de tutela frente al virus es la salud pública. Nada puede objetarse contra esta posición, la cual ha merecido aceptación

\* El presente trabajo se realiza en el marco de la financiación del Gobierno Vasco a Grupos de Investigación del Sistema Universitario Vasco (IT1066-16).

<sup>1</sup> Dr. iur., Dr. med. Carlos María Romeo Casabona, Catedrático de Derecho Penal, Investigador Principal, G.I. Cátedra de Derecho. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5421-7115>

de forma general, y en particular entre los profesionales de la salud, las autoridades sanitarias y los juristas. Es decir, un bien jurídico de naturaleza colectiva, y por ello supraindividual. Además, suele considerarse que es un bien jurídico intermedio, en cuanto que si bien la salud pública es el interés inmediato protegido, se trata en realidad de un bien jurídico instrumental, a través del cual se trata de proteger en último extremo la vida y la salud de las personas, es decir, de individuos concretos.

La enorme expansión mundial que ha experimentado la enfermedad COVID-19, con varios millones de infectados, de los cuales muchos han desarrollado la enfermedad y más de un millón de personas han fallecido, por el momento, lleva a pensar que la salud pública puede quedarse corta como bien jurídico protegido. Si a pesar de las medidas de prevención y tratamiento que se han adoptado en los diversos países que más han sufrido la enfermedad, con mayor acierto o desacierto no se ha podido evitar la catástrofe de tantos enfermos y fallecidos ni tampoco su extensión a numerosos lugares del planeta, si bien algunas zonas del mismo se mantienen todavía exentas del contagio, y ello por fortuna, dadas sus deficientes infraestructuras para atender las demandas sanitarias cotidianas de sus poblaciones, significa entonces que puede hacerse necesario identificar otro bien jurídico todavía más relevante.

Nos referimos con ello a la supervivencia de la especie humana, a la protección de la misma como bien jurídico protegido de carácter autónomo<sup>2</sup>. Está a su vez, puede presentar varias facetas. Una de ellas sería el mantenimiento de la especie humana con las características biológicas esenciales que la identifican y diferencian de las demás especies, como consecuencia, por ejemplo, de la aplicación de las modernas biotecnologías del ADN replicante o de la más reciente edición de genes. La especie se conservaría, pero con características muy diferentes. Lo que realmente puede llegar a plantearse como peligro para la supervivencia humana en relación con el coronavirus sería la existencia misma del ser humano, su permanencia en el planeta. No podemos afirmar en estos momentos que este peligro sea real o parezca inminente, dado que se han creado infraestructuras y se han almacenado productos sanitarios aparentemente suficientes para prevenir hipotéticos rebrotes, pero una nueva expansión no controlada, u otra semejante provocada por un patógeno diferente, en otras zonas

---

<sup>2</sup> No compartimos la posición de quienes consideran que ha de reconocerse a la especie humana como titular de derechos. Habría que preguntarse en qué consistirían estos derechos (no se acaban de ver otros intereses distintos a la supervivencia de la especie humana o a garantizar su integridad identitaria de especie), frente a quiénes o qué se ejercitarían (¿frente a los mismos seres humanos, u otros seres vivos?) y por quién (no la especie en sí misma, que no tiene ni debería reconocérsele personalidad; ¿quién la representaría entonces?). Sin embargo, se propugna la titularidad de derechos por parte de la especie humana en A Pisanò (ed.), *Se la specie umana sia titolare di diritti*, Edizione Scientifiche Italiane, Napoli, 2007, pássim (165 y ss.).

del planeta hasta ahora inmunes podría alcanzar una dimensión de este rango cualitativamente diferente, mucho más grave, que es lo que se quiere identificar con esta reflexión.

Por consiguiente, baste ahora con dejar apuntada esta hipótesis de trabajo frente a una enorme expansión de la enfermedad COVID-19 u otra de semejante capacidad.

Y si hablamos de la supervivencia y de la protección de la especie humana será más fácil de entender la irrenunciable necesidad de cooperación de los estados para hacer frente a la pandemia actual en un marco de solidaridad interestatal y de respeto de los derechos humanos.

Esta cooperación tiene que concretarse en el máximo nivel, para que aspire a garantizar una mínima, pero relevante eficiencia. Es decir, comporta la implicación y actuación directa de los organismos internacionales gubernamentales de alcance universal. En primer lugar, por razón de la materia, la OMS, a la que correspondería tomar iniciativas de promoción de contención de la pandemia de que se trate (no sólo la causada más recientemente por el SARS-CoV-2; contamos con otros desgraciados y graves antecedentes); fomentar la investigación coordinado en relación con las enfermedades contagiosas más conocidas, en concreto las de origen viral, buscando descubrir los aspectos comunes de las etiologías de las enfermedades víricas que se han ido manifestando con cierta agresividad en la especie humana, sus posibles saltos interespecies, entornos favorables para éstos últimos, germinación, desarrollo y evolución de estas pandemias, pautas médicas de prevención de los contagios, vacunas y tratamientos disponibles o necesitados de nuevos recursos de diverso tipo (p. ej., moléculas o principios activos que pueden generar la obtención e introducción de nuevos fármacos), y otros aspectos socio-sanitarios de escala mundial, sin abandonar a grupos de población a su suerte (carencia de recursos, territorios, países).

## **2 LAS OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS ANTE LA PANDEMIA COVID-19: LA SOLIDARIDAD ENTRE ELLOS Y EL RESPETO DE LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS**

Son numerosos los actos de solidaridad que hemos conocido en el curso de la pandemia causada por el virus SARS-CoV-2, tanto entre los ciudadanos, como por parte de ciertos profesionales que han ido más allá del estricto cumplimiento de sus deberes profesionales, como se ha podido comprobar con los profesionales de la salud, pero también por parte de los agentes de los cuerpos y fuerzas de seguridad, el ejército y otros, algunos de los cuales han llegado a contraer y desarrollar la enfermedad COVID-19 y de entre ellos no pocos con resultado mortal.

Como ha señalado el Grupo Europeo de Ética de la Ciencia y de las Nuevas Tecnologías (EGE)<sup>3</sup>, órgano independiente asesor del Colegio de Comisarios Europeos, la solidaridad se convierte en un concepto muy pobre si sólo la aplicamos a aquellos que son cercanos a nosotros o se plantea con condiciones y negociaciones. Es más potente y significativo cuando se extiende sin reservas también a los que son diferentes. De acuerdo con el EGE, es más importante que nunca en esta difícil situación mantener una forma de solidaridad que incluya a todos, que reconozca que el respeto se debe a todos, y que no es exclusiva de aquellos que viven en nuestra propia ciudad, región o país<sup>4</sup>.

En concordancia con el criterio de este órgano europeo asesor la actual pandemia debe ser aprovechada para fomentar la solidaridad en los ámbitos europeo y mundial. Por consiguiente, los estados están preocupados en adoptar prácticas solidarias entre ellos, pensando en el beneficio de todos sus ciudadanos. Esta solidaridad debe manifestarse en acciones concretas, como son el leal intercambio y la puesta en común de información, experiencias, innovaciones y recursos. Los gobiernos de los estados deben ser transparentes en la toma de sus decisiones, fortalecer la ciencia y la investigación abiertas y cooperar internacionalmente<sup>5</sup>.

Cuando se pide a los ciudadanos que confíen en aquellos que están en posiciones de conocimiento y de poder, y que se acepten sus reglas de gobierno, el respeto de los principios democráticos, la transparencia, la responsabilidad y el estado de derecho son más importantes que nunca. La pandemia es también un desafío para las nociones individualistas y nacionalistas de seguridad, salud y bienestar, concluye el EGE<sup>6</sup>.

La solidaridad entre los estados, especialmente, pero no solo, si forman parte de una organización supranacional, como la Unión Europea, implica en nuestro parecer:

- Asumir como punto de referencia compartido entre los estados el conjunto de valores que informan los instrumentos jurídicos comunes, como subraya uno de los instrumentos jurídicos más relevantes de la UE, la Carta de Derechos Fundamentales<sup>7</sup>:

“Consciente de su patrimonio espiritual y moral, la Unión está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la

<sup>3</sup> European Group in Science and New Technologies (EGE), *Statement on European Solidarity and the Protection of Fundamental Rights in the COVID-19 Pandemic*, 4th April 2020. Como miembro de este Grupo y participante en la redacción de este documento (CM Romeo Casabona), a continuación seguimos muy de cerca las posiciones del mismo.

<sup>4</sup> EGE, *Statement on European Solidarity and the Protection of Fundamental Rights in the COVID-19 Pandemic*.

<sup>5</sup> EGE, *Statement on European Solidarity and the Protection of Fundamental Rights in the COVID-19 Pandemic*.

<sup>6</sup> EGE, *Statement on European Solidarity and the Protection of Fundamental Rights in the COVID-19 Pandemic*.

<sup>7</sup> V. *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (Niza, 2000, y sustituida por la Carta 2010/C 83/02, una vez entrado en vigor el Tratado de Lisboa).

solidaridad, y se basa en los principios de la democracia y el Estado de Derecho. Al instituir la ciudadanía de la Unión y crear un espacio de libertad, seguridad y justicia, sitúa a la persona en el centro de su actuación”.

- Eliminar las acciones competitivas y descoordinadas entre los estados comunitarios para la obtención de medicamentos y productos sanitarios necesarios para combatir la pandemia o prevenir su extensión.
- Fomentar la colaboración de las industrias y de los científicos de los diversos países en la investigación para la obtención de vacunas, medicamentos y otros tratamientos más específicos para la enfermedad COVID-19. Para su introducción en el mercado y que lleguen a todas las personas en situación de riesgo (personas mayores, profesionales de la salud, agentes de los cuerpos y fuerzas de seguridad) habrá que llegar a acuerdos entre la industria y los gobiernos para fijar precios razonables que estén al alcance de los ciudadanos, con independencia de su situación económica individual.
- Actuar de forma coordinada en la toma de decisiones que puedan afectar a los ciudadanos de otros estados, en particular en relación con las restricciones de desplazamientos transfronterizos (medidas sobre el traspaso de las fronteras, en particular dentro del espacio Schengen) o con su relajación o finalización, con el fin de asegurar que las decisiones y prácticas de seguridad sean semejantes, sin perjuicio de atender las necesidades específicas de cada estado.
- Acceso a recursos económicos y financieros por los países más gravemente afectados por la pandemia con el fin de hacer frente a la crisis económica generada por la propia pandemia, es decir, derivada de las decisiones que deban tomarse contra ella y que pueden tener incidencia directa en la actividad productiva o en el mercado laboral, entre otros. Habrá que dejar para otros foros la discusión sobre la mejor o peor gestión de la misma en acciones preventivas de contagios y en el tratamiento de los pacientes, de lo que, al parecer, no se ha librado prácticamente ningún estado. La lluvia es para todos.

### **3 LA SALUD PÚBLICA CONFRONTADA A LOS DERECHOS HUMANOS**

La imperiosa necesidad de frenar la rápida expansión del coronavirus, con una capacidad de contagio o transmisión desconocida hasta ahora, ha obligado a los poderes públicos de los diversos países a tomar medidas, en no pocas ocasiones drásticas, que han

afectado de forma directa a los derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos<sup>8</sup>.

Los organismos internacionales más atentos a garantizar la incolumidad de los derechos humanos han afirmado sin la menor reserva que las medidas que se adopten para combatir o prevenir la pandemia han de satisfacer la exigencia fundamental de respetar la dignidad humana y los derechos humanos<sup>9</sup>.

El Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina (Convenio de Oviedo), redactado por el Comité de Bioética (DH BIO) del Consejo de Europa, aprobado por el Comité de Ministros y presentado a la firma de los estados por este organismo el año 1997 en la ciudad española de Oviedo<sup>10</sup>, ofrece un marco jurídico relevante y contrastado sobre los derechos humanos y la biomedicina, incluyendo referencias a las situaciones de urgencia (art. 8).

Asimismo, prevé la posibilidad de introducir restricciones en el ejercicio de los derechos y disposiciones protectoras del propio Convenio, excepciones que van dirigidas a la protección de intereses supraindividuales o colectivos, como, entre otros que se mencionan explícitamente, la salud pública (art. 26).

Por consiguiente, tanto en el Derecho Internacional como en los Derechos internos de los Estados se incluye la adopción de medidas excepcionales, y se han tomado. La confrontación que puede surgir ante una pandemia tan grave y extendida como la del COVID-19, que requiere medidas, en ocasiones extremas, para combatir y prevenir la expansión de la pandemia, quedó expuesta más arriba: se produce entre la salud pública, por un lado, interés colectivo de especial relevancia (bien jurídico) tutelado por el derecho, que en una expansión mundial incontrolada podría derivar hacia el bien jurídico de la supervivencia de la especie humana en relación con un escenario por fortuna todavía hipotético; y los derechos de las personas, por otro, que pueden tener el rango de derechos fundamentales, y otros intereses legítimos supraindividuales.

En términos jurídicos, en particular en el marco del Derecho Penal, al que resulta muy familiar este tipo de conflictos, la confrontación mencionada se plantea como una colisión de

---

<sup>8</sup> V. en relación con medidas sanitarias, CM Romeo Casabona (Coord.) / A Urruela Mora (co-redactores) et al. (2020). *Informe del Ministerio de Sanidad sobre los aspectos éticos en situaciones de pandemia: el SARS-CoV-2*, Ministerio de Sanidad, Madrid, 2 de abril de 2020; los mismos, *Stratégie de santé publique face au Covid-19 mise en œuvre par l'Espagne*, Revue Droit & Santé, n° 96, 2020, 549 y ss.

<sup>9</sup> V. Consejo de Europa, Committee of Bioethics (DH BIO), *Statement on human rights considerations relevant to the COVID-19 pandemic*, Strasbourg, 14 April 2020.

<sup>10</sup> 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 (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997. Ratificado por el Reino de España el 23 de julio de 1999 (BOE 20 de octubre de 1999).

deberes entre los intereses colectivos (deber de proteger la salud pública) y los individuales y otros supraindividuales (deber de no lesionar derechos fundamentales y libertades públicas u otros bienes jurídicos colectivos)<sup>11</sup>. El conflicto se produce porque actúe como actúe la persona que está obligada a la observancia de los dos deberes infringirá necesariamente uno de ellos.

La solución de esta colisión deberá encontrarse procediendo a dar preferencia al cumplimiento del deber que tutele el interés jurídicamente preponderante en la situación concreta, teniendo en cuenta para ello todos los intereses en juego presentes<sup>12</sup>.

*Mutatis mutandis*, este criterio es válido también para los poderes públicos: el poder legislativo al aprobar o convalidar normas restrictivas de derechos; el ejecutivo al dar cumplimiento a tales disposiciones o al recurrir a las facultades que la ley le otorga en tales situaciones de emergencia); y los jueces deberán resolver en sus sentencias tales colisiones de deberes en atención a los criterios que le marque la ley.

#### **4 CRITERIOS INFORMADORES PARA ESTABLECER LA PREVALENCIA DE LA SALUD PÚBLICA SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

Empezaremos dejando sentado que las posiciones que se han mantenido por algunos sectores inspirados en un neoliberalismo extremo, han quedado totalmente desarmadas por esta pandemia, al igual que ya se percibió en situaciones anteriores. Incluso desde esa perspectiva, escasamente viable en el contexto social contemporáneo, a pesar de sus esfuerzos de imponerse, sobre todo en el sector financiero y en parte empresarial, fenómenos tan graves para la salud como esta pandemia ponen en evidencia que ni las fortunas más elevadas están exentas de los riesgos gravísimos para la salud de cualquier ciudadano con independencia de su situación económica ni de los profundos problemas económicos y financieros que se avecinan. En consecuencia, debemos reafirmar la legitimidad de los poderes públicos para tomar las medidas necesarias contra la pandemia, dentro del marco de la ley<sup>13</sup>. E, incluso, es una obligación

<sup>11</sup> V. más ampliamente Vizuela Fernández, *La legítima defensa y el estado de necesidad justificante*, 234; Hernández Plasencia, *El obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho, oficio o cargo. El consentimiento*, 242 y s.

<sup>12</sup> Siguiendo en esto a Vizuela Fernández, *La legítima defensa y el estado de necesidad justificante*, 233 y s.; JU Hernández Plasencia, *El obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho, oficio o cargo. El consentimiento*, en el mismo lugar, 242 y s.

<sup>13</sup> Romeo Casabona (Coord.) / Urruela Mora (co-redactores) et al., *Informe del Ministerio de Sanidad sobre los aspectos éticos en situaciones de pandemia: el SARS-CoV-2*, 5.

constitucional, como se recordará más abajo, la acción intervencionista de los poderes públicos<sup>14</sup>.

La restricción de los derechos fundamentales solo puede admitirse si se cumplen algunos presupuestos o requisitos que avalen la prevalencia de la salud pública. A modo de ejemplo, apuntaremos algunos supuestos.

#### **4.1 Presupuestos fácticos**

##### *4.1.1 Una situación de excepcionalidad*

La pandemia de la Covid 19 ha demostrado serlo, por su rápida difusión (elevado número de personas contagiadas, que a su vez pueden transmitir el virus a otras, sobre todo si son asintomáticas), por su gravedad (altas tasas de mortalidad y de necesidad de tratamiento intensivo) y por la necesidad urgente de abundantes recursos sanitarios de todo tipo, incluidos los profesionales de la salud con formación para atender esta clase de pandemias.

##### *4.1.2 Carácter temporal de la situación*

La experiencia de situaciones anteriores indica que estas crisis de salud pública, aunque produzcan estragos en la población, son de duración limitada. Más dudoso es que lleguen a erradicarse, es decir, que desaparezcan del todo. Lo esperable, si no se progresa de manera definitiva en encontrar soluciones eficientes para prevenir la enfermedad de modo que su persistencia apenas sea relevante, nos podremos encontrar en procesos de cronificación de la situación, lo puede requerir la adopción de algunas medidas preventivas por lo general apenas gravosas.

En consecuencia, las restricciones de los derechos han de ser también temporales o transitorias.

No es fácil de prever a medio-largo plazo cuándo se deben recuperar los derechos restringidos o suprimidos. En ningún caso debería esperarse a conseguir la solución definitiva contra la pandemia, es decir, cuando se dispongan de vacunas y tratamientos efectivos; cualquier restricción únicamente es legítima en la medida y con la duración que sean estricta y probadamente necesarias para controlar la expansión de la pandemia.

La consecuencia más significativa que queremos subrayar ahora en relación con este presupuesto fáctico de temporalidad es, como se insistirá más abajo, el de gradualidad, es decir, de ir eliminando o reduciendo el alcance de las medidas restrictivas de los derechos ciudadanos

---

<sup>14</sup> Sobre este debate y contrario al enfoque liberal, Nuffield Council on Bioethics, *Public Health: ethical issues*, London, 2007, 13 y ss.

en paralelo con la desaparición, o más propiamente dicho, o limitación de los efectos expansivos más graves de la pandemia. Como veremos más abajo para el cumplimiento satisfactorio de esta trayectoria de gradualidad el principio de proporcionalidad constituye una referencia de orientación del máximo valor.

## 4.2 Principios aplicables

### 4.2.1 La entrada en juego de diversos principios compartidos en la cultura jurídica occidental

En el contexto de una pandemia destacan los principios de equidad (en el acceso a los recursos necesarios, incluso vitales, de las personas vulnerables por razón de su edad, de su estado mental o intelectual o por cualquier otro motivo), no discriminación, solidaridad (de los individuos, los grupos humanos, los territorios y los Estados), justicia, proporcionalidad y transparencia (en la toma de decisiones, en la difusión y manejo de la información)<sup>15</sup>, entre otros, de acuerdo con el Informe del Ministerio de Sanidad español sobre los aspectos éticos de la pandemia<sup>16</sup>.

Estos principios solo pueden ser aplicados y garantizados adecuadamente en un Estado de Derecho.

### 4.2.2 El principio de proporcionalidad

Merece interés detener la atención en el principio de proporcionalidad. Resulta un instrumento jurídico de imprescindible referencia en la toma de este tipo de decisiones por las autoridades competentes y para impugnarlas, en su caso, por parte de los partidos políticos, grupos parlamentarios y otros entes sociales legitimados, o directamente para criticarlas y rechazarlas en el ejercicio de la libertad de expresión. Así lo ha entendido el TC, cuando señala que el principio de proporcionalidad es un principio interpretativo y un instrumento jurídico de control de constitucionalidad en la toma de decisiones por los poderes públicos impeditivas o restrictivas de los derechos fundamentales<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> Según el Deutscher Ethikrat, *Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise*, Berlin, 27 de marzo de 2020, 7, debe fomentarse una estrategia de información sólida: comunicación transparente y regular sobre las medidas adoptadas y elaboración de políticas en el contexto de enfermedades altamente infecciosas.

<sup>16</sup> Romeo Casabona (Coord.) / Urruela Mora (co-redactores) et al., *Informe del Ministerio de Sanidad sobre los aspectos éticos en situaciones de pandemia: el SARS-CoV-2*,

<sup>17</sup> Ya las SsTC 66/1995, 55/1996 y 207/1996; se añaden nuevos enfoques a partir de la STC 136/1999 Concordante en materia penal la STS 3458/2017.

La observancia de este principio comporta a su vez tres exigencias, como elementos de control: las medidas restrictivas de derechos han de ser estrictamente necesarias, es decir, idóneas para lograr el objetivo propuesto; no ha de estar disponible otro medio menos gravoso; y ha de guardarse la proporcionalidad en sentido estricto, ponderando los beneficios perseguidos y la entidad de los daños previstos como probables. Este principio es, asimismo, aplicable en relación con la ponderación de las sanciones que puedan proponer o imponer los agentes y miembros de los cuerpos de seguridad estatales, autonómicos y locales, de acuerdo con sus competencias respectivas, en este caso también las marcadas por la ley de excepción.

La propia ejecución de la medida conforme al principio de proporcionalidad requiere el seguimiento de su duración, evolución y cese.

#### *4.2.3 El principio de precaución*

Al principio de precaución se suele recurrir cuando existe el riesgo de producirse grandes catástrofes colectivas relacionadas con la vida y la salud de las personas, y la integridad y pervivencia de los hábitats y ecosistemas de los seres vivos (medio ambiente), que se tienen frecuentemente como irreversibles y cuyo curso causal no es suficientemente conocido (qué actividad humana ha podido ser, o podrá serlo, determinante del daño o efecto catastrófico temido). Puede deducirse con facilidad que también puede ser de interés para la protección de la salud pública y la bioseguridad y otras necesidades de seguridad más específicas, como las emisiones electromagnéticas, las radiaciones de centrales de energía nuclear y otras instalaciones, centros y herramientas con capacidad de emitirlas.

Desde su creación este principio no ha avanzado mucho en concretar su dimensión jurídica, si como principio regulativo, orientador de la actividad de los legisladores y de las administraciones públicas en la toma de sus decisiones vinculantes para los ciudadanos, o si como parte de la norma jurídica misma.

Este principio fue muy tenido en cuenta por la Comisión Europea ante determinadas crisis relacionadas con la salud pública (la epidemia de la encefalopatía espongiforme bovina, que podía ser transmitida a los seres humanos a través de priones de los bóvidos contaminados) y le llevó a establecer unos criterios para su aplicación<sup>18</sup>: a) evaluación científica del riesgo, reconociendo las incertidumbres, debiendo ser actualizada a la luz de nuevas pruebas; b)

---

<sup>18</sup> Comisión Europea, *Comunicación de la Comisión sobre el principio de precaución*, Bruselas, 2000.

equidad y coherencia; c) consideración de los costos y beneficios de las acciones; d) transparencia; y e) proporcionalidad.

En realidad el principio de precaución continúa siendo en esencia una metodología de actuación e intervención por parte de las autoridades públicas, más que una norma en sí misma (aunque contamos con ejemplos de su integración normativa y como elemento interpretativo de las sentencias judiciales). Por ello, al menos en la actual situación no consideramos que este principio pueda rendir una eficacia aplicativa directa suficiente<sup>19</sup>. Pero sí su remisión al principio de proporcionalidad, defendido más arriba, como se ha visto que propone la Comisión Europea, con el fin de acotar mejor los criterios de su aplicación, como han temido diversos sectores industriales, agropecuarios y empresariales.

### 4.3 Restricción o privación (suspensión) de derechos individuales y supraindividuales

La salud pública es un bien jurídico colectivo, por tanto, de titularidad supraindividual; en principio, la sociedad como tal. Pero es también un bien jurídico instrumental (bien jurídico intermedio) para adelantar la intervención protectora del Derecho (en su caso, del Derecho Penal) y lograr la protección de otros bienes individuales (vida y salud individuales) como objetivo final<sup>20</sup>. Dejaremos aquí tan solo apuntado que los conceptos de salud y de bioseguridad guardan una estrecha relación, lo que puede tener relevancia jurídica.

Las restricciones pueden afectar –y han afectado- a diversos derechos fundamentales o constitucionales<sup>21</sup>. Con frecuencia se ha apuntado, sobre todo en el pasado próximo, que el confinamiento, aislamiento o encierro de los ciudadanos afecta a la libertad ambulatoria (art. 17 CE) o libertad de movimiento para desplazarse sin restricciones de un lugar a otro o de permanecer en determinado lugar (distinto a la cuarentena, que se aplica a los sospechosos de estar infectados y a los ya enfermos, quienes ven asimismo mermado este derecho fundamental), así como a la libertad de residencia y circulación (art. 19 CE). Lo cierto es que la realidad ha sido muy otra, pues también se han visto restringidos otros derechos de diversa naturaleza y rango:

<sup>19</sup> Algo más proclive a su aplicación, pero sin concretar demasiado sus posibilidades reales de aplicación se muestra el Nuffield Council on Bioethics, *Public Health: ethical issues*, London, 2007, 35 y ss., aunque prefiere denominarlo “enfoque precautorio” (*precautionary approach*), pues considera que es algo diferente a un principio.

<sup>20</sup> Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, art. 2º.

<sup>21</sup> CM Flood, B Thomas y K Wilson, *Civil Liberties vs. Public Health*, en CM Flood et al. (Eds.), *Vulnerable. The Law, Policy and Ethics of COVID 19*, University of Ottawa Press, 2020, 251 y ss., indican que frente a las posiciones enfrentadas existentes, los principios de proporcionalidad y de precaución pueden actuar de forma complementaria.

\* *Las libertades de manifestación*, que ha tenido que expresarse por diversos procedimientos restringidos (p. ej., desde balcones y ventanas de las viviendas; dentro de vehículos en las vías públicas) y de *reunión* (art. 21 CE).

\* *El derecho a la protección de la salud*, que en algunos sistemas jurídicos se identifica con el derecho a la salud, mientras que en otros son derechos diferentes y hasta de rango también diverso<sup>22</sup>. Desde nuestra perspectiva, la afectación del primero de ellos se ha visto comprometida cuando no se ha autorizado el desplazamiento a hospitales y otros centros sanitarios o de salud a todas las personas que necesitan un tratamiento intensivo, o no se han trasladado a centros no saturados de otras comunidades autónomas; o la realización de las habituales prácticas de deporte o de ejercicio (paseos) al aire libre. De escaso relieve han podido ser la cancelación o la postergación de consultas e intervenciones no urgentes relacionadas con patologías ajenas a la pandemia, que han sido sustituidas, cuando ello ha sido posible, por las llamadas consultas telefónicas o telemáticas, siempre que se haya contemplado la asistencia necesaria, incluso presencial, con internamiento e intervención, incluso quirúrgica<sup>23</sup>, en casos graves.

\* *El derecho al trabajo y a la libertad de empresa* (arts. 35 y 38 CE), pues salvo respecto a los calificados como trabajos esenciales o al teletrabajo, la población se ha visto privada de poder realizar su trabajo de la manera habitual, por no mencionar el elevadísimo número de personas que han perdido su puesto laboral, sin perjuicio de las medidas retributivas paliativas temporales (los llamados ERTE en nuestro país). Además, las restricciones de la actividad laboral y el desempleo comportan grandes costes y pérdidas para todo tipo de empresas y enormes desequilibrios económicos dentro de los estados y de las organizaciones supranacionales como la Unión Europea, lo que se manifiesta en un drástico descenso del PIB y un aumento elevadísimo de la deuda pública.

\* *Los derechos relativos al consumo y al ocio* (arts. 43, 44 y 51 CE). Afectados por el cierre temporal de tiendas y centros comerciales, bares y restaurantes, discotecas, gimnasios, salas de teatro, cine y música, etc.

\* *El libre ejercicio de los derechos y relaciones familiares y matrimoniales* (arts. 32 y 39 CE), como familias que quedan separadas de hecho desde el momento en que se declara el

---

<sup>22</sup> Así, en la CE se distinguen claramente ambos derechos, que tienen, además, un rango distinto: el derecho a la salud como derecho fundamental (art. 15, aunque no se mencione explícitamente); y el derecho a la protección de la salud, como derecho constitucional de rango inferior al anterior, pues no es un derecho fundamental (art. 43.1 CE).

<sup>23</sup> Al parecer algunos programas de trasplante de órganos, al menos los de riñón, fueron suspendidos durante el estado de alarma. V. [www.alcer.org](http://www.alcer.org)

confinamiento o medidas de encierro o aislamiento semejantes; imposibilidad de asistencia y ayuda a familiares enfermos o con riesgo de ser contagiados por encontrarse en residencias o en otros centros de alojamiento (personas mayores, discapacitados, inmigrantes adultos y menores en residencias de acogida), suspensión de la celebración de matrimonios.

\* *La libertad religiosa en su ejercicio comunitario* (art. 16 CE). La prohibición de la celebración de actos religiosos colectivos de culto, como oraciones y rezos, misas, bautismos, funerales y entierros y otras prácticas religiosas no cristianas, incluidos los de las personas fallecidas como consecuencia del contagio de la enfermedad pandémica, y otros actos religiosos, como procesiones, etc.

\* *El derecho a la intimidad personal y familiar, la vida privada y a la protección de los datos personales* (art. 18.1 y 4 CE). La recogida y el tratamiento de datos relacionados con la salud es un componente esencial de la lucha contra la pandemia de COVID-19, incluyendo el uso de tecnologías digitales, grandes datos (*big data*) e inteligencia artificial. Sobre este particular nada hay que objetar, al contrario, los ordenamientos jurídicos suelen contemplar excepciones o restricciones a la protección especial que merecen los datos relativos a la salud, cuando se persigue un objetivo epidemiológico. La cuestión es que también puede expresarse por medio de medidas de control de los ciudadanos con sospecha de hallarse infectados (enfermos asintomáticos) o para determinar la trazabilidad de la fuente de contagio respecto a una persona conocidamente contagiada, al manifestar síntomas de la enfermedad (p. ej., los llamados rastreadores, que suelen constituir el primer eslabón para la localización de personas contagiadas). La utilización de datos no anonimizados sin el consentimiento de los interesados supone ya una afectación al derecho fundamental, aunque esté animada por el propósito de combatir la pandemia. No cabe duda de que este objetivo puede contribuir a salvar la vida o proteger la salud de muchas personas, pero ha de estar de nuevo sometido al principio de proporcionalidad y para este supuesto recordaremos lo que mencionamos más arriba de que sea estrictamente necesario el tratamiento de datos personales sin el consentimiento del interesado<sup>24</sup>, de modo que no pueda lograrse de otro modo el beneficio esperado. No es fácil establecer pautas más detalladas en abstracto.

El Reglamento General de Protección de Datos admite el tratamiento de los datos en el caso de una emergencia de salud pública<sup>25</sup>. No obstante, como se subraya en la Declaración

---

<sup>24</sup> Nuffield Council on Bioethics, *Guide to the ethics of surveillance and quarantine for novel coronavirus*, 2020, p.1.

<sup>25</sup> Según el considerando 46 del RGPD 2016/679, "ciertos tipos de tratamiento pueden responder tanto a motivos importantes de interés público como a los intereses vitales del interesado, como por ejemplo cuando el tratamiento

Conjunta del Consejo de Europa sobre el derecho a la protección de datos en el contexto de la pandemia de COVID-19, "la amenaza resultante de la pandemia de COVID-19 [se abordará] con respeto a la democracia, el estado de derecho y los derechos humanos, incluido el derecho a la privacidad y la protección de datos"<sup>26</sup>. El artículo 10 del Convenio de Oviedo se refiere al derecho a la privacidad de la información en el campo de la salud, reafirmando así el principio introducido en el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950. De acuerdo con el Convenio actualizado para la protección de las personas en lo que respecta al tratamiento de datos personales<sup>27</sup>, habrá que recordar que los datos relativos a la salud son datos sensibles, cuyo conocimiento o difusión ponen a los afectados en una situación de especial vulnerabilidad y, por lo tanto, su procesamiento está sujeto a condiciones de protección específicas y reforzadas<sup>28</sup>.

La obtención de datos anonimizados en su origen y su procesamiento oportuno, no ofrece especiales consideraciones jurídicas, ni siquiera la necesidad de consentimiento de la persona de la que provienen, pues por definición, se desconoce de quién provienen<sup>29</sup>. Este criterio mantiene su validez mientras esos datos permanezcan siendo anónimos, pues en cuanto tales no son objeto de protección por la normativa sobre protección de datos, dado que no son personales (no están identificados ni permiten la identificación de la persona de la que proceden). La cuestión conflictiva surge al utilizar datos personales, es decir, identificados o identificables, como lo son los seudonimizados. En estos casos hay que acudir, una vez más al principio de proporcionalidad, con el fin de ponderar si la medida que se prevé tomar se adapta a las exigencias de este principio. En la ponderación sobre la concurrencia de este principio hay que tener en cuenta del lado del interés sacrificado que se trata de datos relativos a la salud de la persona implicada y de que pueden llegar a tratarse –incluida su obtención– sin el

---

es necesario para fines humanitarios, incluido el control de epidemias y su propagación, o en situaciones de emergencia humanitaria, sobre todo en caso de catástrofes naturales o de origen humano".

<sup>26</sup> Según el presidente del Comité del Convenio 1081 y la Protección de Datos (Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal (CETS No.108) Comisionado del Consejo de Europa.

<sup>27</sup> Council of Europe, *Convention for the Protection of individuals with regard to the processing of personal data (Convention 108+)*, art. 6, categorías especiales de datos, entre los que se incluyen los datos genéticos, los relativos a la salud o que puedan revelar el origen racial o étnico de las personas.

<sup>28</sup> Concordante el RGPD 2016-679, art. 9.1, donde incluye, entre otros, los datos genéticos, los datos biométricos y los datos relativos a la salud, sin perjuicio de las limitaciones de su apartado 2; este Reglamento considera datos relativos a la salud los "datos personales relativos a la salud física o mental de una persona física, incluida la prestación de servicios de atención sanitaria, que revelen información sobre su estado de salud" (art. 4.15).

<sup>29</sup> Nuffield Council on Bioethics, *Guide to the ethics of surveillance and quarantine for novel coronavirus*, p.1.

consentimiento de aquélla<sup>30</sup>. En armonía con este principio podemos situar en estas situaciones el principio de minimización de los datos, que resulta aplicable también en estos casos<sup>31</sup>.

Similares reflexiones de naturaleza jurídica se presentan en relación con los controles de geolocalización de portadores de anticuerpos del virus o de personas de riesgo o que hayan estado en contacto con infectados<sup>32</sup>, puede comportar una excesiva y hasta en algunos casos una desproporcionada intromisión en el derecho a la intimidad personal y familiar que garantiza la CE (art. 18.1). La posición de los estados está siendo diversa, en algunos de ellos estos datos incluyen la identificación de las personas controladas, mientras que en otros la información obtenida será anonimizada. Mientras que la primera posición debe ser rechazada, en cuanto que comporta una intromisión desproporcionada en un derecho fundamental, al menos mientras del principio de proporcionalidad aplicable al caso concreto no induzca a otra conclusión; el segundo criterio, el de la anonimización, si se hace con las garantías técnicas suficientes, no implicaría, al menos de entrada, un conflicto con el derecho fundamental. No obstante, debemos recordar las fundadas dudas que suscita en la actualidad la efectividad de los procedimientos tecnológicos y de otro tipo de anonimización.

## 5 LA VUELTA A LA NORMALIDAD

La vuelta a la normalidad comporta el regreso a la situación del pleno ejercicio de los derechos de los ciudadanos, especialmente los fundamentales, existente antes del comienzo y expansión de la pandemia y de las decisiones tomadas por los poderes públicos con el fin de combatirla o prevenirla, a costa de la restricción o suspensión de tales derechos.

La recuperación de la normalidad significa, en último extremo, restablecer todas las condiciones propias del estado democrático y social de derecho: recuperación de las instituciones y de las prácticas democráticas (p. ej., plena actividad del parlamento, de la administración de justicia y otros órganos constitucionales, de los medios de comunicación social, etc.); el cese de la excepcionalidad en el procedimiento de producción normativa; la

---

<sup>30</sup> De acuerdo con el considerando 54 del RGPD: "El tratamiento de categorías especiales de datos personales, sin el consentimiento del interesado, puede ser necesario por razones de interés público en el ámbito de la salud pública. Ese tratamiento debe estar sujeto a medidas adecuadas y específicas a fin de proteger los derechos y libertades de las personas físicas. [...] Este tratamiento de datos relativos a la salud por razones de interés público no debe dar lugar a que terceros, como empresarios, compañías de seguros o entidades bancarias, traten los datos personales con otros fines."

<sup>31</sup> Agencia Española de Protección de Datos, *Consulta n° 0017/2020*, 7.

<sup>32</sup> Controles aprobados por Orden SND/297/2020, del Ministerio de Sanidad.

recuperación de los derechos sociales más relevantes, como el derecho a la enseñanza, el pleno funcionamiento de la producción agrícola, industrial y de prestación de servicios, etc.

Se trata, por consiguiente, de una vuelta a la normalidad sin ningún tipo de adjetivos; o como mucho a una normalidad "normal" –discúlpese la tautología–, frente a la llamada por algunos políticos "nueva normalidad". Esta última expresión sugiere que los ciudadanos no van a recuperar la situación de ejercicio no restrictivo de los derechos fundamentales y libertades públicas anteriores a la manifestación de la pandemia y a la imposición de medidas restrictivas por el poder ejecutivo y/o legislativo (el estado de alarma en España y otros similares en otros países). La vuelta a la normalidad comporta que, aunque la situación social haya cambiado profundamente, el ejercicio de los derechos y libertades será pleno y deberán buscarse los recursos necesarios para que ello sea así.

Esta recuperación plena no significa que la vuelta a la normalidad no pueda ser gradual, en atención a preservar los intereses de la salud pública, previniendo una nueva extensión de la pandemia (rebotes de casos de contagio)<sup>33</sup>. Es el resultado de la ponderación de intereses y del principio de proporcionalidad. Los ciudadanos debemos ser conscientes de que consiste en un proceso de paulatina recuperación social al amparo del estado democrático de derecho (pleno funcionamiento de los poderes públicos como instituciones democráticas y plena vigencia del principio de legalidad). En todo caso, una posible necesaria gradualidad en la recuperación de instituciones y derechos no debe confundirse con una reducción indefinida de las mismas.

Existe el riesgo de que se manifieste una tendencia por parte de los poderes públicos de mantener una "sociedad vigilada", prolongando en lo que no sea probada y estrictamente necesario restricciones de derechos, como la libertad ambulatoria, que es presupuesto para el ejercicio de otros derechos fundamentales, y el derecho a la vida privada, implantando nuevos sistemas de control telemático; sobre estas amenazas se han lanzado ya algunas denuncias respecto a las decisiones de las autoridades públicas de algunos países. De nuevo aquí, el principio de proporcionalidad se configura como un instrumento jurídico esencial para la contención de posibles desviaciones de los poderes públicos.

En todo caso, siendo conscientes de que una situación tan extraordinaria y desbordante como esta pandemia justifica en general las medidas que han sido tomadas por los gobiernos de los estados, éstos han de ser asimismo conscientes de los excepcionales y también extraordinarios poderes que les otorgan las constituciones políticas en el marco del estado de

---

<sup>33</sup> Deutscher Ethikrat, *Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise*, 6 y s., propone la reevaluación continua de las medidas restrictivas de la libertad; cuando sea justificable, su retirada gradual y la reanudación de las actividades sociales y económicas.

derecho, razón por la cual deben ser utilizados con la máxima prudencia. Y los parlamentos deben velar porque ello sea así, al margen de otras consideraciones políticas. Una situación tan grave como la que estamos padeciendo no puede justificar nunca una quiebra o debilitamiento del Estado Democrático de Derecho.

## **6 UNA BREVE REFLEXIÓN SOBRE EL FUTURO**

No haría falta insistir que una gran pandemia como ésta suscita numerosas reflexiones sobre cómo hacerle frente, pero sobre todo cómo prevenir ésta y otras semejantes que pudieran producirse en el futuro. Aquí el Derecho acentúa su función fundamentalmente instrumental y secundaria respecto a cómo tomarse en serio el futuro. Entre otras razones, porque parece que son de otra naturaleza las medidas que deberían adoptarse., sin perjuicio de su sometimiento constante al principio de legalidad.

En efecto, esta pandemia y otras de características semejantes (por su elevada capacidad expansiva, por su pronóstico grave en muchos casos, todavía se están evaluando las secuelas post-enfermedad y por la carencia de recursos para tratar o prevenir la enfermedad) que se han producido en el pasado más reciente reclaman un estudio más profundo. Tienen también en común su origen viral y que su hábitat natural parecen ser animales (sobre todo mamíferos, pero también otros vertebrados, como aves), a los que por lo general no atacan o lo hacen de forma benigna. Es decir, en los casos conocidos se ha producido un salto filogenético interespecies (de animal a humano).

Es necesario crear un programa de investigación científica relacionado con este tipo de enfermedades, a nivel mundial, tal vez coordinado por la OMS (ha habido ya laguna iniciativa similar hace unos años, pero sin ninguna puesta en marcha reseñable), o al menos en el marco europeo comunitario, con el fin de conocer mejor el origen de todas ellas y las vías de transmisión; configurar infraestructuras de prevención en el ámbito de la salud pública. Los poderes públicos y los ciudadanos debemos ser conscientes de que es necesario cambiar algunos comportamientos ciudadanos, relacionados con la bioseguridad, la sostenibilidad y el mantenimiento de los ecosistemas y de sus equilibrios internos. Asimismo, las relaciones interpersonales deberán someterse a ciertas adaptaciones inspiradas en la seguridad y la prevención.

Desde el punto de vista jurídico este tipo de reflexiones sobre acciones conjuntas mundiales en el campo científico y asistencial podría tener su reflejo paralelo respecto a instrumentos jurídicos internacionales dirigidos a combatir o prevenir las pandemias. Sin poder

ir más allá en este lugar, enseguida se vislumbran los problemas que generaría la aplicación de los instrumentos jurídicos con amplitud universal para asegurar su cumplimiento sin restricciones o desviaciones.

## 7 RECOMENDACIONES

De nuevo deben recordarse las recomendaciones del EGE dirigidas a los Estados miembros de la UE. Ellas sintetizan la expresión de lo que debe continuar siendo la UE desde sus principios fundamentales fundacionales, si no quiere verse defraudada la credibilidad de millones de ciudadanos europeos. Es obvio que las compartimos plenamente, pero la insistencia en la defensa de la validez de las mismas se refuerza en los tiempos presentes y venideros, en los que de nuevo parece abrirse una quiebra en lo que deberían ser intereses comunes y compartidos de todos los estados miembros de la UE<sup>34</sup>:

1. La protección de la salud humana tiene una prioridad mucho mayor en el sistema de valores de la UE que los intereses económicos. Los estados miembros de la UE deben perseguir conjuntamente la protección de la salud de los ciudadanos de la UE y ayudar a fortalecer y mantener la integridad de los sistemas de atención de la salud y otras infraestructuras públicas.

2. Las medidas adoptadas por muchos gobiernos para proporcionar de inmediato asistencia financiera y otros apoyos a individuos, familias y empresas de la comunidad deben continuar y ser reforzadas, y sugerimos que se adopten medidas adicionales para mejorar la seguridad de la vivienda, en particular en toda Europa.

3. Los Estados miembros que disponen de recursos suficientes para la atención sanitaria deben compartir sus recursos con aquellos que carecen de los recursos necesarios en una actitud de solidaridad.

4. Salvar vidas es el objetivo más importante y urgente. Las restricciones de los derechos y libertades que se imponen para salvar vidas en una situación de emergencia - incluidas las realizadas mediante la vigilancia tecnológica a través de la telefonía móvil y de dispositivos como los drones y las cámaras de vigilancia -, sin embargo, deben ser eliminados, y los datos deben ser destruidos, tan pronto como la emergencia termine. No se debe abusar de la emergencia de salud pública para usurpar el poder, o para suspender permanentemente la protección de los derechos y libertades.

---

<sup>34</sup> EGE, *Statement on European Solidarity and the Protection of Fundamental Rights in the COVID-19 Pandemic*.

5. Una vez superada la crisis, las sociedades europeas deberían colaborar para aplicar las lecciones aprendidas durante el COVID-19. Una estrategia común para hacer frente a una pandemia y amenazas similares deberían elaborarse y aplicarse en el ámbito europeo y mundial. Toda estrategia debe tener en cuenta no sólo las amenazas para la salud, sino también las amenazas a nuestras democracias, a los derechos individuales y a la sostenibilidad económica. El COVID-19 ha demostrado, una vez más, que los más desfavorecidos socioeconómicamente son los más vulnerables a la enfermedad y a la dolencia.