

TEMÁTICA ESPECIAL

EL DERECHO
FRENTE AL COVID - 19

EDITOR: VICTOR SUEIRO

AUTORES:

ANTONIO MARÍA LORCA
CARMEN BARRÓN
FERNANDO VILLAMIZAR &
CONSTANZA SEPÚLVEDA

CHRISTIAN CHOCANO
CAMILA VITTORI &
MARÍA JOSÉ GRAZIANI
HIDELBRANDO JIMÉNEZ

LIMA, DICIEMBRE 2020

REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
UNIVERSIDAD PRIVADA NORBERT WIENER**

N° 1 / 2020

**REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO
N° 1 / 2020**

UNIVERSIDAD PRIVADA NORBERT WIENER

REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO. N° 1, 2020

© Universidad Privada Norbert Wiener S. A. – Fondo Editorial
Jr. Larrabure y Unanue 110, Santa Beatriz, Lima, Perú

Teléfono 706-5555 anexo 3227

facultad.derecho@uwiener.edu.pe

<https://revistadederecho.uwiener.edu.pe/index.php/rider>

ISSN:

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.º

Prohibida su total o parcial reproducción por cualquier medio de impresión o digital en forma idéntica, extractada o modificada, en castellano o en cualquier otro idioma sin autorización expresa de la casa editorial.

Pierino Stucchi López Raygada

Decano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Privada
Norbert Wiener. Perú

COMITÉ EDITORIAL

Rafael Pastor Besoain

Director de Escuela de Derecho y Trabajo Social, Universidad Central de Chile. Chile

Silvia Barona Vilar

Catedrática de la Facultad de Derecho de la Universitat de València. España

Jorge Antonio Quindimil López

Profesor del Departamento de Derecho Público, Universidade da Coruña. España

Nicolás Pizzo Viola

Profesor de la Facultad de Derecho, Universidad de la República. Uruguay

Roxana Jiménez Vargas-Machuca

Docente de la Facultad de Derecho, Universidad de Lima. Perú

Braulio Arias Villagómez

Docente de la Facultad de Derecho y Ciencia Política, Universidad Privada Norbert
Wiener. Perú

COMITÉ CIENTÍFICO

Nicolas Pizzo Viola

Profesor de la Facultad de Derecho, Universidad de la República. Uruguay

Carlos Esplugues Mota

Catedrático de la Facultad de Derecho, Universitat de València. España

Cristiane Penning Pauli de Menezes

Profesora de la Facultad de Derecho, Universidade Federal de Santa Maria. Brasil

Katarzyna Dunin Borkowski

Docente de la Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú. Perú

Sarah Lucia Carracedo Uribe

Docente de la Facultad de Derecho y Ciencia Política, Universidad Privada Norbert
Wiener. Perú

Ana María Cecilia Valencia Catunta

Docente de la Facultad de Derecho y Ciencia Política, Universidad Privada Norbert
Wiener. Perú

Claudia Lucía Castro Barnechea

Docente de la Facultad de Derecho y Ciencia Política, Universidad Privada Norbert
Wiener. Perú

EDITOR

Víctor Rogelio Sueiro Varhen

Docente de la Facultad de Derecho y Ciencia Política, Universidad Privada Norbert
Wiener. Perú

CONTENIDO

Presentación	5
COVID-19 y realidad virtual del proceso	6
Antonio María Lorca Navarrete	
¿Por qué la mediación es un buen instrumento para resolver conflictos civiles en tiempos de COVID-19 y post-COVID?	23
Carmen Barrón López	
Responsabilidad internacional por SARS-CoV-2 según el marco normativo de la Organización Mundial de la Salud	38
Fernando Villamizar Lamus Constanza Sepúlveda Riquelme	
Integridad, competencia restringida y COVID-19: retos para la contratación pública peruana	57
Christian Chocano Davis	
Impacto del COVID-19 en el derecho penal uruguayo. Análisis de la comisión e imputación de los delitos en medio de una pandemia	75
Camila Vittori Chollet María José Graziani Martínez	
Crisis sanitaria y el derecho fundamental a una buena administración pública: caso de los registros jurídicos en el Perú	92
Hidelbrando Jiménez Saavedra	

Presentación

La pandemia generada por la COVID-19 ha producido una crisis social y económica sin precedentes en la historia de la humanidad. A pesar de los avances científicos y médicos, que han permitido la producción de vacunas, aún nos encontramos lejos de haber retornado a la estabilidad. En este contexto, el Derecho no ha estado ajeno al impacto de la pandemia, pues ha tenido que adaptar sus instituciones y, en muchos casos, innovarlas para hacer frente a la emergencia sanitaria. A modo de ejemplo, para evitar el colapso del sistema de salud, los gobiernos a nivel mundial, entre otros, se han visto en la necesidad de restringir el derecho al libre tránsito; suspender plazos en la administración pública y en los procesos ante el Poder Judicial; y, adoptar singulares medidas económicas y fiscales para proteger sus mercados internos.

Ante este nuevo panorama jurídico mundial marcado por la COVID-19, la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Privada Norbert Wiener, comprometida con la investigación en Derecho, presenta con mucha satisfacción, el primer número de la **Revista Internacional de Derecho**, una publicación académica de periodicidad semestral que promueve la discusión crítica y plural sobre diversas áreas del Derecho, con la participación de académicos e investigadores nacionales y extranjeros. Este primer número está dedicado al Derecho frente a los retos impuestos por la COVID-19.

En este número los lectores podrán reflexionar sobre cómo el Derecho ha dado respuesta a la pandemia desde distintas áreas, tales como la administración de justicia, los métodos alternativos de solución de conflictos (MARCS), el Derecho internacional, las contrataciones con el Estado, el Derecho penal y el Derecho registral, en diversos países de la región y la Unión Europea. Los artículos que presentamos en este número son resultado del trabajo exhaustivo de investigación de destacados especialistas.

Los artículos de investigación publicados en este primer número de la **Revista Internacional de Derecho** son un valioso aporte que suman a la tarea de ahondar con un análisis académico y riguroso sobre los efectos de la pandemia en la sociedad desde una perspectiva jurídica. Agradezco al Decano Pierino Stucchi y al Secretario Académico Braulio Arias por haberme confiado la primera edición de la **Revista Internacional de Derecho** de la nuestra Facultad de Derecho y Ciencia Política.

Mg. Víctor Rogelio Sueiro Varhen
Editor Principal de la Revista Internacional de Derecho
Universidad Privada Norbert Wiener
victor.sueiro@uwiener.edu.pe

COVID-19 y realidad virtual del proceso

Dr. Antonio María Lorca Navarrete*

Universidad del País Vasco

secretaria@leyprocesal.com / alorca@ehu.eus

Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3595-3007>

Resumen:

El presente artículo busca plasmar reflexiones respecto al reto que nos ha planteado la COVID-19 en el ámbito en el que tiene lugar su más letal consecuencia: la celebración de un juicio o, en su caso, la realización de una o varias “audiencias” ante un tribunal. Se explorará en qué medida el coronavirus no puede condicionar el futuro en la aplicación de garantías procesales básicas y esenciales como la oralidad, la concentración y publicidad en línea con el reconocimiento y, a su vez, de las garantías procesales de la igualdad, contradicción y audiencia de unas partes respecto de las otras personadas en los juicios o en la realización de una o varias “audiencias” ante un tribunal, por lo que el denominado “nuevo orden” –producto de los efectos perniciosos de la COVID-19– tendrían que desaparecer de inmediato y volver al *status quo* anterior a la irrupción de la pandemia que sufrimos.

Palabras clave: COVID-19; juicios; audiencias; garantías procesales; oralidad

Abstract:

“COVID-19 and virtual reality of the process”. This article seeks to reflect on the challenge posed by COVID-19 in the area in which its most lethal consequence takes place: the holding of a trial or, where appropriate, the holding of one or more “audiencias” before a court. It will be explored to what extent the coronavirus cannot condition the future in the application of basic and essential procedural guarantees such as orality, concentration and publicity in line with the recognition and, in turn, of the procedural guarantees of equality, contradiction and hearing of some parties with respect to the other persons in the trials or in the realization of one or more “audiencias” before a court, for which the so-called “new order” –product of the harmful effects of COVID-19– would have to disappear immediately and return to the *status quo* prior to the outbreak of the pandemic we suffered.

Keywords: COVID-19; trials; hearings; procedural guarantees; orality

Recibido: 23.09.2020

Aceptado: 07.12.2020

* Doctor en Derecho por la Universidad de Granada. Dottore in Giurisprudenza de la Università degli Studi di Bologna (Italia). Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad del País Vasco (España). Correo electrónico: secretaria@leyprocesal.com; alorca@ehu.eus. página web: www.institutovascodederechoprocesal.com; www.cortevascadearbitraje.com

1. Introducción

La lacra de la actual pandemia justificada en la expansión del coronavirus COVID-19 y que todos estamos padeciendo, ha venido justificando por parte de un concreto sector de la procesalística española, un cierto –o, incluso un pleno– replanteamiento de las actuaciones que han de tramitarse ante un tribunal en aplicación de garantías procesales básicas y esenciales como son la oralidad, la concentración y publicidad en las que se ubican, a su vez, las partes personadas en un proceso *en línea* mediante un exquisito reconocimiento, como no puede ser de otro modo, de las también garantías procesales de la igualdad, contradicción y audiencia de unas respecto de las otras.

El punto de partida legislativo lo constituye la ley 3/2020 del 18 de septiembre, *de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia*¹ en cuyo Preámbulo (I) se dice que:

“una vez superado el estado de alarma, la Administración de Justicia debe adaptarse durante los próximos meses a la nueva normalidad, tomando en consideración los derechos y las necesidades de la ciudadanía como usuaria del servicio público de la Justicia en ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, y garantizar el derecho a la salud tanto de esta como del conjunto del personal y profesionales del sector de la Justicia. Junto a ello, y en relación con el aumento de litigiosidad previsto, la Administración de Justicia debe prepararse no solo para dar respuesta a la misma, sino para erigirse en factor determinante en el proceso de recuperación económica.”

En la literatura jurídica española² ya se ha comenzado a escribir sobre tan inédita cuestión surgida a consecuencia de la promiscuidad de la que hace gala la COVID-19 particularmente activo –transmisible– en ambientes cerrados y en los que además existe un contexto social basado en la comunicación interpersonal de grupos de personas que no precisa ni tan siquiera de un número elevado para proceder a su mortal promiscuidad.

Este trabajo desea, por tanto, plasmar unas reflexiones sobre semejante reto que nos ha planteado la COVID-19 en el ámbito en el que tiene lugar su más letal consecuencia fruto de la mayor promiscuidad que puede originarse en un tribunal: la celebración de un juicio –o, en su caso, la realización de una o varias “audiencias” ante un tribunal– adelantando ya mi conclusión final del mismo: el coronavirus no puede condicionar el futuro en la aplicación de garantías procesales básicas y esenciales como la oralidad, la concentración y publicidad en línea con el reconocimiento, a su vez, de las también garantías procesales de la igualdad, contradicción y audiencia de unas partes respecto de las otras personadas en los juicios o en la realización de una o varias “audiencias” ante un tribunal, por lo que el denominado “nuevo orden” producto de los efectos perniciosos de la COVID-19 tendrían que desaparecer de inmediato y volver al *status quo* anterior a la irrupción de la pandemia que sufrimos³.

2. Una cuestión previa: ¿juicios o audiencias?

No cabe duda que toda actividad necesitada de garantías procesales como son las de publicidad, concentración y oralidad, con el fin de lograr una correcta tramitación procesal entre parte a las que se le ha de garantizar, la igualdad, contradicción y audiencia han de adoptar el ropaje o bien de un “juicio” –lo que en el mundo anglosajón se denomina “*trial*”– o, como sucede en el Perú, ha de usar de la indumentaria de una o varias “audiencias”. Sin perjuicio del acabado final de las segundas –o sea, de las denominadas “audiencias”– en las que puede que sean utilizadas para los más diversos

menesteres del tribunal peruano, de lo que no cabe duda es que se trate ya de un “juicio” en el derecho español, ya de “audiencias” en el derecho peruano. Esas garantías procesales básicas y esenciales a las que aludí líneas antes, han de ser inequívocamente tenidas en cuenta para acotar la correcta finalidad que persiguen tanto un juicio como la que pueda asumir cada una de esas “audiencias”.

Pero indicado lo anterior, lo que no es adecuado a una correcta aplicación de garantías procesales básicas y esenciales es la postura de cierta procesalística que quizá, guiada por cierto esnobismo⁴ y a propósito de las mortales consecuencias de la COVID-19, desea introducirnos de modo expeditivo, en una nueva realidad virtual del proceso en la medida en que mediante esa “realidad virtual” se aspira a la celebración de “juicios” y “audiencias” no “en modo de presencia real” y sí “en modo de presencia virtual” de quienes son llamados a ser los actores principales de tanto un “juicio” como de una o varias “audiencias”.

La denominada celebración de “juicios” y “audiencias” “en modo de presencia virtual”, deseo y espero que no haya llegado para quedarse. Para justificarme apelaré a una serie de argumentos que expondré a continuación y que focalizaré en mi experiencia doctrinal, docente y práctica sustentada en la proyección del juicio en el derecho procesal español dado que la realidad de la celebración de una o varias “audiencias” propia del derecho procesal peruano, es ajena al devenir procesal normativo español.

3. Otra cuestión previa: ¿en qué consiste la garantía de un proceso de efectiva tutela connatural con el desarrollo de los derechos humanos?

La garantía de tutela judicial efectiva que oferta el proceso⁵ no puede hacerse depender de la amplitud variable que, según convenga, se le atribuya en la práctica judicial, pero sí confirmando su inequívoca justificación constitucional, puesto “que, en el examen de las instituciones esenciales del Derecho Procesal, se llega siempre a un instante en que éstas adquieren el rango de derechos cívicos o fundamentales” (Couture, 1948, p. 22). Las anteriores reflexiones precisan de una atención añadida.

Por lo pronto, la tramitación de un proceso es garantía de tutela judicial efectiva (Artículo 24 de la Constitución española) al tiempo que responde a las exigencias de un proceso justo y equitativo que proviene de un ámbito cultural como es el del *common law*—propio del derecho anglo-norteamericano— y su mandato de un *fair trial* o, también, del *due process of law* como expresión de la existencia de un proceso de efectiva tutela de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 24 de la Constitución española.

Existe, por tanto, un vínculo entre el *civil law* y el *common law* con superación de los “dogmas clásicos de nacionalidad y soberanía y que se concretaría en la existencia de un Derecho supranacional procesal” (Vallespín Pérez, 2002, p. 58). Por ello, no es de extrañar que:

“la categoría del *proceso debido* (que viene a ser la castellanización de la consabida fórmula anglosajona del *due process of law*), el cual se identifica con aquel sistema procesal que, del lado del juez, incorpora garantías tales como la independencia e imparcialidad (rompiendo así con el modelo procesal inquisitivo, donde el juez carece de tales elementales atributos), así como las potestades propias del modelo social del proceso, mientras que, de lado de las partes, proclama garantías estructurales como la contradicción y la igualdad, el derecho de defensa, la publicidad de las actuaciones procesales, la presunción de inocencia...” (Garberí Llobregat, 2009, pp. 237-238), sea:

“en suma, el modelo [que el] artículo 6 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos denomina *proceso equitativo*, o el que la jurisprudencia constitucional [la española] denomina *proceso justo* (v. gr. Sentencias del Tribunal Constitucional 65/2007, de 27 de marzo, 146/ 2007, de 18 de junio)” (Garberí Llobregat, 2009, p. 238), ya que:

“el artículo 6 del Convenio Europeo de los derechos humanos sería omnicomprendido y daría garantías para todos los casos, tal y como lo proclama el artículo 10 de la Declaración Universal de Derecho Humanos y lo hacen el artículo 24 de la Constitución Española” (Martínez Ruiz, 1991, p. 165).

La conclusión es que el proceso civil justo y equitativo converge en el ámbito constitucional español con el proceso de efectiva tutela (Artículo 24 de la Constitución española)⁶ en el que interactúan garantías constitucionales reconocidas en el ordenamiento constitucional español y derechos inviolables de la persona reconocidos y garantizados también por la Constitución española –el Artículo 10.2. de la Constitución española establece que “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”–. No en vano es necesario que “el texto de las Constituciones de los Estados contemple la consagración de garantías mínimas al sistema de justicia interior de dichos Estado, y que deben mantener o superar los estándares mínimos de tales garantías consagradas en instrumentos internacionales” (Ríos Muñoz, 2018, pp. 25-26).

Por tanto, la metodología procesal es la única de entre las metodologías jurídicas que permite un perfecto mestizaje entre el “proceso justo e equitativo” propio del *commom law* y el “proceso de efectiva tutela” que regula el artículo 24 de la Constitución española y en el que “el juez tiene el deber de estructurar el procedimiento de manera tal, como lo pueden pretender de él las partes del proceso civil” (Leible, 1999, pp. 152, 196, 198 y 199) mediante “un contacto individualizado de dialogo entre jueces y ciudadanos que ha de alejarse de la tradicional forma escrita para adentrarse plenamente en la oralidad” (Peces Morate, 1988, p. 45), por lo que el vínculo entre sistema jurídico del *civil law* y del *common law* permite constatar no tanto la obiedad relativa a que la norma procesal española haya surgido históricamente sin referente constitucional alguno como que a través de ese vínculo se opera ya con referentes constitucionales objetivos.

Pero, interroguémonos: ¿son diversas en alcance y significado las garantías procesales que aplica un juez de Londres a las que aplica un juez de Madrid? La respuesta, obviamente, ha de ser negativa. La proyección y conceptualización de las garantías procesales ha de ser universal. Es universal; integran un derecho procesal que es connatural al desarrollo de los derechos humanos. Las garantías procesales civiles no son ni susceptibles de ser discriminadas por el lugar en el que se aplican ni tampoco se prestan a un uso discriminado por quién las aplica justificado en razones de raza, procedencia, credo religioso o etnia o de pandemia como la del COVID-19. El derecho procesal es un derecho humano universal (Lorca Navarrete, 2020, p. 4).

1. “Derecho”, porque el “derecho al proceso o a la Jurisdicción” ha de ser “libre” (Almagro Nosete, 1970, p. 95) y, por tanto, reconocido a todas las personas como un “derecho a pretender de los tribunales” tutela judicial efectiva como así lo reconoce el vigente texto constitucional español al acoger la llamada “teoría abstracta de la acción” (Artículo 5.1. del código procesal civil español –es la ley de enjuiciamiento civil– y 24.1.

de la Constitución española). El derecho procesal no es el fruto de un “acto de poder” históricamente asociado al concepto de “jurisdicción”, sino el resultado de reconocer a la persona un “derecho de pretender de los tribunales” (Artículo 5.1. de la ley de enjuiciamiento civil) que históricamente surgió con la *actio romana* y que ahora se concreta en el código procesal civil español en la existencia de la pretensión (artículo 5 de la ley de enjuiciamiento civil) que permite el libre acceso a la jurisdicción del tribunal (Almagro Nosete, 1982, p. 11).

2. “Humano o humanista”, porque el proceso al no ser la consecuencia de una concepción de la Jurisdicción como “acto de poder” sobre la persona ni por tanto de proyección autoritaria sobre la misma. Es un derecho sustantivo que se justifica a sí mismo de manera real e independiente en base a la aplicación de garantías procesales que permiten no sólo el libre acceso a la jurisdicción del tribunal, sino también que esas garantías procesales se apliquen a “los sujetos a quienes haya de afectar la decisión pretendida” del tribunal (Artículo 5.2. del código procesal civil español). Pero, desde esa vertiente humanista, el derecho procesal no es sólo un derecho sustantivo. También es un derecho autónomo al no depender de ninguna otra disciplina jurídica para la aplicación y el reconocimiento de sus propias garantías procesales que, por ser autónomas, son perfectamente objetivables. El proceso debería de ubicar en su epicentro a la persona misma y a su régimen de garantías procesales.

3. “Universal”, porque ese régimen de garantías procesales que sustenta el proceso es “universal” en la medida en que esas garantías procesales, ya provengan del sistema jurídico del *civil law* como del sistema jurídico del *common law*, son perfectamente objetivables y, por lo tanto y como ha quedado indicado, el enjuiciamiento a nivel de garantías procesales que realice un juez de Nueva York, Madrid, Lima o Berlín tiene que ser y debe ser objetivamente el mismo. El derecho procesal, desde su esencial y fundamental proyección humanista, es la única disciplina jurídica que ha eliminado el “muro” que históricamente ha existido entre el sistema jurídico del *civil law* y el sistema jurídico del *common law*, propiciando el mestizaje entre ambos sistemas jurídicos. Sin dudar:

“desde la justicia de paz y de pequeñas causas hasta el litigio en la Corte de Estrasburgo, el proceso justo -su ser, su ontología- es el mismo cualesquiera sean sus deferentes sujetos, objetos, contenidos, tiempos, sensibilidad, matices formales y modos de resolver o componer los conflictos, las tensiones, las controversias” (Morello, 2002, pp. 85-86).

4. Otra cuestión previa: ¿qué es un juicio? ¿es una oralidad virtual en la procesalística española?

Por lo pronto, surge una interrogante fundamental: ¿qué es un juicio? Con arreglo a la normativa procesal española, el juicio es el trámite decisivo del proceso – en concreto y para los efectos que ahora interesan, del proceso penal y del proceso civil– en el que se practican las pruebas previamente propuestas por esas mismas partes personadas en el mismo mediante las garantías procesales básicas y esenciales de la oralidad, la concentración y publicidad y, en línea con el reconocimiento, a su vez, de las también garantías procesales de la igualdad, contradicción y audiencia de esas mismas partes, con el fin de concluir ante el tribunal sobre el resultado probatorio practicado en su presencia con arreglo al cual ha de conformar su convicción al efecto de pronunciar la correspondiente sentencia.

Pero, no todo el recorrido constitucional de la norma procesal española en general y la del código procesal civil español en particular –conocido normativamente

como ley de enjuiciamiento civil–, ha transitado de modo correcto (Lorca Navarrete, 2020, pp. 302 ss.). Existen todavía factores sociológicos, culturales, o los relativos al modo de concebir la actuación ante un tribunal, aun distantes de lo que sería un modelo adversativo de partes en el proceso español, así como otros muchos de muy diversa índole que obstaculizan ese correcto tránsito. Reflexiono sobre ellos.

No cabe duda que la insoslayable impronta de lograr un proceso civil justo, equitativo y de efectiva tutela⁷ se vincula, en la exposición de motivos del código procesal civil español, a un diseño de los procesos declarativos en los “que la intermediación, la publicidad y la oralidad han de ser efectivas” ocupándose *expressis verbis* la Constitución española de la publicidad en la medida en que “las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento” así como de la oralidad puesto que “el procedimiento será predominantemente oral” (Artículo 120. 1. y 2. de la Constitución y 229. 1. de la ley orgánica del Poder Judicial). No, en cambio, de la intermediación procesal a pesar de que “el debate oral es la medula del procedimiento. Solo de un debate oral regido por la intermediación y en el que reine la actividad, puede y debe el juez sacar su convicción” (Schönke, 1950, p. 42).

Por tanto, la realidad virtual de un juicio “en modo de presencia virtual” no tendría que cuestionar la intermediación procesal del tribunal español con las partes y de éstas con el tribunal, más aún cuando conviene tener presente que la intermediación procesal no surge como mandatada por la Constitución española. Muy distinto sucede con la exigencia de la garantía procesal de la oralidad como determinante de la correcta realización de un juicio en la que su acabado planteamiento por la procesalística española no siempre se ha ofertado mediante unos claros criterios definitorios.

Para cierta procesalística española, el punto de inicio en el argumentario a utilizar en torno al uso de la garantía procesal de la oralidad en un juicio no suscitaría dudas, pues la:

“oralidad no es un mero capricho de estilo, sino que reviste una enorme importancia, ya que a través de la misma se impide que se realicen actos procesales fuera de la prevención y control del tribunal y por lo tanto se establece el método de trabajo de la intermediación, que significa un valor procesal en sí mismo y que es imprescindible para que el órgano judicial perciba directamente los actos procesales, y con ello tenga los datos precisos para resolver una concreta contienda judicial” (Sierra Gil de la Cuesta, 1994, pp. 82-83), hasta el punto que:

“en un proceso con una impronta oral tan marcada como es el civil, desde la vigencia de la ley de enjuiciamiento civil de 2000, las resoluciones orales han cobrado un protagonismo del que -lógicamente- carecían en el sistema de la ley de enjuiciamiento civil de 1881, en el que primaba la escritura” (De Miranda Vázquez, 2018, p. 150), puesto que “el proceso civil aparece condicionado en mayor medida por el principio de oralidad” (Rodríguez Merino, 2000, p. 1385).

No obstante, se ha insistir en que esa importancia constitucional de la oralidad “no hace inconstitucional al proceso escrito, [aunque] es evidente que el proceso oral es más acorde -en letra y en espíritu- con el mandato constitucional” español (Martí Mingarro, 1990. p. 27). La “escritura” de las formas procedimentales ha dejado de ser, por tanto, una garantía de rigor y de precisión (“*verba volent, scripta manent*”), y no necesariamente la argumentación oral ha de estar dirigida a completar y reforzar la acreditación escrita.

En España, el proceso civil declarativo en el nuevo código procesal civil se ha rendido finalmente a la oralidad impuesta por el Artículo 120.2. de la Constitución española. La conclusión no debería suscitar dudas: la regulación y metodología del proceso civil declarativo (ordinario y/o verbal) de la vigente ley de enjuiciamiento civil no parece que sea homónima a cómo se regulaban los procesos declarativos en la ley de enjuiciamiento civil de 1881. En efecto:

“con la ley de enjuiciamiento civil de 2000, el legislador decidió romper con el modelo de proceso escrito y cumplir, por fin, con el mandato constitucional de que el procedimiento judicial civil fuera predominantemente oral (Artículo 120.2. de la Constitución española)” (Vallines García, 2019. p. 39).

Pero, aclaremos algunas cuestiones que, de inmediato, surgieron de tan expresivo precepto de la Constitución española. De inmediato, cierta procesalística española, quizás debido a cierta prevención hacia la oralidad impuesta por el Artículo 120.2. de la Constitución, indicó que:

“la oralidad no puede convertirse en un mecanismo para resolver rápido, sino en una útil herramienta a fin de que el juez aproveche sus ventajas implicándose en la práctica de la prueba, resolviendo las dudas que le surjan, cuidando al mismo tiempo de no perder su imparcialidad” (Nieva Fenoll, 2016, p. 43).

Ante esa cierta prevención que traslucen esas indicaciones respecto del uso de la oralidad ante el tribunal (Nieva Fenoll, 2019, p. 151), esa oralidad que propugna el Artículo 120.2. de la Constitución española no puede, en modo alguno, ser una oralidad complaciente, ni una oralidad pontificada para distinguirla “de algunas modas doctrinarias, cuya aplicación a ultranza ha constituido un fracaso” (De la Oliva Santos, 2001, p. 155), o una oralidad que ha preterido “las preferencias que parecen más fundadas y realistas”, o una oralidad que “ponga en peligro la seriedad de la tarea forense” (De la Oliva Santos, 2001, p. 155).

Y como nada queda a salvo de la crítica (afortunadamente), también se han opuesto algunas objeciones más a la “oralidad” por la procesalística española ya que:

“en la clásica pugna entre oralidad y escritura, no se entregó –al proceso declarativo ordinario del código procesal civil español– a la ‘moda’ de la oralidad a ultranza, aunque esa ‘moda’, como tal, persistiese aún en algunos ambientes jurídicos de este país” (De la Oliva Santos, 2001, p. 155). Pero, no existe embeleso alguno por la oralidad sino el mandato constitucional que debe hacerla posible.

Conviene tener presente que la oralidad como garantía procesal de la tramitación de un proceso civil justo, equitativo y de efectiva tutela, no debe ser conceptuada por las generaciones futuras como un acto de claudicación. Ni tampoco debe ser conceptuada como un peligro para “la seriedad de la tarea forense” (De la Oliva Santos, 2001, p. 155), ni el reclamo a la oralidad ha preterido “las preferencias que parecen más fundadas y realistas” (De la Oliva Santos, 2001, p. 155), ni, en fin, la oralidad que adopta el proceso civil español –declarativo– no es la mejor porque exista otra propia de “algunas modas doctrinarias, cuya aplicación a ultranza ha constituido un fracaso” (De la Oliva Santos, 2001, p. 155).

En fin, tampoco se está en presencia de una oralidad “en negativo” de la que solo interese referirse “a los riesgos y a las perversiones de la publicidad procesal” (Ortells Ramos, 2017, pp. 39 y 43; Peces Morate, 1998, p. 45) en la medida en que “las

causas que habilitan al tribunal para acordar restricciones de la publicidad son abundantes, variadas” (Ortells Ramos, 2017, pp. 39 y 43; Peces Morate, 1998, p. 45).

Se comprenderá que, ante tales posicionamientos de la procesalística española, la interrogante que surge inmediatamente es la siguiente: ¿pero, de verdad esa procesalística está en disposición de aceptar no ya la oralidad de un juicio sino lo que es aún peor, una “oralidad virtual” o “en modo de presencia virtual”?

5. Otra cuestión previa: el emblemático juicio con jurado

Con ocasión de una reciente publicación de mi autoría (Lorca Navarrete, 2020), he tenido ocasión de ocuparme de la posibilidad de tramitar “juicios virtuales” en un ámbito ciertamente sensible como es el relativo a la celebración de juicios en los que han de actuar jurados con arreglo a la ley española del jurado vigente desde 1995⁸. Esta sería la segunda aportación que deseo dar a conocer al lector y que afectaría a su encuadre en un “juicio virtual” o “en modo de presencia virtual”.

Como ya se ha indicado, en cualquiera de los ámbitos del ordenamiento procesal en los que puede proyectarse la celebración de un juicio, no es posible proceder a conceptuarlo en abstracto *sic et simpliciter* al margen de un sistema –o, mejor, de garantías procesales– que le sirvan de justificación.

Históricamente, las leyes procesales españolas no han sido proclives a que en su seno existieran juicios. En el proceso civil ha sido precisa la entrada en un nuevo milenio para que, finalmente, se reconociera su existencia, así como la concreción de su finalidad mediante el Artículo 431 del código procesal civil español –ley de enjuiciamiento civil–.

En efecto, ha sido con la entrada de un nuevo milenio cuando se ha producido un acontecimiento inédito para el pretérito procesalismo civil español; a saber, finalmente en el proceso civil español va a haber juicio; se va a tramitar un juicio. Con la vigente ley de enjuiciamiento civil española de 2000 por fin se va a poder hablar –y aludir– a la existencia de un juicio como trámite procesal nuclear, esencial y básico del proceso civil. No a una vista, ni a una comparecencia, ni a una audiencia o pluralidad de audiencias sin destino conocido, ni a una “vistilla”. Simplemente, va a haber juicio en el proceso civil español.

Aunque es preciso reconocerlo, el juicio no parece gozar de buena salud conceptual por parte de la procesalística española, pues se ha sostenido que la terminología que utiliza la ley de enjuiciamiento civil relativa a la existencia de un juicio en el proceso civil declarativo ordinario es “ciertamente inapropiada y confusa” (Vallespín Pérez, 2012, p. 95). O que través de equiparar audiencia previa a juicio y juicio, se trate:

“en ambos casos, aunque con fines y contenido diverso, de audiencias o comparecencias, esto es de un conjunto de actuaciones orales, cada una de las cuales tiene por finalidad, respectivamente, posibilitar la práctica de la prueba y alegaciones consiguientes (audiencia previa) y posibilitar la sentencia de fondo según lo probado (juicio)” (López-Fragoso Álvarez y González Navarro, 2018, p. 317).

Que dejan al juicio desvalido conceptualmente entre la fronda “de audiencias o comparecencias” (López-Fragoso Álvarez y González Navarro, 2018, p. 317).

Lamentablemente no se llega a comprender que la celebración de un juicio sea “inapropiada” (Vallespín Pérez, 2012, p. 95), o, peor aún, que esa misma celebración de un juicio pueda ser “confusa” (Vallespín Pérez, 2012, p. 95), o que justifique internarse en una fronda “de audiencias o comparecencias” (López-Fragoso Álvarez y González Navarro, 2018, p. 317). O que el desdoro y descrédito acerca de un acontecimiento inédito para el pretérito procesalismo civil español como lo es, nada menos, que la celebración de un juicio ni tan siquiera se exhiba como lo que es: un juicio. Y sí como “una audiencia para la celebración de la prueba que requiere intermediación”. (Nieva Fenoll, 2019, p. 9) O, en fin, “una audiencia principal del proceso, como se expresa en otros idiomas -*Hauptverhandlung*-, porque en dicha audiencia se va a practicar la prueba” (Nieva Fenoll, 2019, p. 9).

En otras ocasiones, la existencia del juicio en el proceso civil declarativo ordinario español ni siquiera se hace acreedor de un mísero epígrafe separado e independiente del resto del “discurso normativo” y *comme si cela n'avait pas d'importance* se alude al “señalamiento del juicio y otras actividades” (Armenta Deu, 2019, p. 187) o a “actividad oral” (De la Oliva Santos, 2012, p. 131). O, en fin, se le ignora al incluirlo en lo que se denominan “los actos de conclusión” (Cortés Domínguez, 2019, pp. 301-302) ya que “el tiempo de conclusión se configura con los actos que se desarrollan desde que termina la práctica de la prueba hasta que termina el juicio y empieza a correr el plazo para dictar sentencia” (Cortés Domínguez, 2019, pp. 301-302), de modo que “el acto de conclusión es una minuta o borrador de sentencia que las partes presentan al juez” (Cortés Domínguez, 2019, pp. 301-302).

También se alude al “Juicio Civil” como intitulado del Manual de estudio que se oferta al alumnado, y, más en concreto, a “juicios civiles” a los que se definen como “el cauce civilizado de la búsqueda y realización del derecho en los asuntos que, tradicionalmente, conocemos con el apelativo de derecho privado” (Ramos Méndez, 2019, pp. 36-37, 135). Los “juicios civiles” (Ramos Méndez, 2019, pp. 36-37, 135) que la ley regula son el “juicio ordinario”, el “juicio verbal”, los “juicios especiales” y la “ejecución” (Ramos Méndez, 2019, pp. 36-37, 135). Esas referencias a los denominados “juicios civiles” no son óbice –sino todo lo contrario– para que, luego, se origine una dislocación conceptual sustentada en que en el “juicio ordinario” (Ramos Méndez, 2019, pp. 36-37, 135), va a existir, a su vez, un “juicio” en el que “todas las actividades se instrumentan en función de la celebración de una sesión oral, concentrada, con intermediación de juez y partes, en la que tiene lugar la práctica de las pruebas y las conclusiones” (Ramos Méndez, 2019, pp. 36-37, 135).

Este desdén e indiferencia de la doctrina procesal española hacia el juicio contrasta con su indudable e inequívoca proyección decisiva y destacada en el proceso civil declarativo ordinario ya “que la celebración del juicio constituye sin duda la pieza esencial del proceso civil, su eje fundamental” (Doig Díaz, 2019, p. 203). En efecto:

“el moderno juicio civil, a diferencia del conjunto de actos procesales dispersos que caracterizaba la regulación anterior, aspira a ser un auténtico juicio, en el que se práctica en unidad de acto la prueba, presenciada por la intermediación, del juez, de forma predominantemente oral” (Rodríguez Achútegui, 2019, p. 271), por ello:

“el diseño procesal pretende un cambio sustancial. No se concibe el juicio como una sucesión de actos, sino como uno solo concentrado. Se practica toda en el juicio y, de forma excepcional, se admitirán prueba anticipada y diligencias finales, que tienen un régimen muy restrictivo” (Rodríguez Achútegui, 2019, p. 272).

Tras la lectura de la *opinión* mayoritaria de la procesalística española, se debería concluir que, a mayor abundamiento, la existencia de un juicio como trámite procesal nuclear, esencial y básico del proceso penal con jurado no puede ser objeto de sucedáneos como puedan ser los “juicios virtuales” o “en modo de presencia virtual”. Frente a los múltiples entusiastas y devotos partidarios del entonces Real Decreto-ley del gobierno español 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente a la COVID-19 en el ámbito de la Administración de justicia –a propósito de la declaración del estado de alarma a causa de la pandemia de la COVID-19– al constituir “una apuesta incondicional por las nuevas tecnologías como bálsamo de fierabrás que va a solucionar todos los problemas del proceso” (Richard González, 2019, p. 271), se ha reaccionado indicando “que un juicio oral virtual no puede cumplir con las garantías procesales ante la existencia de un buen número de problemas de difícil solución” (Richard González, 2019, p. 272).

Quizás con cierto deseo de mostrarse como alumno aventajado en las cuestiones procesalísticas, cierta procesalística ha considerado que la pandemia ocasionada con la COVID-19 es la ocasión ideal para la “implementación definitiva de la videoconferencia en la Administración de justicia, no como una ‘herramienta más’, para utilizarlo ocasionalmente, sino como una vía esencial para hacerlo de forma habitual” (Magro Servet, 2020) que supondría su uso “en todo tipo de procedimientos judiciales por letrados (abogados), partes, testigos y peritos” (Magro Servet, 2020).

Comprendo, entonces, que la opción del “juicio virtual con jurado” sería plenamente operativa en un contexto en el que no existe “debate” a pesar de que hasta en diez ocasiones alude la exposición de motivos de la ley española del jurado a la existencia de “debate” en el juicio con jurado y en el que la existencia de un proceso penal adversativo es simplemente desconocida por la procesalística española a la que le basta con indicar que:

“el proceso es un medio de solventar el conflicto haciendo cesar el enfrentamiento, permitiendo que las partes digan todo lo que tengan que decir, presenten todas las pruebas que deseen y formulen las interpretaciones jurídicas que a su derecho convengan. Es decir, obligando a las partes escucharse ante la presencia del juez, que recibe toda la información que éstas presenten (...) al margen por completo de un contexto bélico -como sugiere, por ejemplo, el modelo adversarial estadounidense-, que además se compagina mal con un medio pacífico de resolución de conflictos como es el proceso jurisdiccional” (Nieva Fenoll, 2019, p. 9).

De modo que esta visión, tan apacible y a la vez tan ideal, sería la que, sin duda, se acomodaría a la existencia de un juicio con jurado “en modo de presencia virtual”.

Con esto, bastaría con que el fiscal y los abogados de la acusación y de la defensa se escuchen ante la presencia del magistrado que preside el jurado qué es quién en realidad ha de recibir toda la información de fiscal y abogados de la acusación y la defensa para que con ella pueda redactar su objeto de veredicto según las “reglas” que le indica el Artículo 52 de la ley del jurado⁹ sobre el que el jurado ha de redactar, a su vez, el acta de votación mediante una comunión entre presidente de jurado y jurado extremadamente cercana a un modelo de jurado escabinado. No cabe duda, en ese modelo de juicio, sí que estaría justificado un “juicio virtual” o “en modo de presencia virtual”. Pero, no en un juicio con debate –hasta en diez ocasiones alude la exposición de motivos de la ley del jurado a la existencia de “debate” en el juicio con jurado–.

Ese desdén e indiferencia de una concreta procesalística por la existencia de un juicio –virtual o no– contrasta, además, con la extraordinaria importancia que se le atribuye en el sistema jurídico del *common law* en el que “la pieza central-histórica del proceso civil del sistema del *common law* ha sido el *trial*” (Andrews, 2013, pp. 2, 13) – que en su traducción literal significa “juicios”–.

En el proceso penal español aún vigente y, a pesar del Libro III de la ley de enjuiciamiento criminal de 1882 –código procesal penal vigente en España– que lleva por rúbrica “Del juicio oral”, no es posible afirmar que lo se regula en ese Libro III de la ley de enjuiciamiento criminal de 1882 sea conceptualizado como “juicio”, entendido como la actividad procesal que tiene por objeto la práctica de las pruebas, la declaración de las partes acusadoras y acusadas, las declaraciones de los testigos, los informes orales y contradictorios de los peritos, el reconocimiento judicial, en su caso, así como la reproducción de palabras, imágenes y sonidos con final conclusivo, una vez practicadas las pruebas, en el planteamiento de las conclusiones sobre las pruebas practicadas.

Las razones para pensarlo de ese modo se concretarían en que el juicio que se regula en el Libro III de la ley de enjuiciamiento criminal de 1882 comienza –de modo inopinado y contrariamente a lo que en esencia supone o implica la oralidad como consustancial a la celebración de un juicio– no oralmente, sino por escrito mediante lo que se denomina “escrito de calificación” (Artículo 649 del código procesal penal español –ley de enjuiciamiento criminal–). Luego, en el instante mismo en que se inicia el juicio “oral” –la rúbrica del Libro III del código procesal penal español de 1882 es “Del juicio oral” –, sigue sin existir “oralidad”, pero sí presentación de escritos con “conclusiones precisas y numeradas” (Artículo 650 del código procesal penal español). También son escritos, pese a la “oralidad” “Del juicio oral” (rubrica del Libro III del código procesal penal español de 1882), el planteamiento de los denominados “artículos de previo pronunciamiento” (Artículo 668 del código procesal penal español) que, además, ni tan siquiera se tramitan en “unidad de acto”, como exigiría la tramitación de un juicio oral.

Solo cuando tiene lugar la denominada celebración del juicio oral –el Título III, del Libro III del código procesal penal español de 1882 lleva por rubrica “De la celebración del juicio oral”– es cuando a través de su Capítulo I se accede a la “publicidad de los debates” en los que destaca la posición institucional del presidente del tribunal mediante las “facultades” que se le reconocen que ciertamente no merman cuando procede a acordar de oficio pruebas (Artículo 729 del código procesal penal español).

Y tras la práctica de la prueba, el “juicio oral” del proceso penal español termina como empezó: por escrito. En efecto, “practicadas las diligencias de la prueba, las partes podrán modificar las conclusiones de los escritos de calificación. En este caso, formularán por escrito las nuevas conclusiones y las entregarán al presidente del tribunal” (Artículo 732 del Código procesal penal español).

En definitiva, un juicio –el que se regula en ese Libro III del código procesal penal español de 1882– que no responde a una práctica procesal concentrada y en unidad de acto correlativa con la aplicación de garantías procesales básicas; en la que se intercalan actos de singular importancia justificados en la exclusiva tramitación escrita que, sin duda, atestigua “la llamativa regulación marginal del juicio oral en la ley de enjuiciamiento criminal” (Nieva Fenoll, 2019, p. 9).

No obstante, y en defensa del juicio que se diseñó con el código procesal penal español de 1882 se argumentó por la procesalística española que si bien el inquisitivo posee en ese diseño “un peso probatorio excesivo” (Díaz Cabiale, 1996, p. 150), esa

tendencia se ha quebrado mediante la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo que al “enmendar innumerables excesos” (Díaz Cabiale, 1996, p. 150) no se puede decir que “hoy en día las pruebas del proceso penal no se practican en el juicio oral” (Díaz Cabiale, 1996, p. 150).

Esa pobre defensa “De la celebración del juicio oral” (rúbrica del Título III, del Libro III del código procesal penal español de 1882) atestigua el carácter incauto, ingenuo y cándido del mismo abandonado a la suerte del “peso probatorio excesivo” del inquisitivo (Díaz Cabiale, 1996, p. 150) que permitiría que “hoy en día las pruebas del proceso penal se practican en el juicio oral” (Díaz Cabiale, 1996, p. 150).

De ahí que más precavido y cauteloso se muestra el Informe que presentó el Consejo General del Poder Judicial español al Anteproyecto de la ley de jurado a sabiendas que “... introducir el juicio por jurados implica problemas procesales añadidos a los que ya hoy han de afrontarse y resolverse”.

Ante esos “problemas procesales añadidos” (Informe del Consejo General del Poder Judicial español al Anteproyecto de la ley de jurado), que no se suscitan en el juicio que regula la ley de enjuiciamiento criminal de 1882, el Informe que presentó el Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de la ley de jurado propone que “si se actúa legislativa y jurisprudencialmente con el cuidado que tales asuntos merecen, la implantación del jurado bien puede surtir efectos beneficiosos en el conjunto de la justicia penal”.

Y esos “efectos beneficiosos en el conjunto de la justicia penal” (Informe del Consejo General del Poder Judicial español al Anteproyecto de la ley de jurado) se cifrarían en que el jurado, según el Informe que presentó el Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de la ley de jurado, “obliga a conceder la debida primacía al juicio oral y refuerza en él el protagonismo de las partes”. Hasta el punto de que “la oralidad, la contradicción y la intermediación constituyen su medio indispensable, su atmósfera natural” (Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de la ley de jurado). En definitiva y siempre según el Informe que presentó el Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de la ley de jurado, “el jurado puede impulsar el cambio de hábitos inadecuados, favorecer que el procedimiento sea conducido de modo comprensible, alentar la mayor brevedad posible de la instrucción preparatoria, etc.”.

Incluso, el Informe que presentó el Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de la ley de jurado, aludió a “cierta acción de revulsivo favorable a modos de proceder y enjuiciar cada vez más acordes con las exigencias del Derecho penal material y de los principios y derechos procesales reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales suscritos por nuestro país”. No cabe duda, por tanto, que, a diferencia del juicio que se regula en el código procesal penal –la ley española de enjuiciamiento criminal de 1882–, el juicio con jurado sería “más acorde” (Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de la ley de jurado) con las exigencias del Derecho penal material y con los principios y derechos procesales reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales suscritos por España.

Particular significación conceptual jurídico-procesal tuvieron las indicaciones del vocal del Consejo General del Poder Judicial, XIOL RÍOS. Según el vocal del Consejo General del Poder Judicial, en “los países en que se halla funcionando, el jurado es considerado como una pieza básica del proceso acusatorio que ‘recuerda nuestro compromiso con la democracia’ como forma de gobierno menos corrupta”¹⁰.

Encaja pues, con dificultad, en un sistema procesal modelado –más por la práctica que por la ley– sobre la tradición inquisitiva. Se arguye a veces que mal puede llevarse a la práctica sin una reforma general del proceso. Pero, sin negar la conveniencia de esa reforma, procede tener en cuenta que los problemas del proceso penal no son sólo de normas. Son los hábitos los que han empalidecido el principio acusatorio que Alonso Martínez pretendió instaurar: basta comparar las manifestaciones de su Exposición de motivos con la realidad presente para ver por dónde debemos comenzar. En el “Discurso preliminar” leído en las Cortes de Cádiz al presentar el Proyecto de Constitución de 1812, se contiene un diagnóstico de los males que aquejaban entonces al sistema democrático, los cuales han persistido a través de los tiempos y han desarbolado el proceso penal: “los abusos comienzan de ordinario por pequeñas omisiones en la observancia de las leyes que acumulándose insensiblemente llegan a producir costumbres; se citan éstas a poco como ejemplo y estableciéndose sobre ello doctrina, pasan al fin a erigirse en derecho”. No parece, pues, desacertado comenzar la reforma del proceso penal con la introducción del jurado. El jurado obliga a dar primacía al juicio oral y refuerza el protagonismo de las partes. La oralidad, la contradicción y la inmediación constituyen su medio indispensable. Fuerza a cambiar los hábitos, induce a conducir el pensamiento de forma comprensible, alienta la brevedad de la instrucción preparatoria, entre otras cosas. Sus inconvenientes –que, desde luego, los tiene– no pueden llevarnos a despreciar las ventajas de un estímulo para adaptarse a modos de enjuiciar más acordes con las exigencias del Derecho penal material y con los principios procesales que informan el Artículo 24 de la Constitución y los Tratados internacionales suscritos por España.

Como se indicó en su momento, uno de los factores positivos que supuso la entrada en vigor de la ley española del jurado, fue:

“muy especialmente el que propicia... valores como el de la libertad entendida como autonomía personal que tiene amplio desarrollo en los miembros de la institución del jurado cuando ejercen como tales, todo ello con el fin de satisfacer principios de justicia que contribuyen indudablemente al orden y la convivencia ciudadana” (Cid Cebrián, 2005, p. 37).

No obstante, y a pesar de la lectura de tan magníficos análisis de las libertades constitucionales en nuestro país que han provocado la perenne crisis del proceso penal español (XIOI RÍOS), desde el inicio mismo en que el juicio fue diseñado por la ley española del jurado se le agredió con epítetos de muy diversa índole porque era “lento, prolijo en trámites y complicado en afrontar” (Gómez Recio y Espina Ramos, 2005), por lo que “quién haya participado alguna vez en un enjuiciamiento popular sabe que cuesta mucho menos trabajo afrontar, por ejemplo, 20 juicios ordinarios que un solo Jurado Popular” (Gómez Recio y Espina Ramos, 2005).

Se comprenderá que ante tales posicionamientos de la procesalística española la interrogante que surge inmediatamente es la siguiente ¿pero, de verdad esa procesalística está en disposición de aceptar no ya la oralidad de un juicio, sino lo que es aún peor, un “juicio virtual con jurado” o “en modo de presencia virtual”?

6. La cuestión final a dilucidar: ¿conviene asumir el “juicio virtual” o “en modo de presencia virtual”?

Frente a un cambio de paradigma en la práctica procesal de un juicio sustentado en que “la videoconferencia debe ser la regla general y la vía presencial la excepción” (Magro Servet, 2020) ya que “el artículo 19 del Real Decreto 16/2020 debe extender su vigencia más allá de los tres meses después al alzamiento del estado de alarma” (Magro

Servet, 2020) puesto que “no hay nada que no se pueda hacer con el uso de la videoconferencia en su comparación con la presencia física en el juicio” (Magro Servet, 2020) con la que “existe la misma intermediación, concentración y publicidad cuando se usa la videoconferencia” (Magro Servet, 2020) que supondría que “en el proceso penal no existe merma alguna del derecho de defensa” (Magro Servet, 2020) se ha reaccionado indicándose que:

“personalmente no comparto la radicalidad de los anteriores planteamientos puesto que, tras mi amplia experiencia profesional celebrando juicios penales, he podido constatar los graves problemas que se producen con frecuencia en la práctica habitual de las videoconferencias: problemas de disponibilidad de equipos, compatibilidad de sistemas técnicos, interrupción de la conexión, calidad de la imagen y del sonido e integridad de la grabación. Por ello, tengo la plena convicción de que un juicio virtual, que es algo de mayor complejidad y calado, precisa de una normativa completa que lo ampare y de una mejora de los medios técnicos actualmente disponibles”¹¹, a lo que se une que:

“no podemos obviar que hay algunos medios probatorios que resulta imprescindible practicar de modo presencial. Entre ellos destacan, por su propia naturaleza, la inspección ocular y la reconstrucción de los hechos. También añadiría, por su especial relevancia y trascendencia, la conveniencia de que, con carácter general, se practique de forma presencial declaración del acusado y la declaración de la víctima cuando constituya la única o la principal prueba de cargo” (Marca Matute, 2020).

A lo indicado anteriormente, se une otra consideración incluso de mayor calado; a saber: “la posibilidad de que los miembros del tribunal sentenciador no se encuentren presentes en la sala de vistas durante el acto del juicio y que intervengan en el mismo de forma virtual me parece posible técnicamente, pero inadmisibles jurídicamente” (Marca Matute, 2020).

Se comprenderá que ante tales posicionamientos de la procesalística española, la interrogante que surge inmediatamente es la siguiente: ¿de verdad esa procesalística está en disposición de aceptar un “juicio virtual con jurado” o “en modo de presencia virtual”? Interrogante de difícil respuesta que podría tener una consoladora replica si, finalmente, “los avances técnicos que se utilicen sean respetuosos con los derechos del acusado y cumplan con las garantías propias del juicio penal” (Marca Matute, 2020).

¹ Disponible en: <https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-10923>. Para un relato extenso de las medidas adoptadas, se ha de consultar la propia Ley 3/2020 y en, concreto, por lo que se refiere a la proyección de la citada norma en el proceso penal se recomienda la lectura del trabajo elaborado por Wolters Kluwer, en el diario *La Ley*, número 9702, en la Sección Actualidad Legislativa Comentada del 23 de septiembre de 2020.

² Una de las publicaciones más reciente que conozco sobre la materia es la de Marca Matute, J., Presidente del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja. Su publicación lleva el intitulo: *Juicios virtuales en tiempos del coronavirus*, y fue publicada en el diario *La Ley*, número 9688, en la Sección Plan de Choque de la Justicia/Tribuna del 3 de septiembre de 2020.

³ No obstante, un sector de la procesalística que dice basarse en la experiencia judicial del Reino de la Gran Bretaña indica que “las limitaciones del acceso físico a las sedes judiciales, plenamente justificado, no solo debería mantenerse, sino que debería regularse previendo a la vez medios alternativos de comunicación con los órganos judiciales en los casos en los que sea preciso” (Martínez de Santos, 2020).

⁴ Según el diccionario de la lengua española, una persona snob es la que pretende asumir, en base a su simpleza, maneras u opiniones, etcétera, cuestiones que considera modernas, actuales o transformadoras.

⁵ Más en concreto, LORCA NAVARRETE, A. M., *El proceso justo, equitativo y de efectiva tutela*, Edición Instituto Vasco de Derecho Procesal. San Sebastián 2019.

⁶ Léase nota anterior.

⁷ Léase nota anterior.

⁸ Se puede consultar la vigente ley española del jurado en la dirección en internet: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-12095>

⁹ El Artículo 52 de la ley del jurado se halla rubricado del modo que sigue: “Objeto del veredicto”. La ley del jurado española está disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-12095>

¹⁰ Más en concreto, Boletín Jueces para la Democracia, N° 13, Enero/Febrero 1995. Por los estudiosos del jurado en España ya se indicó en el siglo XIX que “este método de enjuiciar, sinónimo hoy de democracia... fue instituido para que los nobles no fueran juzgados sino por sus iguales, hasta que Enrique II, con el objeto de aminorar los excesivos privilegios de que sus vasallos nobles disfrutaban, lo hizo extensivo a todos los ciudadanos. En Inglaterra hay que estudiar en primer lugar esta institución, pues que de allí trae su origen y de allí ha pasado con las modificaciones convenientes a los demás países” (Abella, 1888, pp. 16, 23).

Referencias

- Abella, J. (1888). *Manual del Jurado. Contiene una extensa parte doctrinal seguida de la sección legislativa en que se inserta la Ley y el Real Decreto para su ejecución y los correspondientes formularios*.
- Almagro Nosete, J. (1970). El “libre acceso” como derecho a la Jurisdicción. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, 14, (37).
- Almagro Nosete, J. (1984). *Constitución y proceso*. Bosch.
- Almagro Nosete, J. (1984). Garantías constitucionales del proceso civil. *Para un proceso civil eficaz*.
- Andrews, N. (2013). *Justicia civil inglesa. Proceso civil y otras formas de resolución de controversias*. Editorial Temis.
- Armenta Deu, T. (2019). *Lecciones de Derecho procesal civil. Proceso de declaración. Proceso de ejecución. Procesos especiales. Arbitraje y mediación*. Marcial Pons.
- Cid Cebrián, M. (2005) La consolidación de los valores democráticos en la constitución del jurado. *Cuaderno monográfico dedicado al décimo aniversario de la ley del jurado (1995-2005)*, *Revista vasca de derecho procesal y arbitraje*.
- Cortés Domínguez, V. y Moreno Catena, V. (2019). *Derecho procesal civil. Parte general*. Tirant Lo Blanch.
- Couture, E. J. (1948). *Estudios de Derecho Procesal Civil*, vol. 1.
- De la Oliva Santos, A. (1999). Sobre los criterios inspiradores del Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, de 30 de octubre de 1998. *Revista de Derecho Procesal*.
- De la Oliva Santos, A. (2001). Verificación de los criterios esenciales de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, al año de su entrada en vigor. *Poder Judicial*, (64).
- De la Oliva Santos, A. (2012). El papel del juez en el proceso civil. Frente a ideología, *prudencia iuris*. *Cuadernos Civitas*. Thomson Reuters.
- De la Oliva Santos, A.; Díez Picazo Giménez, I., y Vegas Torres, J. (2016). *Curso de Derecho procesal civil II. Parte especial*. Editorial Universitaria Ramón Areces.
- De Miranda Vázquez, C. (2018). Las resoluciones orales en el proceso civil. *Revista vasca de derecho procesal y arbitraje*, (1).
- Díaz Cabiale, J. (1996). La fase preliminar en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado. *Revista vasca de derecho procesal y arbitraje* (2).
- Doig Díaz, Y.; Asencio Mellado, J. M.; Calaza López, S.; Cuadrado Salinas, C.; Fernández López, M.; Fuentes Soriano, O.; López Yagües, V.; Ochoa Monzó, V.; Rizo Gómez, B. y Ruiz de la Cuesta Fernández, S. (2019). *Derecho procesal civil. Parte general*. Tirant Lo Blanch. Manuales.

-
- Garberí Llobregat, J. (2009). Constitución y Derecho Procesal. Los fundamentos constitucionales del Derecho Procesal. *Cuadernos Civitas*. Thomson Reuters.
- Gómez Recio, F. Y Espina Ramos, J. A. (2005). De las amenazas condicionales a la extorsión, huyendo del Jurado. *La Ley*, número 6171.
- Leible, S. (1999). *Proceso civil alemán*, Konrad Adenauer Stiftung / Biblioteca Jurídica Diké.
- López-Fragoso Álvarez, T. y González Navarro, A. (2018). *Proceso civil práctico*, vol. 2. Aranzadi.
- Lorca Navarrete, A. M. (2019). *El proceso justo, equitativo y de efectiva tutela*. Edición Instituto Vasco de Derecho Procesal.
- Lorca Navarrete, A. M. (2020). *El nuevo diseño del proceso civil. Constitución. Derecho de la Unión Europea. Partes. Jueces y Letrados de la Administración de Justicia (Veinte años de aplicación de la ley de enjuiciamiento civil 2000-2020)*. Edición Instituto Vasco de Derecho Procesal.
- Lorca Navarrete, A. M. (2020). *Veinticinco años de la aplicación de la ley del jurado (1995-2020) El juicio con jurado*. Instituto Vasco de Derecho Procesal.
- Magro Servet, V. (24 de agosto de 2020). Hacia el uso habitual de la videoconferencia en las vistas judiciales: "Aprovechando las enseñanzas del Coronavirus". *La Ley*.
- Marca Matute, J (3 de septiembre de 2020). Juicios virtuales en tiempos del coronavirus. *La Ley*, número 9688.
- Martí Mingarro, L. (1990). Actos procesales y reforma de las leyes procesales. *Jornadas sobre la reforma del proceso civil*. Ministerio de Justicia.
- Martínez de Santos, A. (21 de septiembre de 2020). Del Juzgado y la sede física al proceso en línea. *La Ley*, número 9700.
- Martínez Ruiz, L. F. (1991). La exigencia de la equidad en el proceso civil. Jurisprudencia europea. *Jornadas: Jurisprudencia Europea en materia de Derechos Humanos*. Gobierno Vasco.
- Morello, A. M. (1983). La búsqueda de un nuevo modelo. *La justicia entre dos épocas*. Editora Platense SRL.
- Morello, A. M. (2002). *La justicia, de frente a la realidad*. Rubinzal-Culzoni Editores.
- Nieva Fenoll, J. (2015). *Derecho procesal II. Proceso civil*. Marcial Pons.
- Nieva Fenoll, J. (2016). *La ciencia jurisdiccional: novedad y tradición*. Marcial Pons.
- Nieva Fenoll, J. (2019). La instrucción como falsa "primera instancia" del proceso penal: hacia la tota superación del sistema inquisitivo, *Revista Ítalo-Española de Derecho procesal*, (1).
- Ortells Ramos, M. (2017). Publicidad del proceso penal ¿Garantía o amenaza? Notas (principalmente) sobre Derecho español. *Justicia*.
- Peces Morate, J. (5 de diciembre de 1988). Pautas para un cambio del enjuiciamiento civil. *Jueces para la Democracia*.
- Richard González, M. (16 de junio de 2020). Elogio del juicio oral (presencial) escrito por un profesor partidario del uso de la tecnología en el sistema judicial. *La Ley*.
- Ríos Muñoz, L. P. (2018). *Una aproximación crítica al estudio de los principios del proceso penal en la doctrina chilena*. Publicación del Instituto Vasco de Derecho Procesal.
- Rodríguez Achútegui, E. (2019). *Juicio civil ordinario. Prueba y recursos*. Thomson Reuters. Aranzadi.
- Rodríguez Merino, A. (2000). *Comentario al artículo 210 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, en Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Editorial Lex Nova, (1).
- Schönke, A. (1950). *Derecho procesal civil*. Bosch.
- Sierra Gil de la Cuesta, I. (1994). Principios del proceso civil. *Jornadas sobre práctica de Derecho procesal. Análisis actual y nuevas orientaciones*. Servicios de publicaciones del centro UNED-Melilla.

Vallepín Pérez, D. (2002). *El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil. Conexión entre el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a un proceso con todas las garantías.*

Vallepín Pérez, D. (2012). *Litigación civil.* Bosch.

Vallines García, E. (2019). El juicio ordinario en la ley de enjuiciamiento civil. *La Ley.*

¿Por qué la mediación es un buen instrumento para resolver conflictos civiles en tiempos de COVID-19 y post-COVID-19?

Dra. Carmen Barrón López*

Universidad de Valencia

Carbalo2@alumni.uv.es

Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2539-307X>

Resumen:

El colapso generado por la pandemia del COVID-19 en el funcionamiento de la Administración de Justicia por la suspensión de las actuaciones judiciales junto con la previsión de un aumento de la litigiosidad provocada por la situación económica derivada de la misma han propiciado la necesidad de replantear los sistemas actuales de tutela judicial. Desde el ámbito interno se está propiciando por el Consejo General del Poder Judicial la incorporación efectiva de la mediación como cauce de resolución de los conflictos. Situaciones de crisis de la justicia como la actual deben ser determinantes para el impulso efectivo de la mediación como vía idónea para la gestión y solución de conflictos civiles, a la que habría que acudir de forma preferente a la vía judicial en tiempos de COVID-19 y post-COVID-19.

Palabras clave: crisis; justicia; ADR; mediación; conflictos civiles

Abstract:

“Why is mediation a good instrument to resolve civil conflicts in times of COVID-19 and post-COVID-19?”. The collapse generated by the COVID-19 pandemic in the functioning of the Administration of Justice by the suspension of judicial proceedings, together with the forecast of an increase in litigation caused by the economic situation resulting from it, have favored the need to rethink the current judicial guardianship systems. From the domestic level, the General Council of the Judiciary is favoring the effective incorporation of mediation as a channel for conflict resolution. Situations of justice crises, such as the current one, must be decisive for the effective promotion of mediation as an ideal way for the management and resolution of civil conflicts, which should be used preferably to judicial channels in times of COVID-19 and post-COVID-19.

Keywords: crisis; justice; ADR; mediation; civil conflicts

Recibido: 15.10.2020

Aceptado: 07.12.2020

* Doctora en Derecho, Departamento de Derecho Procesal de la Universitat de València (UV). Máster en Derecho, Empresa y Justicia por la UV. Accésit del Premio Tomás y Valiente de la Facultad de Derecho de la UV a los mejores trabajos de investigación jurídica 2018. Abogada en ejercicio.

1. Introducción

En estos días nos hemos visto sumergidos en una nueva realidad, motivada por la irrupción a nivel mundial de la pandemia por la COVID-19, que nos está afectando en muy diversos ámbitos. Las situaciones vividas en los últimos meses han tambaleado nuestros cimientos sanitarios, políticos, judiciales y socioeconómicos. Así, la incesante actividad de nuestro día a día se ha visto paralizada de forma drástica hasta límites que, desde el punto de vista psicológico –e incluso jurídico– resultaban insospechados, de forma que nuestra libertad de actividad y de movimiento ha cedido en favor de la seguridad general, bajo la amenaza de un riesgo sanitario latente. En estas circunstancias, la prioridad sanitaria ha dirigido la actividad legislativa gubernamental, que se ha centrado en dictar sucesivas medidas urgentes a fin de paliar la crisis sanitaria y sus efectos socioeconómicos colaterales.

Asimismo, la pandemia del COVID-19 en España ha incidido especialmente en el funcionamiento de la Administración de Justicia, tras la declaración del estado de alarma el 14 de marzo de 2020, con la suspensión general de términos y plazos procesales, salvo para las imprescindibles actuaciones judiciales. En suma, junto a esta situación, hay que añadir que, tras la reanudación de la actividad judicial, se ha producido un exponencial aumento de la litigiosidad provocado por el impacto de la pandemia en nuestra economía. Ante esta realidad, se ha evidenciado una profunda crisis de la Administración de Justicia que pone de manifiesto la oportunidad, e incluso la necesidad, de replantear nuestro modelo judicial y buscar mecanismos que, junto con la vía judicial, configuren un sistema plural de vías de acceso a la Justicia, sin perjuicio de que la Administración de Justicia demuestre su capacidad de adaptarse a las nuevas circunstancias concurrentes.

Ciertamente, los efectos colaterales de la pandemia se dibujan devastadores en nuestro panorama socioeconómico, teniendo una gran repercusión conflictual la suspensión de la actividad económica, así como la dificultad de retomarla en un escenario económico inestable, impregnado por una constante amenaza sanitaria.

Pues bien, ante esta nueva realidad surgen oportunidades de cambio en el ámbito judicial que no debemos dejar pasar. Es por ello que debemos plantearnos soluciones y buscar alternativas constructivas que ayuden a paliarla. Centrándonos ya en el ámbito conflictual, la paralización de la actividad económica motivada por la declaración del estado de alarma y las dificultades para retomarla con normalidad son el caldo de cultivo de múltiples situaciones conflictuales que comienzan a invadir nuestro sistema judicial. En línea con lo expuesto, a diferencia de periodos anteriores de crisis económica en España, más focalizados en determinados sectores de la actividad, el impacto socioeconómico de la pandemia ha sido generalizado y ha afectado plenamente el tejido empresarial y la actividad económica de nuestro país, lo que irremediamente está derivando en múltiples situaciones de endeudamiento de las familias y de insolvencia empresarial.

En razón a lo expuesto, el número de procedimientos judiciales en el ámbito civil está creciendo exponencialmente, sin que haya previsiones de que dicha situación a corto plazo vaya a mejorar, por lo que se dibuja un oscuro panorama judicial.

2. *Status quo* de la mediación en España

La incorporación de las ADR en nuestro modelo continental atiende al reto de los países democráticos de facilitar el acceso a la Justicia del ciudadano,

proporcionándole un sistema adaptado a las necesidades evolutivas de la nueva realidad económica y social. Esta corriente ha venido impulsada por su reconocimiento nivel nacional e internacional, con denominaciones como MARC (Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos), MASC (Métodos Alternativos de Solución de Conflictos) y RAC (Resolución Alternativa de Conflictos) (Barona Vilar, 2014, p. 11).

La incardinación de mecanismos como la conciliación, la mediación o el arbitraje en un nuestro modelo de Justicia coexistiendo con los tribunales, en la actualidad, es una realidad indiscutida. De esta forma, estos mecanismos, en su evolución, se han venido posicionando como piezas esenciales en Derecho privado para la resolución de los conflictos, configurando un paradigma de justicia eficaz que ha cambiado su visión inicial de vías alternativas a la judicial, hasta su consideración como vías complementarias (Barona Vilar, 2011, p. 188).

En palabras de Redorta Lorente “el acceso a la Justicia por los ciudadanos debe ser visto como el derecho de acceso a los medios apropiados de resolución de conflictos en función de las circunstancias del caso” (Redorta Lorente, 2009, p. 6).

En este punto, resulta ya incuestionable que, aunque los tribunales han sido la única vía planteada para la resolución de conflictos, se han impulsado doctrinalmente otras vías de acceso a la Justicia, surgidas inicialmente como repulsa a la vía judicial, para posteriormente instaurarse como su complemento. Esta corriente es fiel reflejo del estado de bienestar que avanza en la búsqueda de proporcionar al ciudadano servicios públicos de calidad, entre los que se encuentra un sistema satisfactorio de acceso a la Justicia.

Compartimos con Barona Vilar que:

“La sociedad neo-moderna ha truncado el principio de que solo hay tutela bajo el monopolio procesal y con los tribunales de justicia. La paulatina incorporación –primero sectorial y poco a poco más general– de las ADR (inicialmente Alternative Dispute Resolution y posteriormente Adequated Dispute Resolution), amén de las mismas con instrumentos tecnológicos que han dado lugar a las ODR (On line Dispute Resolution), ha favorecido este cambio en el modelo de Justicia del Siglo XXI y ha avanzado hasta la consideración actual de todos los instrumentos de tutela de los ciudadanos, judiciales y no judiciales, jurisdiccionales y no jurisdiccionales, en un concepto de ‘Justicia integral’ o lo que en el mundo anglosajón se vino considerando como la multi-rooms Justice System” (Barona Vilar, 2018, p. 438).

En este escenario, las ADR han incitado una visión integral de la Justicia que ofrece al ciudadano un nuevo modelo amparado en el derecho a la tutela judicial efectiva. Así, junto al modelo judicial establecido por el Estado, se plantea la utilización paritaria de mecanismos de intervención privada como la mediación, en el que cobran especial protagonismo las partes.

En línea con lo expuesto, un sistema de justicia plural pone de relieve las ventajas de la aplicación en la resolución de controversias de sistemas de autotutela, autocomposición y otros mecanismos de heterocomposición (Moreno Catena, 2017, p. 50). Sobre la cuestión expuesta, compartimos con Martin Diz que:

“El modelo de justicia estrictamente procesal y estatalizado, en alusión a que la vía única y exclusiva de resolución de litigios, de acceso a la justicia, sea el proceso judicial dispuesto desde la Administración de Justicia ofrecida por el

Estado ha de superarse. No cabe, ya desde hace siglos, aún sin reflejo constitucional expreso, un modelo de justicia unívoco, un modelo en que la única forma de tutela pacífica y jurídica de los derechos sea el proceso judicial y a través de la función jurisdiccional que desempeñan jueces y magistrados pertenecientes al Poder Judicial. Nos encontramos en plena transición hacia una justicia integral en la cual conviven los sistemas jurisdiccionales públicos y dependientes del Estado con mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos...” (Martín Diz, 2019, p. 27).

Entre los citados mecanismos, consideramos de especial trascendencia la mediación, institución sobre la que resulta difícil dar una definición integradora (Soletto Muñoz, 2009, pp. 66-88) y que, si bien no es de reciente creación, en la actualidad más que una novedad es ya una realidad en España (Martín Diz, 2014, p. 2),

La mediación ha sido impulsada en nuestro país a instancia de la Unión Europea (UE) y de otros movimientos interregionales que la consideran una vía idónea para la gestión y resolución de conflictos. Este interés por la mediación no conlleva que su implantación haya sido efectiva, al estar siendo más costosa de lo que probablemente las autoridades de la UE pensaron y no haber alcanzado la finalidad esperada –en contraste con otros países de nuestro entorno–.

3. Incorporación de la mediación en las normas de Derecho español

El punto de partida para la regulación de la mediación en España tuvo lugar en el ámbito europeo con la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, en adelante, Directiva 2008/52/CE.

La Directiva 2008/52/CE constituye la culminación del interés mostrado por parte de la UE por los sistemas ADR y su transposición al ordenamiento jurídico español (Azcárraga Monzonís, 2013, p. 3) al establecer la obligación de los Estados miembros de la UE de legislar sobre mediación civil y mercantil.

En España, la transposición de esta Directiva 2008/52/CE, cuya adopción era urgente, se produjo por la Ley 5/2012, del 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (en adelante, Ley de Mediación), aplicable tanto a los conflictos transfronterizos entre los Estados miembros de la UE, como a los conflictos internos.

La Ley de Mediación define la mediación en su artículo 1 como “aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador”.

El ámbito de aplicación de la Ley de Mediación establecido en el artículo 2 extiende su aplicación a los asuntos civiles o mercantiles que versen sobre derechos y obligaciones disponibles, sin que resulte aplicable a la mediación en el ámbito penal, con las Administraciones públicas, en materia laboral y en conflictos de consumo.

Partiendo de la configuración de la mediación determinada por la Ley de Mediación, como rasgos esenciales de esta podemos destacar:

1. El principio de voluntariedad y de libre disposición para acudir a la mediación o para desistir de una mediación iniciada.

El principio de voluntariedad, recogido en la Directiva 2008/52/CE, se fundamenta en la libre disponibilidad de las partes respecto al procedimiento, que les confiere poder de decisión para organizarlo y darlo por terminado en cualquier momento. Por tanto, la voluntariedad se configura como un principio esencial de la mediación basado en el poder de decisión de las partes sobre la gestión de sus conflictos, lo que fomenta la responsabilidad de las partes y la toma de conciencia sobre las consecuencias de los acuerdos adoptados (Otero Parga, 2007, pp. 146-149).

2. Asimismo, el principio de igualdad entre las partes es trascendental en el procedimiento de mediación, en virtud del que se otorga a cada una de las partes la oportunidad de ejercitar sus derechos, proporcionándoles los mismos medios de defensa e intervención (Vilalta Nicuesa, 2009, pp. 43-44).

En la misma línea, compartimos con Barona Vilar que:

“sólo es posible identificar la mediación con la igualdad de las partes, de manera que, para que sean éstas las que intervengan, cedan y alcancen el acuerdo, es imprescindible que actúen en situación de igualdad de posiciones. De este modo, se viene excluyendo la mediación en aquellos supuestos en que este método implicaría la imposición de una parte sobre la otra, por razones diversas, de manera que deberán ser los mediadores los que establezcan esas situaciones claras que no deben llevarse a mediación” (Barona Vilar, 2010, p. 42).

3. El mediador debe ser neutral y adoptar una actitud cercana a las partes, pero equidistante respecto al acuerdo, siendo las partes las que lo alcancen. Por otra parte, la neutralidad es reflejo de la naturaleza autocompositiva de la mediación, en cuanto evidencia la capacidad y autonomía de las partes para gestionar el conflicto.

4. La mediación es un procedimiento flexible y adaptable a las circunstancias propias de cada conflicto y de las personas que intervienen en el mismo. Ciertamente, la mediación es un procedimiento flexible que se caracteriza por su adaptación a las necesidades de las partes, lo que no se deberá confundir con la arbitrariedad, por lo que, el mediador debe ser garante de que no se conculquen los principios de la mediación (Blohorn-Brenneur y Soletto Muñoz 2019, p.85).

En este sentido, el mediador tendrá la capacidad de valorar la marcha del procedimiento y adaptarlo, favoreciendo así el clima de acercamiento y confianza entre las partes. Esta adaptación no sería posible en un procedimiento rígido y formulario que se centrara en considerar solo los aspectos objetivos del conflicto, sin evaluar el problema subyacente existente entre las partes.

5. El principio de confidencialidad es otro de los principios rectores de la mediación, sobre el que se asienta la confianza del ciudadano en el procedimiento. En definitiva, la confidencialidad genera el clima necesario para que las partes actúen con plena libertad, y, así, manifiesten sus intereses y realicen propuestas que puedan construir un acuerdo (García Villaluenga, 2010, p. 733).

Si bien, la mediación no ha tenido en España la finalidad esperada, ante lo que ha surgido una corriente doctrinal que propugna la obligatoriedad del intento de mediación, planteándolo como requisito previo de acceso a la vía judicial en supuestos tasados. En línea con dicha corriente, que estaría en consonancia con la regulación de la mediación en diversos países de nuestro entorno, el legislador español ha querido dar un nuevo enfoque a la mediación, planteado en el Anteproyecto de Ley de Impulso

de la Mediación, aprobado el 11 de enero de 2019, estableciendo en supuestos tasados la obligatoriedad a los litigantes de acudir a una sesión informativa de mediación, en los seis meses previos a la interposición de la demanda.

Ciertamente, la citada propuesta legislativa ha supuesto un avance que plantearía un giro regulatorio de la mediación en España, estableciendo la obligatoriedad de las partes de acudir a la sesión informativa de mediación como trámite preceptivo en determinados procedimientos de ámbito civil y mercantil, así como en supuestos de mediación intrajudicial cuando sea acordada por el órgano judicial. Por tanto, nos encontramos ante una cuestión de gran trascendencia que, en caso de que finalmente sea implantada legislativamente en nuestro país, supondrá un importante cambio de rumbo en nuestro concepto de la mediación, al pasar de una mediación esencialmente voluntaria a convertirse en una mediación necesaria, pudiendo esta medida tener un efecto contrario al pretendido.

En este sentido, la obligatoriedad de la mediación como trámite procedimental previo a la vía judicial en determinadas materias y la sanción de condena en costas que acarrearía la incomparecencia injustificada de las partes, debe ser puesta en relación con el principio de voluntariedad de la mediación, a fin de considerar si dicha regulación pudiese conculcar el principio de libre acceso a la Justicia del ciudadano.

Sobre este punto, compartimos las conclusiones de Prats Albentosa:

“sin duda, el recurso directo a los Tribunales, sin intentar soluciones autocompositivas, no ha de estar vedado en ningún caso. No obstante, los litigantes deberían demostrar, efectivamente, al Juez, que han agotado todos los medios legítimos a su alcance para resolver el conflicto o que la gravedad de la lesión padecida es tal que, razonablemente, justifica que se acuda a ellos directamente. En consecuencia, los Tribunales deberían tratar con disfavor a quien no les demuestre que ha agotado todas las vías no judiciales para llegar a solucionar su litigio y, además, deberían tener a su alcance medios para reconducir el conflicto, cuando sea posible a tales vías de solución, sin que ello implique denegación de su ministerio, sino, al contrario, producirá un mejor ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva por los ciudadanos” (Prats Albentosa, 2011, pp.1-2).

En línea con lo anterior, la voluntariedad de la mediación no se considera conculcada por el hecho de acudir a la sesión informativa como fase previa al proceso, en cuanto, dicha asistencia brinda a las partes la oportunidad de conocer este método, sin imponerles la obligación de permanecer en el mismo; de modo que, las partes únicamente tendrán que asistir a la previa sesión informativa, a fin adquirir el conocimiento suficiente sobre esta técnica para, de esta forma, decidir sobre su utilización (García García, 2003, p. 137).

En posición contraria a dicha implantación surge una destacada corriente doctrinal que propugnan evolucionar hacia un derecho de tutela judicial efectiva que facilite al ciudadano acceder libremente a los órganos jurisdiccionales o a cualesquiera otras formas extrajudiciales de resolución de conflictos en el ejercicio de sus propios derechos e intereses legítimos, sin que para alcanzar una posición igualitaria en la elección de dichos métodos, deba imponerse la utilización obligatoria y condicionada de uno respecto al resto (Martín Diz, 2014, pp. 13-14).

Adicionalmente a lo expuesto –y como medida de impulso de la mediación en España–, se señala que el hecho de que las partes tengan que acudir a dicho

mecanismo puede ser la oportunidad de conocer sus ventajas y existencia, al no ser suficiente su simple estímulo (Azcárraga Monzonís, 2016, pp. 103-117).

Ciertamente, nos encontramos ante una cuestión polémica en la que resulta difícil mantener una postura uniforme. Por una parte, respecto del trámite preceptivo de asistencia a mediación planteado como requisito indispensable de acceso a la vía judicial, consideramos que puede ser un efectivo impulso a la mediación, al acercarla al ciudadano y permitirle adquirir confianza en este método. Por otra parte, debemos considerar si la situación actual de la Administración de Justicia, unida a la desconfianza y reticencia del ciudadano al uso de la mediación son el escenario idóneo para que esta regulación puede cumplir la función pretendida, o si, por el contrario, su implantación lo convertiría en un trámite preceptivo que dificultase al ciudadano el libre acceso a la vía judicial y le encareciese sus costes.

4. Impacto del coronavirus en la Administración de Justicia en España

Ciertamente el modelo de Justicia de la era pre-coronavirus ya venía arrastrando múltiples deficiencias que se han incrementado por la crisis sanitaria y su impacto socioeconómico. En este escenario, tras la declaración del estado de alarma el 14 de marzo de 2020, nuestros tribunales han vivido una situación sin precedentes en nuestro país, motivada por la suspensión general de los términos y plazos procesales, salvo las actuaciones esenciales para garantizar los derechos de las personas. Pues bien, con la puesta en marcha de la maquinaria judicial tras el levantamiento de la suspensión, las instalaciones judiciales han tenido que acondicionarse para implantar medidas preventivas provocando estas en muchos casos la suspensión o imposibilidad de celebrar las vistas o actuaciones judiciales. La situación expuesta, a la que adicionalmente se une la más que previsible amenaza de un incremento de la litigiosidad en los diferentes ámbitos del Derecho afectados por esta nueva realidad socioeconómica, derivó en la aprobación del Real Decreto-Ley 16/2020, del 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia.

La referida norma ha incorporado varias medidas de carácter procesal, de ámbito concursal, civil y mercantil con una doble finalidad: por un lado, facilitar una ágil reactivación de la actuación judicial tras el levantamiento de la suspensión y, por otro, la adopción de medidas previsoras del aumento de litigiosidad provocado por la pandemia.

En este sentido, las medidas adoptadas están orientadas a procurar la agilización procesal y mitigar el exceso de litigiosidad mediante el fomento de la mediación intrajudicial y la potenciación de mecanismos extrajudiciales de conflictos.

Amén de las referidas medidas de urgencia, la situación existente en nuestra Administración de Justicia evidencia la necesidad de adoptar soluciones de más amplio calado que excedan de la simple regulación por vía de urgencia de aspectos concretos, que enmienden de forma parcial nuestro ya deteriorado sistema judicial. En este sentido, resultan urgentes las medidas que garanticen la puesta al día de las actuaciones procesales atrasadas, con la inmediata celebración de las causas pendientes, así como las que garanticen una mayor celeridad de los nuevos procedimientos que están colapsando nuestros juzgados y tribunales.

Conscientes de dicha realidad, el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, órgano de gobierno de los jueces, aprobó en junio de 2020 una serie de medidas denominadas Plan de Choque para la reactivación tras el estado de alarma declarado

por el COVID-19, en el que se incluyen más de 60 medidas organizativas y gubernativas que recogen los principios y criterios generales que deberían inspirar las reformas legales a acometer.

Las medidas adoptadas recogen propuestas de muy diferente ámbito, desde organizativas y procesales, a tecnológicas y referentes a la solución extrajudicial de conflictos. En definitiva, las propuestas formuladas son un fiel reflejo del llamamiento que desde los diferentes ámbitos judiciales se está produciendo sobre la necesidad de implantar un nuevo modelo de Justicia en España.

En consecuencia, en situaciones como la actual, se demandan especialmente vías múltiples de acceso a la Justicia que garanticen un sistema más eficiente y que responda más ágilmente a las necesidades concretas del ciudadano y de la realidad social existente. De forma que, se ha de aprovechar la coyuntura de las circunstancias concurrentes para abordar una regeneración de la Justicia agónica, lo que requiere un replanteamiento del modelo paradigmático de Justicia (Barona Vilar, 2019, p. 779).

Ciertamente, la Administración de Justicia del siglo XXI, desconectada en gran medida de la realidad económica y social concurrente y sobrecargada por el auge de los conflictos derivados de un entorno cada día más complejo y globalizado, tiende a estar apoyada por medios extrajudiciales de resolución de litigios, tales como arbitraje, mediación y negociación, con un objetivo de justicia plural, integrada por sistemas alternativos o complementarios al proceso, sin que por ello se deba generar una situación de indefensión al ciudadano¹.

5. Mediación como instrumento idóneo de resolución de conflictos en tiempos de COVID-19

Como hemos venido comentando en este trabajo, nos encontramos ante una situación excepcional y sin precedentes como ha sido reconocida en España por el propio Consejo General del Poder Judicial, destacando entre las medidas propuestas la necesidad de buscar fórmulas que incentiven la solución extrajudicial de conflictos y, de esta forma, reservar la intervención judicial para aquellos casos que realmente sea necesaria.

En línea con lo expuesto, en el ámbito procesal civil se está produciendo un incremento exponencial de la litigiosidad generada por los conflictos laborales, resoluciones o incumplimientos de contratos de alquiler de vivienda y local de negocio, conflictos surgidos en referencia a las medidas provisionales o definitivas acordadas en procedimientos de familia, incumplimientos contractuales fundamentados en un cambio imprevisto y drástico de las relaciones contractuales, impagos bancarios, etcétera. A esta larga relación de supuestos, tenemos que añadir de forma especial los conflictos generados en el ámbito empresarial, especialmente afectado por los efectos económicos derivados la pandemia.

En definitiva, se configura un oscuro panorama judicial, ante el que el modelo de justicia estrictamente procesalista implantado en España no ofrece una respuesta adecuada a los conflictos planteados, por ello, nos hemos de replantear nuestro modelo de Justicia, a fin de proporcionar al ciudadano un sistema de acceso dotado de vías que sean sensibles a la realidad socioeconómica existente y que atienda de forma rápida y efectiva la especial conflictividad surgida, aliviando con ello la sobrecarga de la vía judicial.

Ciertamente, la pandemia ha sido el detonante para poner de manifiesto la insostenible situación de nuestra Administración de Justicia, reflejada en una creciente corriente doctrinal que reclama la implantación efectiva de mecanismos de resolución de conflictos como la mediación. No obstante, este camino abierto a otros cauces de resolución, con indudables concesiones respecto a una vía judicial monopolística de resolución de los conflictos, requiere un especial impulso para que se lleve a cabo la implantación efectiva de mecanismos como la mediación.

En este sentido, compartimos con Martín Diz que:

la mediación es una institución típicamente jurídica, en cuanto a su consideración como medio de resolución pacífica de disputas. Por tanto, en sentido amplio, ha de ser entendida como un mecanismo para impartir Justicia, que se inclina a dar a cada uno lo que le corresponde mediante la aplicación del derecho, la razón o la equidad (Martín Diz, 2010, p. 61).

Quizá la cuestión planteada debe trascender al método valorado y enfocarse desde una visión más general referente a la igualdad entre los diversos mecanismos de resolución de conflictos, partiendo de una regulación procedimental que garantice igualdad de armas y un efectivo derecho a la tutela judicial por los ciudadanos. Para ello, los diversos métodos, independientemente de su mayor idoneidad según la tipología del conflicto, podrán ser elegidos indistintamente por el ciudadano al inspirarle igual confianza y seguridad.

En razón a lo expuesto, a fin de valorar la idoneidad de la mediación, debemos considerar que el procedimiento de mediación es más flexible que el modelo judicial, al configurarse un procedimiento dinámico, en el que se determinan unos hitos mínimos y se deja libertad a las partes para su diseño y desarrollo, a fin de dotarlo de agilidad y especialidad. De modo que, en circunstancias como las concurrentes, consideramos que la mediación es el procedimiento que mejor puede adaptarse a las necesidades de las partes, sin que por ello se conculquen sus derechos y garantías esenciales.

En este sentido, como elementos rectores de la mediación podemos destacar los principios de voluntariedad, libre disposición, igualdad, confidencialidad y flexibilidad. Sobre la regulación del procedimiento de mediación sostiene Barona Vilar que:

“la regulación que se contiene en la Ley sobre el procedimiento no pretende tener vocación o carácter estático. De ser así, estaríamos ante una suerte de pseudoproceso al estilo del judicial, que no ofrecería ventajas a quienes a él acudan, más allá de la privatización de la justicia. No es ese ni el sentido de la incorporación de la mediación en el modelo de justicia y de tutela de los ciudadanos, ni el sentido *per natura* que tiene la mediación. La frescura, flexibilidad y adaptabilidad del procedimiento es su mayor tesoro, obviamente siempre que quien maneja el procedimiento, sea el mediador o mediadores, sea la institución de mediación, controlen y permitan extraer cuanto de beneficioso tiene esa adaptabilidad del procedimiento a las personas y a los conflictos” (Barona Vilar, 2013, p. 369).

En definitiva, el procedimiento de mediación es flexible y está regulado sobre unos parámetros básicos que dotan de validez al acuerdo alcanzado para darle fuerza ejecutiva, como refleja el apartado IV del Preámbulo de la Ley de Mediación.

Por todo ello, en las especiales condiciones concurrentes, hemos de considerar las bondades destacables de la mediación, como método que fomenta una cultura de

diálogo, lo que lo perfila como un mecanismo idóneo, en razón a que cuenta con la flexibilidad y adaptabilidad necesaria para dar una respuesta a las diferentes situaciones conflictuales que se presenten, ofreciendo a las partes la posibilidad de alcanzar un consenso para solventar sus conflictos. De esta forma, las partes apoyadas por la figura del mediador podrán encontrar soluciones más adecuadas al contexto actual y a la verdadera situación de las partes, abogando por el mantenimiento de las relaciones de cualquier ámbito, afectadas por el conflicto.

En este punto, debemos considerar que el aumento de litigiosidad producido por la recesión económica derivada de la pandemia está saturando nuestro sistema judicial y que dicha situación se agravará paulatinamente al no intuirse una evolución positiva a medio o largo plazo. Adicionalmente a la situación expuesta, hay que añadir los efectos propios que las medidas preventivas sanitarias contra la COVID-19 están ocasionando en la dinámica habitual de nuestros tribunales, derivando en muchas ocasiones en la suspensión de las actuaciones judiciales por la inadecuación de las salas de vistas judiciales o por las deficiencias de los sistemas digitales implantados, así como por las bajas del personal motivadas por la enfermedad, etcétera.

Pues bien, el panorama expuesto nos hace plantearnos que, más allá de las esperadas medidas a adoptar en la Administración de Justicia basadas en el aumento de la plantilla judicial y la implantación efectiva de medios telemáticos que supongan un soporte en su estructura y dinámica de trabajo, el actual escenario socioeconómico y judicial ofrece la oportunidad, incluso la necesidad, de avanzar en la implementación efectiva de mecanismos de acceso a la Justicia, como la mediación.

En línea con lo anterior, la promoción de un sistema colaborativo de resolución de conflictos como la mediación, más allá de aliviar el colapso existente en nuestro sistema judicial, puede generar un sentimiento de autogestión y construcción autónoma de solución a los conflictos que evidencien un cambio de cultural y un aprendizaje social derivado de la situación existente.

En consecuencia, consideramos que la mediación debe implantarse e integrarse en la justicia civil como mecanismo idóneo para gestionar los conflictos surgidos especialmente a raíz de las circunstancias concurrentes. Su idoneidad radica en que su procedimiento permite un tratamiento específico del conflicto, con la finalidad de alcanzar una solución consensuada, con un consiguiente compromiso de cumplimiento de las partes de la solución alcanzada.

En definitiva, la mediación ofrece a los ciudadanos una herramienta que favorecerá una solución rápida, flexible, económica, privada y duradera. A pesar de ello, en la actualidad la mediación en España está poco implantada en el ámbito civil y mercantil y queda aún un largo camino por recorrer. En este sentido, la incorporación del estudio de la mediación en las universidades, así como, su fomento por instituciones y asociaciones nacionales y sectoriales es incuestionablemente el caldo de cultivo necesario para su futuro impulso. Asimismo, será decisivo para su fomento, el papel de los diversos operadores jurídicos, que deberán estar formados en este método para así transmitir la relevancia e idoneidad de su utilización.

La cuestión expuesta no es baladí, en cuanto la formación específica de estos profesionales, especialmente abogados y asesores que cuentan con la confianza de sus clientes, supondrá una nueva orientación en su asesoramiento, que estará dirigido a la mediación. Por tanto, para que la mediación pueda implantarse deberá superar el escollo previo de darse a conocer a los profesionales que asesoran, para que tomen conciencia de esta institución, en sus diversas dimensiones y conozcan las bondades

de su implantación. De esta manera, su diligente actuación deberá estar orientada a proporcionar el mejor asesoramiento a sus clientes sobre los métodos más idóneos para gestionar sus conflictos, sin derivarlos necesariamente a la vía judicial.

Asimismo, el siguiente paso para el impulso de la mediación va de la mano del fomento efectivo de este instrumento en el ámbito empresarial. En este sentido, será necesario un acercamiento efectivo de la mediación a la empresa, mediante la demostración de sus virtudes y ventajas, de forma que inspire la confianza necesaria para recurrir a este método.

Por todo ello, para que la institución de la mediación se gane el respeto del justiciable, deberá transmitirle unos estándares de profesionalidad y transparencia que permitan confiar en esta institución y elegirla la mejor opción para gestionar y solventar determinados conflictos. En línea con lo expuesto, se ha de superar el temor en el uso de la mediación que, en definitiva, ofrece las mismas garantías y ejecutividad que la vía judicial.

Ciertamente, resulta incuestionable que la implantación efectiva de la mediación como mecanismo complementario a la vía judicial requerirá un cambio de cultura social, jurídica y normativa, para que este mecanismo se configure como medio efectivo de resolución de controversias. En consecuencia, será necesario un cambio de cultura, no sólo de los operadores jurídicos, sino también, de la ciudadanía en general y de la clase política en particular. Hace falta impulsar la mediación, observarla, seleccionar buenos mediadores, facilitar su acceso e integrarla en el marco de la tutela efectiva de los ciudadanos y, a partir de ahí, tratar de ir poco a poco adquiriendo fuerza en el marco de la gestión y resolución de conflictos.

6. Protagonismo de la mediación en la era post-COVID-19

Como hemos venido comentando en este trabajo, la situación existente provocada por los efectos socioeconómicos derivados de la pandemia ha agudizado la insostenible situación de nuestra Administración de Justicia que se encuentra desbordada y que evidencia su imposibilidad de atender la sobrecarga de trabajo derivada de esta nueva realidad.

En este contexto, entre las medidas propuestas por el Consejo General del Poder Judicial se encontraba la obligatoriedad de las partes de intentar una solución extrajudicial previamente al inicio de acciones civiles, cualquiera que fuere su cuantía.

Sin embargo, el Real Decreto-ley 16/2020 del 28 de abril, que publicó las medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, no acogió la referida recomendación del Consejo General del Poder Judicial. Ciertamente, en la actualidad, no se han adoptado medidas que de forma drástica pueda paliar la actual situación de nuestra Administración de Justicia. En este sentido, las medidas de refuerzo de los juzgados y tribunales que atañen a la organización, planta y demarcación judicial, no se plantean como una solución efectiva a medio y largo plazo. Adicionalmente, aunque se ha producido un avance efectivo del proceso de digitalización de la Justicia, con la adaptación a las nuevas tecnologías implantadas con la Ley 18/2011 del 5 de julio, queda aún un largo camino por recorrer en este terreno.

En suma, la situación tiende a empeorar: cada día son más los procedimientos instados antes los tribunales y resulta patente la necesidad de los particulares y

empresas de obtener una solución urgente a los conflictos económicos generados por la pandemia.

A sabiendas de que las esperadas medidas a adoptar por la Administración de Justicia resultarán a todas luces insuficientes para paliar el colapso judicial existente; se plantea un panorama que genera la necesidad urgente de adoptar medidas eficaces que dinamicen el acceso a la Justicia del ciudadano. En este punto, la mediación se perfila como una magnífica herramienta para dirimir conflictos derivados del impacto socioeconómico provocado por la pandemia, en cuanto, es el instrumento más idóneo para alcanzar acuerdos que puedan cumplirse y buscar una solución constructiva a la situación de confrontación.

Desde las empresas y familias se reclama la adopción urgente de un cambio de rumbo, ante la insostenible situación de nuestra Administración de Justicia. A la luz de esta nueva realidad que estamos viviendo, la mediación se perfila como un método especialmente idóneo en conflictos de ámbito civil o mercantil, lo que debería convertirla en la vía preferente para la gestión o resolución de los conflictos que se presenten en estos ámbitos. En este sentido, la naturaleza del conflicto debe ser un elemento determinante en la elección del método más adecuado para su tratamiento. De forma que, en las circunstancias concurrentes con especial incidencia en el sector empresarial, familiar y laboral, la mediación se convierte en el método más adecuado, fundamentalmente porque las partes pueden encontrar una solución equilibrada, más rápida, flexible y económica que la judicial, manteniendo a la vez el control de su cumplimiento.

En línea con lo expuesto, no podemos olvidar que la mediación se basa en el consenso dialogado y en la búsqueda de soluciones, sobre la base de un compromiso mutuo de cumplimiento de los acuerdos alcanzados. En este punto, dichos compromisos cobrarán especial significado para eliminar de forma efectiva el conflicto y evitar que surja *a posteriori*.

Como hemos venido comentando, desde el propio Consejo General del Poder Judicial se han elevado voces partidarias de la incorporación de la obligatoriedad de la mediación, en su sesión informativa, como paso previo para acceder a la vía judicial. Posiblemente, la adopción de dicha medida generaría una mayor cultura de la mediación, con la consiguiente reducción de la litigiosidad, pero también podría conculcar el principio de voluntariedad de la mediación, sin perjuicio de convertir dicho trámite en un presupuesto de procedibilidad necesario para acudir a la vía judicial (Barona Vilar, 2018, pp. 68-69).

En definitiva, debemos reconsiderar la fórmula de la denominada “mediación voluntaria mitigada” (Vázquez De Castro y García Villaluenga, 2013, p. 93). Este cambio de criterio se planteaba por el legislador al no haber conseguido la regulación actual de la mediación demostrar su operatividad, como expresamente manifiesta la Exposición de Motivos del referido Anteproyecto. Si bien, dicha fórmula no puede ser implantada como un remedio de urgencia, que tenga como finalidad primordial aliviar nuestro ahogado sistema judicial.

Ciertamente, se trataría de una obligatoriedad *ope legis* determinada por materias específicas que, asimismo, proporcionaría a los tribunales herramientas legales para derivar a mediación intrajudicial los asuntos que se consideren susceptibles de la misma. Cualquier reforma legislativa en estos términos debe ir adecuadamente acompañada de un esfuerzo institucional de impulso de la mediación que favorezca un cambio de cultura del ciudadano sobre dicho método.

A modo de conclusión, en caso de que finalmente resulte aprobada alguna iniciativa legislativa en términos similares a los indicados, consideramos que su valoración como medida de impulso a la mediación puede ser positiva, al pretender la implantación definitiva de la mediación como un medio complementario a la vía judicial, relegando a ésta las cuestiones que no puedan obtener resolución por otras vías. Empero, dichos objetivos hay que ponerlos en relación con la situación actual de la mediación y su escasa implantación.

En línea con lo expuesto, para avanzar en este camino, consideramos que sería necesaria la previa difusión y puesta en valor de la mediación, a fin de que cuando las partes asistan a la reunión informativa, tengan ya conocimiento y confianza en este método, para verdaderamente plantearse como una alternativa efectiva a la vía judicial. No obstante, este sería el primer paso, ya que, si el ciudadano no confía en este método, dicha asistencia se convertirá en un mero trámite procedimental que únicamente añadirá dilación temporal y coste económico al ya lento y gravoso procedimiento judicial.

Por tanto, consideramos que la eficacia de la mediación va más allá de adoptar medidas impositivas de ámbito legislativo, al ser fundamental para su implantación la potenciación de las políticas públicas que conciencien a la sociedad de sus virtualidades y la configuren como una vía efectiva de acceso a la Justicia. Esta concienciación, mediante la información y demostración de las bondades de este método, tendrá que ser extensiva a todas las partes implicadas, tanto a los diversos operadores jurídicos – como jueces, abogados, etcétera–, como a las partes enfrentadas, para conseguir una implicación y compromiso conjunto en este procedimiento. De forma que es absolutamente imprescindible la concienciación de todos los profesionales del ámbito del Derecho y su colaboración decidida en apoyo de la mediación.

7. Reflexiones finales

Toda sociedad avanzada debe organizar sistemas que permitan ofrecer al ciudadano diversos mecanismos, entre los que pueda elegir libremente la vía más adecuada para la gestión y resolución de sus propios conflictos. En este sentido, ya se encuentra superada ampliamente la consideración de que el sistema judicial es la única vía de acceso a la Justicia, de forma que, incluso en determinados ámbitos conflictuales, han ido ganando peso métodos como el arbitraje o la mediación, que han pasado de ocupar una función alternativa a adoptar una posición complementaria, desplazando así a la vía judicial.

Como hemos venido comentando en este trabajo, estamos viviendo una situación de emergencia sanitaria mundial sin precedentes que ha traído consigo una fuerte recesión económica y, con ella, un exponencial incremento de la litigiosidad. Las desgraciadas circunstancias que nos han embargado han evidenciado las carencias de nuestro modelo de Justicia y su imposibilidad para atender y dar respuesta de forma rápida y efectiva a los conflictos generados en la era coronavirus y post-coronavirus.

Ante esta realidad, debemos plantear un cambio de rumbo que debe de ir inexorablemente unido de un efectivo impulso de las soluciones extra-jurisdiccionales de conflictos, con especial incidencia de la mediación, por su especial versatilidad en circunstancias como las concurrentes. En esta línea, el Consejo General del Poder Judicial ha adoptado medidas en favor de la potenciación y favorecimiento de la mediación.

En estas circunstancias, no podemos dejar de impulsar la mediación, siendo para ello un soporte fundamental darla a conocer al ciudadano. Ciertamente, estamos viviendo momentos difíciles y de gran incertidumbre económica que exigen un replanteamiento de nuestro modelo de Justicia, en el que la mediación puede tener un especial protagonismo y configurarse como una pieza clave del sistema.

En el panorama existente, la mediación puede ser la mejor herramienta para afrontar las múltiples situaciones conflictivas que se planteen. La crisis económica generada por la pandemia está teniendo una fuerte repercusión socioeconómica que requiere un esfuerzo de reconstrucción laboral, familiar, económica y jurídica que proporcione a los conflictos surgidos una solución rápida y acorde a esta nueva realidad. En estas circunstancias, se ofrece una gran oportunidad a la mediación como vía que fomenta el consenso y la ayuda mutua. Por todo ello, será necesario confiar en la mediación y darle la oportunidad de desarrollar sus bondades.

Pese a todo ello, la mediación sigue careciendo en la actualidad en España de una regulación adecuada a nivel estatal que la desarrolle, la profesionalice y la dote de verdadera independencia funcional. Como hemos venido comentando, como medida para su implantación efectiva, va cogiendo fuerza la corriente doctrinal recogida en otros sistemas jurídicos, que ha tenido eco en el Anteproyecto legislativo mencionado, basado en imponer a las partes en determinados supuestos como requisito previo de procedibilidad para acceder a la vía judicial, la obligatoriedad de acudir a la sesión informativa del procedimiento de mediación.

De forma que, si el legislador finalmente adoptase este cambio de criterio como medida de impulso a la mediación, verdaderamente se podría avanzar en la implantación efectiva de la mediación en España, si bien consideramos que paralelamente sería igualmente necesaria una política de potenciación y profesionalización de la mediación. En definitiva, para implementar de forma efectiva la mediación en nuestro país se ha de fomentar e impulsar este método, en su vertiente complementaria a la vía jurisdiccional, para avanzar con ello en la búsqueda de un nuevo modelo de Justicia integral.

¹ Para mayor información al respecto, consúltese: Carrasco Durán, M. (2018) *El derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión*, Thomson Reuters-Aranzandi.

Referencias

- Azcárraga Monzonís, C. (2013). Impulso de la mediación en Europa y España y ejecución de acuerdos de mediación en la Unión Europea como documentos públicos con fuerza ejecutiva. *Revista electrónica de estudios internacionales*, (25).
- Azcárraga Monzonís, C. (2016). El (limitado) impacto de la directiva sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles y la mediación obligatoria como medida de promoción en S. Barona Vilar (Ed.), *Mediación, Arbitraje y Jurisdicción en el nuevo paradigma de Justicia* (pp. 103-117). Civitas-Thomson Reuters.
- Barona Vilar, S. (2010). Solución extrajudicial de conflictos con *ojos de mujer*: la incorporación de las ADR en el ordenamiento jurídico español en K. Etxebarria Estankona e I. Ordeñana Gezuraga (Dir.), *La resolución alternativa de conflictos. Segunda edición de las jornadas "Justicia con ojos de mujer" celebradas en la Facultad de Derecho de la UPV/EHU el 26 de noviembre de 2009*. Argitalpen Zerbitzua S. E.

-
- Barona Vilar, S. (2011). Las ADR en la justicia del siglo XXI, en especial la mediación. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, (1).
- Barona Vilar, S. (2013). *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España. Tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio*. Tirant Lo Blanch.
- Barona Vilar, S. (2014). Integración de la mediación en el moderno concepto de Acceso a la Justicia. Luces y sombras en Europa. *InDret*. <http://www.indret.com/pdf/1092.pdf>
- Barona Vilar, S. (2018). *Nociones y principios de las ADR (solución extrajudicial de conflictos)*. Tirant lo Blanch.
- Barona Vilar, S. (2018). Retrato de la justicia civil en el siglo XXI: ¿caos o una nueva estrella fugaz? *Revista Boliviana de Derecho*, (25).
- Barona Vilar, S. (2020). Justicia civil post-coronavirus, de la crisis a algunas de las reformas que se avizoran. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, (12 bis).
- Blohorn-Brenneur, B. y Soletto Muñoz, H. (2019). *La Mediación para todos: la Mediación en el ámbito civil e intrajudicial*. Aranzadi.
- Comunicación poder Judicial (16 de junio de 2020). *El Pleno del órgano de gobierno de los jueces aprueba el plan de choque del CGPJ para la reactivación tras el estado de alarma*. <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Oficina-de-Comunicacion/Archivo-de-notas-de-prensa/El-Pleno-del-organo-de-gobierno-de-los-jueces-aprueba-el-plan-de-choque-del-CGPJ-para-la-reactivacion-tras-el-estado-de-alarma>
- García García, L. (2003). *Mediación familiar. Prevención y alternativa al litigio en los conflictos familiares*. Dykinson.
- García Villaluenga, L. (2010). La mediación a través de sus principios. Reflexiones a la luz del anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles. *Revista general de legislación y jurisprudencia*, (4).
- Martin Diz, F. (2014). Del derecho a la tutela judicial efectiva o de la Justicia. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, (23).
- Martin Diz, F. (2014). Mediación en derecho privado: nuevas perspectivas prácticas. *Revista General de Derecho Procesal*, (33).
- Martin Diz, F. (2019). El derecho fundamental a justicia: Revisión integral e integradora del derecho a la tutela judicial efectiva. *Revista de derecho político*, (106).
- Moreno Catena, V. (2017). La resolución jurídica de conflictos en H. Soletto Muñoz (Dir.), *Mediación y solución de conflictos: técnicas y ámbitos* (p. 50). Tecnos.
- Otero Parga, M. (2007). Ventajas e inconvenientes de la mediación en H. Soletto Muñoz y M. Otero Parga (Coords.), *Mediación y solución de conflictos: habilidades para una necesidad emergente*. Tecnos.
- Pardo Iranzo, V. (2014). *La ejecución del acuerdo de mediación*. Aranzadi.
- Prats Albentosa, L. (2011). Desjudicialización (I): el proyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles. *Diario La Ley*, (7625).
- Redorta Lorente, J. (2009). La justicia del futuro. Simposio sobre Tribunales y Mediación. Nuevos caminos para la Justicia. Comunicaciones. GEMME.
- Soletto Muñoz, H. (2009). La mediación: método de resolución alternativa de conflictos en el proceso civil español. *Revista eletrônica de Direito Processual*, (3), pp. 66-88.
- Soletto Muñoz, H. (2017). El proceso de mediación en H. Soletto Muñoz (Dir.), *Mediación y solución de conflictos: técnicas y ámbitos*. Tecnos.
- Vázquez De Castro, E. y García Villaluenga, L. (2013). La mediación civil en España: luces y sombras de un marco normativo. *Política y Sociedad*, (50).
- Vilalta Nicuesa, A. (2009). Una aproximación al derecho extranjero en materia de mediación en P. Casanovas, y M. Poblet (Eds.), *Materiales del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*. Generalitat de Catalunya, Departament de Justicia, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada.
-

Responsabilidad internacional por SARS-CoV-2 según el marco normativo de la Organización Mundial de la Salud

Dr. Fernando Villamizar Lamus*

Universidad Bernardo O'Higgins

fvillamizar@ubo.cl

Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0967-1161>

Mg. Constanza Sepúlveda Riquelme**

Universidad Bernardo O'Higgins

consepulveda@docente.ubo.cl

Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3245-0116>

Resumen:

El virus SARS-CoV-2 ha causado grandes estragos en el mundo, no solo en materia sanitaria, sino también en materia política, económica, psicológica y social. Dados los efectos nefastos de este virus, muchas voces claman y clamarán por algún tipo de reparación o que se determine a los responsables de la expansión del mismo. En este contexto, la figura del Derecho Internacional Público de la responsabilidad por el hecho internacionalmente ilícito toma relevancia como mecanismo jurídico. El presente artículo hará un recorrido teórico de la Responsabilidad por el hecho ilícito internacional, aplicado al caso de una eventual reclamación internacional por los efectos del SARS-CoV-2. Para determinar las presuntas normas internacionales incumplidas se acudirá a las regulaciones normativas de la Organización Mundial de la Salud, se analizará si procede o no la responsabilidad a la luz de los hechos y normas y se examinará la forma en que la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y el Reglamento Sanitario Internacional (RSI) establecen los métodos de solución pacífica de controversia y lo que podría pasar en cada uno de dichos métodos. El principal hallazgo será que la complejidad del caso y la concatenación de métodos de solución de controversias de la Constitución de la OMS y del RSI hacen que las eventuales soluciones de las mismas sean muy dilatadas en el tiempo. En la metodología empleada para el análisis de la situación, se acudirá a los criterios que en materias afines se han consagrados en distintos fallos de la Corte Internacional de Justicia.

Palabras clave: COVID-19; hecho internacionalmente ilícito; Organización Mundial de la Salud; responsabilidad internacional; solución de controversias OMS

* Doctor en Ciencia Política y Sociología, Universidad Pontificia de Salamanca. Magíster en Derecho de la Empresa, Pontificia Universidad Católica de Chile. Abogado de la Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia. Profesor de Derecho Internacional Público, Universidad Bernardo O'Higgins, Chile. Actualmente se desempeña como Director de la Escuela de Derecho de la Universidad Bernardo O'Higgins. Correo electrónico: fvillamizar@ubo.cl.

** Magíster en Derecho, Universidad de Talca. Abogada Universidad Bernardo O'Higgins, Santiago, Chile. Ayudante de la cátedra de Derecho Internacional Público, Universidad Bernardo O'Higgins. Correo electrónico: consepulveda@docente.ubo.cl

Abstract:

“International responsibility for SARS-CoV-2 according to the normative framework of the World Health Organization”. SARS-CoV-2 has caused great havoc in the world, not only in health affairs, but also in political, economic, psychological and social matters. Given the dire effects of this virus, many voices cry out and will continue crying out for some kind of repair or for determining those responsible for the virus’ expansion. In this context, the figure of Public International Law of responsibility for the internationally wrongful act takes relevance as a legal mechanism. The article here presented offers a theoretical overview of Responsibility for the international wrongful act, applied to the case of an eventual international claim for the effects of SARS-CoV-2. In order to determine the presumed international norms that have not been complied with, the normative regulations of the World Health Organization will be pointed out. Whether or not liability is appropriate in light of the facts and rules will be analyzed and the way in which the Constitution of the World Health Organization (WHO) and the International Health Regulations (IHR) establishes the methods for the peaceful settlement of controversies and what could happen in each of these methods will be examined. The main finding will be that the complexity of the case and the concatenation of dispute resolution methods of the WHO Constitution and the RSI make the eventual solution of the same very long in time. Regarding the methodology used for the analysis of the situation, the criteria used in related matters enshrined in different rulings of the International Court of Justice will be employed.

Keywords: COVID-19; dispute resolution WHO; international liability; international wrongful act; World Health Organization

Recibido: 15.10.2020
Aceptado: 05.12.2020

1. Introducción

Pensar que una situación puntual acaecida en un lugar lejano y poco conocido del planeta podría generar una pandemia que cambie la forma de vivir y que tenga en ascuas a la humanidad era hasta hace poco tiempo atrás algo propio de una película de ficción como “Contagio” (2011), en la cual Matt Damon y su familia debían vivir los rigores de un virus que afectaba a todo el globo terráqueo. Hoy el SARS-CoV-2, mejor conocido como y en adelante COVID-19, ha hecho que la realidad haya superado, o por lo menos igualado, a la ficción. Como es de esperar, ante los duelos por la pérdida de los seres queridos que sucumbieron ante las consecuencias del virus y las frustraciones y alto impacto económico que ha generado toda la pandemia, no faltan las voces de profesionales del Derecho que afirman, y dan por sentado, el arribo de demandas judiciales para reparar los daños causados por COVID 19 (Introvigne, 2020).

En ese contexto, el presente artículo tiene como objetivo analizar, en un marco normativo restringido, la Constitución de la Organización Mundial de la Salud y las posibles obligaciones internacionales incumplidas con ocasión de la pandemia. La hipótesis de estudio consiste en que dados los elementos de la responsabilidad por el hecho internacionalmente ilícito, atribución de la conducta del Estado o elemento subjetivo e incumplimiento de la obligación internacional del Estado o elemento objetivo (Crawford y Olleson, 2010, p. 453), la responsabilidad en el marco normativo de la Organización Mundial de la Salud¹ podría erigirse, pero los métodos de solución de controversias contenidos en dicho instrumento jurídico internacional, van a hacer difícil que dicha responsabilidad se materialice en un fallo judicial.

Para efectos de desarrollar el tema y comprobar la hipótesis planteada, en primer lugar, se revisará lo concerniente a la responsabilidad internacional de los Estados en términos generales. Una vez visto y analizado el tema anteriormente enunciado, se analizarán los hechos acaecidos por los cuales se podría imputar responsabilidad del Estado, en el marco de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud y el Reglamento Sanitario Internacional, bajo el prisma del cumplimiento o incumplimiento de las normas internacionales allí contenidas y de la atribución al Estado incumplido. En una tercera etapa, se estudiarán los métodos de solución de controversias y cómo estos podrían propender o no a una pronta resolución de los conflictos generados por la COVID-19. Finalmente se plantearán las conclusiones a las que haya lugar.

2. Sobre la responsabilidad de los Estados

Tal y como lo plantea el célebre jurista Paul Reuter “la responsabilidad es el corazón del Derecho Internacional” (Reuter, 1991, p. 390), entendiendo dicha institución jurídica como aquella según la cual a un sujeto de Derecho Internacional le es imputable un acto o comportamiento contrario a sus obligaciones internacionales, y, por ende, debe reparar al sujeto de Derecho Internacional que es víctima (Ruzié y Teboul, 2015). En ese sentido, la responsabilidad internacional es un principio fundamental del Derecho Internacional (Shaw, 2011), o lo que es más contundente aún: un corolario². A diferencia de lo que ocurrió en algunos Estados de Europa occidental durante su consolidación, en que se aplicaba la máxima “el rey no se equivoca” (“the King can do no wrong”), en el Derecho Internacional Público esto no es posible, porque, mientras en el plano interno la soberanía juega un rol sin límites en principio, en el plano internacional la soberanía se equipara entre Estados que tienen el mismo status (Pellet, 2010). Así, tal y como lo planteó la Corte Permanente de Justicia Internacional el caso Wimbledon “la posibilidad por la cual un Estado incurre en responsabilidad, corresponde a un atributo de la soberanía estatal” (*Reino Unido, Francia, Italia y Japón c. Alemania*, 1923). La responsabilidad internacional del Estado es una institución que se ha configurado

esencialmente de manera consuetudinaria. Esto debido a que si bien es “la hora de la verdad del Derecho Internacional y el orden en la cual prospera” (Benchikh, 2018, p. 621), no es fácil que cualquier Estado del mundo acepte la determinación de reglas que puedan servir para establecer su responsabilidad internacional (Benchikh, 2018), como se verá más adelante cuando se trate el proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre el tema.

Una de las primeras alusiones directas a la responsabilidad del Estado antes de la configuración estatal de Westfalia fue la realizada por Hugo Grocio, quien en 1625 expresó que cualquier daño causado conlleva la obligación por el Derecho Natural de hacer una reparación por el daño, si es que hay alguno. Desde luego, este concepto fundamental se implanta y evoluciona en el ámbito del Derecho Internacional, de manera que en la jurisprudencia de la primera parte del siglo XX se encuentra claramente expresado, como por ejemplo en los siguientes casos juzgados por la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI): (i) Caso del vapor Wimbledon, en el cual la CPJI estableció que, por el hecho de haber negado el paso por el canal de Kiel al vapor Wimbledon, Alemania es responsable por el daño causado y debe compensar al gobierno francés (*Reino Unido, Francia, Italia y Japón c. Alemania*, 1923); (ii) Caso de la fábrica de Chorzów, en el cual la CPJI consideró como principio de Derecho Internacional la obligación de reparar como resultado de toda violación de un compromiso internacional (*Alemania c. Polonia*, 1928).

En la segunda mitad del siglo XX y con el inicio de las funciones de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), los principios sobre responsabilidad del Estado se mantuvieron. De hecho, en el primer caso de conocimiento de la CIJ, el famoso caso del Estrecho de Corfú, ésta consideró responsable a Albania por las explosiones de unas minas que le causaron daños a dos buques de guerra británicos cuando navegaban en el mencionado Estrecho. En el análisis de la CIJ, el fundamento de la responsabilidad se sustentaba en la obligación de Albania de conocer que su territorio era usado para actitudes contrarias a los derechos de otros Estados (*Reino Unido de Gran Bretaña y el Norte de Irlanda*, 1949), con lo cual el concepto del control sobre las actividades que se hacen al interior del Estado³, hace parte fundamental para los efectos de generar responsabilidad internacional. Este concepto del control se enriquece con el caso Nicaragua, en el cual Estados Unidos proveyó apoyo de diverso tipo a los paramilitares nicaragüenses contrarios al régimen sandinista, los llamados “contras”, y en el cual la CIJ decidió que aquella conducta era una violación del Derecho Internacional imputable a Estados Unidos (*Caso concerniente a las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, 1986).

De manera más reciente, hay dos casos, de la multitud que puede invocarse como ejemplo, que también son íconos en lo relativo a la responsabilidad internacional del Estado. Por una parte, es relevante tratar el caso “Rainbow Warrior”, en el cual dos agentes que actuaban por Francia hundieron la embarcación del mencionado nombre en aguas territoriales de Nueva Zelanda. Tras una mediación del Secretario General de Naciones Unidas, las partes celebraron un tratado en 1986, en virtud del cual a Francia se le obligó a pagar una indemnización a Nueva Zelanda y a trasferir a los dos agentes a una base francesa en el Pacífico, en la que estarían por tres años y de la que no saldrían sin el mutuo consentimiento de ambos Estados. Posteriormente, los agentes franceses fueron repatriados a Francia metropolitana sin el consentimiento de Nueva Zelanda, lo que causó la invocación por parte de Nueva Zelanda de una cláusula arbitral del tratado de 1986, con la cual el caso se decidió en arbitraje. Nueva Zelanda argumentaba el incumplimiento de las obligaciones del tratado de 1986 y Francia se defendió bajo el argumento de una fuerza mayor en la repatriación de los agentes que no podía controlar (ONU, 2006).

El caso se decidió a favor de Nueva Zelanda porque los árbitros no encontraron justificada la fuerza mayor alegada por Francia. Lo relevante de este caso, para los efectos de este artículo, es que el incumplimiento del acuerdo internacional, así no haya generado daño aparente a una de las partes, generó responsabilidad internacional de Francia por el incumplimiento de una obligación internacional que le era imputable. Por otra parte, el caso Gabčíkovo-Nagymaros también es relevante, tanto como referente en general de la responsabilidad internacional del Estado, como antecedente relevante para el análisis que se hará más adelante. En este caso, Hungría abandonó la construcción de una represa a la cual estaba obligada por un acuerdo internacional. La CIJ decidió que Hungría no satisfizo los requerimientos para sustentar un estado de necesidad en virtud de un presunto daño ambiental que se causaría con la continuación de los trabajos (*Caso concerniente al Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros*, 1997).

Ahora bien, ¿por qué son tan relevantes estos fallos para abordar el tema de la responsabilidad del Estado por el hecho ilícito internacional? Porque, como se mencionó anteriormente, la institución *sub examine* es considerada por algunos autores como reglas de Derecho Consuetudinario (Benckikh, 2018), debido a que no hay un tratado en vigor sobre esta materia. Esta posición debe ser aclarada, pues, si bien no existe un tratado general en materia de responsabilidad del Estado por el hecho ilícito internacional en vigor – y en ese sentido rigen las reglas consuetudinarias reflejadas en diversos fallos, como los expuestos anteriormente –, hay algunas convenciones particulares en materia de responsabilidad, como, por ejemplo, la Cuarta Convención de La Haya de 1907, que giró en torno a la responsabilidad en razón de los actos cometidos por las fuerzas armadas en campaña (Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, 1907); el Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales (Organización de las Naciones Unidas [ONU], 2002); el Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos realizado en Bruselas el 29 de noviembre de 1969; entre otras.

Sin embargo, que no exista un tratado en vigor sobre la materia, no significa que no se ha intentado celebrarlo. El proceso codificador tiene sus orígenes en la Conferencia de Ginebra de 1930, con la cual se pretendía generar un tratado en la materia, concretamente sobre responsabilidad de los Estados por daños causados a extranjeros (Casanovas y Rodrigo, 2018), pero por desavenencias entre los participantes no fue posible adoptar un texto siquiera (Daillier et al., 2009). En 1955 se retoma este objetivo por parte de la Comisión de Derecho Internacional, creada en 1947. Tras el trabajo de cinco relatores especiales, F. V. García-Amador, R. Ago, W. Riphagen, G. Arangio-Ruiz y J. Crawford, en 2001 la Comisión de Derecho Internacional aprobó un Proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, respecto del cual la Asamblea General de Naciones Unidas se manifestó, en la Resolución 56/83 de 2001, en el siguiente sentido:

1. Acoge con beneplácito la conclusión de la labor de la Comisión de Derecho Internacional respecto de la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos y su aprobación del proyecto de artículos, así como de un comentario detallado acerca del tema;

2. Expresa su agradecimiento a la Comisión de Derecho Internacional por su contribución continua a la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional;

3. Toma nota de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, presentados por la Comisión de Derecho Internacional, cuyo

texto figura en el anexo de la presente resolución, y los señala a la atención de los gobiernos, sin perjuicio de la cuestión de su futura aprobación o de otro tipo de medida, según corresponda;

4. Decide incluir en el programa provisional de su quincuagésimo noveno período de sesiones un tema titulado “Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. (ONU, 2001, p. 1)

La Asamblea General no se pronunció sobre el destino del proyecto o sobre si se realizaría una conferencia internacional cuyo objetivo sería crear una convención sobre la responsabilidad internacional de los Estados por el hecho ilícito internacional, sino que reposó en un grupo de trabajo de la VI Comisión de la Asamblea hasta nuestros días. A pesar de esto último, este proyecto tiene una importancia muy relevante en la vida jurídica internacional, aunque no esté contenido en un tratado formal, de suerte que se considera por algunos doctrinantes que las normas de carácter consuetudinario ordenadas y sistematizadas en un texto escrito:

Acrece su certidumbre y favorece:

1) su irradiación sobre la jurisprudencia internacional – prueba de ello son los pronunciamientos judiciales que lo citan (TPIY, Nikolic, 2002, y, sobre todo, CIJ, Muro, 2004; Pasteras en el río Uruguay, 2010); y

2) su influjo potencial sobre los regímenes internacionales que, a título de *lex specialis*, contienen reglas sobre la responsabilidad por la infracción de sus disposiciones. (Remiro et al., 2010, p. 405)

En el acápite siguiente se expondrán los artículos más relevantes para el objetivo de este artículo, en el sentido en que configuran las normas consuetudinarias aplicables a un evento de responsabilidad internacional de un Estado, sin desconocer los fallos citados que son relevantes para las posibles posiciones argumentativas que se podrían esgrimir.

3. Elementos de la responsabilidad internacional por el hecho ilícito en el caso del tratado constitutivo de la Organización Mundial de la Salud

Antes de 2001, año en el que se sistematizaron las normas consuetudinarias en materia de responsabilidad internacional por el hecho ilícito, autores muy destacados como Verdross sostenían que, según el Derecho Internacional común, “un sujeto de D. I. (sic) que infringe una norma jurídico internacional común o particular, es responsable con respecto al sujeto perjudicado” (Verdross, 1963, p. 297). Este mismo autor expresaba que la negación de este principio “implicaría la destrucción del D. I. (sic), puesto que el no admitir la responsabilidad consiguiente a un entuerto suprimiría el deber de los Estados de comportarse según el D.I. (sic)” (Verdross, 1963, p. 297).

En ese entonces, es decir antes de 2001, la doctrina reconocía unos elementos constitutivos de la responsabilidad internacional. Un primer elemento consistía en la existencia de un acto u omisión que viole una obligación establecida por una norma de Derecho Internacional vigente entre el Estado responsable del acto u omisión y el Estado perjudicado; un segundo elemento en que el acto ilícito debía ser imputable al Estado como persona jurídica; y un tercer elemento en que debería haberse producido un perjuicio o un daño como consecuencia del acto ilícito (Jiménez de Aréchaga, 1980). Respecto de este tercer elemento, algunos autores aclaraban que no era necesario que el daño o perjuicio tuviere el carácter de daño económico, porque es posible que dicho

daño o perjuicio no comportara una mengua en el patrimonio del Estado que ostenta el rol de víctima, como ocurre con las ofensas al honor del Estado (Verdross, 1963).

En el “Proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos” de la Comisión de Derecho Internacional, el principio de la Responsabilidad del Estado por sus hechos internacionalmente ilícitos se encuentra consagrado en el artículo 1, según el cual “Todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional” (CDI, 2001), y en el artículo 2 del mismo proyecto se establecen los elementos del hecho internacionalmente ilícito del Estado, que refleja el desarrollo jurisprudencial en la materia (Crawford, 2012). En dicho artículo 2, se establece que:

Hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión:

- a) Es atribuible al Estado según el derecho internacional; y
- b) Constituye una violación de una obligación internacional del Estado. (CDI, 2001)

Estos ítems han sido considerados como los elementos subjetivo y objetivo del hecho generador de responsabilidad internacional (Dupuy y Kerbat, 2014). Respecto del elemento subjetivo, valga expresar la atribución del acto u omisión a un Estado, James Crawford, quien fue el último relator del proyecto de Responsabilidad del Estado por sus hechos internacionalmente ilícitos de la Comisión de Derecho Internacional, expresa que no todo aquel que está asociado con un Estado puede actuar en nombre de dicho Estado (Crawford, 2002). Es por esto que los artículos 4 y 11 de la Responsabilidad del Estado por sus hechos internacionalmente ilícitos se listan los órganos estatales, individuos privados y grupos insurrectos o rebeldes. Desde luego, respecto de este tema es muy relevante lo expresado en líneas anteriores sobre el elemento “control” de la actividad por parte del Estado, pues si bien hay desavenencias sobre éste⁴, hay casos como el citado “Rainbow Warrior” en el cual fue definitivo.

Respecto del elemento objetivo, valga expresar que la violación de una obligación internacional del Estado conlleva una reflexión necesaria que se cristaliza en la siguiente pregunta: ¿es el mero hecho de que el Estado ha cometido un acto internacionalmente ilícito suficiente para establecer solo la responsabilidad, o es necesario también establecer la culpa? Para dar una respuesta, el Derecho Internacional Consuetudinario reconoce dos teorías para hacer responsable a un Estado por el hecho internacionalmente ilícito. La primera, que puede ser descrita como la regla de la responsabilidad objetiva (strict liability), establece que el Estado es responsable por el hecho ilícito internacional sin considerar su intención. No importa si el Estado es negligente, actúa de buena fe o el contenido del acto es inmaterial (como la deshonra), lo importante es que el hecho o acto internacionalmente ilícito ocurrió. La segunda teoría establece la responsabilidad subjetiva, por la cual un Estado es responsable por un hecho ilícito solo si hay dolo o culpa de su parte (Abass, 2014).

En el Proyecto de Responsabilidad del Estado por sus hechos internacionalmente ilícitos de la Comisión de Derecho Internacional no hay una disposición en favor o en contra de alguna de las teorías antes citadas, y para algunos lo más práctico es que se aplique una u otra según sea el caso, tal y como sugieren Crawford y Olleson (2010), para quienes es ilusorio buscar una sola regla dominante, porque para ellos todo depende del contexto específico y del contenido e interpretación de la obligación que se dice haber violentado.

Para otros autores, como Dupuy y Kerbat (2014), debe prevalecer la responsabilidad objetiva, a razón de que dicho hecho ilícito internacional no se basa en una falta sino una ausencia de derecho. La economía generada al evitar la búsqueda de móviles del acto o las intenciones del o de los autores facilita la labor jurídica de la víctima, pues las pruebas deberán encuadrar de manera objetiva entre el comportamiento real del Estado y su contenido de la obligación jurídica. En ese mismo sentido, tras una revisión profunda de la doctrina y la práctica aplicable, Shaw apoya la prevalencia de la teoría de la responsabilidad objetiva, dejando en claro que el problema de la intención debe distinguirse del problema de la causalidad, pero haciendo la salvedad que los comentaristas del Proyecto de Responsabilidad del Estado por sus hechos internacionalmente ilícitos de la CDI (ONU, 2008) expresan que la atribución a uno u otro régimen de ser valorado según las circunstancias (Shaw, 2011). En suma, hay una tendencia que favorece la responsabilidad objetiva, pero es un debate aún abierto que depende de las circunstancias.

4. Sobre la Organización Mundial de la Salud y su Reglamento

Creada con el objeto de establecer una organización sanitaria autónoma e internacional (Organización Mundial de la Salud [OMS], 2008), el día 22 de julio de 1946 se adoptó el tratado constitutivo de la OMS, el cual entró en vigor el 07 de abril de 1948 (OMS, 2006). Adicionalmente, con la entrada en vigor del acuerdo de vinculación con la ONU, la OMS se convirtió formalmente en un organismo especializado de aquella el 10 de julio de 1948.

En cuanto a su estructura, según del artículo noveno del tratado constitutivo de la OMS, el organismo está compuesto por: (i) la Asamblea Mundial de la Salud, llamada también Asamblea de la Salud, integrada por los representantes de todos los Estados miembros de la Organización; (ii) el Consejo Ejecutivo; y (iii) la Secretaría (OMS, 1946/2006).

Por su parte, el artículo vigésimo primero de dicho tratado señala que la Asamblea de la Salud tiene autoridad para adoptar reglamentos, estableciéndose la fuerza vinculante de ellos para los Estados Miembros de la organización. Dichos reglamentos pueden versar sobre materias relativas a:

- a) requisitos sanitarios y de cuarentena y otros procedimientos destinados a prevenir la propagación internacional de enfermedades;
- b) nomenclaturas de enfermedades, causas de muerte y prácticas de salubridad pública;
- c) normas uniformes sobre procedimientos de diagnóstico de uso internacional;
- d) normas uniformes sobre la seguridad, pureza y potencia de productos biológicos, farmacéuticos y similares de comercio internacional;
- e) propaganda y rotulación de productos biológicos, farmacéuticos y similares de comercio internacional. (OMS, 1946/2006, capítulo V)

Seguidamente, el artículo vigésimo segundo versa sobre la vinculación de dichas reglamentaciones con los Estados Parte, señalando al efecto:

Estas reglamentaciones entrarán en vigor para todos los Miembros después de que se haya dado el debido aviso de su adopción por la Asamblea de la Salud, excepto

para aquellos Miembros que comuniquen al Director General que las rechazan o hacen reservas dentro del periodo fijado en el aviso (OMS, 1946/2006, capítulo V).

En virtud de dicha facultad normativa, en la Quincuagésima octava Asamblea Mundial de la Salud desarrollada el año 2005, se adoptó el Reglamento Sanitario Internacional (RSI), cuya entrada en vigor fue el 15 de junio de 2007 (OMS, 2005/2016), el cual:

“...tiene por objeto prevenir la propagación internacional de enfermedades, proteger contra esa propagación, controlarla y darle una respuesta, evitando al mismo tiempo las interferencias innecesarias con el tráfico y el comercio internacionales. El RSI (2005) también está concebido para reducir el riesgo de propagación de enfermedades en aeropuertos, puertos y pasos fronterizos terrestres internacionales” (OMS, s.f.).

Para el análisis a realizar en este artículo cobran vital relevancia las obligaciones que el RSI impone a los 194 países para los cuales resulta vinculante.

Al respecto, el artículo sexto del RSI establece que los Estados Parte deben evaluar los eventos que se produzcan en su territorio y que puedan constituir una emergencia de salud pública de importancia internacional. Adicionalmente, impone la obligación de notificar a la OMS por el medio de comunicación más eficiente que disponga del acaecimiento de un evento de estas características y de todas las medidas sanitarias ejecutadas como respuesta. Dicha comunicación de efectuarse a través del Centro Nacional de Enlace para el RSI, en un plazo máximo de veinticuatro horas desde que se haya evaluado la información. A su vez, el numeral segundo del mismo artículo impone la obligación de seguir comunicando a la OMS la información oportuna, exacta y suficientemente detallada sobre la salud pública de que disponga relativa al evento notificado, así como de las dificultades surgidas y el apoyo necesario en la respuesta a la eventual emergencia de salud pública de importancia internacional (OMS, 2005/2016).

Seguidamente, el artículo séptimo impone la obligación a los Estados Parte de facilitar a la OMS toda la información relativa a la salud pública cuando tenga pruebas que se ha producido un evento imprevisto o inusual, con independencia de su origen o procedencia, que pudiese constituir una emergencia de salud pública de importancia internacional, aplicándose en su totalidad las disposiciones previstas en el artículo 6 (OMS, 2005/2016).

De esta forma, y en atención a lo analizado en el acápite anterior, incurrirá en responsabilidad internacional por hecho ilícito todo Estado Parte vinculado al RSI que incumpla las obligaciones que éste impone.

5. Sobre el origen y la propagación del COVID-19

Según la información del sitio oficial de la OMS, el 31 de diciembre de 2019, la oficina del organismo ubicado en la República Popular de China detectó una “declaración de la Comisión Municipal de Salud de Wuhan para los medios de comunicación publicada en su sitio web en la que se mencionan casos de una ‘neumonía vírica’ en Wuhan” (OMS, 2020). Asimismo, expone que dicha oficina transmitió dicha declaración, en conjunto con la respectiva traducción, al centro de enlace para el RSI de la Oficina Regional de la OMS para el Pacífico Occidental.

Se señala que, paralelamente, la plataforma de la OMS de inteligencia epidémica obtuvo “un informe para los medios de comunicación en ProMED (un programa de la

Sociedad Internacional para las Enfermedades Infecciosas) sobre el mismo conglomerado de casos de una ‘neumonía de causa desconocida’ en Wuhan” (OMS, 2020).

Por lo anterior, el 01 de enero de 2020, la OMS solicitó a las autoridades chinas que otorgaran información respecto a la noticia que habían obtenido del conglomerado de casos, la cual fue reiterada por el representante de la OMS en dicho país al día siguiente (OMS, 2020). Paralelamente, los canales de televisión chinos informaban que ocho médicos de la ciudad de Wuhan fueron amonestados por considerarse que difundieron rumores falsos al comparar el nuevo virus con el SARS-CoV-2 de inicio de siglo (El Español, 2020).

El día 03 de enero del año en curso, la OMS publicó que recibió información oficial por parte de China sobre el conglomerado de casos de neumonía vírica de origen desconocido detectada en Wuhan, capital de Hubei, China (OMS, 2020). Dos días después, la Comisión de Salud Municipal de Wuhan informó que inició una investigación retrospectiva sobre el brote, pues los casos de neumonía no correspondían a los virus SARS-CoV-2 ni MERS (CNN, 2020). Posteriormente, el 09 de enero de 2020, la OMS comunicó que las autoridades chinas habían determinado que el brote fue provocado por un nuevo virus denominado 2019-nCoV (OMS, 2020), mientras que en China se producía la primera muerte a consecuencia del virus (CNN, 2020).

No existe consenso en la comunidad internacional sobre la fecha en que se habría iniciado la pandemia. Según las autoridades de salud de la ciudad de Wuhan, los primeros casos ocurrieron entre los días 12 y 29 de diciembre del año 2019 (CNN Español, 2020). Sin embargo, según la investigación realizada por South China Morning Post, el primer contagiado por el nuevo coronavirus data del 17 de noviembre de 2019 (Ma, 2020). Por su parte, en la revista médica *The Lancet* se publicó un estudio realizado por médicos chinos del Hospital Jinyintan en Wuhan, en el cual se sostiene que el primer diagnóstico del nuevo coronavirus fue el día 01 de diciembre de 2019 (Press y Jung, 2020).

De acuerdo con la declaración emitida por Zhang Jixian, médico del Hospital Provincial de Medicina China y Occidental Integrada de Hubei, ya el 27 de diciembre de 2019 había advertido a las autoridades nacionales que se trataba de un nuevo coronavirus (Ma, 2020). Sin embargo, en una entrevista realizada por el canal del Estado “Televisión Central de China”, el 10 de enero de 2020, Wang Guangfa, experto gubernamental en enfermedades respiratorias, declaró que la neumonía de Wuhan estaba bajo control y se trataba de una condición leve (Ma, 2020). Dos días después de estas declaraciones, la OMS recibió por parte de la Comisión Nacional de Salud China las secuencias genéticas del nuevo coronavirus (OMS, 2020).

Sin embargo, el mapa genético había sido decodificado parcialmente con dos semanas de anticipación y de manera completa con más de una de anticipación por tres laboratorios del gobierno, los cuales se vieron presionados a darlo a conocer, a razón de la publicación de la secuencia por otro laboratorio el sitio web *virological.org* y la nota en el *Wall Street Journal* que informaba que los científicos habían descubierto un coronavirus nuevo en las muestras de los pacientes de Wuhan (The Associated Press, 2020). Adicionalmente, Yuen Kwok-yung, investigador de la Universidad de Hong Kong, aseguró haber informado al gobierno chino de la sospecha de transmisión humana del virus el 12 de enero del año en curso, pero ella se dio a conocer por las autoridades una semana después (BBC News Brasil, 2020).

A pesar del conocimiento de esta información, el 18 de enero del 2020 se realizó en la ciudad de Wuhan un espectáculo al que asistieron más de 40.000 familias, a fin de competir por el récord mundial de más platos servidos en un evento (Ma, 2020). Posteriormente, en una entrevista el 27 de enero, el alcalde de Wuhan, Zhou Xianwang, asumió que la información debió haberse divulgado con mayor rapidez (Raulaha, 2020).

El 22 de enero de 2020, la misión de la OMS en China declaró que con la información obtenida quedaba demostrada la transmisión del virus entre seres humanos en la ciudad de Wuhan (ONU, 2020), mientras que las autoridades chinas confirmaban al menos 547 casos de contagiados en China continental (CNN Español, 2020).

Ante este escenario, las autoridades chinas decretaron el cierre total al tráfico público, incluyendo todos los vuelos en Wuhan y en Huanggang desde el 23 de enero. Adicionalmente, se adoptaron medidas tales como el suministro de mascarillas, la recomendación a personas sintomáticas de aislamiento domiciliario, el cierre de locales de atención al público y actividades escolares en un total de 14 ciudades (Departamento de Seguridad Nacional de España, 2020). Así, al día 29 de enero, todas las ciudades de la provincia de Hubei estaban selladas (BBC News Mundo, 2020).

Al día siguiente, en atención a los 9.700 casos confirmados en China y 106 casos confirmados en otros países, la OMS declaró al brote del nuevo coronavirus como una emergencia de salud pública de importancia internacional (ESPII), en cumplimiento de la recomendación del Comité de Emergencia del Reglamento Sanitario Internacional (Organización Panamericana de la Salud [OPS], 2020). Dos días después, se registró la primera muerte a causa del nuevo virus fuera de China continental (CNN, 2020).

Finalmente, el 11 de marzo de 2020, el director general de la OMS informó que la COVID-19 (denominado así desde el 11 de febrero de 2020) era considerado una pandemia, en atención a la existencia de más de 118.000 casos de contagiados en 114 países y 4291 muertes a causa de éste (Adhanom, 2020).

6. ¿Es posible atribuir responsabilidad a China?

Con este contexto teórico e histórico, procederemos a continuación a verificar si los dos elementos, el subjetivo y el objetivo, contenidos en el artículo 2 del Proyecto de Responsabilidad del Estado por sus hechos internacionalmente ilícitos de la Comisión de Derecho Internacional, están presentes en el caso de la COVID-19 respecto del tratado constitutivo de la OMS.

6.1 Elemento objetivo

Para realizar el análisis de la configuración del elemento objetivo, cabe hacer presente que China es Estado Miembro de la OMS, por ende, no solo el tratado constitutivo le es exigible, sino que también las reglamentaciones que dicte la Asamblea Mundial de la Salud en el ejercicio de sus funciones.

De esta forma, al analizar el actuar de China al inicio de la pandemia (cualquiera sea la fecha que se escoja de las ya expuestas), es posible concluir que incumplió o cumplió imperfectamente las obligaciones que impone el RSI. Así, sea que se considere el artículo sexto o séptimo del referido reglamento, el Estado de China no cumplió con entregar la información de la forma más eficiente del brote del nuevo virus a la OMS dentro del plazo máximo de 24 horas desde que las autoridades locales tomaron conocimiento del aumento explosivo de los contagiados por éste, como impone la norma.

Además, posterior a la notificación tardía a la OMS, incumplió con la obligación de seguir entregando la información sobre la salud pública de la cual disponía de manera oportuna y detallada, pues como se evidenció, existió retraso de semanas en la comunicación de antecedentes tan importantes como los datos genéticos completos del nuevo virus, siendo dados a conocer por medios de comunicación de otros países antes que se recibiera por la organización sanitaria.

En consecuencia, el Estado de China incumplió con las disposiciones del RSI y, consecuentemente, con los artículos 21 y 22 de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud a los cuales se encuentra obligado.

6.2 Elemento subjetivo

En ese orden de ideas, la demora y parcialidad en la entrega de la información corresponden a una omisión intencional de China, pues no existe en el relato de los hechos causa alguna que justifique el actuar de las autoridades al inicio del brote del virus y, menos aún, alguna que lo haga respecto a la conducta sostenida durante las semanas posteriores a la notificación efectuada a la OMS.

Lo anterior es con independencia que se considere el actuar de las autoridades locales de Wuhan o las autoridades a nivel nacional, en virtud de lo establecido en el “Proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos”, pues, en ambos casos, dicho proceder es atribuible a China, posición que se refuerza si se analizan los fallos citados sobre el control de la actividad que el mencionado Estado tenía de la situación.

7. El proceso de solución pacífica de la controversia

Como es sabido, la idea de solucionar pacíficamente las controversias internacionales tiene antecedentes claros en la primera Conferencia de La Haya (1899), de la cual emana el primer tratado colectivo para la solución pacífica de conflictos internacionales, que se renueva en la segunda Conferencia de La Haya de 1907 (Verdross, 1963). Bajo la lógica posterior del Derecho Internacional Público posterior a la Segunda Guerra Mundial, el artículo segundo numeral 3 de la Carta de Naciones Unidas establece dicho principio bajo los siguientes términos: “Los Miembros de la Organización arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia” (ONU, 1945, capítulo I).

En plena concordancia con el principio de solución pacífica de controversias contenido en el precepto legal anteriormente citado, el artículo septuagésimo quinto del tratado constitutivo de la OMS regula los mecanismos de dicha solución pacífica de controversias de la siguiente manera:

Toda divergencia o disputa respecto a la interpretación o aplicación de esta Constitución que no sea resuelta por negociaciones o por la Asamblea de la Salud será sometida a la Corte Internacional de Justicia, de conformidad con el Estatuto de la Corte, a menos que las partes interesadas acuerden otro medio de solucionarla. (OMS, 1946/2006, capítulo XVIII)

El artículo anterior genera los siguientes cuestionamientos a considerar para la solución efectiva del caso: ¿Cómo determinar si hay o no una divergencia o disputa? ¿Cuál es el alcance de las negociaciones? ¿Hasta dónde deben llegar las negociaciones? ¿Puede la Asamblea de la Salud solucionar la controversia? ¿Cómo

hacer efectiva la responsabilidad internacional? A continuación, se dará respuesta de cada una de estas preguntas.

Tradicionalmente, cuando se trata de definir en el Derecho Internacional Público el concepto o alcance de una controversia, se acude al clásico caso de las concesiones Mavrommatis en Jerusalem, en el cual la Corte Permanente de Justicia Internacional estableció que “una diferencia es un desacuerdo sobre un punto de derecho o de hecho, una contradicción de tesis jurídicas o de intereses entre dos personas” (*Grecia c. Reino Unido*, 1924, p. 11). En este caso, según lo analizado en el acápite anterior, habría una controversia en la medida en que al menos dos partes estarían en desacuerdo en la aplicación de ciertos preceptos de la Constitución de la OMS y/o sus reglamentos. Una de las partes sería China, y la otra u otras los Estados que eventualmente le reclamarían la responsabilidad por el hecho ilícito internacional.

A lo anterior se sumaría lo fijado en el Caso relativo al África Sudoccidental por parte de la CIJ, en el cual la mencionada CIJ afirmó que en una controversia “debe demostrarse que la afirmación de una de las partes se opone positivamente a la otra” (*Etiopía c. Sudáfrica y Liberia c. Sudáfrica*, 1962, p. 7). Bajo la argumentación anterior, habría pocas dudas respecto de la presencia de una controversia que activaría la necesidad de acudir a los métodos de solución pacífica, que el artículo septuagésimo quinto de la Constitución de la OMS establece con una progresión: primero las negociaciones, después la actuación de la Asamblea de la Salud y, posteriormente, si las partes no resuelven otro método, el recurso ante la CIJ.

En cuanto a la negociación entre las partes, la regla general que ha establecido la CIJ es que no son prerequisite para que la propia CIJ pueda ejercer su jurisdicción, como consta en los casos Plataforma continental del mar Egeo (*Etiopía c. Sudáfrica y Liberia c. Sudáfrica*, 1978), Límite terrestre y marítimo entre Camerún y Nigeria (*Camerún c. Nigeria*, 1998). Sin embargo, el texto del artículo septuagésimo quinto de la Constitución de la OMS impone a las negociaciones como requisito previo a los demás métodos que el propio artículo indica. En dichas negociaciones deberían estar presentes China, como presunto epicentro del virus, y algunos de los Estados que reclaman la responsabilidad, como por ejemplo Australia, que ha sido enfática en buscar mecanismos como investigaciones internacionales (Mercer, 2020).

En este punto surgen dos preguntas, que previamente se esbozaron: ¿Cuál es el alcance de las negociaciones? ¿Hasta dónde deben llegar éstas? La jurisprudencia de la CIJ confiere una gran ayuda para resolver esas preguntas. En primer lugar, en cuanto al alcance, las negociaciones deben reflejar el objeto de la disputa, que debe concernir a las obligaciones sustanciales contenidas en el tratado en cuestión, como se estableció en el caso relativo a la aplicación de la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (*Georgia c. Federación Rusa*, 2011). En segundo lugar, las negociaciones deben darse “en la medida permitida por las circunstancias del caso”, como lo estableció en el caso relativo al Derecho de paso por territorio de la India (*Portugal c. India*, 1957).

Entonces, bajo los criterios anteriores, la negociación o las negociaciones deben darse en el marco de las obligaciones sustanciales del tratado hasta que sean posibles dadas las circunstancias, de manera que, si no se logra solucionar la controversia por esta vía, procederá acudir a la Asamblea de la Salud. En cuanto a la aptitud de la Asamblea de la Salud para resolver la controversia en caso que no pueda ser solucionada por medio de negociaciones, hay varias dudas, especialmente porque dentro de las facultades contenidas en el artículo décimo octavo de la Constitución de la OMS⁵, no hay elementos fuertes como para lograr zanjar una controversia, salvo que

se pudiera enmarcar en el amplio texto del literal m) del mencionado artículo, en virtud del cual la Asamblea de la Salud puede “emprender cualquier acción apropiada para el adelanto de la finalidad de la Organización” (OMS, 1946/2006, capítulo V).

Si esas acciones que pudiere emprender la Asamblea de la Salud no fueran efectivas, se genera la siguiente pregunta: ¿Cómo hacer efectiva la Responsabilidad Internacional ante la CIJ? La respuesta a esta pregunta genera a lo menos tres aspectos cuyo análisis desbordaría el espacio fijado para el desarrollo de este artículo, por la profundidad para establecer fehacientemente los mismos. Dichos aspectos serían el tema probatorio de la relación de causalidad respecto de lo acaecido en otros Estados, pues si bien China pudo haber incumplido las normas comentadas anteriormente, entre otras, las medidas sanitarias que debieron o pudieron tomar otros Estados para evitar la propagación también se deben tener en cuenta, pues si bien son aspectos jurídicos propios de cada Estado que conllevan su responsabilidad de conformidad en el Derecho interno (fallado servicio u otra figura análoga), afectan aspectos internacionales⁶.

En efecto, lo precedentemente expresado tiene efectos en a lo menos dos aspectos, la cuantía de la indemnización, quede por sí no es fácil de establecer, y menos aún dado el impacto económico que han traído medidas de restricción de la movilidad de las personas, como cuarentenas y confinamientos. Además, dado que están involucrados varios actores en la expansión de la sindemia⁷, la CIJ tendría que revisar si opera el principio “Monetary Gold Rule”⁸, que es un principio establecido en la Sentencia de la CIJ (1954) en el Caso del Oro Amonedado Retirado de Roma en 1943, según el cual la CIJ no debería ejercer su jurisdicción para fallar en un caso entre dos partes, cuando los intereses legales de un tercero no solo serían afectados por la decisión, sino que, además, constituiría el objeto mismo de la decisión. La CIJ, por decisión unánime, sentenció que “la jurisdicción conferida por el acuerdo común entre Francia, el Reino Unido, los Estados Unidos de América e Italia no le autoriza, en ausencia del consentimiento de Albania, a pronunciarse sobre la primera comunicación en la solicitud del Gobierno italiano” (*Italia c. Francia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y Estados Unidos de América*, 1954).

A lo anterior se adiciona otra dificultad en el orden procesal, consistente, *grosso modo*, en que los mecanismos precedentemente expuestos son válidos en la medida en que las reclamaciones tengan como origen la Constitución de la OMS, pero si las reclamaciones de responsabilidad internacional provienen de controversias por la interpretación o aplicación del Reglamento Sanitario Internacional, que también son aplicables al caso como se revisó en su momento, los mecanismos de solución de controversias pueden diferir entre ambos instrumentos internacionales. En efecto, el artículo 56 del RSI⁹ establece los mecanismos de solución de controversias en caso y establece una estructura diferente para esos fines.

El primer mecanismo de solución de controversias del RSI es la negociación, en lo cual hay coincidencia con la Constitución de la OMS, y, por ello, no habría mayor dificultad. La complejidad aparece si el caso no se logra finiquitar por medio de negociaciones, porque el segundo y tercer mecanismos de solución de controversias del RSI discrepan con los de la Constitución OMS. El segundo mecanismo corresponde a la mediación o buenos oficios que pueda hacer el Director General de la OMS, y el tercer mecanismo, en caso de no solucionarse mediante la intervención del mencionado Director, es el Arbitraje, con lo cual habría una diferencia profunda con el Constitución OMS que establece el recurso a la CIJ. En razón de la presencia de estas dos fórmulas para que un tercero solucione la controversia, los Estados que pretendan reclamar la responsabilidad internacional deberán ser muy acuciosos para seleccionar las normas infringidas porque si no se logra una adecuada negociación, el caso podría quedar

entrampado procesalmente por la indefinición del mecanismo al cual acudir, si se alude a normas de la Constitución OMS se debería acudir a la CIJs y si se alude a normas del RSI, se debe acudir a Arbitraje.

8. Conclusiones

En el caso de la responsabilidad por el hecho ilícito con ocasión de COVID-19, los elementos que constituyen la misma de conformidad con lo establecido en el proyecto de la Comisión de Derecho Internacional son claramente identificables, y habría diversos fallos judiciales que apoyarían dicha responsabilidad, ya sea por ser considerada objetiva, o por el control de la situación que estaba a cargo de China. Sin embargo, los procedimientos de solución pacífica de controversias establecidos en la Constitución de la OMS harán que, en caso de invocarse, éstos sean dilatados en el tiempo, más si se incluye normas del RSI. Es de esperar que las negociaciones por sí mismas lograrán una solución, pero en la práctica los factores de poder real no auguran un resultado efectivo, como tampoco lo hace la posible intervención de la Asamblea de la Salud.

El recurso judicial ante la CIJ dependerá de múltiples factores, jurídicos y políticos, que harían un juicio muy interesante, y en el cual no se debatirían únicamente las normas de la OMS, sino que podrían invocarse múltiples tratados que podrían ser efectivos para dilucidar el caso, con lo cual la complejidad del mismo aumentaría sin lugar a dudas. Uno de los puntos más interesantes sería el de la participación de los actores involucrados, pues por el alcance global de la pandemia –o sindemia, como se califica por algunos–, casi todos los Estados del mundo estarían interesados en participar en un juicio, con lo cual se plantearía un verdadero desafío al artículo septuagésimo segundo del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia¹⁰. Si se acude a los mecanismos del RSI, se puede prever dificultades procesales para poder constituir un Tribunal Arbitral en los términos fijados por el artículo 56 del RSI.

¹ Podrían estudiarse una buena cantidad de fuentes del Derecho Internacional Público para hallar la responsabilidad internacional por el hecho ilícito, pero para efectos de cumplir con la extensión permitida de cada aporte, este artículo se ceñirá a la normatividad más relevante de la Organización Mundial de la Salud.

² Esta aseveración fue realizada en una primera instancia por el Juez Huber, quien expresó “la responsabilidad es el corolario necesario de un derecho. Todos los derechos de un carácter internacional envuelven responsabilidad internacional. La Responsabilidad deviene en un deber de hacer una reparación si la obligación en cuestión no se cumple” (traducción libre, realizada por los autores de este artículo). Gran Bretaña v. España (1924). The Spanish protectorate over Morocco was established by a Spanish–Moroccan treaty of 27 November 1912, p. 641. <https://www.oxfordreference.com/view/10.1093/oi/authority.20110803100521331>
Doctrinalmente, también se puede encontrar esta aseveración en autores como: Daillier, P., Forteau, M., Pellet, A. (2009). *Droit International Public*. L.G.D.J.

³ Sobre el tema del control no hay una última palabra, pues si bien en el caso Nicaragua y en el caso Tadic [(11 de noviembre de 1999). Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia. <https://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-ts911111e.pdf>] el control sobre las actividades era suficiente para generar la responsabilidad del Estado, la CIJ no consideró el control para establecer la Responsabilidad Internacional en el Caso Relativo a la Aplicación de la Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio [Bosnia y Herzegovina c. Yugoslavia (Serbia y Montenegro)]. (08 de abril de 1983). Corte Internacional de Justicia. <https://www.icj-cij.org/files/case-related/91/091-20070226-JUD-01-00-EN.pdf>.

⁴ Ver Reino Unido, Francia, Italia y Japón c. Alemania (17 de agosto de 1923). Corte Permanente de Justicia Internacional. https://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_01/03_Wimbledon_Arret_08_1923.pdf

⁵ Las funciones de la Asamblea de la Salud serán:

a) determinar la política de la Organización; b) nombrar los Miembros que tengan derecho a designar una persona para el Consejo; c) nombrar el Director General; d) estudiar y aprobar los informes y actividades del Consejo y del Director General y dar instrucciones al Consejo sobre los asuntos en los cuales se considere conveniente acción, estudio, investigación o informe; e) establecer los comités que considere necesarios para el trabajo de la Organización; f) vigilar la política financiera de la Organización y estudiar y aprobar su presupuesto; g) dar instrucciones al Consejo y al Director General para llamar la atención de los Miembros y de las organizaciones internacionales, gubernamentales o no, sobre cualquier asunto relacionado con la salubridad que estime conveniente la Asamblea de la Salud; h) invitar a cualquier organización internacional o nacional, gubernamental o no gubernamental, que tenga responsabilidades relacionadas con las de la Organización, a que nombre representantes para participar, sin derecho a voto, en sus reuniones o en las de comités y conferencias celebradas bajo sus auspicios, en las condiciones que prescriba la Asamblea de la Salud; pero en el caso de organizaciones nacionales, las invitaciones se harán solamente con el consentimiento del Gobierno interesado; i) considerar las recomendaciones sobre salubridad hechas por la Asamblea General, el Consejo Económico y Social, el Consejo de Seguridad o el Consejo de Administración Fiduciaria de las Naciones Unidas, e informarles sobre las medidas tomadas por la Organización para poner en práctica tales recomendaciones; j) informar al Consejo Económico y Social, conforme a los acuerdos que se concierten entre la Organización y las Naciones Unidas; k) promover y realizar investigaciones en el campo de la salubridad, mediante el personal de la Organización, por el establecimiento de sus propias instituciones, o en cooperación con instituciones oficiales o no oficiales de cualquier Miembro, con el consentimiento de su gobierno; l) establecer otras instituciones que considere conveniente; m) emprender cualquier acción apropiada para el adelanto de la finalidad de la Organización.

⁶Sobre este aspecto puede profundizarse: Garrido Muñoz, A. (2020). *Hablemos de Derecho Internacional* [Podcast]. <https://open.spotify.com/show/7CBoPJDOuU2MXIe0Aca1dc>

⁷ Sobre el alcance de este término que es más amplio que el de pandemia, puede consultarse: Plitt, L. (2020). *El covid-19 no es una pandemia: los científicos que creen que el coronavirus es una sindemia (y qué significa esto para su tratamiento)*. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-54386816>

⁸ Para profundizar sobre este principio, puede consultarse: Samara, C. (2018). *The Monetary Gold Principle and the Member States Responsibility*. <https://ssrn.com/abstract=3450156>

⁹ Artículo 56 Solución de controversias.

⁹ Artículo 62 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia: “1. Si un Estado considerare que tiene un interés de orden jurídico que puede ser afectado por la decisión del litigio, podrá pedir a la Corte que le permita intervenir”.

2. La Corte decidirá con respecto a dicha petición.”

1. En caso de que se produzca una controversia entre dos o más Estados Partes acerca de la interpretación o la aplicación del presente Reglamento, los Estados Partes en cuestión tratarán de resolverla en primer lugar negociando entre ellos o de cualquier otra forma pacífica que elijan, incluidos los buenos oficios, la mediación o la conciliación. De no llegar a un entendimiento, las partes en disputa no estarán eximidas de seguir tratando de resolver la controversia.

2. En caso de que la controversia no se solucione por los medios descritos en el párrafo 1 del presente artículo, los Estados Partes en cuestión podrán acordar que se someta al Director General, quien hará todo lo posible por resolverla.

3. Todo Estado Parte podrá en cualquier momento declarar por escrito al Director General que reconoce como obligatorio el arbitraje para la solución de todas las controversias relativas a la interpretación o la aplicación del presente Reglamento en las que sea parte, o de una controversia concreta frente a otro Estado Parte que acepte la misma obligación. El arbitraje se realizará de acuerdo con el Reglamento Facultativo de la Corte Permanente de Arbitraje para el Arbitraje de Controversias entre Dos Estados vigente en el momento en que se formule la petición de arbitraje. Los Estados Partes que hayan acordado reconocer como obligatorio el arbitraje aceptarán el laudo arbitral con carácter vinculante y definitivo. El Director General informará a la Asamblea de la Salud acerca de dicha medida, según proceda.

4. Ninguna disposición del presente Reglamento menoscabará los derechos de que gocen los Estados Partes en virtud de un acuerdo internacional en el que puedan ser partes a recurrir a los mecanismos de solución de controversias de otras organizaciones intergubernamentales o establecidos en virtud de un acuerdo internacional.

5. En caso de que se produzca una controversia entre la OMS y uno o más Estados Partes respecto a la interpretación o aplicación del presente Reglamento, la cuestión será sometida a la Asamblea de la Salud.

Referencias

- Abass, A. (2014). *Complete International Law: Text, Cases and Materials* (2da. ed.). Oxford University Press.
- Adhanom, T. (2020, 11 de marzo). *Alocución de apertura del Director General de la OMS en la rueda de prensa sobre la COVID-19 celebrada el 11 de marzo de 2020*. <https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>
- Alemania c. Polonia. (13 de septiembre de 1928). Corte Permanente de Justicia Internacional. https://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_17/54_Usine_de_Chorzow_Fond_Arret.pdf
- BBC News Brasil. (2020, 29 de julio). *Origen del coronavirus: el científico que asegura que China "encubrió" los primeros casos de covid-19 (y cómo eso empeoró la pandemia)*. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-53576076>
- BBC News Mundo. (2020, 26 de marzo). *Coronavirus en China: el plan de Wuhan para levantar la cuarentena por la pandemia de covid-19*. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-52040027>
- Benchikh, M. (2018). *Droit International Public*. Apopsix Editions.
- Camerún c. Nigeria. (11 de junio de 1998). Corte Internacional de Justicia. <https://www.icj-cij.org/files/case-related/94/094-19980611-JUD-01-00-EN.pdf>
- Casanovas, O. & Rodrigo, A. (2018). *Compendio de Derecho Internacional Público* (7ª ed.). Editorial Tecnos.
- Caso concerniente a las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua. (27 de junio de 1986). Corte Internacional de Justicia. <https://www.icj-cij.org/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf>
- Caso concerniente al Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros. (25 de septiembre de 1997). Corte Internacional de Justicia. <https://www.icj-cij.org/files/case-related/92/092-19970925-JUD-01-00-BI.pdf>
- CNN. (2020, 30 de marzo). *90 días de coronavirus: más de 770.000 casos y más de 36.000 muertes, y un tercio de la población mundial en cuarentena por una crisis que aún no ve su fin*. <https://cnnespanol.cnn.com/2020/03/30/cronologia-coronavirus-90-dias-700000-casos-34-000-muertes-cnn/>
- CNN Español. (2020, 20 de febrero). *Cronología del coronavirus: así comenzó y se extendió el virus que tiene en alerta al mundo*. <https://cnnespanol.cnn.com/2020/02/20/cronologia-del-coronavirus-asi-comenzo-y-se-extendio-el-virus-que-pone-en-alerta-al-mundo/>
- Convención relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, 18 de octubre de 1907. <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/treaty-1907-hague-convention-4-5tdm34.htm>
- Crawford, J. (2002). *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*. Cambridge University Press.
- Crawford, J. (2012). *Brownlie's Principles of Public International Law* (8ª ed.). Oxford University Press.
- Crawford, J. & Olleson, S. (2010). The nature and forms of international responsibility. En Malcom D., E. (Ed.), *International Law* (pp. 445 – 472). Oxford University Press.
- Daillier, P., Forteau, M. & Pellet, A. (2009). *Droit International Public* (8ª ed.). L.G.D.J.

-
- Departamento de Seguridad Nacional de España. (2020, 30 de enero). *Coronavirus (2019-NCOV) 30 de enero 2020*. <https://www.dsn.gob.es/es/actualidad/sala-prensa/coronavirus-2019-ncov-30-enero-2020>
- Dupuy, P. M. & Kerbat, Y. (2014). *Droit international public* (12ª ed.). Dalloz.
- El español. (2020, 07 de febrero). China censura la solidaridad con el médico que alertó del coronavirus y murió infectado. *El español*. Disponible en: https://www.elespanol.com/ciencia/salud/20200207/muere-coronavirus-li-wenliang-medico-enfermedad-detenido/465703633_0.html
- Etiopía c. Sudáfrica y Liberia c. Sudáfrica. (21 de diciembre de 1962). Corte Internacional de Justicia. <https://www.icj-cij.org/files/case-related/46/046-19621221-JUD-01-00-EN.pdf>
- Georgia c. Federación Rusa. (01 de abril de 2011). Corte Internacional de Justicia. <https://www.icj-cij.org/files/case-related/140/140-20110401-JUD-01-00-EN.pdf>
- Grecia c. Reino Unido. (30 de agosto de 1924). Corte Permanente de Justicia Internacional. https://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_02/06_Mavrommatis_en_Palestine_Arret.pdf
- Grecia c. Turquía. (19 de diciembre de 1978). Corte Internacional de Justicia. <https://www.icj-cij.org/files/case-related/62/062-19781219-JUD-01-00-BI.pdf>
- Grocio, H. (2005). *The rights of war and peace (De jure belli ac pacis)* (vol. 2). Liberty Fund Inc.
- Introvigne, M. (2020, 14 de octubre). *Coronavirus: CCP beware the Lawyers are coming*. www.bitterwinter.org/coronavirus-ccp-beware-the-lawyers-are-coming/
- Jiménez de Aréchaga, E. (1980). *El derecho internacional contemporáneo*. Editorial Técno.
- Ma, J. (2020, 13 de marzo). Coronavirus: China's first confirmed Covid-19 case traced back to November 17. *South China Morning Post*. <https://www.scmp.com/news/china/society/article/3074991/coronavirus-chinas-first-confirmed-covid-19-case-traced-back>
- Mercer, P (2020, 30 de abril). Australia-China Tensions Over Call for Global COVID-19 Probe. <https://www.voanews.com/covid-19-pandemic/australia-china-tensions-over-call-global-covid-19-probe>
- Organización de las Naciones Unidas [ONU]. (2002). *Tratados y Principios de las Naciones Unidas sobre el Espacio Ultraterrestre. Texto de los tratados y principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas, Nueva York*. <https://www.unoosa.org/pdf/publications/STSPACE11S.pdf>
- Organización de las Naciones Unidas [ONU]. (2006). *Case concerning the difference between New Zealand and France concerning the interpretation or application of two agreements, concluded on 9 July 1986 between the two States and which related to the problems arising from the Rainbow Warrior Affair*. https://legal.un.org/riaa/cases/vol_XX/215-284.pdf
- Organización de las Naciones Unidas [ONU]. (2008). *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries 2001*. https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf
- Organización de las Naciones Unidas [ONU]. (2020, 15 de abril). *Cronología de la pandemia del coronavirus y la actuación de la Organización Mundial de la Salud*. <https://news.un.org/es/story/2020/04/1472862>
- Organización Mundial de la Salud [OMS]. (2006). *Constitución de la Organización Mundial de la Salud*. https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf
- Organización Mundial de la Salud [OMS]. (2008). *60 years World Health Organization*. https://www.who.int/who60/media/exhibition_brochure.pdf
-

-
- Organización Mundial de la Salud [OMS]. (2016). *Reglamento Sanitario Internacional (2005)* (3ª ed.). Ediciones de la OMS. <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/246186/9789243580494spa.pdf;jsessionid=6EE716DA5A19BC4D35AA72E6A1103F76?sequence=1>
- Organización Mundial de la Salud [OMS]. (2020, 29 de junio): *Cronología de la respuesta de la OMS a la COVID-19*. <https://www.who.int/es/news-room/detail/29-06-2020-covidtimeline>
- Organización Mundial de La Salud [OMS]. (s.f.): *Preguntas frecuentes sobre el Reglamento Sanitario Internacional (2005)*. <https://www.who.int/ihr/publications/FAQ2009es.pdf?ua=1>
- Organización Panamericana de la Salud [OPS]. (2020, 28 de febrero). *Actualización Epidemiológica Nuevo coronavirus (COVID-19)*. <https://www.paho.org/sites/default/files/2020-02/2020-feb-28-phe-actualizacion-epi-covid19.pdf>
- Pellet, A. (2010). The definition of responsibility in International Law. En Crawford, J., Olleson, S. & Pellet, A. (Eds). *The Law of International Responsibility* (pp. 3 - 16). Oxford University Press, Oxford.
- Portugal c. India. (26 de noviembre de 1957). Corte Internacional de Justicia. <https://www.icj-cij.org/files/case-related/32/032-19571126-JUD-01-00-EN.pdf>
- Press, C. & Jung, B. (2020, 08 de junio). *Coronavirus: lo que los científicos han descubierto sobre el covid-19 en los 6 primeros meses de la pandemia*. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-52959986>
- Raulaha, E. (2020, 08 de febrero). Chinese officials note serious problems in coronavirus response. The World Health Organization keeps praising them. *The Washington Post*. https://www.washingtonpost.com/world/asia_pacific/chinese-officials-note-serious-problems-in-coronavirus-response-the-world-health-organization-keeps-praising-them/2020/02/08/b663dd7c-4834-11ea-91ab-ce439aa5c7c1_story.html
- Reino Unido, Francia, Italia y Japón c. Alemania. (17 de agosto de 1923). Corte Permanente de Justicia Internacional. https://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_01/03_Wimbledon_Arret_08_1923.pdf
- Reino Unido de Gran Bretaña y el Norte de Irlanda c. Albania. (09 de abril de 1949). Corte Internacional de Justicia. <https://www.icj-cij.org/files/case-related/1/001-19490409-JUD-01-00-BI.pdf>
- Remiro, A., Riquelme, C., Orihuela, E., Díez-Hochleitner, J. & Pérez-Prat, L. (2010). *Derecho Internacional, Curso General*. Editorial Tirant Lo Blanch.
- Resolución 56/83. (12 de diciembre de 2001). Organización de las Naciones Unidas (Asamblea General). <https://undocs.org/es/A/RES/56/83>
- Reuter, P. (1991). Trois observations sur la codification de la responsabilité internationale des États pour fait illicite. En Virally, M. (Ed.). *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement* (pp. 389-398). Pedone. <http://www.sfdi.org/wp-content/uploads/2014/03/MeIVirally.pdf>
- Ruzié, D. & Teboul, G. (2015). *Droit International Public* (23ª ed.), Dalloz.
- Shaw, M. (2011). *International Law* (6ª ed.). Cambridge University Press.
- The Associated Press. (2020, 03 de junio). *China delayed releasing coronavirus info, frustrating WHO*. <https://apnews.com/article/3c061794970661042b18d5aeaaed9fae>
- Verdross, A. (1963). *Derecho Internacional Público*. Colección Jurídica Aguilar.

Integridad, competencia restringida y COVID-19: retos para la contratación pública peruana

Mg. Christian Chocano Davis*

Pontificia Universidad Católica del Perú

christian.chocano@gmail.com

Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7313-5745>

Resumen:

La pandemia de la COVID-19 ha evidenciado algunos retos para la integridad y eficiencia en la contratación pública peruana. Este artículo analiza los procedimientos que las entidades públicas han usado para contratar los bienes y servicios necesarios para atender la emergencia sanitaria: la contratación directa por situación de emergencia, las contrataciones menores o iguales a ocho unidades impositivas tributarias, la comparación de precios, los catálogos electrónicos de acuerdos marco, el contrato por encargo y la contratación internacional. Este análisis incluye oportunidades de mejora para un mejor uso de la contratación pública.

Palabras clave: integridad; contratación pública; COVID-19; contratación directa; competencia restringida

Abstract:

“Integrity, restricted competition and COVID-19: challenges for Peruvian public procurement”. The COVID-19 pandemic has shown some integrity and efficiency challenges in Peruvian public procurement. This article analyses procedures used by public entities to purchase the necessary goods and services for responding to the sanitary emergency: direct awards due to emergency situations, procurements whose amounts are equal or less than eight penalty tax units, price comparison studies, framework agreements, commissioned purchases and international contracts. This analysis includes areas of improvements for a better use of public procurement.

Keywords: integrity; public procurement; COVID-19; direct awards; limited tendering

Recibido: 14.10.2020
Aceptado: 06.12.2020

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y Máster en Derecho por la Universidad Católica de Lovaina. Docente del curso Empresa y Contratación con el Estado de la maestría de Derecho de la Empresa de la PUCP y del curso Ética y Responsabilidad Profesional del Abogado de la Facultad de Derecho de la misma casa de estudios. Supervisor de mejora de procesos y estandarización de la Dirección Técnico Normativa del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado. Ha realizado diversas publicaciones y capacitaciones sobre temas de contrataciones del Estado, obras públicas, arbitraje e integridad. Este artículo no refleja una opinión institucional (christian.chocano@gmail.com)

1. Introducción

La situación de emergencia generada por la propagación de la COVID-19 es una prueba a la vocación de servicio. Miles de servidores públicos alrededor del mundo han perdido sus vidas en la primera fila de batalla. Es enorme la magnitud de los daños que esta crisis global genera en la salud, el empleo y la calidad de vida de las personas. Incluso se ha planteado que el coronavirus tendrá un impacto en la democracia y la gobernanza, debido al riesgo de consolidación del autoritarismo (Brown, Brechenmacher & Carothers, 2020).

En tiempos de pandemia, es de esperar que los funcionarios actúen motivados por la vocación de servicio con la mayor eficiencia y empeño, dejando de lado cualquier aprovechamiento personal en el uso de los recursos públicos.

Los servidores públicos debieran actuar motivados por un elevado estándar de integridad pública, que es definida por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) como la “alineación consistente y la adhesión a valores, principios y normas éticos compartidos para mantener y priorizar el interés público sobre los intereses privados en el sector público” (OCDE, 2017).

La esencia de la integridad en el sector público radica en esa prevalencia del interés público por sobre el interés privado. La integridad exige que quien ejerce función pública esté en condiciones de identificar un conflicto de intereses y hacer prevalecer el interés público por sobre cualquier interés personal. Este es el núcleo duro que todo profesional que ejerce función pública debe interiorizar, valorar y ser consecuente en cada acción.

Lamentablemente, durante tragedias y circunstancias excepcionales es usual que haya quienes busquen aprovechar la oportunidad de usar de manera indebida los recursos públicos. Gallego, Prem y Vargas han realizado un análisis estadístico y concluido que, después del arribo de la pandemia a Colombia, se evidenció un incremento diferencial en el uso y valor de las potestades discrecionales en la contratación pública por parte de las municipalidades que, según la línea de base, tenían mayor probabilidad de corrupción (Gallego, Prem y Vargas, 2020).

En el Perú, los medios de comunicación han informado reiteradamente de diversas irregularidades en contrataciones de bienes y servicios vinculados a la emergencia sanitaria ocasionada por la propagación de la COVID-19, tales como la compra de bienes a precios sobrevalorados o a empresas sin trayectoria de comercialización y que no cumplían con las habilitaciones legales correspondientes. Asimismo, la Contraloría General de la República ha identificado que más de doce mil funcionarios habrían recibido canastas básicas familiares, pese a no calificar como población vulnerable¹.

En última instancia, esta realidad no es extraña si se considera que el Perú se ubica en el puesto 101 de 198 países en el índice de percepción de corrupción de Transparencia Internacional, con una puntuación de 36 sobre 100 puntos, por debajo de la media (2019). Del mismo modo, el pilar de control de corrupción en Perú de los indicadores de gobernanza del Banco Mundial no muestra mejoría alguna en los últimos años (Kaufmann y Kraay, 2018).

Ahora bien, la contratación pública como sistema debe ser capaz de premiar a quienes ejercen la función pública con vocación de servicio y castigar a quienes buscan una oportunidad para cometer prácticas corruptas. Además, debe ser capaz de prevenir

que ocurran prácticas contrarias a la integridad, ya que un énfasis desmedido en el control antes que en la prevención afecta la capacidad de procesamiento de denuncias y enjuiciamiento de responsables.

En un trabajo previo he evaluado las herramientas que la normativa de contratación pública contiene para promover integridad y he propuesto algunas oportunidades de mejora concretas. Asimismo, he mencionado que para hacer frente al problema de la corrupción en este ámbito de actividad del Estado se requiere de una estrategia integral que incluya la adopción de reformas institucionales que eviten que quienes buscan encontrar una ventaja personal en las compras públicas, tengan esa oportunidad (Chocano, 2020). Esta es una tarea pendiente y debe suponer la reorganización de la estrategia de contratación para despolitizar y eliminar la atomización de las decisiones de compra.

En esta ocasión, deseo sustentar algunas medidas que es preciso implementar para promover una mayor integridad en los mecanismos de contratación que las entidades han usado para procurarse bienes y servicios durante la emergencia ocasionada por la pandemia de la COVID-19.

Las entidades han contratado los bienes y servicios para la atención de las necesidades vinculadas a la pandemia a través de diversos procedimientos tales como la contratación directa por situación de emergencia, las contrataciones menores o iguales a ocho unidades impositivas tributarias, la comparación de precios, el catálogo electrónico de acuerdos marco, la contratación por encargo y la contratación internacional.

En ese sentido, a continuación, se analizará cada uno de esos mecanismos de contratación a fin de proponer algunas oportunidades de mejora que contribuyan a una gestión eficiente e íntegra de las contrataciones del Estado sobre todo en tiempos de emergencia como la que ha originado la propagación de la COVID-19.

Este trabajo propone la importancia de implementar un mecanismo electrónico que permita a las entidades realizar la contratación directa y las contrataciones menores o iguales a 8 UIT de una manera transparente y, en la medida de lo posible, competitiva. Estas contrataciones deben tener menos formalidades y plazos cortos. Sin embargo, la contratación debe ser transparente, lo que se podría lograr mediante una herramienta informática que las entidades deban usar para recibir las ofertas en este tipo de contrataciones y que estén disponibles al escrutinio público el mismo día en que se adjudica el contrato. Además, en la medida que las circunstancias lo permitan, las entidades deben poder realizar una convocatoria competitiva para recibir ofertas en estas contrataciones.

2. Contratación directa por situación de emergencia

El artículo 27 de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, Ley de Contrataciones) establece un número amplio de supuestos de contratación directa. El legislador ha considerado que son tres supuestos que habilitan a las entidades a contratar directamente, sin realizar un procedimiento competitivo y abierto a la participación de cualquier empresa.

Estos supuestos abarcan situaciones muy diversas, tales como la adquisición o arrendamiento de inmuebles; los servicios de publicidad en medios de comunicación; la contratación entre entidades públicas; los bienes y servicios que solo puedan obtenerse de un determinado proveedor; los servicios personalísimos; los servicios de consultoría

que son una actualización de un trabajo previo realizado por un consultor individual; la adquisición de bienes y servicios con fines de investigación, experimentación o desarrollo de carácter científico o tecnológico; los servicios especializados de asesoría legal, contable, económica o afín para la defensa de funcionarios o ex funcionarios; los servicios de capacitación de interés institucional con entidades autorizadas u organismos internacionales especializados; la continuación de la ejecución de prestaciones no ejecutadas derivadas de un contrato resuelto o de un contrato declarado nulo; las contrataciones que con carácter secreto requieran realizar las Fuerzas Armadas, la Policía Nacional del Perú y los organismos conformantes del Sistema Nacional de Inteligencia; la contratación de emergencia y ante el desabastecimiento inminente.

La Ley de Contrataciones y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 344-3018-EF, establecen los requisitos que se deben verificar en cada uno de los supuestos para que la entidad esté habilitada a realizar la contratación directa.

En lo que va de 2020, la contratación directa es el procedimiento que más se ha utilizado y que ha adjudicado el mayor monto, muy por encima de las licitaciones públicas, concursos públicos y adjudicaciones simplificadas. Esta circunstancia es atípica y obedece a la emergencia sanitaria producto de la propagación de la COVID-19².

La situación de emergencia es un supuesto de contratación directa reconocida en los compromisos que el Perú ha asumido a nivel internacional. Es razonable que, ante una situación de extrema urgencia, las entidades públicas estén habilitadas a contratar directamente, por invitación, sin realizar una convocatoria abierta a la participación de cualquier empresa.

Así, por ejemplo, el literal f) del numeral 1 del artículo 9.8 del capítulo 9 del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de América señala que una entidad puede contactar a un proveedor de su elección y no aplicar las reglas de una convocatoria abierta:

“cuando, por razones de extrema urgencia ocasionadas por acontecimientos imprevistos por la entidad contratante, no se pueda obtener las mercancías o servicios a tiempo mediante procedimientos consistentes con los Artículos 9.4 al 9.7 y el uso de esos procedimientos podría ocasionar un grave perjuicio para la entidad contratante” (Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de América, 2006).

Asimismo, el numeral 5) del artículo 30 de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional establece que una entidad puede contratar con un solo proveedor, entre otras circunstancias excepcionales, si debido a una situación de catástrofe, la necesidad del objeto del contrato es tan urgente que no resulta viable entablar algún otro método de contratación pública por el tiempo necesario para el empleo de esos métodos.

La normativa nacional regula la contratación directa por situación de emergencia en el literal b) del numeral 27.1 del artículo 27 de la Ley de Contrataciones del Estado y el literal b) del artículo 100 de su Reglamento.

La Ley describe cuatro supuestos de contratación directa por emergencia, los cuales son ampliados en el Reglamento, el cual además establece que esta causal de

contratación directa está sujeta a regularización. Tres aspectos pueden mejorarse en la manera como se desarrolla la contratación directa por situación de emergencia:

2.1 El criterio de contratar lo estrictamente necesario

El penúltimo párrafo del literal b) del artículo 100 del Reglamento de la Ley de Contrataciones establece que cuando se verifica una situación de emergencia la entidad contrata de manera inmediata los bienes, servicios en general, consultorías u obras “estrictamente necesarios” para prevenir los efectos del evento próximo a producirse o atender los requerimientos generados por el evento producido.

Asimismo, el último párrafo de dicho literal subraya que la entidad únicamente está autorizada a contratar lo estrictamente necesario al señalar que, realizada la contratación directa, la entidad contrata lo demás que requiera para la realización de actividades de prevención y atención derivadas de la situación de emergencia y que no calificaron como estrictamente necesarias.

El criterio de contratar “lo estrictamente necesario” promueve, en la práctica, un enfoque legalista, y procedimental que no contribuye a la gestión por resultados y al mayor valor por dinero.

La entidad contratante debe diferenciar lo “estrictamente necesario” de aquello que no tiene ese carácter, para lo cual requerirá de la mayor cantidad de informes legales que le permitan sustentar tal criterio.

Todo ello con el riesgo de que el órgano de control, al evaluar si la entidad contrató más allá de lo estrictamente necesario, identifique algún tipo de responsabilidad en los funcionarios, aun cuando una evaluación basada en el valor por dinero y la gestión por resultados haya llevado al funcionario encargado de las contrataciones a tomar una decisión basada en el análisis costo beneficio antes que en un criterio legalista de lo estrictamente necesario.

Para ilustrar la dificultad de la aplicación práctica de este criterio pueden evaluarse las situaciones siguientes:

1. Debido a la emergencia sanitaria producto de la propagación de la COVID-19, una entidad requiere comprar mascarillas para sus funcionarios. ¿Cuál es la cantidad estrictamente necesaria para comprar?

2. El objetivo de la norma sería que se compre únicamente las mascarillas que se usarán mientras se realiza un procedimiento de selección competitivo. Entonces, ¿cuánto tiempo tomará ejecutar el procedimiento de selección? ¿Cuantifico un escenario ideal o realista? ¿Optimista o pesimista? Es decir, asumo que el procedimiento se puede declarar desierto o nulo, que puede ser objeto de una apelación, que el ganador no reunirá los documentos para firmar el contrato, etcétera; o, más bien, asumo que el procedimiento se va a ejecutar sin ningún inconveniente. La diferencia entre ambos escenarios son varios meses. ¿Qué criterio debe adoptar el funcionario para identificar la cantidad estrictamente necesaria?

3. Debido a las medidas de aislamiento para evitar la propagación de la COVID-19, el gobierno dispone que el banco estatal abra cuentas a nombre de un grupo de ciudadanos en estado de vulnerabilidad para depositar los bonos que viene implementando. Debido a la cantidad de nuevos beneficiarios, la implementación de tal medida requiere de la compra de un soporte informático que, ejecutándose de manera

progresiva, puede demorar dieciocho meses. ¿Cuál es la cantidad de soportes informáticos estrictamente necesaria que la norma autoriza a comprar? ¿Podría comprarse todo el paquete incluso si la implementación culminase una vez ya superada la pandemia? ¿Qué sucede si resulta muy costoso comprar los soportes estrictamente necesarios para implementar de inmediato y dejar el resto a un procedimiento competitivo, lo que generaría la pérdida de un mejor precio por volumen? Nuevamente, ¿Qué escenario de duración del procedimiento de selección competitivo debe considerar el funcionario para contratar lo estrictamente necesario?

4. Un Hospital desea adquirir equipos médicos para atender a los pacientes que padecen los efectos de la COVID-19. Dichos equipos deben tener un mantenimiento preventivo cada seis meses, por el periodo de 3 años, a fin de conservar la garantía de fábrica del producto. ¿Podría contratarse de manera directa el equipo médico, incluyendo como prestación accesoria los seis mantenimientos preventivos? ¿Una prestación que se extiende durante tres años desnaturalizaría el carácter estrictamente necesario del contrato? ¿Sería razonable comprar únicamente el equipo y convocar un procedimiento de selección para el servicio de mantenimiento? ¿Sería acorde al principio de eficiencia si ello encarecería el costo de la contratación?

Como es de advertir, debido al temor que el órgano de control identifique un hallazgo y determine responsabilidades de índole administrativa, civil y penal en los funcionarios, las entidades públicas tenderían a ser conservadoras y preferir aplicar un criterio legalista aun cuando ello perjudique la eficiencia de la contratación.

Estas dificultades de aplicación práctica nos permiten sostener la conveniencia de eliminar el parámetro de contratar lo estrictamente necesario en la contratación directa por situación de emergencia y sustituirlo por el análisis costo beneficio, el valor por dinero y la gestión por resultados. De este modo, se busca dejar atrás el enfoque tradicional y legalista del proceso de compras, dando lugar a una visión moderna de la gestión de las contrataciones del Estado.

2.2 La regularización de la contratación

El literal b) del artículo 100 del Reglamento de la Ley de Contrataciones establece que la contratación directa por situación de emergencia se realiza de manera inmediata y, posteriormente, se regularizan los documentos de las actuaciones preparatorias, incluyendo el acto que aprueba la contratación directa, el contrato y sus requisitos.

Para la regularización, la entidad cuenta con un plazo de 10 días hábiles contados desde la fecha en que se entregó el bien o la primera entrega en el caso de suministros, o desde el inicio de la prestación del servicio o de la obra, según corresponda.

Debido a la necesidad de concentrar recursos en la atención de las necesidades derivadas de la emergencia sanitaria, diversos Decretos de Urgencia que han transferido recursos extraordinarios para realizar contrataciones vinculadas a la emergencia han ampliado el plazo para la regularización hasta 30 días hábiles, habiéndose otorgado plazos adicionales.

Corresponde preguntarse, sin embargo, si es posible encontrar mecanismos electrónicos a través de los cuales se ejecuten las contrataciones directas, que desaparezcan la necesidad de la regularización de la documentación.

La regularización no es una buena práctica ni estándar internacional y además es irrazonable. ¿Por qué es necesario elaborar y firmar un contrato de un bien que ya se entregó y pagó? ¿Qué sentido tiene aprobar una compra de mascarillas que la entidad ya utilizó? ¿Para qué se necesita elaborar un informe que sustente una compra que ya se entregó a conformidad de la entidad?

La regularización de la documentación de una contratación ya ejecutada parecería buscar legitimar, a posteriori, la contratación realizada. Sin embargo, este es un mecanismo inconveniente y debe ser eliminado. En primer lugar, porque supone una desautorización del rol que ejerce el órgano encargado de las contrataciones en una entidad. Si el jefe de administración no tiene la autoridad de comprar un bien en una situación de emergencia, allí cuando más se necesita de su experiencia, ¿para qué existe su rol? ¿Por qué se tiene que involucrar a la más alta autoridad administrativa, que responde a intereses políticos, en un tema técnico y profesional como es la gestión de la logística de una entidad?

En segundo lugar, la regularización contribuye al excesivo formalismo de las compras públicas, que privilegia la elaboración de informes de sustento y la obtención de autorizaciones a la transparencia y libre competencia efectiva.

En tercer lugar, la regularización expone innecesariamente a un empresario a una situación injusta debido a que, luego de haber cumplido con entregar los bienes o prestar el servicio requerido, la entidad podría condicionar la autorización de la compra, lo que constituye también un alto riesgo de integridad. En los gobiernos regionales y locales, esta situación es aún más compleja debido a que la autorización de la compra depende de la decisión de los regidores que representan un interés político, no técnico.

Debido a los inconvenientes antes mencionados, es necesario implementar una herramienta informática a través de la cual los funcionarios difundan el requerimiento a contratar y reciban la propuesta de parte de los proveedores, de modo tal que se sustituya la necesidad de la regularización. Este mecanismo informático debe ser transparente y difundir la información de la contratación el mismo día en que se adjudicó el contrato. Y, en la medida de lo posible, la entidad debe realizar un procedimiento competitivo a través de esta herramienta informática. La emergencia debe significar una reducción de formalidades y plazos cortos, pero no menos transparencia y, en algunos casos, no menos competencia. Esta herramienta informática debe ser usada por todas las entidades públicas, tanto del gobierno nacional y local, las cuales utilizan diariamente el SEACE y otras herramientas electrónicas de contratación como los catálogos de acuerdo marco.

¿Por qué la ciudadanía debe esperar dos semanas, un mes, mes y medio o hasta dos meses para saber a quién se compró un bien a través de una contratación directa por emergencia? Un sistema de compras orientado a la prevención debe ser transparente. La notificación del proveedor seleccionado para ejecutar un contrato en una situación de emergencia debe realizarse a través de una plataforma informática de acceso público. De este modo, la ciudadanía podrá tener información oportuna sobre las contrataciones por situación de emergencia.

Esta implementación iría en línea asimismo con las recomendaciones formuladas por expertos que tuvieron a su cargo la gestión de adquisiciones en otras emergencias sanitarias. Así, por ejemplo, con base a la experiencia de compras en Sierra Leona durante la emergencia sanitaria por el brote del ébola, Smith consideró que la recepción de ofertas por email generó amplias oportunidades de corrupción y fraude. Por eso, estima que difundir convocatorias y recibir ofertas a través de una

plataforma electrónica ofrece ventajas significativas en ahorro de tiempo, reduce los riesgos de corrupción e incrementa la seguridad y uso de datos (Smith, 2020).

De otro lado, cabe precisar que, según el Tribunal Constitucional del Perú, el principio de transparencia es fundamental en la contratación pública y comprende la publicidad de la convocatoria. En sentencia recaída en el expediente N° 020-2003-AI/TC, el Tribunal señala:

En términos generales, el principio de transparencia estará garantizado cuando haya publicidad en la convocatoria, en el adecuado control de calidad en los productos a adquirir, en los resultados de la evaluación de propuestas, y en el manejo de los recursos destinados a la compra en general.

En efecto, el artículo 76 de la Constitución Política del Perú prescribe que, por regla general, los procedimientos de contratación pública deben ser abiertos a la participación de cualquier empresa interesada.

Así, a la luz de la sentencia bajo comentario, el estándar constitucional exige que las entidades públicas promuevan la competencia en todo tipo de procedimiento de contratación pública, incluso en los supuestos de contratación directa, siempre que ello sea posible según las circunstancias de cada caso.

2.3 La simplificación de la regulación

El literal b) del numeral 27.1 del artículo 27 de la Ley de Contrataciones del Estado y el literal b) del artículo 100 de su Reglamento describen cuatro situaciones que configuran una situación de emergencia: (i) aquella derivada de acontecimientos catastróficos, (ii) las que afectan la defensa o seguridad nacional, (iii) las que supongan un grave peligro de que ocurra alguno de los dos supuestos anteriores; o, (iv) una emergencia sanitaria declarada por el ente rector del sistema nacional de salud.

De otro lado, la Ley de Contrataciones establece la posibilidad de contratar directamente ante una situación de desabastecimiento debidamente comprobada, que afecte o impida a la entidad cumplir con sus actividades u operaciones.

En tal sentido, el Reglamento señala que la situación de desabastecimiento se configura ante una ausencia inminente, debido a la ocurrencia de una situación extraordinaria e imprevisible, que compromete la continuidad de las funciones, servicios, actividades u operaciones que la entidad tiene a su cargo. Dicha situación faculta a la entidad a contratar solo por el tiempo o cantidad necesario para resolver la situación y llevar a cabo el procedimiento de selección que corresponda. Señala el Reglamento que no procede la contratación directa por desabastecimiento inminente en vías de regularización.

Ahora bien, a fin de simplificar la normativa de contratación pública, los cinco supuestos de contratación directa antes mencionados –cuatro situaciones de emergencia y una de desabastecimiento inminente– podrían fusionarse en un solo supuesto.

Una emergencia sanitaria como la pandemia de la COVID-19, un acto de terrorismo o una guerra pueden ser todos ellos considerados acontecimientos catastróficos. Del mismo modo, una catástrofe, tal y como ha sido definida por el Reglamento comparte con la situación de desabastecimiento inminente, su carácter extraordinario. Así pues, los cinco supuestos de contratación directa a las que se ha

hecho referencia tienen, en realidad, una misma naturaleza, por lo que pueden ser objeto de una única regulación.

3. Contrataciones menores o iguales a ocho (8) UIT

La Ley de Contrataciones del Estado, que entró en vigencia el 9 de enero del 2016, modificó el ámbito de aplicación de la Ley precedente, incrementando de tres a ocho unidades impositivas tributarias el umbral para determinar la aplicación de la normativa de contratación pública.

Esta modificación buscó otorgar mayor flexibilidad a los procesos de contratación de las entidades, que contribuya a la eficiencia en la ejecución del gasto público. Tal y como menciona Azalea Chávez:

La posibilidad de que las entidades públicas puedan llevar a cabo contrataciones sin necesidad de iniciar la convocatoria de un procedimiento de selección, ha sido concebida con la finalidad de facilitar que las entidades del Sector Privado satisfagan de forma más rápida aquellas necesidades de reducido impacto económico (Chávez, 2017, p. 33).

En esta línea, el literal j) del artículo 64 del proyecto de Ley General de la Cadena de Abastecimiento, pre publicado por el Ministerio de Economía y Finanzas,³ establece que no se sujeta a licitación, concurso ni a las reglas de ejecución contractual, las contrataciones cuyos montos sean iguales o inferiores a 15 unidades impositivas tributarias, vigentes al momento de la transacción. De este modo, el sector busca dotar de mayor eficiencia y flexibilidad a la ejecución del gasto público.

Es importante dotar de mayor flexibilidad a las contrataciones del Estado. No obstante, a fin de evitar los riesgos a la integridad que hoy existen en las contrataciones menores, el aumento del umbral para la aplicación de la normativa de contratación pública debe realizarse una vez implementada una herramienta electrónica que permita a las entidades publicar sus necesidades y recibir ofertas de manera transparente en este tipo de contrataciones.

Las contrataciones menores a 8 unidades impositivas tributarias (en adelante, contrataciones menores) no se sujetan a la Ley de Contrataciones del Estado ni a su Reglamento, con excepción de algunas disposiciones puntuales.

Aplican los impedimentos para ser postor, participante, contratista o subcontratista establecidos en el artículo 11 de la Ley; la obligación de encontrarse inscrito en el Registro Nacional de Proveedores siempre que el monto involucrado sea superior a una unidad impositiva tributaria; la supervisión a cargo del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), así como la obligación de registrar en el SEACE las contrataciones en un plazo de cinco días hábiles del mes siguiente de realizada la contratación, de acuerdo con lo dispuesto por la Directiva N° 003-2020-OSCE/CD.

A las contrataciones menores les aplica también la obligación de usar el catálogo electrónico de acuerdos, marco que administra la Central de Compras Públicas (PERÚ COMPRAS) siempre que la cuantía de la contratación sea superior al monto mínimo de atención establecido en el catálogo respectivo, que se sitúa alrededor de los quinientos soles.

Además, el Tribunal de Contrataciones del Estado puede sancionar a las empresas que realicen contrataciones menores por la comisión de tres infracciones: (i) contratar estando impedidos según el artículo 11 de la Ley de Contrataciones; (ii) por presentar información inexacta o documentos falsos o adulterados en tales contrataciones; o, (iii) por suscribir contratos o acuerdos marco sin contar con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores.

El OSCE ha publicado diversas opiniones vinculadas a las contrataciones menores en las que ha aclarado el alcance de la normativa de contratación pública a tal supuesto. Así, ha establecido que:

1. Estas contrataciones se rigen por las normas de organización interna de cada entidad, para lo cual, de acuerdo con lo establecido en los lineamientos internos, el órgano encargado de las contrataciones puede coordinar con el área usuaria para que brinde alcances sobre su necesidad, así como potenciales proveedores y costos estimados (Opinión N° 042-2020/DTN).

En esta opinión, la Oficina General de Administración del Ministerio de Economía y Finanzas había consultado si los lineamientos internos de una entidad podían establecer que las áreas usuarias debían brindar al órgano encargado de las contrataciones información sobre el profesional o técnico a contratar, así como el costo estimado de la contratación.

Esta interrogante es clave a fin de delimitar las responsabilidades por la elección y costo de las contrataciones menores. Existen directivas y lineamientos internos aprobados por diversas entidades que invierten las responsabilidades en las contrataciones menores, estableciendo que es responsabilidad del área usuaria remitir al órgano encargado de las contrataciones el monto y consultor elegido, pese a que, según los roles propios de cada función, tales responsabilidades corresponderían más bien al área que tiene a su cargo el abastecimiento de la entidad.

2. La entidad puede establecer que las empresas deban presentar los documentos que se estimen convenientes en cada caso (Opinión N° 007-2020/DTN).

En esta opinión, el Subgerente de Logística y Servicios Generales de la Municipalidad Distrital de Ventanilla consultó si podía exigirse a los proveedores que presenten con carácter obligatorio una declaración jurada para que declare que no tiene impedimento para contratar con el Estado, según el artículo 11 de la Ley de Contrataciones del Estado.

La exigencia de la declaración antes referida es, sin duda, muy importante toda vez que dicho artículo establece que los impedimentos para contratar se aplican también a las contrataciones menores, por lo que las entidades deben garantizar que los proveedores declaren tal condición antes de contratar. De este modo, la opinión bajo comentario destaca que las entidades tienen libertad de establecer los documentos que deba presentar la empresa en las contrataciones menores.

3. Las fichas técnicas del listado de bienes y servicios comunes aprobadas por la Central de Compras Públicas - PERÚ COMPRAS para el uso de la subasta inversa electrónica son obligatorios también para las contrataciones menores o iguales a 8 unidades impositivas tributarias (Opinión N° 076-2019/DTN).

Esta consulta fue realizada por la empresa Emcure Pharma Perú S.A.C. a fin de confirmar que la normativa ha establecido que las características técnicas

estandarizadas en una ficha técnica aprobada por Perú Compras deben usarse para las contrataciones menores aun cuando éstas no se encuentren dentro del ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado.

4. En las contrataciones menores o iguales a 8 unidades impositivas tributarias, cuando el requerimiento haga referencia a fabricación, marca, patentes o tipos, la entidad puede, de considerarlo necesario, disponer que se cuente con un informe que sustente la referencia a una marca o tipo particular para garantizar la funcionalidad, operatividad o valor económico del equipamiento o infraestructura preexistente de la entidad (Opinión N° 097-2016/DTN).

En este caso, el Superintendente Adjunto de Administración General de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones consultó si se debía realizar un proceso de estandarización cuando el requerimiento hace referencia a una marca.

Esta opinión aclara que los requerimientos por las contrataciones menores puedan hacer referencia a marcas, siendo recomendable que exista un informe de sustento similar al que se exige en la normativa de contratación pública en el procedimiento de estandarización regulado por la Directiva N° 006-2016-OSCE/CD.

5. Los profesionales y técnicos del órgano encargado de las contrataciones de la entidad que se dedican exclusivamente a gestionar contrataciones menores o iguales a 8 unidades impositivas tributarias requieren contar con certificación emitida por OSCE. (Opinión N° 097-2016/DTN).

Así, OSCE ha interpretado que, en tanto las contrataciones menores son contrataciones públicas, aplica también la obligación de los profesionales y técnicos que intervienen en alguna fase de la contratación de encontrarse certificado ante OSCE.

6. La entidad que requiera efectuar contrataciones menores debe observar los principios que rigen la contratación pública, así como garantizar la eficiencia y transparencia en el uso de los recursos públicos (Opinión N° 200-2017/DTN). De este modo, se aclara que las entidades deben promover los principios establecidos en la Ley de Contrataciones, aun cuando esta no resulte aplicable, debido a la finalidad pública que se busca conseguir a través del abastecimiento público.

7. Las entidades deben verificar que a través de las contrataciones menores no se está eludiendo la aplicación de la normativa de contratación pública, ni se ha transgredido la prohibición de fraccionamiento (Opinión N° 167-2017/DTN). De este modo, se refuerza la obligatoriedad establecida en la Ley de Contrataciones de no dividir artificialmente una contratación a fin de evadir la realización de un procedimiento de selección abierto o competitivo.

8. Si se realiza una contratación menor con alguien que está impedido para contratar con el Estado, la entidad tiene la facultad de declarar la nulidad del contrato (Opinión N° 075-2017/DTN). De este modo, la opinión bajo comentario garantiza el cumplimiento de los impedimentos establecidos en el artículo 11 de la Ley de Contrataciones a las contrataciones menores.

Ahora bien, los medios de comunicación han llamado la atención sobre la integridad con la que se ejecutan las contrataciones menores debido a la contratación del señor Ricardo Cisneros por parte del Ministerio de Cultura. Este caso ha puesto en evidencia que, a entender de los órganos de control, las contrataciones menores

deberían cumplir de manera estricta las disposiciones y lineamientos internos que aprueban las entidades para gestionar las contrataciones menores.

La situación expuesta por los medios de comunicación evidencia que los funcionarios públicos necesitan de mecanismos transparentes y competitivos para ejecutar las contrataciones menores en las que no se aplica la Ley de Contrataciones del Estado. La implementación de una plataforma informática, como la propuesta para la gestión de las contrataciones directas, contribuiría a una mayor transparencia y competencia en las contrataciones menores.

Pero, además, en el caso específico de los servicios profesionales de carácter técnico y especializado, es necesario contar con un régimen normativo específico que pondere de manera equilibrada por un lado, la necesidad que los funcionarios cuenten con cierto margen de apreciación personal al evaluar el *currículum*, la experiencia y trayectoria de un consultor que no se base únicamente en parámetros objetivos reglados y, por otro lado, la importancia de promover una competencia justa entre distintos consultores. Este es un desafío que corresponde abordar para fortalecer la eficiencia e integridad en las contrataciones menores.

De otro lado, debe eliminarse la práctica de las entidades de contratar personal subordinado a través de las contrataciones menores. De acuerdo con un informe de la Autoridad Nacional del Servicio Civil (SERVIR), la informalidad en el sector público ascendería a 11%. Estos trabajadores del sector público serían contratados mediante órdenes de servicio a través de las contrataciones menores. Es decir, se trata de profesionales y técnicos que realizan actividades subordinadas, pese a que son contratados mediante órdenes de servicio aparentemente para prestar servicios autónomos. Esta práctica debe eliminarse. Para hacer viable esta eliminación, es necesario que las entidades identifiquen la real dimensión de su necesidad de personal y las condiciones de los servicios requeridos para determinar el tipo de contrato aplicable.

Uno de los problemas que el OSCE ha alertado recurrentemente es el incumplimiento de las entidades públicas de la obligación de registrar las órdenes de compra y servicio menores a ocho unidades impositivas tributarias en el SEACE. Así, por ejemplo, mediante nota de prensa del 10 de septiembre de 2020, advirtió que más de 1,400 entidades públicas no habrían cumplido con dicha obligación⁴. Esta situación es un grave problema de transparencia en este tipo de contrataciones menores y podría ser superado con la implementación de la plataforma informática antes comentada.

Es importante precisar que los contratos menores se distinguen de la contratación directa. Estos mecanismos de contratación suelen confundirse porque a las contrataciones menores se les suele denominar, en la práctica, “compras directas”.

No obstante, cabe precisar que a las contrataciones menores no les aplica la Ley de Contrataciones del Estado, ni su Reglamento salvo disposiciones específicas establecidas expresamente en tal normativa, así como algunas otras que han sido objeto de interpretación por el OSCE mediante opiniones.

En cambio, la contratación directa es un procedimiento de selección establecido en dicha normativa. No obstante, tal normativa ha exceptuado la aplicación de las reglas de la fase de selección, manteniendo la aplicación de las disposiciones referidas a las fases de actuaciones preparatorias y ejecución contractual de la normativa de contratación pública.

4. Comparación de precios

La comparación de precios es un procedimiento de selección de competencia restringida. No es abierto a la participación de cualquier empresa, sino que únicamente participarán aquellas que el funcionario público elige a discreción. El órgano encargado de las contrataciones debe comparar las ofertas de por lo menos tres proveedores y elegir como ganador al que ofertó el menor precio.

La comparación de precios no se puede usar para cualquier objeto contractual. Únicamente se ha autorizado para la contratación de bienes y servicios en general. Es decir, no se puede contratar una consultoría ni ejecutar una obra a través de este procedimiento. Además, los bienes y servicios deben reunir las siguientes características:

1. Disponibilidad inmediata. Es decir, que se entreguen o implementen dentro de los 5 días siguientes de formalizada la contratación.
2. Que cumplan con las especificaciones técnicas o términos de referencia sin necesidad de ser fabricados, producidos, modificados, suministrados o prestados siguiendo la descripción particular de la entidad.
3. Que sean fáciles de obtener o que tengan un estándar establecido en el mercado.

La comparación de precios se ha utilizado para contratar diversos bienes y servicios vinculados a la emergencia sanitaria, tales como el servicio de aplicación de pruebas rápidas, la adquisición de mascarillas de diverso tipo, mandiles, pantalones y chaquetas descartables, la adquisición de pruebas rápidas de descarte, alcohol en gel, termómetros infrarrojos, protectores faciales, frazadas antialérgicas, bolsas para el traslado de cadáveres, entre otros equipos de protección de personal y dispositivos hospitalarios.

El monto máximo autorizado para realizar una comparación de precios es de 15 unidades impositivas tributarias (S/ 64,500.00 en el 2020).

5. Catálogos electrónicos de acuerdo marco

La Central de Compras Públicas - PERÚ COMPRAS ha convocado diversos procedimientos de selección para suscribir acuerdos marco con proveedores que puedan atender requerimientos vinculados con la emergencia sanitaria.

Así, se ha puesto a disposición de las entidades un catálogo electrónico para la adquisición de material de protección para la salud de uso no hospitalario, que incluye guantes de látex, mascarillas para uso ocupacional y alcohol en gel; así como un catálogo para la adquisición de pruebas serológicas rápidas para descarte de la COVID-19.

Es importante que las entidades tengan una herramienta que les permita comprar bienes de manera segura y a un precio competitivo. En la primera convocatoria del procedimiento para material para la salud de uso no hospitalario, Perú Compras evaluó los contratos de distribución y cartas de representación de las empresas participantes, lo que les permita tener certeza de la condición de distribuidor autorizado de los productos ofertados en el catálogo.

Es importante que se implementen más catálogos electrónicos de acuerdos marco, ya que ello contribuye a la eficiencia del proceso de contratación, al evitar que las empresas presenten documentación a cada entidad que requiera de sus servicios. Asimismo, los catálogos permiten a los funcionarios públicos contar con un mecanismo ágil para identificar la oferta de determinado producto, así como la tranquilidad que la evaluación de los requisitos documentales de la empresa ya haya sido realizada de manera centralizada por Perú Compras.

6. Contratación por encargo

Las entidades públicas pueden encargar la realización de las actuaciones preparatorias y el procedimiento de selección a otra entidad pública o a un organismo internacional, conforme al artículo 6 de la Ley de Contrataciones.

El encargo a una entidad pública requiere de un informe técnico legal que sustente la necesidad y viabilidad del encargo. No se establecen parámetros específicos para la realización de ese informe, por lo que queda a criterio de la entidad establecer los motivos que la llevan a encargar las actuaciones preparatorias o el procedimiento de selección a otra entidad pública. Tales razones podrían obedecer a la capacidad operativa de la entidad, así como la especialidad y complejidad de la contratación, por ejemplo. El informe de sustento es aprobado por el titular de la entidad, según lo señalado en el artículo 109 del Reglamento de la Ley de Contrataciones.

El encargo de un procedimiento de selección a una entidad pública constituye un encargo de gestión, definido como “la posibilidad que la realización de actividades con carácter material, técnico o de servicios de competencia de un órgano sea encargado a otros órganos o entidades” (Guzmán, 2015, p. 147).

Además del informe técnico legal, se requiere la suscripción de un convenio interinstitucional que determine las condiciones del encargo, incluyendo, entre otros, la competencia para la aprobación del expediente de contratación y de los documentos del procedimiento de selección.

Durante la emergencia sanitaria, mediante Decreto de Urgencia N° 028-2020 – “Dictan medidas extraordinarias en materia económica y financiera para la adquisición de pruebas de diagnóstico para la prevención y control del COVID-19”–, se autorizó a la Central de Compras Públicas - PERÚ COMPRAS, a efectuar las contrataciones de bienes y servicios para la obtención, transporte y procesamiento de muestras para el diagnóstico de la COVID-19, de manera excepcional, durante el año 2020, a requerimiento y a favor del Instituto Nacional de Salud. Tratándose de un régimen especial establecido por ley, esta autorización excepcional no se sujeta a las disposiciones señaladas del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado para la realización de los encargos a entidad pública.

El requerimiento inicial a Perú Compras supuso una transferencia de alrededor de cien millones de soles, a los que se adicionó otros ciento veinticuatro millones para continuar atendiendo las necesidades del Instituto Nacional de Salud, para comprar pruebas rápidas, pruebas moleculares, insumos y equipos de laboratorio para el diagnóstico molecular.

Es de destacar el portal de transparencia que Perú Compras ha implementado para difundir la información vinculada a los contratos realizados producto de este encargo. Cualquier ciudadano puede identificar de manera sencilla los requerimientos

contratados, en ejecución, así como las empresas invitadas, las que enviaron cotización y las que fueron adjudicadas en cada uno de esos requerimientos.

Asimismo, se puede identificar rápidamente el listado de empresas adjudicadas y las órdenes de compra emitidas, lo que contribuye a la transparencia y al uso de información por parte de los ciudadanos. De acuerdo con la información que obra en el portal, al 6 de diciembre de 2020, se ha contratado alrededor de 195 millones de soles, siendo la empresa Deltalab Perú la que tiene el mayor monto adjudicado con alrededor de 72 millones⁵.

Las contrataciones por encargo deben impulsarse sobre todo como una herramienta de consolidación de la demanda de varias entidades. La centralización de este tipo de contrataciones contribuiría a la eficiencia de los procesos de contratación toda vez que se evitaría la duplicidad de la inversión de recursos administrativos destinados a la procura de bienes y servicios. Esta centralización es prioritaria a nivel local debido a la atomización existente en las decisiones de compra de las municipalidades.

De otro lado, el encargo a un organismo internacional tiene pautas específicas para su procedencia. Debe tratarse de un organismo internacional acreditado y referirse a objetos contractuales que, dada la envergadura, complejidad o insuficiente capacidad técnica de la entidad, requieran de un apoyo técnico de mayor especialización. Además, esta justificación debe constar en el expediente. Es decir, la entidad debe sustentar que no es capaz de comprar determinado bien, contratar un servicio o ejecutar una obra.

La aprobación del encargo a un organismo internacional es formal e indelegable. En el caso de los poderes ejecutivo, legislativo, judicial y tratándose de los organismos constitucionales autónomos, se aprueba por el titular de la entidad; en el caso de los Gobiernos Regionales y Locales, por acuerdo de Consejo Regional o Concejo Municipal, según corresponda; y para las empresas del Estado, por Acuerdo de Directorio.

Adicionalmente, el encargo debe constar en un convenio específico para cada procedimiento de selección, detallando las obligaciones y responsabilidades de cada una de las partes, entre otros requisitos establecidos en el Reglamento.

Durante la emergencia sanitaria, mediante Decreto de Urgencia N° 110-2020 que dicta medidas extraordinarias para facilitar y garantizar la adquisición, conservación y distribución de vacunas contra la COVID-19 publicado en el Diario Oficial *El Peruano* el 10 de septiembre de 2020, se autorizó al Ministerio de Salud a efectuar las adquisiciones de vacunas contra la COVID-19 a través de organismos internacionales u otras formas de asociación u organización, para lo cual se suscriben los convenios de cooperación técnica que resulten necesarios.

Así, se ha excluido de la aplicación de la Ley de Contrataciones todos los actos necesarios para la adquisición, conservación, distribución y aplicación de dichas vacunas, no siendo aplicables las disposiciones comentadas del Reglamento para estas contrataciones.

7. Contratación internacional

De acuerdo con el literal f) del artículo 5 de la Ley de Contrataciones, no resulta de aplicación dicha Ley a las contrataciones realizadas con proveedores no domiciliados en el país cuando se sustente la imposibilidad de realizar la contratación a través de los

métodos de contratación de la norma, o cuando el mayor valor de las prestaciones se realice en territorio extranjero.

Dos supuestos permiten a una entidad no usar los métodos de contratación previstos en la normativa nacional para contratar con una empresa no domiciliada en el país. De un lado, la imposibilidad de realizar la contratación mediante la normativa, por ejemplo, debido a que no existe oferta en el mercado nacional y el proveedor no domiciliado que puede brindar el servicio no contrata en el ámbito de la normativa nacional. Este supuesto se verifica por ejemplo en la compra de algunos productos farmacéuticos innovadores. De otro lado, cuando el mayor valor de las prestaciones se realiza fuera del país, por ejemplo, cuando se contratan servicios de *catering* y alimentación en el marco de una convención de negocios en el exterior en las que el Perú participa con un *stand*.

Debido a que no es de aplicación la normativa nacional, el proveedor no domiciliado no requiere estar inscrito en el Registro Nacional de Proveedores. Este supuesto de inaplicación otorga flexibilidad a la entidad para contratar con un proveedor que no tiene interés en registrarse en dicho registro ni prestar servicios en el país.

Ahora bien, la Décimo Octava Disposición Complementaria Final de la Ley de Contrataciones, amplió los supuestos de contratación con no domiciliados cuando el ente rector del Sistema Nacional de Salud, esto es, el Ministerio de Salud, sustente que dicha contratación resulta más ventajosa. Esta disposición también resulta de aplicación para el Seguro Social de Salud (ESSALUD), para la adquisición de productos farmacéuticos o dispositivos médicos.

De este modo, en el ámbito del sector salud, las entidades en cuestión pueden realizar un análisis costo beneficio y determinar si les resulta más ventajoso realizar la contratación con un proveedor no domiciliado, sin sujetarse a la aplicación de la normativa de contratación pública nacional, aun cuando no se verifiquen los supuestos establecidos en el literal f) del artículo 5 de la Ley.

Así, por ejemplo, el Centro Nacional de Abastecimiento de Recursos Estratégicos en Salud - CENARES ha realizado indagaciones de mercado para justificar la compra directa a un no domiciliado de 166,200 tabletas de linezolid de 600 mg justificando un ahorro de alrededor de tres millones de soles, según el informe técnico publicado en el SEACE.

Este método de contratación se ha utilizado para realizar contrataciones vinculadas a la atención de las necesidades surgidas por la propagación de la COVID-19, tal y como, por ejemplo, para la adquisición de productos farmacéuticos para el tratamiento del coronavirus.

En comparación con la contratación directa por situación de emergencia, la contratación internacional de un no domiciliado no requiere dilucidar el carácter “estrictamente necesario” del requerimiento, evitándose incurrir en los problemas a los que se ha hecho referencia en el acápite de la contratación directa por emergencia.

8. Conclusiones

Es importante evaluar la forma en que se han gestionado las contrataciones para la atención de las necesidades surgidas durante la emergencia sanitaria producto de la propagación de la COVID-19. La estrategia de contratación ha evidenciado los retos pendientes para hacer más eficiente la contratación pública, a través de la mejora de la

coordinación entre las entidades y el impulso a la centralización de la contratación pública.

La falta de integridad es un problema de larga data que los medios de comunicación y órganos de control han puesto de manifiesto incluso durante la catástrofe sanitaria en momentos en los que corresponde todavía más exigir un alto grado de vocación de servicio e integridad en los funcionarios públicos.

En este artículo hemos revisado los distintos mecanismos que han usado las entidades públicas para proveerse de los bienes y servicios necesarios para atender la emergencia sanitaria, y quisiera destacar las siguientes tres propuestas de mejora:

1. Es prioritario implementar una herramienta electrónica que permita a las entidades publicar sus necesidades y recibir ofertas de manera transparente en las contrataciones directas por situación de emergencia, así como en las contrataciones menores o iguales a ocho unidades impositivas tributarias.

La urgencia en la atención de las necesidades y la escasa cuantía de las contrataciones menores justifican establecer plazos cortos y reducir formalidades. No obstante, no debe significar una demora en la transparencia de la información. Resulta necesario implementar una herramienta informática que difunda toda la información de dichas contrataciones tan pronto como se adjudica el contrato. La forma de notificación al contratista de la buena pro debe ser esa herramienta informática.

Las entidades deben promover que las contrataciones directas y las contrataciones menores sean abiertas a la participación de cualquier empresa, salvo que ello no sea posible según las circunstancias concretas.

La implementación de esta herramienta informática podría reducir la necesidad de usar un procedimiento como la comparación de precios, que no es abierto a la libre competencia.

2. El criterio legalista de comprar lo “estrictamente necesario” a través de una contratación directa por situación de emergencia debe eliminarse y dar paso a una evaluación de la contratación a través de los principios de mayor valor por dinero, gestión por resultados y análisis costo beneficio. Asimismo, una vez implementada la herramienta informática propuesta, debe eliminarse la obligación de “regularización” de este tipo de contratación directa.

3. Es necesario adoptar un régimen normativo específico para la contratación de servicios profesionales por montos menores a las 8 unidades impositivas tributarias que pondere de manera equilibrada la necesidad que los funcionarios cuenten con cierto margen de apreciación personal al evaluar el currículum, la experiencia y trayectoria de un consultor; así como la promoción de una competencia justa entre distintos consultores. Las contrataciones menores no deben usarse para la contratación de trabajadores informales.

4. Las contrataciones por encargo deben impulsarse sobre todo como una herramienta de consolidación de la demanda de varias entidades. La centralización de este tipo de contrataciones contribuiría a la eficiencia de los procesos de contratación toda vez que se evitaría la duplicidad de la inversión de recursos administrativos destinados a la procura de bienes y servicios. Esta centralización es prioritaria a nivel local debido a la atomización existente en las decisiones de compra de las municipalidades. Del mismo modo, es importante que se implementen más catálogos

electrónicos de acuerdos marco, ya que ello contribuye a la eficiencia del proceso de contratación.

¹ Información disponible en el siguiente portal de la Contraloría General de la República: https://emergenciasanitaria.contraloria.gob.pe/ces_funcionarios-servidores/index.html (Consultado el 10 de octubre de 2020).

² Según información actualizada al 18 de agosto de 2020, en el Perú, el monto adjudicado en los tres años previos mediante contratación directa ha sido de S/ 2 447.8 millones en 2017; S/ 2 648.3 millones en 2018 y S/ 2 816.3 millones en 2019. Información disponible en el portal Conosce, sección estadísticas generales de contrataciones públicas (<https://portal.osce.gob.pe/osce/conosce/indicadores-del-mercado-estatal.html>).

³ La publicación del proyecto de Ley, así como de su exposición de motivos y ayuda memoria pueden ser consultados en el siguiente enlace: <https://www.mef.gob.pe/es/pre-publicacion-de-ley> (Consultado el 4 de octubre de 2020).

⁴ Dicha nota de prensa puede ser consultada en el siguiente enlace: <https://www.gob.pe/institucion/osce/noticias/302039-osce-mas-de-1-400-entidades-publicas-no-habrian-cumplido-con-la-obligacion-de-registrar-ordenes-de-compra-y-de-servicio-en-el-seace> (Consultado el 04 de octubre de 2020).

⁵ Información disponible en el portal de transparencia COVID-19 de PERÚ COMPRAS: <https://www.perucompras.gob.pe/contrataciones/contrataciones-emergencia-COVID19.php> (Consultado el 6 de diciembre de 2020).

Referencias

- Brown, F.; Brechenmacher, S. y Carothers, T. (6 de abril de 2020). How Will the Coronavirus Reshape Democracy and Governance Globally? Carnegie Endowment for International Peace. <https://carnegieendowment.org/2020/04/06/how-will-coronavirus-reshape-democracy-and-governance-globally-pub-81470>
- Chávez, A. E. (2017). *El fraccionamiento indebido en la contratación de servicios públicos de telecomunicaciones por montos menores a las 8 UITs* [Tesis de Maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú]. <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/1306>
- Chocano, C. (2020) Herramientas para la integridad en la contratación pública peruana / Tools for integrity in peruvian public procurement. *Revista de Derecho Administrativo* N° 18. *Círculo de Derecho Administrativo*, 35-65. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/22856>
- Gallego, J. A.; Prem, M. & Vargas, J. F. (5 de julio de 2020). Corruption in the Times of Pandemia. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3600572
- Guzmán, C. (2015). Proceso de Selección por Encargo. *Derecho & Sociedad*, (44), 145-153. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/14396>
- Kaufmann, D. y Kraay, A. (2018). Indicadores de gobernanza mundial. <https://info.worldbank.org/governance/wgi/>
- OCDE (2017). Recomendación del Consejo de la OCDE sobre Integridad Pública. <http://www.oecd.org/gov/integridad/recomendacion-integridad-publica>
- Smith, C. (28 de abril de 2020) What I learned from tackling Ebola: we need to prioritize agile, electronic procurement systems to beat COVID-19. <https://www.open-contracting.org/es/2020/04/28/what-i-learned-from-tackling-ebola-we-need-to-prioritize-agile-electronic-procurement-systems-to-beat-COVID-19/>
- Transparencia Internacional (2019). Índice de percepción de la corrupción. <https://www.transparency.org/cpi2019>

Impacto del COVID-19 en el derecho penal uruguayo. Análisis de la comisión e imputación de los delitos en medio de una pandemia

Dra. Camila Vittori Chollet*

Universidad de la República
Camila.vittori7@gmail.com
Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9415-8084>

Dra. María José Graziani Martínez**

Universidad de la República
mariajosegraziani@outlook.com
Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7973-2006>

Resumen:

La aparición del COVID-19 ha sacudido al mundo entero desde su aparición, forzando a los Estados a adoptar el compromiso de desarrollar políticas públicas que contribuyan a evitar la expansión del virus, y a mermar los efectos del fuerte impacto que ha provocado. En ese sentido, nos encontramos ante una situación anómala, en donde más allá de los mandatos generales del Derecho Penal, dependiendo del contexto, podría interpretarse que con nuestro accionar, estamos incurriendo en delitos. Dicho esto, surge la interrogante sobre cuáles son los tipos penales a los que nos expone esta restricción de derechos a la que podemos vernos sometidos y cuál es la consecuencia por el incumplimiento de las medidas de prevención. Por otra parte, en estos casos, el bien jurídico tutelado, salud pública, debe ser entendido como un instrumento esencial de legitimación e interpretación del Derecho Penal. Donde hay un interés relevante social, existe la posibilidad que el Estado, a través de políticas criminales y del *jus puniendi*, establezca conductas que puedan ser reprimidas si esos bienes jurídicos son puestos en peligro. En ese sentido, no cualquier conducta puede ser relevante penalmente, y debemos tener en cuenta diferentes aspectos para ver si esa conducta adquiere la relevancia necesaria para la aplicación del Derecho Penal ante estas circunstancias. A raíz de todo ello, mediante el presente artículo nos

* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad de la República, Uruguay (UDELAR). Experiencia en Dirección General de Comercio, asesorando en materia de relaciones de consumo y prestando tareas en el área jurídica de dicho organismo, contando además con experiencia en materia de resolución de conflictos a través de audiencias de mediación. Ha participado además en numerosos seminarios relacionados con la materia penal. Es oyente en cátedra de Derecho Penal por la UDELAR. Actualmente ejerce la profesión de manera independiente.

** Doctora en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad de la República, Uruguay (UDELAR). Ha trabajado para la firma Guyer & Regules en el departamento Corporativo, actualmente brindando sus servicios dentro del área legal en la empresa internacional Deloitte. Posee experiencia asesorando a distintos clientes tanto nacionales como extranjeros en diversos asuntos como en materia penal empresarial. A nivel técnico, actualmente se encuentra cursando una maestría en Derecho Penal Económico en la Universidad de la Rioja, en España. Asimismo, es Investigadora Asociada Grado I en International Center of Economical Penal Studies (ICEPS) y ha escrito y publicado artículos sobre aspectos penales. Es oyente en cátedra de Derecho Penal por la UDELAR.

propusimos introducir al lector en el análisis de las diversas políticas públicas adoptadas hasta el momento en Uruguay a efectos de proteger la salud pública, y su impacto desde la perspectiva del Derecho Penal.

Palabras clave: COVID-19; coronavirus; Derecho Penal; delitos; salud pública

Abstract:

“Impact of COVID-19 on Uruguayan Criminal Law. Analysis of the commission and imputation of crimes in the midst of a pandemic”. The appearance of COVID-19 has affected the most to the whole world since the beginning, forcing States to adopt the commitment to develop public policies that contribute to prevent the spread of the virus, and to diminish the effects of the strong impact it has caused. In this sense, we are facing an anomalous situation, where beyond the general mandates of criminal law, depending on the context, may be interpreted that with our actions we are incurring in crimes. Having said that, the question arises as to which criminal categories this restriction of rights exposes us to and what the consequences are for failure to comply with preventive measures. On the other hand, the legal good protected, public health, shall be understood as an essential instrument of legitimization and interpretation of criminal law. Where there is a relevant social interest, there is the possibility that the State, through criminal policies and *jus puniendi*, may establish conducts that may be repressed if those legal rights are endangered. In this sense, not just any conduct can be criminally relevant. We must take into account different aspects to see whether that conduct acquires the necessary relevance for the application of criminal law under these circumstances. Considering all this, in this article we set out to introduce the reader to the analysis of the various measures adopted to date in Uruguay for protecting public health, and their impact from the perspective of criminal law.

Keywords: COVID-19; coronavirus; Criminal Law; crimes; public health

Recibido: 13.10.2020
Aceptado: 04.12.2020

1. Introducción

Hace ya casi 7 meses desde que el COVID-19 (en adelante, “COVID-19” o “coronavirus” indistintamente) irrumpió en Uruguay (marzo, 2020) y llegó para marcar la agenda de nuestro país y del mundo, de una forma totalmente inesperada y rápida, poniendo en jaque a todos los países del mundo. Lo que acabamos de expresar, conlleva: desde cambios rotundos en la economía, arrastrando crisis mundiales y nacionales; fuerte dependencia tecnológica tanto para personas físicas en sus vidas cotidianas, como para el desempeño y la continuidad de las empresas; implementación abrupta y rápidamente difundida del teletrabajo, el distanciamiento social; nuevas formas de implementar, desarrollar y recibir la educación; el desarrollo de procedimientos judiciales; hasta por supuesto, un aspecto que muchos nos planteamos y que es objeto del presente trabajo, la comisión e imputación de los delitos en medio de una pandemia, esto es, el impacto en el Derecho Penal.

Desde la llegada del virus, los Estados han tratado de acoplarse a la nueva situación a través de la imposición de medidas sanitarias en algunos casos sin llegar al confinamiento obligatorio, con el objetivo de lograr salvaguardar el bien jurídico colectivo de la salud pública.

Entiéndase salud pública, no como la integridad física de una persona o de muchas individualmente consideradas, sino, la de todos (Ferreira, Ramírez, 2020), como conjunto, en atención al bienestar general de la colectividad cuya protección en el caso de Uruguay, es conferida al Estado por la propia Constitución de la República en su artículo 44:

“El Estado legislará en todas las cuestiones relacionadas con la salud e higiene públicas, procurando el perfeccionamiento físico, moral y social de todos los habitantes del país.

Todos los habitantes tienen el deber de cuidar su salud, así como el de asistirse en caso de enfermedad. El Estado proporcionará gratuitamente los medios de prevención y de asistencia tan sólo a los indigentes o carentes de recursos suficientes” (Constitución de la República Oriental de Uruguay, 1967).

En este sentido, la salud pública se responde a la necesidad de la sociedad de gozar de las condiciones mínimas de salubridad e higiene que garanticen ciertos estándares de la salud de cada individuo y de la colectividad.

Asimismo, en el artículo previamente citado, se regulan 3 situaciones jurídicas distintas de deber. La primera de ellas es la del Estado como encargado de proteger y garantizar la salud como bien jurídico individual y supraindividual; la segunda es la de los individuos que tienen el deber de asistirse en vías de proteger su propia salud, y la tercera es la de los proveedores de servicios de asistencia, que se encuentran en la obligación de proteger a sus pacientes y usuarios.

Al momento de la aparición del SARS-CoV-2 y su enfermedad COVID-19, ambas eran totalmente desconocidas, pero terminaron provocando una pandemia que hoy en día ha causado más de 33 millones de infectados y más de 1 millón de muertos –siendo prácticamente escasos los países que no han confirmado su aparición al día de hoy–. En consecuencia, a raíz de estas cifras escalofriantes y desde su avasallante expansión, va de suyo el carácter excepcional y de urgencia que han tenido todas las medidas adoptadas en todo el mundo y principalmente en Uruguay, teniendo en

cuenta que estamos hablando de una situación que no tiene precedentes, y que presenta un margen muy grande de incertidumbre respecto a su evolución.

Tal como se ha expuesto, este virus ha mostrado una extrema rapidez de contagio, y de esa forma se ha cobrado la vida de cientos de miles de personas en el mundo, siendo declarado por la Organización Mundial de la Salud (OMS) como pandemia, decretándose un nivel máximo de alerta internacional. Uruguay por su parte, decretó la emergencia sanitaria a través del Decreto N° 093/020 de fecha 13 de marzo de 2020 (en adelante, el “Decreto”). Cuando hablamos de “emergencia sanitaria”, nos referimos a una situación extraordinaria que provoca un riesgo para la salud pública, a través de la propagación de la enfermedad de la que hablamos.

2. El COVID-19 desde la óptica del Derecho Penal

La misión del Derecho Penal es la de garantizar la tutela de los “bienes jurídicos”, es decir, aquellos bienes vitales imprescindibles para la convivencia humana en Sociedad y para cada ser humano de forma individual, que, por lo tanto, resultan merecedores de protección mediante el empleo del poder coactivo del Estado.

A efectos de garantizar la tutela, el Estado es quien debe fijar el objetivo a proteger, determinando el bien jurídico que merece protección. Si bien estamos de acuerdo en que las medidas adoptadas en épocas de pandemia son aspectos claves a la hora de prevenir y confrontar los efectos del virus, es evidente que se requiere la atención de las autoridades en su desarrollo e implementación de medidas en atención a distintos niveles. Con lo cual, una vez más, surge la duda de si es precisamente el Derecho Penal el encargado de acudir este problema.

En ese sentido, debe tenerse siempre presente el carácter de *ultima ratio* del Derecho Penal, el cual se constituye como un último escudo defensivo del Estado tendiente a proteger un mínimo ético exigible por todas las personas. En ese sentido, Silva Sánchez sostiene lo siguiente:

“la visión del Derecho penal como único instrumento eficaz de pedagogía político-social, como mecanismo de socialización, de civilización supone una expansión *ad absurdum* de la otrora *ultima ratio*. Pero sobre todo porque, además, tal expansión es inútil en buena medida, porque somete al Derecho penal a cargas que éste no puede soportar” (Silva Sánchez, 2001, p. 65)”

Agrega, además, que “se trata de desviar al Derecho penal las grandes cuestiones del funcionamiento de la comunidad como tal, cuestiones que hoy por hoy ni las instituciones políticas ni los grupos sociales son capaces de resolver” (Silva Sánchez, 2001, pp. 65-66).

Ahora bien, es de interés conocer las medidas adoptadas por el Poder Ejecutivo en contexto de pandemia y analizarlas desde el punto de vista de su cumplimiento. Lo antedicho supone necesariamente un enfoque que involucra aspectos de Derecho Penal, todo lo cual sin dudas ha impactado y seguirá impactando tanto en personas jurídicas, como en personas físicas.

A continuación, adentraremos en el tema de las consecuencias en cuanto al incumplimiento de las medidas impuestas por el Estado en el contexto de la emergencia sanitaria, así como la comisión e imputación de los posibles delitos según nuestro Código Penal, para, luego, contar con las herramientas necesarias a los

efectos de responder la siguiente consulta: ¿es el Derecho Penal la herramienta más adecuada para solucionar este tipo de cuestiones, considerando su carácter de “*última ratio*”? Y en la misma línea, ¿existe otro medio menos lesivo para proteger el bien jurídico que se pretende?

2.1. Bien jurídico “Salud Pública”

La salud pública es un bien jurídicamente protegido de jerarquía supralegal, cuyo goce se encuentra garantizado por los artículos 7 y 72 de la Constitución de la República.

Nuestro Código Penal, en su Libro II, Título VII, dispone entre los delitos contra la Salud Pública la fabricación de sustancias alimenticias o terapéuticas, el ofrecimiento comercial o venta de sustancias peligrosas para la salud, falsificadas, adulteradas o desnaturalizadas, el envenenamiento o adulteración culpables de las aguas destinadas a la alimentación la expedición sin receta médica o menoscabo de sus prescripciones y el daño por violación de las disposiciones sanitarias. Este último, será objeto de análisis en el capítulo 2.3.2 del presente artículo.

Según la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, “...salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades” (Organización Mundial de la Salud [OMS], 2006). En nuestro país, la salud pública, como bien jurídico protegido, se configura como un conjunto de condiciones positivas y negativas que posibilitan el bienestar general de la colectividad, garantizando unas condiciones mínimas de salubridad e higiene, obedeciendo, así, al mandato constitucional previsto en el artículo 44. En virtud de lo antedicho, la salud pública alcanza un nivel autónomo de protección penal y constituye un bien jurídico colectivo e independiente de la salud propia e individual de cada persona.

La protección penal de este bien jurídico, queda entonces reservada en este ámbito para las infracciones más graves o lesivas contra la salud pública, por el principio de la mínima intervención frente a otras ramas del ordenamiento.

Tal como decía Carrara:

“Los delitos contra la salud pública serán, pues, todos los actos por medios de los cuales ciertas sustancias que sirven para la nutrición, para el mantenimiento de la vida de un grupo de hombres y en general para sus necesidades cotidianas, llegan a corromperse, a infectarse, a convertirse en cambio en causa de enfermedades de daños para la salud y aun de muerte para un número indefinido de ciudadanos, y posiblemente de todos. Es innegable que todos los habitantes de una ciudad tienen igual derecho a que no se inficione el aire que los circunda, y el que viola este derecho no ofende a un solo individuo o a una sola familia determinada, sino que ofende directamente a todos los asociados, pues viola un derecho común a todos; y díjase lo mismo del agua y de cualquier otra cosa que puede hacer accesible al uso de todos” (Carrara, 1998, pp. 262-263).

2.2. Análisis del Decreto N° 093/2020 - Declaración de emergencia nacional sanitaria

Enunciaremos a continuación algunas de las medidas impuestas por el Decreto antes mencionado a raíz de la emergencia sanitaria:

1. Suspensión de espectáculos públicos hasta que el Poder Ejecutivo lo determine.
2. Cierre preventivo y provisorio de los centros turísticos termales, públicos y privados¹.
3. El asilamiento por un período de catorce días para aquellas personas que: i) sean portadores del virus; ii) presenten fiebre, tos o síntomas respiratorios y que en los últimos quince días se hayan encontrado en zonas de alto riesgo²; iii) quienes hayan estado en contacto directo con personas portadoras de COVID-19; iv) las personas que ingresen al territorio nacional que se hayan encontrado o transitado zonas de alto riesgo.

Las medidas sanitarias adoptadas no presentan mayores dificultades de entendimiento, puesto que el propio Decreto, define las expresiones “contacto directo”, “zonas de alto riesgo” y “permanecer aislado”.

Como toda norma que dispone el acatamiento de una conducta, se establece luego la consecuencia ante su incumplimiento. Es así que el artículo 11 del Decreto dispone que:

“en caso de verificarse incumplimiento de lo dispuesto en los artículos 8 y 10 del presente Decreto, el personal de salud o quien tome conocimiento de lo sucedido, deberá comunicarlo de inmediato a la Dirección General de la Salud del Ministerio de Salud Pública, que de entenderlo pertinente dará noticia a su División Servicios Jurídicos a efectos de realizar la denuncia penal correspondiente” (Decreto N° 093/020, 2020).

En ese sentido, al día de hoy, nos hemos informado sobre el registro de un gran número de denuncias penales derivadas del incumplimiento de tales medidas sanitarias.

A consecuencia de estas medidas, cada vez que los ciudadanos uruguayos se plantean la posibilidad de incumplir las mismas o se alertan ante la violación de una de ellas por un tercero. La primera interrogante que se plantean es si directamente pueden tener consecuencias penales, por ser estas las más “amenazantes” para cualquier sujeto, ya que, en una primera lectura, lo asimilan con la privación de libertad y pueden ver reprimida la acción de incumplimiento.

Ahora bien, sin pronunciarnos aún a favor o en contra de optar por las herramientas que se derivan del Derecho Penal como solución a esta cuestión y al cumplimiento de las obligaciones impuestas por el Decreto, analizaremos cuál es la respuesta del Derecho Penal uruguayo, para luego recién concluir si su aplicación es efectiva o no.

2.3. Respuesta del Derecho Penal frente a la situación de emergencia sanitaria

Hay que extremar el análisis de las conductas para que, además de encajar en el tipo penal formalmente, tengan un contenido material susceptible de habilitar la respuesta punitiva estatal. Esto exige, una adecuada delimitación del ámbito que debe ocupar el Derecho Penal en los delitos que vamos a analizar.

Nuestro Código Penal prevé 4 figuras delictivas que merecen ser destacadas y estudiadas en este contexto de emergencia sanitaria: a) delito de Desacato b) delito de Daño por violación de las disposiciones sanitarias c) delito de Lesiones y d) delito de Homicidio culposo.

2.3.1. Delito de Desacato

En primer lugar, el delito de *desacato* se encuentra regulado en el artículo 173 de nuestro Código Penal y la acción penalmente sancionada en él consiste en resistir o desobedecer el mandato de la autoridad. Cierta parte de la doctrina afirma que en este artículo se encuentran contempladas las personas que se encuentren dentro de la situación del artículo 8 del Decreto y que incumplan las medidas de aislamiento. Este delito es castigado con una pena de tres a dieciocho meses de prisión.

Respecto de esta figura penal, el Doctor Germán Aller (Abogado penalista y director del Instituto Uruguayo de Derecho Penal y Criminología de la Universidad de la República - UDELAR) explicó en ocasión de una entrevista realizada por el Diario *El País* que:

“el delito de desacato hay que analizarlo con cierto cuidado. Tiene que implicar o una ofensa o una desobediencia abierta al funcionario. No es meramente la ley en forma aislada, porque si no cometería delito de desacato toda persona que no pague tributos. Aquel que no pague tributos dolosamente comete el delito de defraudación tributaria, pero no el de desacato. Lo mismo con el hurto o rapiña, no se configura el desacato por incumplir la ley”. Seguidamente remarcó en la entrevista “requeriría una desobediencia abierta al funcionario público, y no a la ley.” (Aller, 2020)

Siguiendo la línea de pensamiento –la cual personalmente acompañamos– en el marco de la emergencia sanitaria, entendemos que no cometería delito de desacato quien sale de su casa en medio de una cuarentena obligatoria, sino que, para configurar la conducta típica regulada en el artículo 173 del Código Penal, debería desobedecerse una orden directa del funcionario público, ya que entendemos que no basta simplemente con la mera desobediencia a la ley. En el ejemplo planteado, se requeriría, entonces, que el funcionario solicite a la persona que sale de su casa que regrese a ella y la persona se resistiera a hacerlo.

En ese sentido, se han conocido varios dictámenes fiscales a través de los cuales se imputa debidamente el desacato de personas portadoras de COVID-19 que incumplen el aislamiento o las medidas que se le disponen, poniendo en peligro la expansión del virus e incurriendo en el delito de desacato analizado precedentemente.

A modo de ejemplo y para que pueda observarse su puntual aplicación, la Fiscalía Letrada Departamental de Rivera de 3° turno imputó a una persona portadora de COVID-19 por reiterados delitos de desacato, uno de ellos en concurso formal con un delito de violencia privada en calidad de autor³.

En consecuencia, y según el ejemplo planteado en donde una persona que se encuentra obligada a hacer la cuarentena, no cumple con dicho precepto, y al incumplir el confinamiento provoca un daño, la figura delictiva que podría aplicarse, es la prevista en el artículo 224 del Código Penal, la cual analizaremos a continuación.

2.3.2. Delito de Daño por violación de las disposiciones sanitarias.

En segundo lugar, el delito de Daño por violación de las disposiciones sanitarias se encuentra regulado en el artículo 224 del Código Penal y su principal fin es proteger el bien jurídico colectivo de la salud pública en los términos analizados en el capítulo 2.1. del presente. Cuando hablamos de “daño” nos referimos a la lesión o menoscabo de un interés. En el caso que analizamos, la lesión se produce sobre el goce del bien jurídico, salud pública, siendo el daño más grave que puede producirse, en este sentido, la muerte, que analizaremos más adelante.

Este delito sienta sus raíces con la sanción del Código Penal de 1934; no obstante, en ese entonces era una figura de peligro abstracto, la cual se consumaba con la mera desobediencia “de las disposiciones sanitarias dictadas por la autoridad en casos de epidemia” (Código Penal de la República Oriental de Uruguay, 1980). De forma posterior, la situación epidémica a raíz del brote de aftosa a comienzos del año 2000 provocó que, a través del artículo 64 de la Ley N° 17.292, se modificara su redacción hasta entonces vigente, introduciendo un tipo penal aparentemente de *daño* (Ferreira, Ramírez, 2020).

Ahora bien, se preguntarán qué implica esto. Implica, pues que, los delitos de peligro se vean consumados con la simple puesta en “peligro para un bien protegido por la ley penal” (Ferreira, Ramírez, 2020). Mientras que los delitos de daño se consuman con la lesión efectiva del bien jurídico, es decir, ambos delitos de configuran cuando tenemos una acción típica, antijurídica y culpable, siendo ambos delitos de resultado, con la diferencia de que en los delitos de peligro se adelanta la consumación respecto de los delitos de daño.

Sin embargo, la redacción del artículo fue nuevamente modificada por la que actualmente se encuentra vigente, estableciendo una solución de difícil aplicación, en tanto, según el texto, el daño a raíz de la violación de las disposiciones sanitarias debe producirse efectivamente, es decir, de manera tangible.

Por ello, resulta lógico afirmar que el referido artículo 224 ha presentado fuertes dificultades en su aplicación, y esas dificultades ha intentado ser subsanadas o completadas, a nuestro criterio, con los diversos decretos posteriores a la declaración de situación de emergencia sanitaria en nuestro país, a fin de contar con una herramienta segura y efectiva que respalde el cumplimiento de las disposiciones sanitarias.

Precisamente es por esta dificultad que exponemos que se ofrece el artículo 224 del Código Penal. El día 23 de marzo de 2020 se presentó en la Cámara de Representantes (CRR), un Proyecto de Ley (en adelante, el “Proyecto”). El Proyecto fue aprobado por la CRR el pasado 1 de setiembre y, al día siguiente (2 de setiembre), tuvo paso a la Cámara de Senadores (CSS). En el marco de la situación de emergencia sanitaria, el objetivo de este Proyecto es modificar el texto del artículo en análisis, ya que, en su exposición de motivos, dispone que “las actuales circunstancias sanitarias del país obligan a reflexionar acerca de las herramientas que nuestro ordenamiento jurídico confiere a los poderes de gobierno para ejercer las funciones que le son constitucionalmente encomendadas” (Código Penal de la República Oriental de Uruguay, Artículo 224, 1994). La modificación de este artículo fue también sugerida por el Fiscal de Corte, Jorge Díaz, quien aconsejó la adaptación de este tipo penal como respuesta a las dificultades prácticas que estaban teniendo las fiscalías para aplicar el delito de desacato –tal como se describe en el capítulo precedente –.

Con lo anterior, el principal argumento del Proyecto radica en que los legisladores no le encuentren sentido a esperar a que la violación a la disposición sanitaria cause un daño efectivo para considerar que la conducta del agente es suficientemente peligrosa y, así, merecer la represión penal. Asimismo, esta nueva redacción que se intenta, con algunas variantes menores, resulta similar a la redacción original del artículo dada por la Ley N° 9.155 (Ferreira, Ramírez, 2020) –recordemos que este cambio está pensado en su mayoría, en contexto de pandemia y, en efecto, con la intención de que su aplicación sirva como mecanismo previsor de su expansión–.

Ahora bien, la redacción actual del referido artículo 224, castiga al que “mediante violación de las disposiciones sanitarias dictadas y publicadas por la autoridad competente para impedir la introducción o la propagación en el territorio nacional de enfermedades epidémicas o contagiosas de cualquier naturaleza, causare daño a la salud humana o animal...”. Como puede observarse, esta redacción nos coloca frente a un delito de daño, es decir, que la norma penal requiere la efectiva causación de un daño a la salud humana o animal a través de la violación de disposiciones sanitarias, lo que supone que se castigará la causación efectiva del daño, la cual es precisa y puede observarse. En consecuencia, la sola violación a una disposición sanitaria sin que produzca perjuicio alguno no es suficiente para que la conducta sea sancionada penalmente por este tipo penal (Ferreira, Ramírez, 2020).

Dicho esto, pasaremos a exponer lo que el Proyecto de Ley pretendía modificar, esto es, el elemento que mencionamos en el párrafo anterior, traducida en la efectiva causación de un daño. El objetivo principal de esta modificación, era entonces convertir el delito tipificado en el artículo 224 del Código Penal, en un delito de *peligro*, nuevamente. Si el tipo penal se convirtiera en un delito de peligro, se castigaría a quien realizara la acción allí consignada (puesta en peligro) siendo suficiente para el reproche, la provocación del peligro de que ese daño o lesión aparezca. Esto trae consigo la imposibilidad de castigar la conducta en grado de tentativa.

Por otro lado, es preciso discriminar dentro de los delitos de peligro, entre el tipo abstracto y el concreto. En los delitos de peligro *abstracto*, tal como hemos adelantado, es suficiente con la comprobación de la acción. En este tipo de delitos, el peligro se juzga por el legislador en forma previa a la comisión del delito –a modo de ejemplo, el delito de abandono de niños y de personas incapaces–. Este tipo de delitos cumple el mandato constitucional estableciendo medidas preventivas que adelantan la barrera de protección a los efectos de precaver los riesgos eventuales que pueda sufrir el bien jurídico tutelado, con lo cual no se espera a que se produzca un resultado lesivo ni peligro efectivo. En los delitos de peligro *concreto*, sin embargo, para realizar el reproche penal de la conducta se requiere que se configure un peligro real de vulneración al bien jurídico protegido; es decir, el peligro se juzga de manera posterior a la comisión del delito y debe producirse efectivamente –a modo de ejemplo, el delito de incendio–.

Precisamente el texto del Proyecto de Ley presentado el día 25 de marzo del corriente era el siguiente:

“El que violare disposiciones vigentes para impedir la introducción al país o propagación de una enfermedad epidémica o contagiosa, será castigado con tres a veinticuatro meses de prisión. Será circunstancia agravante especial de

este delito si del hecho resultare un grave perjuicio a la economía nacional”⁴ (Proyecto de Ley, 2020).

Con este texto, según se expresó en la exposición de motivos, se pretendía retornar a la redacción original del artículo según la redacción dada por la Ley N° 9.155. Este proyecto no fue acompañado por algunos legisladores, porque según han expresado, no se contemplaba en él la situación particular de cada sujeto, es decir, si puede o no hacer cuarentena, si tiene o no un domicilio, etcétera. Nuestra opinión al respecto acompaña este último argumento. No creemos que sea necesaria una modificación del artículo 224, puesto que nuestro país ha tomado el compromiso de acatar el confinamiento voluntario en gran medida, y habiendo tenido tanto éxito la concientización con otras herramientas, no resulta necesaria esta modificación.

Habiendo continuado con el curso del trámite parlamentario, se cambió la redacción del Proyecto, proponiéndose la siguiente:

“...el que mediante violación de disposiciones sanitarias dictadas y publicadas por la autoridad competente para evitar la introducción al país o la propagación en su territorio de una enfermedad epidémica o contagiosa de cualquier naturaleza, pusiere en peligro efectivo la salud humana o animal, será castigado con tres a veinticuatro meses de prisión. La aplicación del máximo de la pena referida estará especialmente justificada cuando la violación de las disposiciones se produjere durante la vigencia de un estado de emergencia sanitaria declarado por las autoridades competentes.”

Con esta última modificación del proyecto, se observa que la intención es convertir a la conducta tipificada en el artículo 224 del Código Penal, en un delito de peligro concreto.

Asimismo, puede observarse que, en la primera redacción propuesta, se suprimía la referencia que se encuentra en el artículo a la "autoridad competente". De esta forma, resultaban mayores "las posibles disposiciones que podrían completar el tipo penal" (Ferreira, Ramírez, 2020) en caso de disposiciones que no sean dictadas precisamente por autoridades competentes desde el punto de vista constitucional a estos efectos. Claramente esto llamó la atención de los operadores del Derecho Penal, quienes sugirieron críticas de inmediato. A raíz de ello, se buscó subsanar el error y se introdujo, finalmente, al segundo párrafo del artículo, de manera que queda de esta forma y deviene en una solución más integral y objetiva.

Como sostienen los autores Ferreira y Ramírez:

“Por su parte, la segunda supresión que se pretende, a través de la modificación del artículo 224, tiene como principal diferencia sustancial que, en la nueva redacción, se elimina la exigencia de la constatación de un daño efectivo a efectos de que la conducta de "violar las disposiciones sanitarias" puede ser sancionada penalmente” (Ferreira, Ramírez, 2020).

Asimismo, recalamos que entendemos que la evolución en la redacción del texto del Proyecto refleja la intención de dejar de lado la proposición de un delito de peligro *abstracto*, transformando la proposición de la disposición a un delito de peligro *concreto*.

Ahora bien, independientemente de esta discusión, el artículo 224 puede entenderse como un tipo penal en blanco. La Ley penal en blanco es aquella cuyo precepto es indeterminado en cuanto a su contenido y es fijada con precisión sólo la sanción. El precepto debe ser llenado por otra disposición legal o por decretos o reglamentos (Soler, 1956, p. 133).

Afirman Ferreira y Ramírez:

“Este Decreto, así como los siguientes dictados hasta ahora en igual sentido, completan el tipo penal en blanco previsto en el art. 224, que, en su redacción actual, castiga aquellas conductas que, violando las disposiciones sanitarias dictadas y publicadas por la autoridad competente para impedir la introducción o propagación en el territorio nacional de enfermedades epidémicas o contagiosas de cualquier naturaleza, causen un daño a la salud humana o animal. Es justamente la dificultad que crea la prueba del daño a la hora de aplicar en la práctica la norma en cuestión la base del fundamento de quienes propugnan por la modificación de dicha norma”. (Ferreira, Ramírez, 2020).

Ahora bien, cuando hablamos de ley penal en blanco, y, sobre todo, de Derecho Penal, no podemos perder de vista jamás el principio de legalidad. Este principio, podría decirse, es el rector y más importante en la estructura de las normas penales. La tan conocida frase latina “*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*” establece que solo la ley, y nada más que la ley, puede determinar cuáles son los delitos y las penas en nuestro ordenamiento jurídico. Por lo que, en consecuencia, hay quienes se cuestionan la constitucionalidad de tipos penales como el del artículo 224 por remitir su precepto a otra disposición o reglamento. En ese sentido, el legislador (Poder Legislativo) dicta una ley penal, pero no refiere a la prohibición, sino que hace referencia a que será castigado con tal pena en lo que una ley o un decreto o reglamento dictará en un futuro, como es el Decreto en cuestión –elaborado por el Poder Ejecutivo–.

Por los motivos anteriormente expuestos es que las leyes penales en blanco, en nuestro país, son consideradas, por casi la unanimidad de nuestra doctrina, inconstitucionales.

Por otra parte, según el Prof. Milton Cairoli (2000), las leyes penales en blanco sólo pueden integrarse por normas jurídicas creadas y contenidas en una ley en sentido estricto y no por disposiciones que estén jerárquicamente por debajo de la misma.

En ese sentido, y tal como destaca el Dr. Gustavo Bordes (2016), en las aulas de la Facultad de Derecho, enseñan a los alumnos que los principios deben regir en el derecho penal y cuáles son los límites al *jus puniendi*, pero luego en la práctica, vemos también desde hace mucho tiempo, que lo político prima sobre lo jurídico, como en estos casos.

2.3.3. Delito de lesiones y homicidio culposo

Por último, encontramos el delito de Lesiones y el delito de Homicidio culposo (identificados con letras c y d). De acuerdo con lo que venimos exponiendo, algunas figuras delictivas intentan proteger el bien jurídico supraindividual de la salud pública, y otras, en cambio, apuntan a prohibir conductas que pueden lesionar bienes jurídicos

individuales como la vida o integridad física de una persona –como es el caso de los delitos anteriormente mencionados–. Respecto a los delitos de Lesiones y el delito de Homicidio culposo, entendemos que la imputación de tales delitos, en el contexto de emergencia sanitaria, no es tarea sencilla.

Ello por cuanto, una vez acreditado el fallecimiento de una persona a causa del COVID-19, habrá que demostrar que aquello se debió al incumplimiento del deber objetivo de cuidado de otro sujeto, que produjo la contracción del virus al fallecido. Ahora bien, a la vez que resulta muy difícil determinar esa relación de causalidad, habrá que prestar mucha más atención al respeto por el principio de inocencia que subyace. Cuando fuera materialmente imposible una prueba contundente de esa relación de causalidad, se habrá que determinar ciertos indicios que nos permitan llegar a la conclusión de que efectivamente existe ese nexo causal.

El delito de Lesiones se encuentra regulado en los artículos 316 a 318 del Código Penal, a lo que el inciso final del artículo 316 dispone: “Es lesión personal cualquier trastorno fisiológico del cual se derive una enfermedad del cuerpo o de la mente” (Código Penal de la República Oriental de Uruguay, Artículo 316, 1994). El delito de Homicidio culposo se encuentra regulado en el artículo 314, y entiéndase como tal, “el que diere muerte a una persona” de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 310 del Código Penal (1994). Se trata de dos figuras penales que pueden ser cometidas especialmente en este tipo de contexto.

Teniendo en mente lo anterior, plantearemos un ejemplo: del accionar de un sujeto portador de COVID-19 resulta un daño de lesión o muerte a causa de la transmisión de la enfermedad a otro sujeto de forma no intencional. Para el reproche penal de la conducta en el caso, será esencial el análisis y la determinación del nexo causal entre la acción del sujeto y el resultado de lesión o muerte, lo que sin dudas presenta dificultades en materia de prueba. El nexo causal puede definirse como la relación causa-efecto que permite establecer cuáles son los hechos susceptibles de causar el daño específicamente, y cuál de ellos fue el que finalmente ocasionó el perjuicio tangible.

2.4. Conclusión

Recalamos que en nuestro país ha tenido un gran éxito la campaña de concientización que se viene realizando desde el mes de marzo del corriente, es decir, desde la aparición del virus COVID-19 en Uruguay, incluso llegando a que numerosas empresas se adhieran a la misma incluso en contra de sus propios intereses, como ha sucedido con el sector turismo, entre otros.

En este sentido, nos atrevemos a afirmar que existe otro medio menos lesivo para el ofensor que el que ofrece el Derecho Penal para resolver estas cuestiones derivadas de la emergencia sanitaria. Habiendo dicho esto, se ha respondido casi sola la pregunta que planteamos antes sobre si el Derecho Penal era la herramienta más adecuada en estos casos.

Acompañando este pensamiento, podemos citar a Roxin:

“Un Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el Derecho Penal, sino también del Derecho Penal. Es decir, que el ordenamiento jurídico no sólo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, sino que también hade imponer límites al empleo de la

potestad punitiva, para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria o excesiva del ‘Estado Leviatán’” (Roxin, 1997, p. 135).

Surge de lo que hemos expuesto que, desde el punto de vista del Derecho Penal, no contamos con un marco jurídico de adecuada aplicación para la situación sanitaria que está atravesando nuestro país, por lo que, en consecuencia, no resulta pertinente la modificación que se pretende del artículo 224 del Código Penal, como tampoco resulta adecuado recurrir al Derecho Penal, derecho de *ultima ratio*, como solución a la problemática existente (Ferreira, Ramírez, 2020).

Sin perjuicio de lo antedicho, no podemos dejar de reconocer que, en la población en general, siempre ha predominado el pensamiento de que la herramienta penal es o debe ser la más efectiva frente a todos los problemas y que las penas deben aumentar para lograr la “máxima justicia”. Sin embargo, creemos que, de esta forma, dejando todo en manos de un sistema que es de *última ratio* –o, al menos, debería serlo–, el mismo podría verse colapsado y no cumpliría el fin para el cual fue creado, por lo que entendemos importante siempre considerar herramientas alternativas.

Asimismo, la mayor parte de la doctrina ha coincidido en expresar que el fin del Derecho Penal es la protección de bienes jurídicos, entendiendo por tales aquellos bienes que resultan imprescindibles para la convivencia humana en sociedad. Esa importancia determina que esos bienes sean merecedores de protección por parte del poder coactivo del Estado. En otras palabras, el Derecho Penal no crea bienes, sino que los reconoce, ponderando su importancia en virtud del principio de lesividad (Fleitas, 2015).

Entendemos, entonces, que el Derecho Penal debería quedar reservado para aquellos casos en los cuales el bien jurídico tutelado solo pueda ser protegido y evitado su vulneración por el Derecho Penal, es decir, cuando *no* existan otros medios menos lesivos para lograr la protección del bien jurídico que se pretende. En otras palabras, cuando el castigo resulte inevitable e imprescindible. Este no resulta ser el caso, puesto que se ha logrado con éxito el confinamiento voluntario con la sola herramienta de la concientización, y ello encuentra su prueba en el éxito del país en el número de contagios, a lo que se debería tener presente, también, el gran nivel de acatamiento que las medidas impuestas han tenido en la población uruguaya y su contribución, en este sentido, al éxito en el número de contagios.

En definitiva, el Derecho Penal, a nuestro juicio, no constituye el mecanismo adecuado para una gestión razonable de los problemas sociopolíticos, ya que el incumplimiento de dichas medidas, puede ser reprimida eficazmente con penas pecuniarias, sin sustituirse con sanciones privativas de libertad.

Por último, cabe destacar que numerosos sectores de la economía se han pronunciado a favor de las medidas e incluso se han sumado a la concientización de la prevención de contagio aún en contra de sus propios intereses, como ocurrió con el sector turismo. Se puede concluir, en este sentido y sin vacilaciones, que los uruguayos han tomado un gran compromiso en la materia, y entendemos que eso ha contribuido al éxito del país en cuanto al bajo número de contagios en relación al resto de los países de Latinoamérica.

3. El COVID-19 y la incidencia en el aumento o disminución en la comisión de determinados delitos

El Pacto (Europa Latinoamérica Programa de Asistencia contra el Crimen Transnacional Organizado) es un programa financiado por la Comisión Europea que busca reforzar las capacidades de las instituciones latinoamericanas en materia de crimen transnacional organizado. En el marco de la pandemia, en marzo del corriente, elaboró un informe sobre la afectación de la pandemia COVID-19 al crimen organizado, advirtiendo la posibilidad del incremento de determinados tipos de delitos, como el cibercrimen o delitos cibernéticos –particularmente a través de estafas en línea y de aplicaciones maliciosas–. Asimismo, han resaltado la probabilidad en el incremento en el lavado de activos, la corrupción o los fraudes y las estafas, tratándose, en su gran mayoría, de delitos económicos. Se trata de delitos que no pueden analizarse de forma aislada y desvinculada de los factores que explican su causa y forma de aparición.

Por otra parte, respecto de los delitos contra las personas, también establece que pueden incrementarse los delitos de odio y los distintos tipos de tráfico como el de drogas, medicamentos, productos sanitarios y complementos alimenticios. Sin perjuicio de lo cual, no obstante, destaca la evidencia sobre ciertos delitos que han disminuido debido al confinamiento, las restricciones de movilidad y el distanciamiento social. Se trata en general de delitos contra la propiedad, tales como los robos con fuerza, violencia o intimidación o la sustracción de bienes del patrimonio histórico y artístico.

3.1. Delitos informáticos

En el mundo –y especialmente en nuestro país– en estos últimos meses, se han incrementado considerablemente las denuncias por este tipo de ataques, que encuentran un terreno fértil proporcionado por la situación de emergencia sanitaria que atravesamos. Un ejemplo claro lo constituye el secuestro de datos en mano de los hackers, en donde los delincuentes piden dinero a cambio de liberar la información.

Asimismo, a la vez que se incrementaron las denuncias por este tipo de delitos informáticos, puede afirmarse que otros tantos delitos se han visto disminuidos debido al contexto de confinamiento, especialmente los delitos contra la propiedad.

Es importante destacar que este tipo de delitos – los informáticos– presentan una serie de dificultades para la persecución policial y penal en tanto la investigación requiere conocimientos y procedimientos especiales y técnicos. Además, es importante destacar que la mayoría de estos ataques son realizados desde el anonimato del sujeto activo del delito, ya que habitualmente se utilizan sistemas informáticos de un tercero que ni siquiera se encuentra en conocimiento de que se está usando su red.

Ahora bien, en lo que concierne a los aspectos jurídicos, a diferencia de lo que sucede en otros países, en el sistema jurídico uruguayo no existe un tipo penal específico que tipifique de forma autónoma los delitos informáticos. Sin perjuicio de ello, es común que se denominen “delitos informáticos” a aquellas conductas delictuales que son penadas por un tipo penal autónomo –por ejemplo: estafa, hurto, apropiación indebida, entre otros– y que son efectivizadas a través o mediante la ayuda de medios informáticos.

Las víctimas de este tipo de ataques pueden denunciarlo ante la Fiscalía competente o ante el Ministerio del Interior. Una vez que una conducta de este tipo es puesta en conocimiento de la Fiscalía competente, cooperan con la investigación la Dirección General de Lucha Contra el Crimen Organizado (DGLCCO) e INTERPOL a través del Departamento de expertos en la materia de Delitos tecnológicos de la Jefatura de Policía de Montevideo.

Hoy en día, son varias las maniobras que se conocen como delitos informáticos, siendo algunos de ellos los siguientes: ciberataques, *spam* financiero, *phishing*, *pharming*, clonación de tarjetas de crédito y débito, compras fraudulentas, robo de contraseñas, delitos telefónicos, fraude de cheques, ofertas falsas de trabajo, falsificación de documentos electrónicos, suplantación de identidad, hackeo, estafas electrónicas, etcétera.

En este sentido, la tecnología posee aspectos positivos y negativos, los cuales han quedado en evidencia en la situación de contexto de pandemia actual que nos encontramos atravesando. Por una parte ha ayudado a muchas empresas y empleados a continuar con su actividad, manteniendo así fuentes laborales –muchos a través del “teletrabajo”–; también ha servido para la mayor propagación de la información que es tan imprescindible para prevenir la propagación del virus, y, por otra parte, esto ha servido como oportunidad para que muchos “hackers” o “piratas de la informática” aprovechen la ocasión para hacerse con documentos y/o información valiosa y confidencial de muchas empresas.

En consecuencia, sobre todo las empresas, debido a la magnitud de sus bases de datos, sistemas electrónicos y redes, deberán tener presente este aspecto y trabajar en la prevención de este tipo de actos que ponen en peligro la confidencialidad, integridad y disponibilidad de los sistemas, redes y datos y su uso abusivo, así como la protección de los intereses legítimos en la utilización y desarrollo de tecnologías de información.

4. Otras medidas adoptadas por el Gobierno en el contexto de emergencia sanitaria

No puede negarse que el Uruguay reaccionó a la pandemia de manera muy temprana y desarrolló políticas públicas principalmente enfocadas a la población más vulnerable, a pesar del alto grado de incertidumbre respecto a la evolución en la cantidad de contagios.

Dentro de las medidas adoptadas por el Gobierno a los efectos de reducir el número de contagios, se encuentran algunas destinadas a disminuir el flujo de ingreso de nacionales y residentes argentinos a nuestro país.

Por otro lado, la pandemia sin dudas trajo aparejada una interrupción de la producción del país, repercutiendo esta circunstancia en las empresas, que se han visto forzadas a cerrar o reducir su personal, quebrantando su economía. Si bien esta circunstancia no tiene el mismo impacto en todas las empresas, puede afirmarse que todas ellas se han visto afectadas en mayor o menor medida. La cruel consecuencia de este panorama es el desempleo. Miles de trabajadores se han amparado en seguro de enfermedad y otros tantos han sido enviados al seguro de paro; otros han sido directamente despedidos, y otros se han visto forzados a aceptar importantes reducciones en sus salarios. Ante esta situación, se estableció la flexibilización del seguro de paro.

Otra medida implementada la constituye la Resolución N°055/2020 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social del 20 de marzo de 2020, que establece la autorización de carácter excepcional de la licencia generada en el año 2020, siempre que el mismo sea acordado entre el trabajador y el empleador y tenga su causa en la emergencia sanitaria.

El gobierno uruguayo, como tantos otros, ha tenido la responsabilidad de tomar medidas que propendan al bienestar de los uruguayos, tratando de mermar en el mayor grado posible las consecuencias socio-económicas de la pandemia. Por otro lado, si bien la mayoría de estas medidas en principio fueron establecidas con un plazo aproximado de tres meses aproximadamente, se ha prorrogado sus vencimientos en atención al grado de necesidad y de efecto que generan las mismas en la población.

Respecto a la incidencia laboral del COVID-19, en el momento en que se conocieron los primeros casos en nuestro país, el Poder Ejecutivo, mediante decreto N° 093/2020 del 13 de marzo de 2020, dispuso una exhortación a todos los empleadores a implementar el teletrabajo en los domicilios de sus empleados, en la medida en que fuera posible, a lo que, además, el mismo empleador debía proporcionar las herramientas e insumos necesarios para el desarrollo del trabajo domiciliario. En el mismo decreto, se establecieron especificaciones que, hasta el momento, resultan ser las únicas en materia de teletrabajo, ya que no hay en Uruguay una regulación general del tema. Esta exhortación fue cumplida por un gran número de empleados en la medida en que ha sido posible, y nos atrevemos a asegurar de que es una modalidad de trabajo que llegó al Uruguay y al mundo para quedarse.

4.1. Creación por Ley del Fondo Solidario CORONAVIRUS

Se trata de una herramienta diseñada por el Gobierno uruguayo creada por la Ley 19.874, mediante la cual se establece el objetivo de cubrir necesidades sanitarias y sociales frente al avance del COVID-19. Esto por cuanto esta crisis económica presenta un escenario que no tiene precedentes, por lo que las herramientas que se proponen tienen el mismo carácter.

El Fondo CORONAVIRUS se nutre de utilidades provenientes de las empresas públicas y bancos estatales, de recursos obtenidos por préstamos con organismos multilaterales de crédito, de las partidas de prensa del Parlamento y del aporte de los salarios de los funcionarios con sueldo líquido por encima de los \$80.000 –este último se propuso solo durante dos meses excepcionalmente–.

4.2 Aplicación móvil CORONAVIRUS UY

Además de las medidas implementadas que fueron desarrolladas anteriormente, el Gobierno uruguayo desarrolló otras herramientas a través del uso de la tecnología, para lograr un mayor alcance sobre todo al sector más joven, ya que, como decíamos párrafos atrás, además de propiciar un escenario adecuado para la delincuencia informática, la tecnología tiene un gran aspecto positivo.

De esta forma, diariamente se publican desde el mes de marzo en las redes sociales relacionadas al Gobierno noticias actualizadas día a día sobre el virus, con la meta de informar el número de contagios, el número de fallecidos, los departamentos

afectados, etcétera, procurando llegar a todos los ciudadanos para concientizar sobre la propagación del virus.

Más aún, en vías de incorporar el uso de nuevas tecnologías, el gobierno creó una aplicación móvil llamada CORONAVIRUS UY, cuyo fin principal es el seguimiento de casos, y la emisión de alertas en caso de contacto cercano de casos detectados como positivos. Ante la aparición de síntomas en una persona, la aplicación te conecta de inmediato con un prestador de salud para evitar tiempos de espera en la atención. Es importante mencionar que la información recabada por la aplicación se encuentra amparada por las disposiciones de la Ley 18.331, ley de Protección de Datos Personales y acción de Habeas Data, y, sin lugar a dudas, resulta útil.

¹ Tengan presente que, actualmente, algunas de estas medidas han tenido evolución según el contexto sanitario y económico del ámbito territorial de los centros.

² “Zonas de alto riesgo”: China, Corea del Sur, Irán, Singapur, Japón, Italia, España, Francia, Alemania, Estados Unidos.

³ Recuperado de: <http://www.fiscalia.gub.uy/innovaportal/file/9521/1/formalizacion-covid.pdf>

Referencias

- Aller, G. (2020). ¿Qué implicaría el delito de desacato durante una cuarentena general?. En diario El País.
- Bordes, G. (2016). *Breves reflexiones sobre el Art. 1º de la reciente ley Nº19.196 de responsabilidad penal del empleador* (Recuperado de: <https://publicaciones.fder.edu.uy/index.php/idp/article/view/189>).
- Cairolí, M. (2000). *El derecho penal uruguayo y las nuevas tendencias dogmático penales* (tomo I). La ley.
- Carrara, F. (1998). *Programa de Derecho Criminal. Parte Especial* (vol. VI). Editorial Temis.
- Código de Procedimiento Penal [CPP]. 7 de julio de 1980 (República Oriental de Uruguay).
- Constitución de la República Oriental de Uruguay. 1967 (República Oriental de Uruguay).
- Ferreira J., Ramírez G. (2020). *El artículo 224 del código penal uruguayo y el reciente proyecto de modificación en medio de una pandemia mundial* (Recuperado de: <https://laleyuruguay.com/blogs/noticias/el-articulo-224-del-codigo-penal-uruguayo-y-el-reciente-proyecto-de-modificacion-en-medio-de-una-pandemia-mundial>).
- Fleitas Villareal, S. (2009). *El bien jurídico tutelado en el delito de lavado de activos. Su regulación en la legislación uruguaya* (Recuperado de: <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Fleitas-Villarreal-El-bien-juridico-tutelado-en-el-delito-de-lavado-de-activos-su-regulacion-en-la-legislacion-uruguaya.pdf>).
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal. Parte general*. Editorial Civitas.
- Silva Sánchez, J. M. (2001). *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Editorial Civitas.

Crisis sanitaria y el derecho fundamental a una buena administración pública: caso de los registros jurídicos en el Perú

Mg. Hidelbrando Jiménez Saavedra*

Universidad Privada Norbert Wiener

hidelbrando.jimenez@gmail.com

Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9587-2471>

Resumen:

El presente artículo busca comprender los efectos administrativos de la pandemia y la necesidad de regular el derecho fundamental a una buena Administración Pública. La investigación se aborda con enfoque cualitativo o hermenéutico utilizando el análisis de los hallazgos y de la triangulación de metodologías para validez y confiabilidad de resultados que han posibilitado generar opiniones y conclusiones. En efecto, se ha logrado establecer una perspectiva distinta del problema sanitario estimando sus efectos sobre la gestión pública, así como afirmar la necesidad de la regulación integral de los derechos dispersos de naturaleza administrativa que puedan integrar una buena administración pública como derecho fundamental.

En tal sentido, en el contenido del presente trabajo se describen los orígenes, evolución y los múltiples efectos de la pandemia en la sociedad peruana, específicamente los efectos administrativos. Asimismo, se parte de la necesidad de competitividad y gobierno digital como presupuestos y condición para una buena Administración Pública, sin descuidar los derechos subjetivos que dicho derecho fundamental alcanza. En el mismo sentido, se analiza el caso del sistema de los registros jurídicos en el Perú.

Palabras clave: crisis sanitaria; gestión pública; ciudadanía digital; seguridad jurídica; registros jurídicos

Abstract:

“Sanitary crisis and the fundamental right to good public administration: case of legal registries in Peru”. This article seeks to understand the administrative effects of the pandemic and the need to regulate the fundamental right to good Public Administration. The research is led by a qualitative or hermeneutical approach and uses analysis of findings and triangulation of methodologies for validity and reliability of the results, results that have made it possible to generate opinions and conclusions. A different perspective of the health problem has been established estimating its effects on public management,

* Doctorando en Gobierno y Políticas Públicas por la Universidad Nacional de Ingeniería (UNI) y en el programa de Doctorado de en Derechos Fundamentales de la Universidad Norbert Wiener (UW). Magister en Gerencia Pública por la UNI. Abogado por la Universidad San Martín de Porres (USMP). Se desempeña desde el 2005 como Registrador Público de la Gerencia de Personas Jurídicas y Naturales de la Oficina Registral de Lima. Docente universitario.

as well as affirming the need for comprehensive regulation of dispersed rights of an administrative nature that they can integrate good public administration as a fundamental right.

In that sense, in the content of the present work the origins are described, evolution and the multiple effects of the pandemic in Peruvian society, specifically administrative effects. Likewise, be part of the need for competitiveness and digital government as budgets and conditions for a good Public Administration, without neglecting the subjective rights that this fundamental right achieves. In the same way, the case of the legal records system in Peru is analyzed.

Keywords: health crisis; public management; digital citizenship; legal security; legal records

Recibido: 08.10.2020

Aceptado: 09.12.2020

1. Introducción

El presente artículo busca comprender los efectos administrativos de la pandemia y, desde tal cometido, la necesidad de regular una buena Administración Pública para integrarla como derecho fundamental. Del mismo modo, desde la perspectiva de una buena Administración Pública, tiene por objeto analizar la performance y exigencia de mayor competitividad del Sistema Registral y de su Órgano de gestión frente a esta situación de emergencia, como parte de la Administración Pública peruana. En este aspecto, se analizará la necesidad de políticas públicas que orienten su accionar hacia nuevos horizontes registrales considerando las potencialidades del gobierno digital. Todo ello partiendo de la definición del registro como asegurador de los derechos de propiedad, institución pilar de la medición de la productividad o competitividad de un país.

Un aspecto que no puede omitirse en esta situación de pandemia es la íntima relación que se ha establecido entre Administración Pública, competitividad y gobierno digital. En efecto, la gestión de los diferentes servicios públicos se ha visto potenciada por la intervención del Gobierno mediante tales herramientas. Hasta los primeros meses del presente año, el gobierno digital en el país se consolidaba con la dación del Decreto Legislativo N° 1412, la puesta en marcha de la plataforma digital gob.pe para la Administración Pública como único acceso virtual, la creación del sistema nacional de transformación digital y la aprobación del marco de confianza digital (D.U 006 y 007-2020). En tal sentido, la competitividad y la recuperación del crecimiento a los niveles de años anteriores parecían asegurados. Dos meses después de las últimas normas referidas se anunciaba y disponía el inicio de la emergencia sanitaria y días más una cuarentena a nivel nacional de la que se viene saliendo de modo focalizado y por etapas. La exigencia de mayores niveles de competitividad o productividad previstos para la Administración Pública se vieron incrementados con el fin de recuperar los recursos destinados a atender la situación generada por un virus atípico. En este contexto adquiere nivel de urgencia recurrir al gobierno digital para atender los diferentes servicios públicos.

El trabajo, desde un enfoque cualitativo, constituye el resultado hermenéutico y de triangulación de hallazgos, doctrina fundamentada, normas aplicables nacionales y de Derecho comparado. En esta línea se desarrolla el origen, evolución y efectos de la crisis sanitaria; un segundo apartado trata sobre la buena Administración Pública desde una perspectiva competitiva apoyada por el gobierno digital y de la necesidad de incorporarla como derecho fundamental. Esta visión nutre el último apartado que comprende la gestión de los Registros jurídicos en el Perú como integrante de la Administración Pública peruana. El desarrollo del trabajo permite establecer algunas conclusiones que responden al problema y propósito formulados.

2. Crisis sanitaria

2.1. Orígenes

Los virus, su estudio y tratamiento no resultan novedosos a nivel mundial, desde el primero descubierto y denominado virus del mosaico del tabaco por Martinus Beijerinck en 1899. Producen enfermedades infecciosas emergentes y reemergentes, que se constituyen en desafíos para la salud pública desde el Estado y su Administración.

La Organización Mundial de la Salud (Organización Mundial de la Salud [OMS], 2020) informa que fue en Wuhan, China, en donde se produce el descubrimiento de un

nuevo tipo de Coronavirus (2019-nCoV). China lo dio a conocer oficialmente el 31 de diciembre de 2019. Se conocían 36 coronavirus. Los virus de la familia coronaviridae, conocidos como coronavirus, se tratan de virus de RNA envueltos que pueden encontrarse en humanos, mamíferos y aves, produciendo enfermedades respiratorias, hepáticas, neurológicas y entéricas. Se encontró que un 66% de pacientes (27 pacientes) –prevalentemente masculinos con edad promedio de 49 años – tenía contacto directo con un gran mercado de mariscos y animales que pudieron causar el primer brote. Los síntomas importantes de 2019-nCoV son: fiebre (98%), tos seca (76%), disnea (55%), mialgia o fatiga (44%) y linfopenia (63%). Se conocen seis especies de Coronavirus que generan enfermedades en humanos. De estas solo dos especies –SARS-CoV y MERS-CoV– causan síndrome respiratorio agudo severo con efectos mortales en alto grado.

El 06 de marzo de 2020 se anuncia el primer caso de COVID-19 en Perú y el 16 del mismo mes y año se produce y anuncia la primera muerte. Ello coincide con el inicio de la cuarentena general y obligatoria a nivel nacional y con el desenlace de una serie de intervenciones desde el Poder Ejecutivo. El Banco Mundial (Banco Mundial, 2020) en su informe semestral de abril para la Región América Latina y El Caribe precisó que las “medidas generales de contención siempre conducen a un menor número de casos de COVID-19 que las medidas dirigidas. Pero ambas son considerablemente más efectivas si se adoptan inmediatamente después de que se registre el primer caso”. En tal sentido se aprecian las intervenciones desde el Gobierno del Perú.

2.2. Evolución - Estado actual

La situación de pandemia (Organización Mundial de la Salud, 2020) es declarada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) luego de verificar que en más de cien países del mundo se había extendido simultáneamente. Inmediatamente, el mismo 11 de marzo de 2020 de la declaración de la OMS, el Poder Ejecutivo expide el Decreto Supremo N° 008-2020-SA, basado fundamentalmente en el Decreto Legislativo N° 1156, y su Decreto Supremo reglamentario 007-2014-SA, declarando la Emergencia Sanitaria a nivel nacional por el plazo de noventa (90) días según calendario estableciendo. Adicionalmente, brinda medidas de prevención y control del COVID-19, medida que es ampliada por el mismo plazo por Decreto Supremo N° 020-2020-SA del 04 de junio de 2020.

El fundamento jurídico de la medida mencionada parte de la protección de la salud como derecho de los ciudadanos y obligación del Estado. Así, se regula desde el nivel constitucional en los artículos 7 y 9 de la Constitución Política vigente, desarrollándose éste desde la Ley General de Salud N° 26842. Más aún se precisa el sistema funcional encargado de la gestión de las políticas públicas en salud como herramientas de gestión establecidas en el Decreto legislativo 1161. En tal sentido, corresponde al Ministerio de Salud liderar a nivel nacional lo concerniente a la emergencia sanitaria desde las funciones normativas, de gestión y supervisión, como responsabilidad del Estado para el impacto negativo de la pandemia.

El 15 de marzo de 2020, no obstante, con la declaración de emergencia sanitaria, el Poder Ejecutivo expide el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, declarando el estado de emergencia a nivel nacional por quince días estableciendo la cuarentena, las restricciones a derechos fundamentales y las medidas preventivas, las que se han prorrogado hasta el 30 de junio de 2020. A partir del 01 de julio de 2020, mediante el Decreto Supremo N° 116-2020-PCM, se focaliza la cuarentena y se prorroga hasta el 31 de julio 2020, que es cuando se levantan las restricciones establecidas como efecto de la cuarentena. En suma, fueron 107 días de cuarentena generalizada lo que motivó

un plan de reactivación económica en etapas durante la misma. Iniciamos esta etapa con índices presentados desde el Ejecutivo, precisándose al 01 de julio de 2020 que de los 282,365 casos positivos de COVID-19 en el país, 171,159 se encuentran recuperados y 101,000 activos. Las personas que superaron la enfermedad alcanzan un 63% frente al 37% que aún continúa con ella, cifras a las que se le añaden 9860 fallecidos. Los resultados de focalizar la cuarentena, si bien son los esperados, continúan desbordando los servicios de salud y afectando a algunas regiones que requieren de la intervención del Ejecutivo.

En los resultados a la fecha de presentación del presente trabajo, si bien muestran números muy superiores, se aprecian medidas y resultados que dan inicio a la cuarta fase. En efecto, mediante D.S. N° 156-2020-PCM se modifica el Decreto Supremo N° 116-2020-PCM, Decreto supremo que establece las medidas que debe seguir la ciudadanía en la nueva convivencia social y prorroga el Estado de Emergencia Nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del COVID-19, modificado por los Decretos Supremos N° 129-2020-PCM, N° 135-2020-PCM, N° 139-2020-PCM, N° 146-2020-PCM, N° 151-2020-PCM, y se prorroga el estado de emergencia focalizándose aún más la inmovilidad social por el mes de octubre de 2020. Asimismo, por D.S. N° 157-2020-PCM se aprueba la Fase 4 de la reanudación de actividades económicas dentro del marco de la declaratoria de Emergencia Sanitaria Nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del COVID-19 a partir del mes de octubre de 2020.

En tal sentido, los resultados se han mostrado alentadores, como el caso de las vacunas en etapa de prueba en humanos. Hechos, plazos y efectos positivos han generado una mayor apertura de las actividades económicas sin restringir las exigencias en los cuidados establecidos.

Empero, ha quedado claro que la sociedad anterior a la pandemia no tiene ninguna posibilidad de retorno. Actualmente se trata de explicar qué efectos beneficiarán generando cambios estructurales o de menor nivel y en qué medida ocasionará la pérdida de actividades, organizaciones, relaciones sociales o de otro tipo.

2.3. Efectos

Los efectos que la pandemia declarada desde el 11 de marzo de 2020 ha desplegado sobre la sociedad global comprenden diversas dimensiones.

En Perú el Plano político deja ver una mayor intervención del Estado sobre la economía y el mercado que no pocas reacciones ha ocasionado. Desde un solitario reclamo desde el sector privado por la omisión en uno de los mensajes al Congreso de la República con referencia al apoyo de dicho sector, comenzó a mencionarse con mayor frecuencia dicho apoyo hasta el cambio de gabinete de vísperas del mensaje del 28 de julio de 2020.

En el ámbito social, al establecerse como parte de la lucha contra el coronavirus el aislamiento social obligatorio e inteligente y voluntario desde el 01 de julio de 2020, y, además, una serie de medidas que afectan las relaciones interpersonales y sociales, se ha notado una grave incidencia en el comportamiento individual y comunitario.

En el aspecto económico posiblemente es en donde, por sus efectos transversales, deja sentir con mayor énfasis sus incidencias negativas. El crecimiento económico se verá seriamente afectado este año y el próximo calculándose de modo optimista una caída del 15% del PBI para el 2020.

Los ámbitos que la pandemia afecta tienen relación directa con el que se pretende discutir en el presente. La gestión pública ha debido responder de modo eficiente, eficaz, efectivo, económico y, sobre todo, transparente. Atender, como deber del Estado, los efectos de la pandemia en los diversos ámbitos que demanda la población han constituido la labor de la Administración y ha debido adecuar su accionar a las exigencias de las necesidades que debió asistir.

El Estado subsidiario –como lo es el modelo establecido constitucionalmente– y bregar por un modelo de intervención mínima sin la suficiente claridad en sus alcances parecen haber pasado la factura. La respuesta a la pandemia por parte del Estado no fue suficiente en ninguno de sus aspectos. Nótese que no me refiero a la visible preocupación que se apreció, la puede resumirse como “mucha preocupación poca efectividad”. Sucede que la Administración Pública constitucionalmente obligada a la prestación de servicios públicos fue sorprendida, por decir lo menos. Salud desbordada, educación menos que mediocre, seguridad con problemas de corrupción, comunicaciones y tecnologías a medias en el mejor de los casos.

En los derechos fundamentales de naturaleza social más importantes destaca el de contar con una buena Administración Pública (Muñoz, 2015, p. 51), dado que es la que asegura la eficacia del listado de los que reconoce la Constitución vigente. No olvidemos que, en cuanto a las deficiencias en los aspectos mencionados respecta, tratamos de derechos fundamentales no atendidos adecuadamente en una situación de crisis sanitaria pandémica atribuibles a la gestión pública.

Un hecho que resulta manifiestamente visible es la ausencia de políticas públicas para responder adecuadamente a situaciones de emergencia derivadas de pandemia. En efecto, no obstante la vigencia desde el 2013 del Decreto Legislativo N° 1156 que dicta medidas destinadas a garantizar el servicio público de salud en los casos en que exista un riesgo elevado o daño a la salud y la vida de las poblaciones, específicamente para los supuestos de pandemias, y el Reglamento que regula las Políticas Nacionales Decreto Supremo N° 029-2018-PCM de marzo de 2018 hasta el presente año, no se cuenta con la política pública que establezca ordenadamente la intervención de la Administración Pública del Estado en los supuestos de pandemias como la que ha generado la declaración de estado de emergencia sanitaria de 2020.

La ausencia de tal herramienta de gestión ha sido notoria y letal. Imprevisión, ineficiencia, ineficacia, derroche de recursos, anomia, responsabilidades imprecisas y la infaltable corrupción como corolario de todo lo anterior han sido las características de la gestión pública durante el periodo que viene desde el 11 de marzo de 2020. En el primer consolidado de políticas públicas en materia de salud que hizo el CEPLAN a junio de 2019 no aparece ninguna que corresponda a la intervención del Estado en situación de pandemia. El orden y cumplimiento de las normas que se exigía a la población no era cumplido por la Administración Pública con los efectos devastadores que tiene el desorden. Similar situación se aprecia en el Sector Justicia y Derechos Humanos en donde no se pueden encontrar políticas públicas que regulen la intervención del Estado en materia de seguridad jurídica a través del Registro, las intervenciones vienen respondiendo a requerimientos o necesidades concretas y como respuesta a ellas.

Todo lo anterior puede asumirse como el shock que produjo el inicio de la pandemia y la serie de respuestas desde la Administración Pública destinadas a paliar sus efectos primigenios, en tanto que se desconocía el origen, estructura y efectos dañinos en la salud de la población del virus generador. El tiempo ocurrido ha servido

para descubrir de qué se trata y cómo atacarlo, encontrándose actualmente resultados muy alentadores.

Sin embargo, cabe preguntarse: ¿qué efectos podemos esperar de la pandemia como sociedad global, en qué medida se verá afectada y modificada en su estructura y qué actores, empresas u organizaciones dejarán paso a nuevos participantes?

Virus, bacterias y seres humanos aparecen en ese orden en el tiempo, y las pandemias generadas por los primeros son recurrentes en la historia y han generado cambios estructurales y permanentes en la sociedad. En general podemos afirmar que han sido las crisis las que han generado los cambios que han hecho el mundo que actualmente conocemos. La peste negra en el siglo XIII fue seguida del renacimiento, la primera y segunda Guerra Mundial, seguida la gripe española, permitieron estructurar la sociedad en la que vivíamos antes de la pandemia. La gran pregunta es qué nos espera o hacia dónde debe encausarse la sociedad que queda luego de la pandemia. Se espera que se produzca un gran reinicio (Schwab y Malleret, 2020).

3. Derecho fundamental a una buena Administración Pública

3.1. Antecedentes y Derecho Comparado

La construcción normativa de este derecho fundamental parte desde recomendaciones, específicamente desde la recomendación (80) 2 de 11 de marzo de 1980, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal de Primera Instancia.

En diciembre del año 2000 la Carta Europea de los Derechos Fundamentales incorpora expresamente este derecho. El artículo 41 de dicho instrumento normativo establece principios como la imparcialidad, equidad y plazo razonable, a ser oído, acceso al expediente, motivación en las decisiones, reparación por daños y uso de lenguaje; principios que deben tenerse en cuenta por la Administración Pública en su actuación. Estos alcances se encuentran comprendidos en el Código de Europeo de Buena Conducta Administrativa del año 1995. Si bien se trata de una especie de consolidado de principios ya reconocidos en el régimen administrativo, lo novedoso se encuentra en el reconocimiento como integrantes de un derecho fundamental.

Rodríguez-Arana concluyendo establece que el derecho fundamental a la buena administración pública en su relación con los ciudadanos exige que actúe de acuerdo con 24 principios reconocidos por el ordenamiento jurídico (Rodríguez-Arana, 2012, p. 269). Estos, igualmente, los podemos encontrar en nuestras normas que conforman el plexo normativo de Derecho Administrativo en el Perú.

En base al Derecho Comparado europeo podemos establecer que este Derecho fundamental debe comprender básicamente:

1. Trato imparcial, equitativo, justo, objetivo y plazos razonables por las entidades al servicio de la dignidad humana.
2. Ser oídos, acceso al expediente, motivación en las decisiones.
3. Reparación por daños.
4. Uso de la lengua propia al dirigirse o recibir respuesta de las entidades.
5. Complementariamente, el acceso a la información pública.

En el contexto americano, la Constitución Política de la Ciudad de México (2017), Artículo 12, establece el Derecho a la Buena Administración Pública, el mismo que se

desarrolla en la Ley Constitucional de Derechos Humanos y sus Garantías de la Ciudad de México (2019) en su Artículo 36. Se regula que la buena administración pública tiene carácter receptivo, eficaz y eficiente y se rige por los principios generalidad, uniformidad, regularidad, continuidad, calidad. Asimismo, por el uso de TICs y de audiencia previa para actos privativos de autoridad, se resolverán los casos de modo imparcial, equitativo, en plazo razonable y con acceso al expediente.

En la República Dominicana por Ley 107-13, en su Artículo 4, se reconoce el derecho de las personas a una buena Administración Pública, derecho que se concreta en un catálogo de 34 derechos subjetivos de orden administrativo. No se trata de derechos fundamentales, en tanto que no los encontramos en la Constitución Política, sino en la Ley Orgánica mencionada. No obstante, ha sido el Tribunal Constitucional quien acoge la tesis de la existencia de tales derechos como fundamentales en función a derechos de carácter administrativo que se regulan en su Constitución Política, así lo expresa en la sentencia TC/0322/14.

Puede apreciarse que el derecho fundamental a la buena Administración Pública, expresamente establecido a nivel constitucional o recogido por el Tribunal Constitucional de los países latinoamericanos, se viene convirtiendo en una realidad en nuestro continente habiéndose recogido la experiencia europea en tan importante derecho fundamental.

La construcción de este nuevo derecho, comprensivo de otros que ya se encuentran regulados, debe fijarse de modo genérico en la norma constitucional remitiéndose a un desarrollo legislativo posterior.

3.2. Formulación en el Derecho Constitucional Peruano

El Estado Peruano se define jurídicamente por los alcances regulados en la Constitución Política de 1993. Se trata de una república democrática, social, independiente, soberana, con gobierno unitario y descentralizado. Entre sus deberes se encuentran los de garantizar y proteger los derechos humanos.

Desde los alcances mencionados, y tratándose de un Estado social de derecho, encontramos que la norma fundamental recoge las características que permiten identificarlo como tal: juricidad, división de poderes, respeto a los derechos humanos, solidaridad y participación.

A pesar de que se establece como deber del Estado la protección y garantía de los derechos humanos y fundamentales, no encontramos en su articulado una referencia expresa a la buena Administración Pública como tal, que puede exigirse como una petición de principio. Igualmente, no encontramos que el Tribunal Constitucional haya recurrido a dicho concepto para resolver causas contra la Administración Pública peruana.

Además, lo anterior ocurre no obstante que en la “Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública” aprobada por el Consejo Directivo del CLAD el 10 de octubre de 2013, en cumplimiento del mandato recibido por la XV Conferencia Iberoamericana de Ministras y Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado Ciudad de Panamá el 27 y 28 de junio de 2013 y adoptada por la XXIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno Ciudad de Panamá del 18 y 19 de octubre de 2013, se establece en su Capítulo III, apartados del 25 al 46 partes pertinentes, el derecho fundamental a la buena Administración Pública y sus derechos derivados en los términos siguientes:

“25. Los ciudadanos son titulares del derecho fundamental a la buena Administración Pública, que consiste en que los asuntos de naturaleza pública sean tratados con equidad, justicia, objetividad, imparcialidad, siendo resueltos en plazo razonable al servicio de la dignidad humana.

26. Derecho a la motivación de las actuaciones administrativas: todas las actuaciones de la Administración Pública deberán estar amparadas en razonamientos inteligibles para todo ciudadano acreditándose la objetividad que preside su entero y completo quehacer.

27. Derecho a la tutela administrativa efectiva: durante la sustanciación del procedimiento administrativo la Administración estará sometida plenamente a la Ley y al Derecho y procurará evitar que el ciudadano interesado pueda encontrarse en situación de indefensión.

28. Derecho a una resolución administrativa amparada en el ordenamiento jurídico, equitativa y justa, de acuerdo con lo solicitado y dictada en los plazos y términos que el procedimiento señale. En este sentido, las Autoridades administrativas deberán resolver los expedientes que obren en su poder en los plazos establecidos, los cuales a su vez deberán permitir una defensa jurídica adecuada de los ciudadanos, dando a conocer el tiempo máximo de resolución previsto, en el marco de los medios materiales y las dotaciones de personas con los que cuente en cada caso la Administración Pública.

29. Derecho a presentar por escrito o de palabra peticiones de acuerdo con lo que se establezca en las legislaciones administrativas de aplicación, en los registros físicos o informáticos. La forma de relación del ciudadano con la Administración Pública debe ser elegida por el propio ciudadano y facilitada por aquella. En caso de existir varias lenguas cooficiales en el país, se atenderá a lo dispuesto en el Ordenamiento Jurídico correspondiente. En todo caso la Administración Pública deberá asegurar la disposición de los medios más adecuados para personas con discapacidad.

30. Derecho a no presentar documentos que ya obren en poder de la Administración Pública, absteniéndose de hacerlo cuando estén a disposición de otras Administraciones públicas del propio país. Los ciudadanos tienen derecho a no presentar documentos cuando éstos se encuentren a disposición de la Administración Pública. Las posibilidades de intercomunicación a través de las TICS de los registros de las distintas Administraciones Públicas deben hacer posible que entre ellas se intercambien todos los documentos que obrando en su poder sean necesarios para que los ciudadanos tramiten sus solicitudes. Cada Organismo o ente público deberá arbitrar los medios necesarios para, en tiempo y forma, atender a este derecho sin descuidar las otras responsabilidades que resulten indelegables por la naturaleza de las funciones cumplidas.

31. Derecho a ser oído siempre antes de que se adopten medidas que les puedan afectar desfavorablemente.

32. Derecho de participación en las actuaciones administrativas en que tengan interés, especialmente a través de audiencias y de informaciones públicas. Los ciudadanos tendrán derecho a participar, a tenor de lo dispuesto en la Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública,

en los procedimientos de elaboración de disposiciones de carácter general, de acuerdo con lo dispuesto en el ordenamiento jurídico correspondiente.

33. Derecho a servicios públicos y de interés general de calidad.

En observación en lo que dispone la Carta Iberoamericana de Calidad en la Gestión Pública, los servicios de responsabilidad pública deben ofrecer a los usuarios determinados patrones o estándares concretos de calidad, que se medirán periódicamente y se pondrán en conocimiento de los usuarios para que estos estén lo mejor informados posible y puedan efectuar los comentarios y sugerencias que estimen pertinentes.

34. Derecho a conocer y a opinar sobre el funcionamiento y la calidad de los servicios públicos y de responsabilidad administrativa para lo cual la Administración Pública propiciará el uso de las TICS.

35. Derecho a formular alegaciones en el marco del procedimiento administrativo. Con independencia de las audiencias e informaciones públicas que estén previstas en el ordenamiento jurídico correspondiente, los ciudadanos interesados podrán formular las alegaciones que estimen pertinentes, siempre que estén convenientemente argumentadas, de acuerdo con el procedimiento administrativo.

36. Derecho a presentar quejas y reclamaciones ante la Administración Pública. Los ciudadanos también tendrán derecho a presentar recursos contra actos o resoluciones de la Administración Pública de acuerdo con los correspondientes ordenamientos jurídicos.

37. Derecho a conocer las evaluaciones de gestión que hagan los entes públicos y a proponer medidas para su mejora permanente de acuerdo con el ordenamiento jurídico correspondiente. Los ciudadanos podrán ser consultados periódicamente sobre su grado de satisfacción con los servicios que reciben de la Administración Pública, a través de encuestas, sondeos y demás instrumentos apropiados para ello.

38. Derecho de acceso a la información pública y de interés general, así como a los expedientes administrativos que les afecten en el marco del respeto al derecho a la intimidad y a las declaraciones motivadas de reserva que habrán de concretar el interés general en cada supuesto en el marco de los correspondientes ordenamientos jurídicos. Se facilitará el ejercicio de este derecho mediante medios electrónicos a través de portales de transparencia y acceso a la información de interés general.

39. Derecho a copia sellada de los documentos que presenten a la Administración Pública. Todo ciudadano, con el fin de iniciar un procedimiento administrativo o una determinada solicitud a la Administración Pública con todas las garantías, recibirá copia sellada de tal actuación ante las Administraciones Públicas. La copia sellada se le facilitará en medios físicos o electrónicos dependiendo del medio escogido para el inicio del procedimiento o realización de la solicitud.

40. Derecho de ser informado y asesorado en asuntos de interés general. Los ciudadanos tienen derecho a que quienes laboran en las oficinas públicas de atención al ciudadano establecidas para tal fin les asesoren e informen cordialmente acerca de los trámites u otras cuestiones de interés

general. En dichas oficinas debe haber organigramas de los entes públicos que pertenezcan al ámbito administrativo ya sea de forma material o virtual. Los ciudadanos tienen el derecho a que en las resoluciones desfavorables consten los medios de impugnación que el ordenamiento jurídico pone a su alcance, con expresa mención de los plazos y consecuencias jurídicas de la interposición de tales reclamaciones o recursos.

41. Derecho a ser tratado con cortesía y cordialidad. Toda persona tiene derecho a un trato digno por quienes laboran en las dependencias públicas. Todo ciudadano que se encuentre en situación de pobreza, indefensión, debilidad manifiesta, discapacidad, niños, niñas, adolescentes, mujeres gestantes o adultos mayores tendrán derecho a recibir un trato especial y preferente, por parte de las autoridades, agentes y demás personal al servicio de la Administración Pública, quienes deben facilitarles todo lo posible para el acceso a las oficinas públicas, la orientación adecuada y los servicios que soliciten.

42. Derecho a conocer el responsable de la tramitación del procedimiento administrativo. Cuando se inicia un procedimiento administrativo, en la copia sellada que se entrega al ciudadano interesado se procurará hacer constar, por medios físicos o electrónicos según corresponda, de acuerdo con el Ordenamiento jurídico respectivo, la identidad del servidor público responsable de la tramitación de dicho expediente, a quien el ciudadano podrá dirigirse en los horarios establecidos al efecto.

43. Derecho a conocer el estado de los procedimientos administrativos que les afecten. El funcionario responsable de la tramitación del procedimiento estará a disposición del ciudadano interesado para informarle en cada momento de la situación del expediente administrativo, sea oralmente, por escrito o a través de las TICS.

44. Derecho a ser notificado por escrito en los plazos y términos establecidos en las disposiciones correspondientes y con las mayores garantías, de las resoluciones que les afecten.

45. Derecho a participar en asociaciones o instituciones de usuarios de servicios públicos o de interés general.

46. Derecho a exigir el cumplimiento de las responsabilidades de las personas al servicio de la Administración Pública y de los particulares que cumplan funciones administrativas de acuerdo con el ordenamiento jurídico respectivo. Los ciudadanos, además del derecho a exigir la justa indemnización en plazo razonable por la lesión que puedan sufrir en sus bienes o derechos a causa del funcionamiento de los servicios públicos o de interés general, en los casos en que así se determine de acuerdo con el ordenamiento jurídico correspondiente, podrán demandar, ante la Administración y/o ante los Jueces o Tribunales, las responsabilidades en que puedan haber incurrido los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones.”

Asimismo, en dicho documento se desarrolla en su Capítulo cuarto: Los deberes del ciudadano iberoamericano en relación con las administraciones públicas, apartados 47 a 53 estableciéndose con los siguientes alcances:

“47. Los ciudadanos, en sus relaciones con las Administraciones Públicas, tienen, correlativamente con sus derechos, sendos deberes y obligaciones, que son, entre otros, los que se exponen en los siguientes preceptos.

48. Lealtad. Los ciudadanos deberán acatar con lealtad la Constitución, las Leyes así como el entero ordenamiento jurídico con arreglo a las exigencias de un Estado de Derecho.

49. Buena fe. Los ciudadanos habrán de actuar siempre de acuerdo con el principio de buena fe, tanto en el uso de la información obtenida de la Administración Pública, la cual deberá ser utilizada con interés legítimo, como así también abstenerse del uso de maniobras dilatorias en todo procedimiento o actuación en relación con dicha Administración Pública.

50. Veracidad. Los ciudadanos tienen la obligación de ser veraces en todas sus relaciones con la Administración Pública, evitando toda afirmación o aportación falsa o temeraria a sabiendas.

51. Responsabilidad. Los ciudadanos deben ejercer con la máxima responsabilidad los derechos que les reconoce el ordenamiento jurídico, absteniéndose de reiterar solicitudes improcedentes o impertinentes o de presentar acciones que representen erogaciones innecesarias de los recursos del Estado.

52. Respeto y decoro. Los ciudadanos observarán en todo momento un trato respetuoso con las autoridades, funcionarios y con todo el personal al servicio de la Administración Pública.

53. Colaboración. Los ciudadanos deberán colaborar siempre y en todo momento al buen desarrollo de los procedimientos y actuaciones administrativas, cumpliendo diligentemente todas las obligaciones razonables y justas que les impone el ordenamiento jurídico, especialmente en materia tributaria, reconociendo los costos establecidos para la atención demandada.”

La protección procesal del derecho a una buena Administración Pública y sus derechos que lo componen se regula en el capítulo quinto, apartado 54, estableciéndose que “tendrán la protección administrativa y jurisdiccional de los derechos humanos previstos en los diferentes ordenamientos jurídicos” (Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública, 2013).

El derecho a una buena Administración Pública se trata de un derecho fundamental de amplia difusión en Europa y en países como México y República Dominicana; sin embargo, aún no es regulado en nuestro país ni ha sido recogido por la Jurisprudencia Constitucional. Se trata de un derecho fundamental en espera de tal reconocimiento en beneficio de los ciudadanos y en razón a lo indicado en la Carta Iberoamericana citada.

3.3. Derechos fundamentales afectados

Se declaró en el Perú la emergencia sanitaria el 11 de marzo de 2020 como consecuencia de la declaración de pandemia del coronavirus realizada por la OMS. No siendo suficiente tal medida, el 15 de marzo de 2020 se declara el estado de emergencia mediante Decreto Supremo N° 044-2020-PCM. Esta último, con mayores restricciones,

evidentemente lleva implícita la afectación de la vigencia de algunos derechos fundamentales.

En los fundamentos expresados en los considerandos de la norma expedida (*El Peruano*, 15 de marzo de 2020) se señala que el Artículo 44 de la Carta Magna prevé que son deberes primordiales del Estado garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; asimismo, se invoca el numeral 1 del Artículo 137 del referido texto, en cuanto se establece que el Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros, puede decretar por plazo determinado en todo el territorio nacional, o en parte de él, dando cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente, el Estado de Emergencia, entre otros, en caso de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación, pudiendo restringirse o suspenderse el ejercicio de los derechos constitucionales relativos a la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad de domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito en el territorio.

Más aún, coexistiendo el estado de emergencia con la emergencia sanitaria declarada, debemos entender que además de la restricción o suspensión de los derechos fundamentales mencionados, debe considerarse lo expresado en los argumentos de la declaración de la emergencia sanitaria Decreto Supremo N° 008-2020-SA el 11 de marzo de 2020 cuando mencionan a la Ley N° 26842, Ley General de Salud, en su numeral XII del Título Preliminar en donde prevé que:

“el ejercicio del derecho a la propiedad, a la inviolabilidad del domicilio, al libre tránsito, a la libertad de trabajo, empresa, comercio e industria, así como el ejercicio del derecho de reunión, están sujetos a las limitaciones que establece la ley en resguardo de la salud pública” (Ley General de Salud).

En consecuencia, dada la coexistencia del estado de emergencia y de emergencia sanitaria, no solo se restringen o suspenden el ejercicio de los derechos constitucionales relativos a la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad de domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito en el territorio, sino que además la propiedad, libertad de trabajo, empresa, comercio e industria quedan sujetos a las limitaciones que establece la ley en resguardo de la salud pública.

3.4. Administración y Gestión Pública peruana

El Estado actúa a través de su maquinaria administrativa. Todas las entidades integrantes de la Administración Pública se encuentran involucradas con la actuación del poder estatal. Sus decisiones son la expresión de la voluntad concreta del Estado.

El criterio que se utilice y las particularidades que se muestren en el ámbito definido para alcances normativos específicos mantienen a la actuación de la Administración Pública como parte fundamental del crecimiento e índice de la productividad con la que aporta a dicho indicador.

En la contratación, ámbito penal, procedimental, presupuestario, etcétera. encontramos la delimitación del ámbito de lo que debemos entender por Administración Pública. Más o menos entidades las integrantes de dicho ámbito asumiremos la que corresponde al ámbito procedimental que regula de modo general la actuación de las entidades. Es decir, entendemos que el ámbito comprensivo de la Administración Pública está definido en la Ley N° 27444, reguladora de la expresión concreta de la voluntad estatal. En este aspecto es de precisar que constituirá parte de la Administración Pública en tanto desarrollen función administrativa.

La actuación de las entidades de la Administración Pública se manifiesta a través de decisiones públicas. Estas no pueden constituirse en arbitrarias, imprevistas, desordenadas, desarticuladas, sin horizonte que permita prever hacia dónde vamos. Por ello es que los componentes de toda decisión pública responden a dos campos: las políticas y la gestión públicas.

La forma como el Estado interviene en la solución de problemas sociales se refleja en las políticas públicas. Estas se definen como formas de intervención de la Administración Pública en el ejercicio de la función administrativa, vale decir, la atención de los problemas sociales a través del Poder Ejecutivo. El Decreto Supremo N° 029-2018-PCM constituye el Reglamento de las políticas públicas que busca el orden en la actuación de la Administración Pública en la atención de los problemas sociales. Las políticas públicas se aprueban mediante la norma de mayor nivel que expide el Poder Ejecutivo, es decir a través de Decreto Supremo y con un contenido actualmente pautado.

Por su parte, la gestión pública constituye la forma como se realiza la actuación, concepto dinámico de la Administración Pública y concepto estructural. Se busca que la actuación o gestión de las entidades respondan a la formulación de políticas públicas que constituyen el modo de ordenarla y de fijarle horizontes que respondan a aquellos que como Estado se buscan alcanzar. En este sentido el crecimiento es básico, como condición para el desarrollo. Con ello, la atención ordenada de problemas sociales para crecer y desarrollarnos. Tal parece ser el fin de regular las decisiones del Estado a través de su maquinaria administrativa. Conceptos estrechamente vinculados con la situación de pandemia y de emergencia sanitaria actual que hacen apreciar la necesidad de un derecho de nivel constitucional que proteja a la persona del accionar de la Administración Pública.

3.5. La competitividad

La Administración Pública en su ámbito estructural y desde su actuación, teniendo como herramientas las políticas públicas, busca su competitividad; es decir, lograr crecer ordenadamente y siendo productivos para generar un círculo virtuoso que nos lleve al desarrollo y prosperidad.

La competitividad y sus elementos se definen por el Foro Económico Mundial (WEF) (Cann, 2020) como el conjunto de instituciones, políticas y factores que determinan el nivel de productividad de un país. Competitividad es productividad, esta conduce como factor principal al crecimiento y al bienestar real. En suma, la competitividad debe entenderse como la forma con que el Estado promueve nuestro bienestar real.

La productividad está vinculada a las instituciones que la influyen decisivamente. Por definición, las instituciones forman parte de los elementos que deben considerarse en la productividad y, en consecuencia, en la competitividad de un país. Las instituciones sirven para medir la competitividad, constituyen uno de sus subíndices o pilares básicos. Se establecen como aquellos conceptos relacionados con la protección de los derechos de propiedad, eficiencia y transparencia de la Administración Pública, independencia del Poder Judicial, seguridad física, ética de negocios y gobierno corporativo, y pueden ser públicas o privadas.

Lo anterior fácilmente nos conduce a apreciar la vinculación del SINARP y de la SUNARP con la productividad del país, considerando que tiene vinculación directa con

la protección de los derechos de propiedad. Más aún en una situación de emergencia sanitaria con aislamiento social y cuarentena obligatoria, en donde la publicidad jurídica debe sustituir necesariamente a un sistema de publicidad como la posesión. Asimismo, siendo entidad de la Administración Pública, se encuentra estrechamente relacionada con su eficiencia y transparencia. Del mismo modo, siendo un sistema de publicidad jurídica constituye una de las formas como el Estado reduce la asimetría en la información del mercado, con ello fundamentalmente facilita y asegura las transacciones (costos de transacción).

Para obtener una idea clara de la competitividad de nuestro país debemos establecer comparaciones adecuadas, vale decir con países en similar situación. Sucede que en nuestro ámbito debemos hacerlo con quien lidera el ranking WEF de competitividad 2020, es decir, Chile (Rodríguez, 2020).

En el 2008 el Perú ocupó el puesto 35 de 55, logrando su mejor ubicación. La caída ha sido sostenida, y se encuentra actualmente en el puesto 52 de 63 países, según muestra un segundo ranking que para el capítulo peruano elabora la PUCP (CENTRUMPUCP, 2020). El factor en el que más destaca es en eficiencia del gobierno; sin embargo, de los indicadores que lo integran el marco institucional, ocupa el tercer lugar de 05 con 48.3 puntos para el 2020, subiendo desde 37.1 el 2018. Sobre un puntaje total de 100, el indicador que nos interesa no alcanza nota aprobatoria. Al respecto, debe tenerse en cuenta que se toma como fortaleza el impacto de las políticas del Banco Central de Reserva (BCR) en la economía, en tal sentido como entidad debe considerarse como referente la performance del BCR. Asimismo, debe tenerse en cuenta que las debilidades continúan siendo el soborno y la corrupción, economía paralela y días de apertura de un negocio, indicadores en los que sí tiene algo que decir la SUNARP.

En el indicador respecto a la eficiencia del gobierno, Chile continúa liderando el grupo. Se ubica en el puesto 20° con 72.1 puntos, escalando seis posiciones y aumentando alrededor de 5.2 puntos con relación al año pasado. Perú ocupa el segundo lugar de la región, ubicándose en el puesto 40°, escalando 9 posiciones y aumentando en 2.7 puntos respecto del año 2019.

En este estado del análisis cabe preguntarse qué hace Chile y qué dejamos de hacer nosotros para tener las ubicaciones que mencionamos.

Como país, Chile se muestra como un destino atractivo para la recepción de inversión extranjera directa; asimismo, cuenta con las mejores credenciales para el comercio internacional y, en cuanto a la brecha digital, se encuentra mejor posicionado que casi la totalidad de los países de la región, supuestos que lo posicionan en su protagonismo hacia un nuevo reto constituido por el desarrollo inclusivo que se convierte en un paso más allá de la competitividad y productividad.

Con la concepción general desarrollada sobre competitividad y vista la situación de uno de nuestros vecinos como mejor referente, veamos qué sucede en el nuestro. Para ello debemos tener en cuenta que si bien se concibe que la recuperación económica depende (Stiglitz, 2020) del control sobre el COVID-19 y la prioridad la tiene la política fiscal sobre la salud, todas las entidades se ven requeridas a actuar competitivamente.

En el Acuerdo Nacional encontramos como tercera política de Estado la competitividad, así como diversas normas desde el nivel constitucional tratan de vincularse con ella. En función a ello, por Decreto Supremo N° 345-2018-EF del 31 de

diciembre de 2018, se aprobó la Política Nacional de Competitividad y Productividad y por Decreto Supremo N° 237-2019-EF del 28 de julio de 2019 el plan nacional correspondiente. En estos instrumentos normativos expresamente se reconoce la vinculación entre productividad y competitividad y, asimismo, se adopta una concepción estructuralista del concepto de competitividad y se interpreta como la capacidad que tiene una nación para competir exitosamente en los mercados, a través de la utilización eficiente de sus recursos naturales renovables y no renovables y el aprovechamiento de sus ventajas comparativas, generando, así, bienestar compartido.

La protección de los derechos de propiedad, en el marco institucional de la productividad y competitividad de un país, constituyen una institución recurrente y en este ámbito es en donde la SUNARP tiene bastante que hacer. Desde la protección misma y las medidas colaterales para su logro que viene realizando responden a necesidades concretas, siendo en esto en donde se aprecia la necesidad de articular la performance con políticas nacionales que definan el tipo de registro jurídico que mejor serviría a tal propósito. Una buena Administración Pública tendría como exigencia de primer orden el ser competitiva desde el ámbito que le corresponda actuar.

En tanto lo anterior no ocurra, el esfuerzo desplegado continuará siendo paliativo a la prestación de un servicio sin mayor efectividad que la que se procura lograr desde el tipo de registro que tenemos.

Si bien el ámbito registral es secundario al que involucra a la propiedad como institución, es decir el Derecho Civil, no debe perderse de vista que se viene pensando en que la presente crisis generará cambios estructurales, pudiendo ser uno de ellos o ambos en donde puedan producirse los cambios estructurales mencionados.

4. Registros jurídicos

4.1. Seguridad jurídica en el sistema constitucional peruano

La situación en la que quedan algunos derechos fundamentales, como la propiedad, por la declaración de emergencia sanitaria motiva a tratar el tema del presente apartado. Desde las posibilidades de establecer limitaciones por parte del Estado hasta aquellos derechos de propiedad cuya custodia se encuentran a cargo de la SUNARP o cuyo acceso pretendan, se tiene directa vinculación con la seguridad jurídica.

La seguridad jurídica no es un concepto que el ordenamiento constitucional peruano defina. Sin embargo, sus manifestaciones, condiciones, características, dimensiones, elementos –o cualquier otra denominación que se pretenda otorgar– podemos encontrarlas sistémicamente en el articulado de la constitución.

En tal sentido –y siguiendo las condiciones o dimensiones de la seguridad jurídica desarrollada por Pérez Luño (1994)–, analizaremos el contenido de la Constitución Política del Perú vigente desde 1993. No obstante, debemos dejar constancia de la inclusión de la positividad del Derecho como una dimensión básica y punto de partida de la seguridad jurídica, posición con la que discrepa el autor citado.

Estructural y funcionalmente encontramos elementos regulados en la Constitución vigente que permiten concebir a la seguridad jurídica.

En cuanto a la primera, pueden considerarse dimensiones ligadas a la técnica legislativa como la promulgación (*lege promulgata*). En cuanto a las normas jurídicas de

cualquier nivel, debemos entenderla como un mandato destinado a que todas las normas deben ser conocidas por todos. En tal sentido, la propia Constitución Política de 1993, luego de ser sancionada, aprobada o dada por el Congreso Constituyente, debió ser promulgada por el Presidente de la República para su cumplimiento por todos. En cuanto a normas infra constitucionales, la Constitución, en su Artículo 108, establece que:

“La ley aprobada según lo previsto por la Constitución, se envía al Presidente de la República para su promulgación dentro de un plazo de quince días. En caso de no promulgación por el Presidente de la República, la promulga el Presidente del Congreso, o el de la Comisión Permanente, según corresponda. Si el Presidente de la República tiene observaciones que hacer sobre el todo o una parte de la ley aprobada en el Congreso, las presenta a éste en el mencionado término de quince días. Reconsiderada la ley por el Congreso, su Presidente la promulga, con el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso” (Constitución Política del Perú, 1993).

Con la promulgación se manda publicar y cumplir condiciones para su vigencia, como se establece en el artículo 109 de la norma fundamental: “la ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte” (Constitución Política del Perú, 1993). La promulgación o puesta en conocimiento del texto normativo se constituye en una dimensión básica del sistema jurídico, su inexistencia invalida cualquier disposición.

Otra dimensión que puede integrarse en este primer grupo es la claridad y precisión (*lege manifesta, chiare e precise*), es decir las normas jurídicas deben eludir la ambigüedad, términos equívocos u oscuros, evitándose, de esta forma, la excesiva discrecionalidad. Esta es una condición de la libertad jurídica definida en el artículo 2 inciso 24 en el que se establece que toda persona tiene derecho “a la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: a. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.” El mandato de claridad y precisión en los alcances normativos establece el ámbito de reserva personal inexigible. Por el contrario, consecuencia de la regla anterior, la Administración Pública requiere del mandato expreso de norma legal para actuar (reserva legal). Además, las exigencias anteriores se complementan con su contraria en cuanto a exigencia Plenitud (*lege plena*) evitando las lagunas legales y jurídicas.

La exigencia para la Administración Pública, en su artículo 118, establece que corresponde al Presidente de la República: “Ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas; y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones”. Se da de esta forma plenitud a nuestro sistema jurídico, no dejando lugar a la absoluta discrecionalidad la solución de los conflictos jurídicos. Se cubren, de este modo, las tres funciones básicas y generales, directas o por delegación, del Estado: legislativa, ejecutiva y judicial. Dos dimensiones adicionales que proporcionan seguridad al sistema jurídico las constituyen la irretroactividad (*lege previa*) y estabilidad (*lege perpetua*).

En el aspecto funcional se consideran dimensiones como la garantía del cumplimiento del Derecho (destinatarios) y la regularidad de la actuación de la Administración Pública, sujeta siempre al principio de legalidad. La eficacia del Derecho se encuentra íntimamente vinculada con el aspecto funcional. El ámbito estructural de la seguridad jurídica no garantiza su eficacia. El cumplimiento requiere de la puesta en movimiento en esa dirección de la maquinaria operativa del Estado, es decir de la Administración Pública en su integridad y de modo coherente.

Tratamos en este aspecto de las entidades de la Administración Pública en su totalidad y de quienes ejercen la función pública. Al respecto el artículo 39 de la Constitución establece que “todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación. El Presidente de la República tiene la más alta jerarquía en el servicio a la Nación y, en ese orden, los representantes al Congreso, ministros de Estado, miembros del Tribunal Constitucional y del Consejo de la Magistratura, los magistrados supremos, el Fiscal de la Nación y el Defensor del Pueblo, en igual categoría; y los representantes de organismos descentralizados y alcaldes, de acuerdo a ley.”

De lo anterior apreciamos que la seguridad jurídica es un concepto integrado en la Constitución Política vigente y una obligación ineludible de la Administración Pública en su totalidad. Más aún, corresponde a las entidades que se caracterizan por asegurar instituciones como los derechos de propiedad, en este caso la SUNARP.

4.2. Ciudadanía digital y tecnologías como auxilio

La exigencia de protección o seguridad jurídica de los derechos de propiedad y, entre otros, el de contar con una buena Administración Pública cuyo ejercicio debe realizarse a través de medios digitales ha generado un nuevo concepto que pasamos a tratar.

En los tiempos de pandemia y post-pandemia ha quedado firme el convencimiento de que las TICs no constituyen más un espacio complementario en el desenvolvimiento social. Se ha entendido, sobre todo por la sociedad, que los nuevos medios son una forma eficiente y efectiva de empoderamiento, convirtiéndose en una exigencia luego de haberse mostrado reticencias a su aceptación.

La ubicuidad, dinamicidad y apertura de las redes terminó imponiéndolas con la vigencia de las medidas de confinamiento. No hubo alternativa, su utilidad se impuso y las ha llevado sino al principal a un plano de igualdad con la presencialidad. No queda duda, sí, que se quedarán sin ningún inconveniente como una forma de optimizarla.

Las nuevas herramientas virtuales proporcionan participación y empoderan a la ciudadanía, pero no la aseguran. Se empodera en tanto que les permiten conseguir objetivos y promover sus intereses; sin embargo, la seguridad, sobre todo jurídica, requiere poco más que lo anterior. Tratamos ello sobre todo desde un aspecto muy importante como la protección de los derechos de propiedad, institución fundamental en temas de competitividad como país.

Desde hace varios años existen estudios (Cáceres Zapatero, 2015) que demuestran la relación entre las nuevas tecnologías y el empoderamiento social, que pueden utilizarse de manera horizontal y colaborativa, aun cuando ello no se manifestaba en un efectivo control sobre los poderes públicos.

La participación de los individuos en la Internet y TICs ha llevado a que terminen ejerciendo sus derechos civiles y políticos por medio de dichas herramientas, lo que ha generado la aparición del concepto de ciudadanía digital (Alva de la Selva, 2020, p. 83), y que a su vez se comiencen a forjar comunidades digitales o virtuales con influencia en la reorganización de lazos sociales y en la estimulación de la democracia.

En el país, el surgimiento y desarrollo de la ciudadanía digital se produce por la confluencia de una multiplicidad de factores, es decir, de aspectos políticos, económicos, sociales, tecnológicos, etcétera.

El principal de los derechos fundamentales de carácter social, insistimos, es el de contar con una buena Administración Pública. En este sentido la ciudadanía digital juega un importantísimo papel, haciendo valer el derecho fundamental respecto de la propiedad. No debemos perder de vista que los registros jurídicos tienen como núcleo o centro de su regulación los derechos de propiedad, institución fundamental para medir o acreditar el nivel o grado de productividad en un país. En tal sentido, el ejercicio de la ciudadanía digital puede ir destinada a hacer valer una mayor protección a tal derecho y exigir seguridad jurídica desde su base, la titulación auténtica, hasta los efectos que produce la inscripción. Ello implica tener en cuenta los límites de lo digital y los alcances de la presencialidad. En el primer país en el ranking mundial, Estonia, la presencialidad para disposición de derechos de propiedad aún se mantiene, así como para temas como matrimonio y divorcio.

El país ya cuenta con una plataforma digital que integra a toda la Administración Pública (gob.pe), asimismo se cuenta con un régimen de gobierno digital con la dación del Decreto Legislativo N° 1412 y los Decretos de Urgencia N° 06-2020 y N° 07-2020, sobre creación del sistema nacional de transformación y confianza digitales respectivamente. La política pública nacional y la estrategia que oriente la gestión ha sido referida en el último discurso presidencial.

Lo anterior indica que la SUNARP debe orientarse hacia la transparencia, participación y colaboración en un entorno digital dentro de la cuarta revolución industrial anunciada en el último lustro. El cambio cultural y de mentalidad parecen haber sido anunciados como una necesidad y con carácter de urgentes por la situación actual.

4.3. Los Registros jurídicos

Por Ley N° 26366 del 14 de octubre de 1994 se crea en el Perú el Sistema Nacional de los Registros Públicos (SINARP), con la finalidad, como se indica en el artículo 1 de dicha ley, de proporcionar unidad y coherencia al ejercicio de la función registral. Se busca con la creación del sistema la especialización, simplificación, integración y modernización de la función, procedimientos y gestión. El SINARP integró jurídicamente y en el aspecto registral los Registros que se encontraban dispersos en los diferentes sistemas funcionales de la Administración Pública. Comprende cuatro grandes grupos: Registros de personas naturales, jurídicas, bienes muebles y de la propiedad inmueble.

El ente rector del SINARP es, de acuerdo con la Ley N° 26366, la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP) Organismo técnico especializado adscrito al Sector Justicia. Esta entidad cuenta con personería jurídica de Derecho Público y sobre todo con autonomía en los siguientes aspectos: funcional, jurídico registral, técnica, económica, financiera y administrativa.

Las funciones más importantes con las que cuenta la SUNARP son la dación de las políticas y normas técnico-administrativas de los Registros Públicos. En tal sentido, resulta competente para planificar, organizar, normar, dirigir, coordinar y supervisar la inscripción y publicidad.

Lo anterior permite afirmar que en la Ley N° 26366 antes referida, el Registro es concebido desde tres acepciones: como Oficina, entidad pública que gestiona el sistema; como conjunto de libros, las técnicas registrales utilizadas desde los tomos hasta los medios electrónicos que se desarrollan en el Reglamento General de los

Registros Públicos (RGRRPP); y como institución jurídica, es decir, todo el plexo normativo referido a las dos acepciones anteriores.

Como Oficina, entidad que se encarga de su gestión, la Superintendencia cuenta con una Administración básica conformada por los órganos, según denominación que aparece en la ley de creación, de la Alta Dirección, las Gerencias Legal y de Informática y la Oficina de Control Interno, cuyas funciones se especifican en su Reglamento de Organización y Funciones en el que a su vez se modifican algunas denominaciones de los órganos mencionados. A nivel nacional, la SUNARP cuenta con Órganos desconcentrados –denominados Zonas Registrales– que actualmente llegan a ser 14.

La gestión del sistema de registros jurídicos antes referido, caracterizados por la seguridad jurídica que proporcionan a los derechos de propiedad como parte de la Administración Pública, debe ser apreciada desde el nivel de protectora de derechos fundamentales. En efecto, la concepción mencionada debe comprender el derecho a una buena Administración Pública, así como a la protección de los derechos de propiedad.

En tal sentido, como derecho fundamental a una buena Administración Pública, el ente rector del sistema registral debe responder a las expectativas ciudadanas y convertirse además en el facilitador de la gestión y acceso a la protección que proporciona haciendo que la seguridad jurídica se convierta en parte integrante de los bienes cuyos derechos asegura. De este modo, los bienes, los derechos de propiedad sobre ellos y la seguridad jurídica se convierten en conceptos “tangibles” y cercanos al ciudadano. Las tecnologías digitales o las que las reemplacen constituirán las herramientas que faciliten dicho empeño.

La gestión del sistema registral ya cuenta con suficiente experiencia y con una cultura en gobierno electrónico que posibilita y facilita el tránsito al gobierno digital. Posiblemente constituya una de las entidades mejor dotadas para realizar este cambio sin mayores inconvenientes.

5. Conclusiones

1. El estado de emergencia sanitaria se ha generado por eventos atípicos que han demandado los mayores esfuerzos de la Administración Pública. Las necesidades se vienen atendiendo en conformidad con los avances que la investigación científica proporciona y con los recursos del crecimiento sostenido del país durante las últimas décadas.

2. Se establece que los efectos de la pandemia son multidimensionales. Efectos políticos, sociales, económicos y administrativos han quedado evidenciados. En el ámbito administrativo los servicios públicos se vieron desbordados por los nuevos y abundantes requerimientos de la población.

3. La necesidad de mayores y oportunos servicios públicos precisa de una buena Administración Pública permanentemente exigible por parte del ciudadano. En tal sentido, la competitividad de la gestión pública queda evidenciada como elemento fundamental para el alcance integral de los servicios públicos, debiendo proveerse de herramientas de gestión como las políticas públicas y el gobierno digital para obtener resultados satisfactorios.

4. La buena Administración Pública se ha regulado como derecho fundamental en el Derecho Comparado. De este modo resulta necesario precisar sus exigencias y

alcances y regularla como derecho fundamental para dotarla de exigibilidad en nuestro régimen normativo.

5. La gestión del sistema de registros jurídicos se vio igualmente afectada por la pandemia. La declaración de emergencia suspendió sus servicios vinculados básicamente con la seguridad jurídica y afectó derechos fundamentales vinculados con la propiedad. Ello evidenció la relevancia del referido sistema dentro de la Administración Pública; asimismo, dejó apreciar su inmediata respuesta a los requerimientos de los administrados.

6. Empero, lo anterior, deja abierta la posibilidad de la definición de un nuevo tipo de registro jurídico a regularse con el reconocimiento de los derechos de propiedad como articuladores de un nuevo sistema.

Referencias:

- Alva de la Selva, A. R. (2020). Escenarios y desafíos de la ciudadanía digital en México. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, 65(238), 81-105. <https://doi.org/10.22201/fcpys.2448492xe.2020.238.68337>
- Banco Mundial (12 de abril de 2020). <https://www.bancomundial.org>. Obtenido de <https://www.bancomundial.org/http://documents1.worldbank.org/curated/en/555821593587247371/pdf/The-Economy-in-the-Time-of-COVID-19.pdf>
- Cáceres Zapatero, M. (2015). Hacia la construcción de una ciudadanía digital. *Prisma social* - No 15. 643-684.
- Cann, O. (26 de julio de 2020). <https://es.weforum.org>. Obtenido de <https://es.weforum.org/agenda>: <https://es.weforum.org/agenda/2016/10/que-es-la-competitividad/>
- CENTRUMPUCP. (26 de julio de 2020). <https://centrumthink.pucp.edu.pe>. Obtenido de <https://centrumthink.pucp.edu.pe/indices/competitividad/>: <https://centrumthink.pucp.edu.pe/resultados-del-ranking-de-competitividad-mundial-2020>
- El Peruano (15 de marzo de 2020). Decreto Supremo 044-2020-PCM. Declaran estado de emergencia a nivel nacional. Editora Perú.
- Muñoz, J. R.-A. (mayo-agosto de 2015). Dimensiones del Estado Social y derechos fundamentales sociales. *Revista de Investigações Constitucionais*, 2 (2). [https://doi.org/10.5380/rinc.v2i2.44510\(2\)](https://doi.org/10.5380/rinc.v2i2.44510(2)), 31-62.
- Organización Mundial de la Salud [OMS] (06 de julio de 2020). <https://www.who.int/es>. Obtenido de <https://www.paho.org/es/documentos-tecnicos-ops-enfermedad-por-coronavirus-COVID-19>: <https://www.paho.org/es/tag/informes-situacion-COVID-19>
- Organización Mundial de la Salud [OMS] (11 de marzo de 2020). <https://www.who.int/es>. Obtenido de <https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-COVID-19---11-march-2020>
- Perez Luño, A. E. (1994). *La seguridad jurídica*. Ariel S.A.
- Rodríguez, C. (26 de julio de 2020). <https://es.weforum.org>. Obtenido de <https://es.weforum.org/agenda>: <https://es.weforum.org/agenda/2018/10/que-hace-que-chile-sea-la-economia-mas-competitiva-de-america-latina-f05ff0e2-ef94-4d5c-b019-9fb0234b2bc3/>
- Rodríguez-Arana, J. (2012). El derecho a la buena administración en las relaciones entre ciudadanos y Administración Pública. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 247-274.
- Schwab, K. y Malleret T. (2020). *COVID-19: El Gran reinicio*. Forum Publishing.

Stiglitz, J. (26 de julio de 2020). <https://es.weforum.org>. Obtenido de <https://es.weforum.org/agenda>: <https://es.weforum.org/agenda/2020/07/joseph-stiglitz-sobre-las-prioridades-para-la-economia-post-COVID/>