

REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO

2

Número

**Edición y
presentación:**

Víctor Sueiro Varhen

Autores:

Mónica Bustamante Rúa
Jorge Marín Tapiero

Claudia Madrid Martínez

Guisela Camacho Mejía

Pamela Torres Rodríguez

Guisseppi Morales Cauti
Adriana Camones Alcazar

Lima, julio 2021

Facultad de
Derecho y
Ciencia Política


Universidad
Norbert Wiener
Fondo Editorial

REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
UNIVERSIDAD PRIVADA NORBERT WIENER

N° 2 / 2021

REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO

UNIVERSIDAD PRIVADA NORBERT WIENER

N° 2 / 2021

REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO, N° 2, 2021

© 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: 2788-7448

DOI: <https://doi.org/10.37768/unw.rid.02.01>

La Revista Internacional de Derecho no cuenta con cargos o tasas por la publicación y recepción de artículos enviados por los autores. El contenido de los artículos publicados en la Revista Internacional de Derecho es responsabilidad exclusiva de los autores.

Para fines académicos, esta obra puede ser citada conforme la página web de la Revista Internacional de Derecho.

Delia Muñoz Muñoz

Decana 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

C O N T E N I D O

Presentación

Justicia digital, acceso a internet y protección de datos personales. 5 - 22

Mónica María Bustamante Rúa

Jorge Iván Marín Tapiero

Imprevisión y contratación comercial internacional desde el Derecho internacional privado venezolano. 23 -37

Claudia Madrid Martínez

A Human Rights Approach to Development: An analysis of the strengths and weaknesses of a human rights approach to overcome food insecurity and gender discrimination. 38 - 53

Guisela Camacho Mejía

Analysis of the Subsection 3.2.7 of the Annex to Regulation (EU) No. 488/2014 concerning the maximum cadmium content in chocolate and derived products under the WTO Sanitary and Phytosanitary rules. 54 - 75

Pamela Torres Rodríguez

La respuesta de prevención como política de salud pública del Estado peruano en el caso de propagación internacional de enfermedades. Un análisis a propósito del COVID-19. 76 - 97

Guisseppi Paul Morales Cauti

Adriana Abril Camones Alcazar

PRESENTACIÓN

El año 2020 estuvo marcado por cuarentenas, distanciamiento social y otras restricciones a la libertad de tránsito a nivel nacional e internacional, a causa de la pandemia producida por la COVID-19. En 2021, el mundo está logrando poco a poco adaptarse a una nueva normalidad que ha transformado las bases de la sociedad en todos sus aspectos, incluido el jurídico. De esta manera, está surgiendo un nuevo panorama jurídico mundial que trata de enfrentar los desafíos y retos en los tiempos de pandemia.

Es en este contexto que la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Privada Norbert Wiener reafirma su compromiso con la investigación en Derecho, a través de esta publicación que pretende ser una ventana, de libre acceso para conocer qué está pasando en el universo jurídico actual. Es así que, con mucha satisfacción, presentamos el segundo número de la Revista Internacional de Derecho, una publicación académica de periodicidad semestral que cuenta con la que participación académicos e investigadores nacionales y extranjeros.

En estricto cumplimiento de los estándares internacionales en materia de investigación, todos nuestros artículos han sido sometidos a una revisión por pares (peer review), constituida por dos árbitros anónimos, quienes garantizan la originalidad y la calidad de su contenido. De igual manera, contamos con el respaldo y colaboración permanente de nuestro Comité Editorial y Comité Científico, que están conformados por un grupo de destacados académicos y profesionales nacionales e internacionales, quienes opinan sobre la pertinencia de la publicación, tanto de los artículos, como de la revista internacional en su conjunto.

En este segundo número, los autores nos guiarán en un cautivante viaje jurídico, a través de diversos tópicos de actualidad. Para empezar, reflexionaremos sobre la noción de justicia digital, la teoría de la imprevisión en los contratos internacionales y el enfoque de derechos humanos aplicado a seguridad alimentaria e igualdad de género. Asimismo, discutiremos las Medidas Sanitarias y Fitosanitarias de la Unión Europea y, como materia obligada en estos tiempos, analizaremos el desarrollo de políticas públicas en la prevención de la COVID-19.

Agradecemos a los árbitros, miembros del Comité Editorial y Comité Científico, por su invaluable participación en este segundo número. Asimismo, al Vicerrectorado Académico, al Vicerrectorado de Investigación y al Fondo Editorial de la Universidad, por su contribución para hacer posible la publicación de la revista. Finalmente, un agradecimiento especial a la Decana de la Facultad de Derecho y Ciencia Política, Delia Muñoz Muñoz y al Secretario Académico, Braulio Arias Villagómez por confiarme la edición y publicación del segundo número de la Revista Internacional de Derecho.

Mg. Víctor Rogelio Sueiro Varhen

Editor Principal de la Revista Internacional de Derecho
Universidad Privada Norbert Wiener
victor.sueiro@uwiener.edu.pe

Justicia digital, acceso a internet y protección de datos personales¹

Mónica María Bustamante Rúa²

Universidad de Medellín

mmbustamante@udem.edu.co

Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1029-1468>

Jorge Iván Marín Tapiero³

Universidad de Medellín

ivanmt095@gmail.com

Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9657-062X>

Resumen:

En este artículo se analiza el concepto de justicia digital, diferenciándolo de nociones similares como justicia electrónica, e-justice o justicia abierta. Además, se examina el principio de publicidad del proceso y el derecho de acceso a internet desde una perspectiva internacional. Posteriormente, se abordan de forma sucinta las Reglas de Heredia del 9 de julio de 2003, adoptadas como pautas mínimas para la difusión de información judicial en internet. Concluimos con los retos que representa la digitalización de la justicia y las alternativas para garantizar un umbral de mínimo respeto por los derechos de los administrados.

Palabras clave: justicia digital; acceso a internet; publicidad; protección de datos personales; expediente digital

Abstract:

The article analyzes the concept of digital justice, differentiating it from similar notions such as electronic justice, e-justice or open justice. In addition, it examines the principle of publicity of the process and the right of internet access from an international perspective. Subsequently, the Heredia Rules adopted as minimum guidelines for the dissemination of judicial information on the Internet, are briefly addressed. We conclude with the challenges that the digitalization of justice represents and the alternatives to guarantee a minimum threshold of respect for the rights of the justice users.

Keywords: digital justice; internet access; publicity; data protection; digital file

Recibido: 04.06.2021

Aceptado: 29.06.2021

¹El artículo es un producto preliminar de la investigación "Garantía del derecho a la protección de los datos personales de cara a la publicidad procesal en la justicia digital" ejecutado en la Maestría en Derecho Procesal Contemporáneo de la Universidad de Medellín (Colombia). El escrito es original y de autoría propia, respeta los derechos de autor y su texto es inédito, no corresponde a reproducción de uno ya publicado por los autores.

²Directora de la Maestría en Derecho Procesal Contemporáneo, Docente investigadora e Integrante del Grupo de Investigaciones en Derecho Procesal de la de la Universidad de Medellín. Abogada y Magister en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín. Doctora en Derecho y Magister en Derecho Procesal por la Universidad Nacional de Rosario (Argentina). Investigadora Senior Minciencias. Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Procesal y del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

³Joven investigador de la Universidad de Medellín (Colombia). Politólogo y abogado. Especialista en Derecho Procesal Contemporáneo y estudiante de la Maestría en Derecho Procesal Contemporáneo de la Universidad de Medellín.

1. Introducción

El contexto contemporáneo de la “Cuarta Revolución Industrial”, impulsada por la sociedad de la información y del conocimiento, ha tenido incidencia en variedad de esferas de las relaciones humanas, tanto en la cultura como en la economía, la política y el Derecho. En este último, no solo el derecho sustancial ha evolucionado conforme a las nuevas dinámicas de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (en adelante, TIC), sino que también ha tenido incidencia en el campo del derecho procesal. En Colombia, ya desde la Ley 270 de 1996 se había consagrado el deber de incorporar el uso de tecnología de avanzada en la prestación del servicio público de administrar justicia, enfocada principalmente en mejorar la práctica de las pruebas, la formación, conservación y reproducción de los expedientes, la interoperabilidad entre despachos y el funcionamiento razonable de los sistemas de información de la Rama Judicial.

Desde 1996 hasta 2020 no se había logrado mayor progreso en el cumplimiento del imperativo legal de incorporar el uso de las TIC en el funcionamiento del aparato jurisdiccional. La pandemia del COVID-19 constituyó el mayor aliciente para ello. Así, a través del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, el Gobierno Nacional adoptó medidas ad hoc para un período de dos años que implementan el uso de las TIC en las actuaciones judiciales. Con ello, se propugnó agilizar los procesos y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica declarado a través del Decreto Legislativo 637 del 6 de mayo de 2020.

A las complejidades que suscita la implementación de las TIC en la administración de justicia deberán aunarse las propias de la premura con que tuvo que adaptar Colombia un sistema de justicia digital de cara al ciudadano, de manera tal que no cercene sus derechos ni garantías procesales. Por ello, además de los retos que representa en materia procedimental y probatoria, destacan los riesgos que genera la exclusión digital para el acceso a la justicia y el tratamiento de datos personales en el proceso jurisdiccional electrónico, tanto desde la fase de iniciación hasta la posterior a la sentencia.

Entre los últimos destacan los alcances del principio de publicidad que debe imperar en las actuaciones judiciales (a la luz del artículo 228 Constitucional y 8 Convencional); la garantía de los derechos a la intimidad, la privacidad y el hábeas data de las personas inmersas en procesos jurisdiccionales en armonía con la publicidad de las actuaciones; los instrumentos adecuados para la publicidad del proceso (canales institucionales, redes sociales, etc.); y los controles de los que pueden valerse los usuarios del sistema para la garantía de sus derechos.

Al respecto, tanto el artículo 228 de la Constitución Política de 1991 como el numeral 8 del artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) reconocen la publicidad como una garantía mínima que deben observar los operadores judiciales en aras de asegurar su transparencia e imparcialidad. No obstante, como característica común a la mayoría de libertades y derechos, no es absoluta, y se permite su restricción cuando las circunstancias así lo requieran. Pero ¿a qué se refiere la norma cuando avala las restricciones de la publicidad procesal según el mérito de las circunstancias? Al tenor del citado artículo de la CADH, podrá hacerse “para preservar los intereses de la justicia” (Organización de los Estados Americanos, 1969), sin precisar cuáles son dichos intereses ni qué medidas podrá adoptar el juez ni sobre cuáles sujetos. Como desarrollo de dicha facultad o deber es habitual que se realicen audiencias a puerta cerrada o se consagre la reserva –no para la parte– del sumario durante la fase de investigación como concreción de esta garantía convencional.

Son medidas que podrían adoptarse *mutatis mutandi* para la plena observancia del principio en el desarrollo de las audiencias y diligencias virtuales, dada la ausencia de instrumentos normativos que permitan saldar esta inquietud en el Decreto Legislativo 806 de 2020. Dicha norma se limita a enunciar que se adoptarán las medidas necesarias –nuevamente un *numerus apertus*

absolutamente indeterminado— para garantizar el debido proceso, la publicidad y el derecho de contradicción en la aplicación de las TIC. Por ello, el parágrafo 1 del artículo 2 del Decreto Legislativo 806 de 2020 consagró que “Para el efecto, las autoridades judiciales procurarán la efectiva comunicación virtual con los usuarios de la administración de justicia y adoptarán las medidas pertinentes para que puedan conocer las decisiones y ejercer sus derechos”.

Esta consagración pareciese apuntar a la garantía de la publicidad únicamente de cara a las partes sin considerar instrumentos que permitan satisfacer la publicidad de cara a la comunidad o ciudadanía en general. Para ello, algunos despachos judiciales han optado por trasladar sus audiencias al escenario de las redes sociales, transmitiéndolas vía streaming o permitiendo el acceso libre a las grabaciones. Así, en un intento de máxima optimización del principio de publicidad se vulnera, a la vez, la privacidad e intimidad de las partes y demás intervinientes.

Asimismo, no debe perderse de vista que, si bien el proceso judicial es por naturaleza público, no toda la información que en él se vierte reviste la misma naturaleza, pues podrán encontrarse datos privados, semiprivados y otros sensibles tanto en los actos introductorios como en los de impulso, desarrollo y aun en los de decisión. Esta situación se torna más compleja si se considera que dichos datos conciernen principal, pero no exclusivamente, a las partes, sino que pueden referirse a los coadyuvantes, llamados de oficio, testigos, peritos y demás sujetos procesales con capacidad para intervenir en un juicio.

¿Bastará entonces el parágrafo 1 del artículo 2 del Decreto Legislativo 806 de 2020 o el literal d del artículo 6 de la Ley 1581 de 2012 para conciliar la protección de los datos propios de la esfera íntima de las personas con el deber de publicidad de todo proceso judicial?

Por otra parte, si bien se ha reconocido el acceso al internet como un derecho humano y, en algunas latitudes, como derecho fundamental, las dificultades para la democratización de la tecnología en diversos países han conllevado a la vulneración simultánea de este derecho y los de tutela jurisdiccional efectiva y el acceso a la justicia de los llamados “excluidos digitales”.

Así, con el propósito de vislumbrar algunas respuestas a los retos planteados, en este artículo se analizará el derecho de acceso a internet como derecho fundamental; luego se examinará el concepto de justicia digital, diferenciándolo de nociones similares como justicia electrónica, e-justice o justicia abierta, y el principio de publicidad del proceso desde una perspectiva internacional. Posteriormente, se abordarán de forma sucinta las Reglas de Heredia del 9 de julio de 2003, adoptadas como pautas mínimas para la difusión de información judicial en internet. Finalmente, se concluirá con los retos que representan la digitalización de la justicia y las alternativas para garantizar un umbral de mínimo respeto por los derechos de los administrados.

2. Derecho de acceso al internet: análisis desde una perspectiva internacional

Las TIC han impactado en el alcance de los derechos fundamentales y sus mecanismos de protección. En ese sentido, se discute desde la doctrina el surgimiento de un nuevo derecho fundamental: el de acceso a internet.

Miranda (2016) señala que el surgimiento de “nuevos derechos” obedece a diferentes factores, entre ellos, la globalización económica y política, los avances científicos y tecnológicos, la internacionalización de los derechos humanos y las garantías para su tutela, y la existencia de problemáticas comunes. En esa medida, indica que el acceso a internet puede ser considerado como un derecho social que debe ser satisfecho con prestaciones públicas, así como se reconocen los derechos a la educación y la salud pública. Afirma también que el acceso a internet es

“(…) un servicio universal que las instituciones nacionales deben garantizar a sus ciudadanos a través de inversiones estatales, políticas, sociales y educativas, elecciones

de gasto público. En efecto, cada vez más el acceso a la red de internet y el desarrollo de esa actividad constituye el modo en el cual el sujeto se relaciona con los poderes públicos, y por lo tanto, ejerce sus derechos” (Miranda, 2016, p. 9).

Estas ideas tienen sustento en algunos antecedentes de alcance internacional:

Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad de la Organización de Naciones Unidas (ONU)	En su artículo 21 inciso c) dispone que los Estados parte deben adoptar medidas pertinentes para que las personas con discapacidad puedan ejercer el derecho a la libertad de expresión y opinión, incluida la libertad de recabar, recibir y facilitar información; para ello, plantea la necesidad de alentar a las entidades privadas que prestan servicios públicos en general, incluso mediante internet, a proporcionar información y servicios en formatos que las personas con discapacidad puedan utilizar.
Resolución del 18 de abril de 2008 del Parlamento Europeo	Establece que el internet es una plataforma para la expresión cultural, el acceso al conocimiento y la participación democrática. Por ello, considera que es importante evitar la adopción de medidas contrarias con los derechos civiles, los derechos humanos, como la interrupción del acceso a internet.
Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas (ONU), 2011	Declaró el acceso a internet como derecho humano por ser una herramienta que favorece el crecimiento y el progreso de la sociedad.
Sentencia Nro. 2009-580 DC de 10 de junio de 2009. Consejo Constitucional Francés	Reconoció el acceso a internet como un derecho básico, en conformidad con el artículo 11 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 que tutela la libre comunicación de pensamientos y opiniones.
Sentencia Nro. 12790 -2010. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica	Reconoció el acceso a internet como un derecho fundamental.
Resolución del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas en la Resolución del 29 de junio del 2012 sobre promoción, protección y difusión de los derechos humanos en internet	Reconoce la naturaleza mundial y abierta de Internet como fuerza impulsora de la aceleración de los progresos hacia el desarrollo en sus distintas formas y exhorta a los Estados a que promuevan y faciliten el acceso a internet y la cooperación internacional encaminada al desarrollo de los medios de comunicación y los servicios de información y comunicación en todos los países.

El sustento del derecho de acceso a internet parte de las ideas de acceso, no discriminación y pluralismo. De allí que la accesibilidad a internet impone la adopción de las siguientes medidas: a) positivas de inclusión, lo que exige el cierre de la brecha digital; b) diseño de planes para asegurar la infraestructura, los servicios y los recursos tecnológicos para garantizar progresivamente el acceso universal; c) de prohibición de bloqueo o limitación de acceso a internet.

Se considera por la Asamblea General de las Naciones Unidas (2011, p. 24) que el internet es

“(…) un instrumento indispensable para ejercer diversos derechos humanos, luchar contra la desigualdad y acelerar el desarrollo y el progreso humano, la meta del acceso universal a Internet ha de ser prioritaria para todos los Estados. En consecuencia, cada uno debe elaborar una política eficaz y concreta en consulta con personas de todos los sectores de la sociedad, entre ellos el sector privado, y con los ministerios gubernamentales competentes,

a fin de que Internet resulte ampliamente disponible, accesible y asequible para todos los sectores de la población”.

Lo anterior exige la reducción de la brecha digital en justicia digital que comprende: a) brecha de acceso, que se refiere a las posibilidades reales que tienen las personas de acceder a los recursos tecnológicos y al internet; b) brecha de uso, que hace referencia a la falta de competencias digitales y que limita la gestión tecnológica adecuada; y c) la brecha de calidad de uso, que refiere a la falta de conocimiento para hacer un buen uso de la red, lo que limita el acceso a la información de calidad.

Incluso desde la doctrina se plantea que el acceso a internet reúne algunas de las características para ser considerado un derecho fundamental, dado que se debe reconocer por igual y sin discriminación, podría comportar un deber internacional y universal, con reconocimiento progresivo, supratemporal e indivisible. Sin embargo, no existe consenso al respecto, Prince Torres (2020) plantea que la noción de derecho fundamental de acceso a internet existe solo en un plano doctrinal y jurídico interno de algunos países, pero que internacionalmente no se reconoce como *hard law* la existencia de este derecho, aunque no niega la posibilidad de que a futuro, en la esfera interestatal, llegue a reconocerse por instrumentos de derecho teniendo en consideración que el mundo jurídico es dinámico y condicionado a los fenómenos sociales.

Esta cuestión no se detiene aquí, en Latinoamérica. Allende Pérez de Arce (2019) plantea el debate de cómo la propuesta de introducir tribunales civiles en línea no debe afectar el derecho de acceder a la justicia de quienes no están conectados a internet. Puntualmente entiende que un tribunal en línea es

“(…) aquella plataforma radicada en internet en la que se someten a conocimiento y decisión de un juez las disputas de menor cuantía. Es un único tribunal —una plataforma— para conocer de todos los asuntos que se promuevan en su territorio jurisdiccional. El procedimiento es flexible y fácil de utilizar, totalmente digital, al punto de que no requiere la intervención de abogados, ni la existencia de un edificio físico —al menos para la atención de público—. El enfoque principal de este tribunal es la búsqueda de una solución amistosa entre las partes, por medio de negociaciones mantenidas vía web, y solo en caso de fallar éstas interviene el juez y resuelve la disputa” (Allende Pérez de Arce, 2019, p.186).

Se plantean argumentos sobre la necesidad de implementar tribunales de justicia en línea para la solución de conflictos civiles de menor cuantía. Entre los principales argumentos se encuentran: a) la reducción de costos asociados al proceso, dado que no se requiere la intervención o asesoría de un abogado; b) la agilización de los procesos porque las notificaciones se surten por correo electrónico u otro medio digital, la práctica de prueba testimonial es por medio virtual y la presentación de documentos a través de la carga por medio de plataforma web; c) en razón al crecimiento exponencial de comercio electrónico con el consecuente incremento de disputas y no todas cuentan con mecanismos propios de solución de controversias en línea; d) la protección del derecho a la tutela judicial efectiva de aquellas personas cuyas disputas no están llegando a los tribunales, teniendo en cuenta los costos asociados a los procedimientos civiles y al tiempo del trámite.

Apesar de que existen argumentos a favor de los tribunales en línea, también existen preocupaciones en relación con a) los sistemas de seguridad informática y los riesgos de crackeo y ciberataques; b) los costos de implementación de la infraestructura tecnológica que requiere un tribunal en línea; c) la brecha digital para el acceso a internet por razones geográficas, culturales o económicas.

La última es la principal preocupación, dado que un ciudadano que no pueda acceder a internet, no podría acceder al tribunal en línea. Esto actualmente sucede en muchos países que han implementado procesos electrónicos, expedientes digitales y audiencias virtuales, siendo evidentes las limitaciones de los ciudadanos por diferentes factores para acceder a internet. De allí que

el debate frente el reconocimiento del acceso a internet como derecho fundamental y derecho humano tenga razón de ser de cara a la tutela jurisdiccional efectiva y el acceso a la justicia. En consecuencia, en un contexto de justicia digital, la vulneración del derecho de acceso a internet acarreará, a su vez, el desconocimiento del derecho de acción y de una tutela jurisdiccional efectiva.

3. Justicia digital, e-justice, justicia electrónica y justicia abierta

Echavarría (2020, p. 408) entiende la justicia digital como “la administración de justicia en el entorno digital, supone, entonces, la administración o gestión de la justicia con la mediación de la tecnología, para el entorno digital en el que ahora se desarrolla”. Para lo cual, esta autora llama la atención sobre la ausencia de sinonimia entre los términos “justicia digital”, “e-justice”, “open justice” y “justicia electrónica”, encontrando en la gestión tecnológica la clave para diferenciar la justicia digital de los demás conceptos. Así, “la justicia digital requiere de la gestión tecnológica. Esta variable resulta fundamental no solo para la comprensión del fenómeno, sino también para la creación de una verdadera política de justicia digital a nivel nacional” (Echavarría, 2020, p. 409).

En consecuencia, la justicia digital supera el mero uso de los avances tecnológicos por los despachos judiciales, los conocimientos operativos para realizar audiencias por videollamadas, como lo pretenden las nociones de e-justice (Amrani-Mekki, 2008, p. 35) y justicia electrónica, y exige la estructuración de una verdadera gestión tecnológica en el aparato jurisdiccional del Estado, que le permita su funcionamiento fuera de los entornos físicos y analógicos. Entre las características de lo que Amrani-Mekki (2008, p. 35) denomina e-justice, destacan:

- a. Equipamiento adecuado de los despachos judiciales, acompañado de una pedagogía tecnológica dirigida a los jueces y auxiliares de la justicia;
- b. Uso del escrito electrónico, encaminado a la implementación de una justicia sin papel (paperless justice);
- c. Uso de la videoconferencia, reduciendo los costos de desplazamiento y facilitando las comisiones judiciales.

La incorporación de las TIC constituye una oportunidad para que el aparato jurisdiccional fortalezca los principios de la tutela judicial efectiva, basada en un proceso justo y equitativo con mayor cercanía entre el juez y el ciudadano. “La proximidad al juez no es tan solo física. El acercamiento de la justicia al justiciable puede realizarse gracias al uso de las nuevas tecnologías” (Amrani-Mekki, 2008, p. 11). La formación de los expedientes judiciales que permitan ejercer el derecho de acción desde la distancia, valiéndose de los escenarios virtuales y con apoyo en los documentos electrónicos, constituye un paso necesario para la adaptación de las estructuras jurídicas a las tendencias de la contemporaneidad, con lo cual se procura superar el umbral de la simple incorporación de las TIC como apoyo del poder judicial.

4. Principio de publicidad procesal

La publicidad del proceso ha sido reconocida como un derecho humano, contenido en los artículos 11 numeral 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y 14 numeral 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. En el contexto americano, el numeral 5 del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (en adelante, CADH) lo incorpora como una garantía procesal cuya observancia es de obligatoria exigencia para todos los Estados parte. Por ello, para Picó i Junoy (2012, p. 139) “la publicidad del proceso ocupa una posición institucional en el Estado de Derecho que la convierte en una de las condiciones de la legalidad constitucional de la Administración de justicia”. En el ámbito doméstico, fue consagrado como un derecho fundamental en el artículo 29 Superior.

Este derecho humano y fundamental exige que el conocimiento del proceso trascienda el círculo de partes e intervinientes, a partir de lo cual puede tener una proyección de cara a la comunidad en general.

“Esta proyección no puede hacerse efectiva más que con la asistencia del público y de los medios de comunicación, en cuanto tal presencia les permite adquirir la información en su misma fuente y transmitirla a cuantos, por una serie de imperativos de espacio, de tiempo, de distancia, de quehacer, etc., están en la imposibilidad de hacerlo” (Picó i Junoy, 2012, p. 139).

En consecuencia, la publicidad goza de una doble connotación jurídica constitucional: es fin y principio a la vez. Propicia la concreción de los fines del Estado al permitir la existencia de ciudadanos informados que participen en las decisiones que los afectan, “por cuanto permite enterar a la comunidad y mantenerla informada sobre los hechos que ocurren a su alrededor, así como de los fundamentos que motivan las decisiones adoptadas por las autoridades” (Corte Constitucional, Sentencia C-096 de 2001). Así se forma un ciudadano activo, deliberante, autónomo y crítico que pueda ejercer un debido control de la actividad del Estado. La publicidad se constituye en elemento fundamental para el cumplimiento del pilar democrático sobre el que se erige la estructura de funcionamiento del Estado colombiano, el cual requiere de la existencia de una opinión pública plenamente informada. “La mirada pública puede quizá incomodar a los funcionarios, pero resulta esencial para el mantenimiento del sistema democrático” (Corte Constitucional, Sentencia C-053 de 1995).

De allí que Picó i Junoy (2012, p. 140) reconozca una doble finalidad de este principio: i) la de proteger a las partes de una justicia sustraída al control público; y ii) la de mantener la confianza de la comunidad en el aparato jurisdiccional del Estado.

Planteamientos que han sido de recibo por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH), quien, en el caso *Palamara Iribarne vs. Chile* (2005, párrafo 168), manifestó que:

“La publicidad del proceso tiene la función de proscribir la administración de justicia secreta, someterla al escrutinio de las partes y del público y se relaciona con la necesidad de la transparencia e imparcialidad de las decisiones que se tomen. Además, es un medio por el cual se fomenta la confianza en los tribunales de justicia. La publicidad hace referencia específica al acceso a la información del proceso que tengan las partes e incluso los terceros”.

En consecuencia, la publicidad procesal funge a la vez como derecho, principio y medio del juicio, que asegura la transparencia e imparcialidad de los órganos jurisdiccionales. Como derecho y principio, no es absoluto ni ilimitado, y se permite su restricción cuando las circunstancias lo requieran. “Excepciones que, en todo caso, deberán estar siempre autorizadas por ley” (Picó i Junoy, 2012, p. 140). De allí que se permita el acceso de la comunidad en general y de los medios de comunicación a la celebración de las audiencias, que puede ser limitado por razones de orden público u otros imperativos expresamente consagrados en la ley.

Rodríguez Rescia (1998) considera que esta garantía se relaciona con el principio procesal de la oralidad, por cuanto, “la oralidad es una forma de establecer una actividad contralora de las decisiones judiciales por medio de su transparencia” (Rodríguez Rescia, 1998, p. 1315). No obstante, no puede colegirse su equivalencia absoluta, como lo reconoció la Corte IDH en el caso *Girón y Otro vs. Guatemala* (2019, párrafo 122).

5. Derecho a la protección de datos personales: análisis desde una perspectiva internacional

La “protección de datos personales” (data protection) ha sido un tema de creciente interés a nivel nacional e internacional. Siguiendo a Bygrave (2010), si bien desde la doctrina y la legislación internacional se

le ha relacionado con la “intimidad” y la “privacidad” (privacy) de las personas, “sería erróneo asumir que los conceptos de «protección de datos» y «privacidad» son completamente sinónimos. Aunque están estrechamente vinculados, no son idénticos” (Bygrave, 2010, p. 168). Así, la “protección de datos” hace referencia a una gama de derechos más amplia que los de intimidad y privacidad en escenarios informáticos e informacionales, superando las esferas espaciales o físicas de la intimidad.

En consecuencia, Bygrave (2010) entiende a la protección de datos como “un conjunto de normas que sirven a una gama más amplia de intereses que la simple protección de la privacidad”. En contraste con esta noción, para Doneda (2011), Díaz (2013) y Gacitúa (2014), la protección de datos personales se erige como un derecho de naturaleza fundamental, autónomo e independiente de otros derechos fundamentales, cuyos límites se encuentran en los demás derechos de igual naturaleza y los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos. Este derecho consiste en

“(…) un poder de disposición y control de los datos personales, que se concreta en la facultad de consentir sobre la recogida y el uso de sus datos personales y a saber de los mismos: saber, por tanto, qué datos se poseen sobre su persona y qué destino han tenido. Comprende, entre otros aspectos, la oposición al ciudadano a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención. Además, comprende el derecho a ser informados, a consentir, así como los derechos de acceso, rectificación y cancelación” (Gacitúa, 2014, pp. 82-83).

Por su parte, la Red Iberoamericana de Protección de Datos (2017, p. 8) define los datos personales como “cualquier información concerniente a una persona física identificada o identificable, expresada en forma numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, alfanumérica, acústica o de cualquier otro tipo”. Estos datos podrán ser públicos, semiprivados, privados o sensibles, cuya área de interés se reduce desde la comunidad en general hasta única y exclusivamente el titular de la información.

6. Justicia digital y protección de datos personales: retos y dificultades

El COVID-19 generó una serie de dificultades para el funcionamiento del aparato estatal por medios digitales, especialmente para su sistema jurisdiccional, que debe garantizar procesos respetuosos de derechos y garantías constitucionales y convencionales, edificados sobre cimientos que permitan la prevención estratégica de daños antijurídicos derivados de la facilidad de transferencia de la información por medios tecnológicos en detrimento de la intimidad de los administrados. En las vísperas del nuevo siglo, Chirino (1998) advertía los retos que generaría el derecho a la protección de datos personales para el funcionamiento del moderno proceso penal con la utilización de medios técnicos y tecnológicos que le permitieran alcanzar eficiencia y funcionalidad a la administración de justicia. Según este autor, la protección de datos personales

“(…) se observa como un obstáculo o barrera para alcanzar los fines de la política de prevención y de eficientismo de la administración de justicia, ya que, según los defensores de estas tendencias populistas en el derecho procesal, solo mediante el acopio de ingentes cantidades de información sobre las personas es que posible garantizar un amplio esfuerzo en el combate de la criminalidad y una mejoría sustancial del trabajo de las agencias de control penal” (Chirino, 1998, p. 21).

Por lo cual, el autor advertía la necesidad de una “re-programación funcional” del derecho a la protección de datos personales de cara al proceso penal, encontrando en los principios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad de las medidas a adoptar los límites de dichas actuaciones. En consecuencia,

“El procesamiento de datos en sede de la administración de la justicia penal que se realiza con fines imprecisos o no definidos debe ser, entonces, prohibida, ya que, al no

contarse con un fin específico para el tratamiento de los datos, no podrá valorarse ni el alcance del tratamiento, como si en efecto fue alcanzado el fin de ese tratamiento” (Chirino, 1998, p. 26).

Si bien las experiencias de justicia electrónica y justicia digital en Colombia son aún frugales, la experiencia comparada permite avizorar los retos que su implementación resulta para la protección de los datos personales. Así, a partir de la experiencia brasileña, en Linden, Piñeiro y Finger (2011, p. 50) señalaban que

“En una mirada prospectiva, debe existir una preocupación estatal para que germine la percepción de que, como individuos y como sociedad, frente a las dimensiones digitales ahora existentes, vivir en un grupo social democráticamente organizado ha cobrado otro sentido, y esto incluye, en primer lugar, tener una noción clara de lo que realmente significa revelar información hoy. En la misma medida, es importante que exista una protección adecuada frente a sus registros, distorsiones y manipulaciones”.

Por su parte, Araújo y de Souza Meirelles advirtieron en 2014 que la publicidad excesiva resulta violatoria de principios constitucionales relevantes, como el de la intimidad y el de la propia personalidad, reconociendo una clara tensión entre los principios y derechos de publicidad procesal y protección de datos personales. Al vislumbrar los cambios que introducen las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones en el proceso jurisdiccional, los autores coligen que, en dicho contexto, los actos procesales pasan a ser concebidos como datos telemáticos, por lo que deberían estar protegidos por la Constitución y por las normas infraconstitucionales (Araújo y de Souza Meirelles, 2014, p. 57). Con ello, llaman la atención de la comunidad internacional respecto a la necesidad de pensar en una agenda sobre la protección de los datos telemáticos envueltos en el proceso judicial electrónico.

“No se puede admitir publicidad excesiva cuando hay datos en un proceso judicial que pueden dañar la dignidad de la persona humana. O todavía, cuando llega a insertarse un determinado dato sensible y que forma parte de un núcleo íntimo y extremadamente personal para el litigante. (Se debe) repensar el proceso a la luz de los Derechos Humanos e insertar en la agenda internacional una política que se ocupe de la protección de la dignidad de la persona humana. Con la informatización y el aumento del acceso a Internet, nuestra preocupación debe ser centrada en el ser humano” (Araújo y de Souza Meirelles, 2014, p. 60).

Con relación al grado de control que permiten las TIC sobre los datos con ellas procesados, Rincón y Ramírez (2017, p. 53) sostienen que “la protección del derecho a la intimidad (...) está íntimamente relacionada con la evolución de los medios de la información y comunicaciones, puesto que a medida que se son más sofisticados, hay menos control del flujo de datos”, por lo que una verdadera justicia digital debe responder adecuadamente a las exigencias actuales de la cuarta revolución industrial.

Por ende, en aras de evitar mayores problemas a los que se pretende solucionar, el sistema de justicia digital colombiano deberá saber ponderar el derecho a la protección de datos personales (vinculado con el de privacidad e intimidad) con la garantía de publicidad procesal. Para ello, Bustamante y Marín (2020, pp. 451-452) proponen como base:

- a. La capacitación a magistrados, jueces, empleados judiciales, abogados e intervinientes, así como la caracterización de sus recursos tecnológicos y de conectividad.
- b. La digitalización de expedientes en condiciones de seguridad informática y con criterios estandarizados a nivel nacional.
- c. La delimitación de la política pública para el manejo de datos personales de los abogados, partes e intervinientes.

- d. La creación de un protocolo para la preparación y desarrollo de audiencias públicas a través de plataformas virtuales que establezca alcances y limitaciones a la publicidad de acuerdo con la materia y algunas situaciones especiales.
- e. La definición del órgano de certificación de firma digital para magistrados, jueces, secretarios y abogados.
- f. La creación de un sistema integrado de gestión de la información que comprenda el manejo del expediente digital y el almacenamiento de las audiencias en condiciones de seguridad.
- g. La implementación de tecnologías de avanzada como la inteligencia artificial, el internet de las cosas, el data mining o el big data (en definitiva, los denominados “sistemas jurídicos expertos”) para facilitar la decisión judicial y el cumplimiento de las exigencias argumentativas de las providencias.

De este modo, la administración de justicia sembrará las bases para gestionarse tecnológicamente y responder a la doble exigencia de satisfacer el valor justicia en sociedad y ser garante de los derechos fundamentales y las garantías procesales de sus usuarios. Con esto, se permite la consolidación de una cultura de legalidad, modernización y administración de justicia eficiente y eficaz respetuosa de los derechos humanos y fundamentales, en el marco de las dinámicas de la cuarta revolución industrial. Como lo expresa Chirino (1998, p. 22), “el derecho procesal no debe perder su vinculación con los principios constitucionales si no quiere perder su derrotero de defensa de derechos fundamentales, y su legitimación en la presente época de desarrollo de la sociedad de la información”.

De igual manera, debe tenerse en consideración que la protección de datos persigue garantizar a su titular un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de evitar su uso ilícito y lesivo para la dignidad del afectado. Así, el derecho a la intimidad permite excluir ciertos datos de una persona del conocimiento ajeno, verbigracia, a través del expediente digital para resguardar su vida privada de una publicidad no querida o deseada en el marco de la justicia digital.

Ello significa que el derecho a la protección de datos garantiza a los individuos un poder de disposición sobre su información personal, y que impone como consecuencia, para el poder judicial, la prohibición de que se conviertan en fuentes de información sin garantías y reservas legales debidas, así como se le impone el deber de prevenir los riesgos que se puedan derivar del acceso o divulgación indebidas de dicha información disponible.

Respecto al acceso irrestricto al expediente digital, en el que constan datos personales de las partes, en varios países de Iberoamérica se han advertido los riesgos que conlleva por la posibilidad de ser captados por los motores de búsqueda, pudiendo ser identificados y discriminados en contrataciones por sus antecedentes crediticios, labores, entre otros. De allí la importancia de instaurar controles de acceso al expediente digital, a través de claves o códigos, que autorice la consulta exclusivamente por las partes, los abogados y los terceros debidamente autorizados y autenticados.

Teniendo en consideración que en un mismo expediente público puede reposar información disponible al público e información de acceso restringido, el reto de la rama judicial del poder público, en cuanto a la publicidad y la protección de datos personales, es precisamente el saber delimitar qué parte de la información del expediente digital se protege y de qué modo, estableciendo las categorías de los datos. Igualmente, se hace necesario capacitar y concientizar a jueces y empleados judiciales para la correcta y adecuada gestión de la información que transita a través del proceso digital.

Desde la experiencia española (Platero, 2020, p. 37) se describe que el sistema Lexnet no ha sido seguro y ha permitido la filtración de datos personales de los usuarios, con lo cual se ha incumplido la obligación de que los responsables de un fichero electrónico adopten las medidas técnicas y organizativas necesarias para garantizar la seguridad de datos personales y evitar su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado.

En consecuencia, se torna necesario indagar por los instrumentos o medios más adecuados que permitan suplir los vacíos normativos que la CADH, la Constitución Política de Colombia de 1991 y el Decreto Legislativo 806 de 2020 han dejado con relación al tratamiento y protección de los datos personales de las partes de un proceso en el pretendido contexto de justicia digital que se proyecta para el país.

7. Reglas de Heredia como base de protección de los datos personales en la justicia digital

Las denominadas “Reglas de Heredia” del año 2003 constituyen un instrumento de soft law diseñado para suplir el vacío normativo que existía para la época sobre la forma en cómo los tribunales debían publicar su información en internet, en aras de garantizar la debida reserva judicial y el respeto a los derechos relacionados con el hábeas data de los implicados en el proceso cuya providencia se difunde. Si bien no son vinculantes para los Estados, brindan lineamientos para las políticas públicas de administración de justicia que persigan la cercanía de la justicia al ciudadano a través de sistemas digitales de tramitación de los diferentes procedimientos jurisdiccionales, observando unos mínimos de garantía de los derechos fundamentales en el marco de un proceso jurisdiccional electrónico o digitalizado.

Este instrumento de derecho blando internacional contiene una serie de medidas para la prevención de perjuicios derivados de la implementación de las TIC en el sistema judicial, con vista de uno de los principales desafíos que ofrece el respeto de los derechos humanos en los escenarios tecnológicos: la garantía del hábeas data y la debida reserva de los datos privados, semiprivados y sensibles de los partícipes procesales.

En consecuencia, se analizarán cada una de las reglas adoptadas a la luz de la experiencia colombiana.

La regla 1 consagra como finalidades de la difusión en internet de las providencias judiciales las de a) el conocimiento de la información jurisprudencial y la garantía de igualdad ante la ley; b) la transparencia de la administración de justicia; complementadas con iii) la garantía del inmediato acceso de las partes o quienes tengan un interés legítimo en la causa, a sus movimientos, citaciones o notificaciones (regla 2).

Estas finalidades se encuentran salvaguardadas desde la propia Constitución, cuyos artículos 228 y 74 predicán la publicidad de las actuaciones de la administración de justicia y el derecho de toda persona de acceder a los documentos públicos con las excepciones de ley. En consecuencia, resulta admisible desde el punto de vista legal, constitucional y convencional, la incorporación de las nuevas tecnologías informáticas como herramienta de concreción de la publicidad procesal, verbigracia, a través de la comunicación de las decisiones y actuaciones judiciales por correo o por estados electrónicos. En definitiva, no existe un único medio idóneo para dar cumplimiento al principio de publicidad,

“(…) lo importante es que el tercero afectado por la decisión conozca de (su) existencia (….) sea por una comunicación (….) o bien por un conocimiento directo del aludido por la decisión (….) por la notoriedad del acto, la ejecución del mismo, o incluso la acción directa del tercero” (Sentencia C-341 de 2014).

Según la misma Corporación (Sentencia C-276 de 2019), el principio de publicidad aplica principalmente en dos momentos procesales, a saber: a) en el transcurso de las actuaciones y

procedimientos judiciales en las que se dan a conocer a los sujetos procesales e, incluso, a la sociedad en general, sobre la existencia del mismo y su desarrollo; y, asimismo, b) cuando se ha adoptado una decisión judicial.

En el primer escenario, la publicidad procesal es prevalentemente de interés de los sujetos procesales, persiguiendo la garantía de otros derechos inherentes al debido proceso, tales como la contradicción, la defensa y la impugnación. Este estadio admite restricciones a la publicidad bajo circunstancias excepcionales sometidas a particulares cautelas para no vulnerar el derecho a la defensa. Entre ellas, las actuaciones in absentia por voluntad expresa de las partes o las que adopten medidas cautelares.

En el segundo caso, cuando ya se ha proferido providencia judicial, la publicidad incrementa su radio de acción y ya no interesa especialmente a los intervinientes del proceso sino a la comunidad en general, “supone el deber de los funcionarios judiciales de comunicar, dar a conocer y divulgar a la opinión pública o a la comunidad en general, el contenido y los efectos de sus decisiones” (Sentencia C-276 de 2019).

Esto implica que las actuaciones jurisdiccionales puedan ser conocidas por cualquier persona, para lo cual, se debe permitir el estudio y la posibilidad de revisar y estar atento a la adopción de cualquier determinación, aun sin interés directo, pudiendo obtener copias del expediente, salvo expresa reserva legal.

No obstante, otro límite a la máxima publicidad de la información judicial se encuentra en el denominado “derecho de oposición del interesado” (regla 3), según el cual, quien así lo considere podrá solicitar sin incurrir en gastos adicionales y por las razones legítimas propias de sus circunstancias, que los datos de los cuales es titular no sean objeto de difusión, con lo cual se permite su rectificación. Este derecho ha sido reconocido por la legislación colombiana en los artículos 1 y 8 numeral 1 de la Ley 1581 de 2012, en concordancia con el derecho fundamental al hábeas data consagrado en el artículo 15 Superior.

Así, la justicia digital no podrá desconocer este imperativo constitucional y legal, por lo que debe permitirse a los usuarios del sistema judicial la posibilidad de emitir su consentimiento expreso para autorizar el tratamiento de datos personales, revocar la autorización, conocer los datos que son tratados, actualizarlos, rectificarlos cuando se considere que existe deficiencia en su calidad o solicitar la supresión de datos siempre y cuando no exista una obligación legal o contractual de continuar con el tratamiento.

Para esto, dentro de los aspectos técnicos de instrumentación tecnológica del aparato jurisdiccional deberán implementarse (a) motores de búsqueda capaces de ignorar nombres y datos personales privados y sensibles en las bases de datos de las sentencias; y (b) el número único del caso o un descriptor temático como criterio de búsqueda e identificación en las bases de datos de información procesal (en conformidad con las reglas 4 y 7), con la finalidad de preservar la información más íntima de las personas implicadas en un proceso, con atención a la prevalencia de los derechos de privacidad e intimidad sobre el principio de publicidad en los asuntos que se refieran a niños, niñas, adolescentes (en adelante, NNA) o incapaces, así como en los casos de familia o aquellos en los que se revele el origen racial o étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, datos relativos a la salud o la sexualidad de los implicados o cualquier otra información que pueda conllevar a su discriminación (regla 5).

Similar protección prevalente deberá atenderse en los procesos que versen sobre víctimas de violencia sexual o doméstica o cualquiera otro que goce de publicación restringida. En dichos casos, los derechos de oposición y rectificación anunciados en la regla 4 cobran mayor fuerza, por lo que deberán suprimirse, anonimizarse o incializarse dichos datos según las circunstancias e intereses de los procesados. La sentencia proferida por la Corte Interamericana de Derechos

Humanos en el Caso V.R.P., V.P.C. y Otros vs. Nicaragua es un excelente ejemplo de inicialización como garantía de los derechos a la intimidad y privacidad de las víctimas NNA y sus familiares.

Empero, en aquellos casos relacionados con personas que voluntariamente han adquirido el carácter de públicas y los procesos versen con hechos acaecidos en virtud de tal notoriedad, deberá colegirse en sentido opuesto al anterior, de manera tal que prevalezca la publicidad en su vertiente de conocimiento por la comunidad sobre la reserva de los datos del procesado (regla 6), con lo cual se excluyen los asuntos de familia o aquellos que no tengan origen ni relación con su carácter de figura pública.

Lo anterior parte de la consideración de la justicia digital debe velar por preservar el equilibrio entre el derecho a la protección de los datos personales y la conservación de la información procesal a través de almacenamientos en la nube (hosting), ya sea implementando protocolos serios de ciberseguridad (a través de tecnologías blockchain que permitan blindar los servidores de almacenamiento judicial) o procurando la anonimización de la información reservada en las decisiones judiciales, como ya lo habían sugerido desde el 2003 las reglas bajo estudio.

Esta protección aplica no solamente durante las etapas previas a la sentencia, sino que también se exige de la providencia dictada por el juez que ponga fin al litigio. Tales providencias deberán mencionar solamente los hechos y datos personales estrictamente necesarios para fundamentar su decisión, con lo cual se evita la inclusión de hechos inconducentes o relativos a terceros, tratando no invadir la esfera íntima de las personas en ella mencionadas (regla 9).

Otro reto que representa la incorporación de las TIC en el funcionamiento del aparato jurisdiccional del Estado son los controles y registros de las bases de datos sobre infracciones, condenas y sanciones penales, que al tenor de la regla 8 solo podrán efectuarse por autoridades públicas. Sobre el particular, no puede perderse de vista el denominado “derecho al olvido” que le asiste a toda persona y que debe ser respetado tanto por las autoridades que lleven control sobre dichos registros de información como por los motores de búsqueda que faciliten su consulta.

Basado en la finalidad resocializadora de la pena, tal derecho ha sido entendido como el deber del Estado de garantizar la supresión de toda la información que vincule con una causa penal determinada a quien ya haya cumplido su condena o en cuyo favor haya prescrito la pena, salvo los eventos en que la ley consagre publicidad permanente de dicha información. Así, tras el cumplimiento de las sanciones impuestas de conformidad con el ordenamiento penal, deberá eliminarse toda información pública que impida una efectiva reinserción social y comunitaria, con lo cual se favorecen prácticas discriminatorias de quien ha superado sus problemas con la ley.

No obstante, un débil control sobre las bases de datos de sanciones y condenas penales aunada a labores inescrupulosas por parte de los medios de comunicación podrían conllevar a revivir asuntos de justicia concluidos por un sujeto, de manera tal que se afecte notoriamente su “derecho al olvido” y se limiten sus posibilidades de reinserción social. Esto constituye uno de los mayores retos que deberán afrontar las autoridades públicas en colaboración con los particulares que administren motores de búsqueda y medios comunicativos, aplicando extensivamente la regla 10, según la cual, las ediciones jurídicas deben observar a plenitud las Reglas de Heredia.

La aplicación estricta de los parámetros derivados de cada una de las reglas analizadas conllevará a la adecuación del sistema jurisdiccional colombiano a las exigencias de la cuarta revolución industrial, especialmente relevante en el contexto generado por la pandemia del COVID-19.

1 Término acuñado por Klaus Schwab para referirse a la implementación de mecanismos ciberfísicos en las relaciones contemporáneas, con preeminencia de escenarios que incorporan la infraestructura física con las TIC tales como la Inteligencia Artificial (IA), el Machine Learning, el internet de las cosas, la minería de datos o el blockchain. Para Schwab (2016), esta revolución se caracteriza por “una fusión de tecnologías actualmente en prueba o en desarrollo (...) desintegrando las fronteras entre las esferas física, digital, y biológica”.

2 Categoría dada a las dinámicas sociales en las que las TIC facilitan la creación, distribución y manipulación de la información; con incidencia en las relaciones sociales, culturales y económicas. Propugna por el uso común de la información y el conocimiento para la promoción del desarrollo sostenible y la mejora de la calidad de vida.

3 Artículo 6. Tratamiento de datos sensibles. Se prohíbe el Tratamiento de datos sensibles, excepto cuando: (...) d) El Tratamiento se refiera a datos que sean necesarios para el reconocimiento, ejercicio o defensa de un derecho en un proceso judicial (...). (Ley 1581 de 2012).

4 Para una mayor explicación sobre la solución de controversias en línea, Cf. Bustamante Rúa, M.; Ángel Muñoz, S.; Giraldo Aristizábal, J. & Marín Tapiero, J. (2020). Solución de Conflictos (MASC) e Inteligencia Artificial (IA) para la Solución de Controversias en Línea (SCL): Una Apuesta por la Descongestión en la Administración de Justicia. *The Law, State and Telecommunications Review*, 12(1), pp. 77-112.

5 En idéntico sentido se pronunció el máximo tribunal interamericano en las sentencias de los casos *J. vs. Perú* (27 de noviembre de 2013) y *Girón y Otro vs. Guatemala* (15 de octubre de 2019).

6 Debe acotarse el tratamiento casi sinonímico que en la jurisprudencia y doctrina nacionales se la ha dado a los conceptos de “privacidad” (de origen anglosajón) e “intimidad” (propio de la tradición normativa continental). Esto se observa en las sentencias de la Corte Constitucional C-602 de 2016, M. P. Alejandro Linares Cantillo; T-364 de 2018, M. P. Alberto Rojas Ríos; T-155 de 2019, M. P. Diana Fajardo Rivera y C-094 de 2020, M. P. Alejandro Linares Cantillo. Su diferencia ha radicado en el tratamiento general de la “privacidad” a partir de la diferenciación entre “lo público” y “lo privado”, para luego extraer los contornos del derecho a la “intimidad” como parte de la privacidad. Para este tribunal constitucional, “la definición de aquello que es público o privado se encuentra en la base de la discusión acerca del alcance del derecho a la intimidad (...) el concepto de ‘privacidad’ o ‘de lo privado’, corresponde a los asuntos que en principio tocan exclusivamente con los intereses propios y específicos de la persona humana, sin que afecten o se refieran a los demás miembros de la colectividad” (Sentencia C-602 de 2016). Por consiguiente, el derecho a la intimidad permite a su titular el disfrute sin interferencias arbitrarias de terceros de su espacio privado –que bien puede ser personal, familiar, social o gremial–. En la Sentencia C-489 de 1995, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, la Corte Constitucional definió a la intimidad como “un derecho de status negativo, o de defensa frente a cualquier invasión indebida de la esfera privada, a la vez que un derecho de status positivo, o de control sobre las informaciones que afecten a la persona o la familia (...) impide la divulgación ilegítima de hechos o documentos privados (y se materializa) como libertad, que se realiza en el derecho de toda persona a tomar las decisiones que conciernen a la esfera de su vida privada”. En consecuencia, el derecho a la intimidad confiere a su titular la facultad de oponerse a la intromisión injustificada en la órbita que se ha reservado para sí o su familia, a la divulgación injustificada de los hechos privados o a las restricciones injustificadas a su libertad de tomar las decisiones acerca de asuntos que solo le conciernen a la persona. También impone a las autoridades y particulares el deber de abstenerse de ejecutar actos que impliquen la intromisión injustificada en la órbita privada de las personas, la divulgación de los hechos privados o la restricción injustificada de la libertad de elegir en asuntos que solo le conciernen a la persona o a su familia (Corte Constitucional, Sentencia C-602 de 2016). Sobre los orígenes diferenciados de ambos derechos, Cf. Abril, P. y Pizarro, E. (2014). La intimidad europea frente a la privacidad americana. Una visión comparativa del derecho al olvido. *InDret Revista para el análisis del Derecho*, pp. 1-62; y Chirino, A. (1998). Protección de datos y moderno proceso penal. Aspectos constitucionales y legales.

7 Original en inglés. Traducción propia de los autores.

8 Según Bastera (2016), entre la intimidad y la privacidad existe una relación de género (privacidad) a especie (intimidad). “Vale decir que lo íntimo es más íntimo que lo privado y, si bien se pueden utilizar como sinónimos en muchos casos, son conceptos diferentes” (Bastera, 2016, p. 150). Por consiguiente, “todo individuo tiene la misma protección en relación con el derecho a la intimidad (...) sin embargo, no todos los sujetos tienen la misma protección respecto de su privacidad, dado que un funcionario o personaje público tendrá una expectativa menor de privacidad que alguien anónimo o desconocido” (Bastera, 2016, pp. 150-151).

9 Original en portugués. Traducción propia de los autores.

10 Original en portugués. Traducción propia de los autores.

11 “Consisten en un conjunto de procedimientos lógicos que permiten que las computadoras apoyen a los humanos en la tarea de analizar situaciones y adoptar decisiones, a través de la ingeniería del conocimiento que se alimenta de las estrategias del experto en el Derecho y busca formularlos en reglas perfectamente enunciadas” (Bustamante, Ángel, Giraldo y Marín, 2020, p. 97). Cf. Trazegnies, F. (2013). ¿Seguirán existiendo jueces en el futuro? El razonamiento judicial y la inteligencia artificial. *Ius Et Veritas* (47), pp. 112-130; y Cáceres, E. (2006). *Inteligencia Artificial, Derecho y E-Justice (El Proyecto Iij-Conacyt)*. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (116), 593-611.

12 En similar sentido, pero haciendo énfasis en el ordenamiento jurídico brasileño: Gregório y Paiva (2004). Para un mayor análisis sobre la necesaria protección de datos en el proceso electrónico, Cf. Araújo Almeida Filho, J. y de Souza Meirelles, D. (2014). *A Necessária Ponderação de Princípios na Publicidade Processual*. Em: L. F. Coelho; R T. Michaloski Alves; S. Casali Rocha. (Org.), *Direitos Humanos e Novos Direitos na Contemporaneidade*, 1 ed., pp. 45-68. Grafisul.

13 Está relacionado con el “principio de caducidad del dato negativo” a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia colombiana. Así, puede verse en la Sentencia de la Sala de Casación Penal con radicado número 20889 del 19 de agosto de 2015. Un igual tratamiento recibió por parte de la Corte Constitucional colombiana en Sentencia SU-458 de 2012. Para un análisis más detenido sobre las implicaciones del derecho al olvido, Cf. De Terwangne, C. (2012). *Privacidad en Internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido*. *Revista de Internet, Derecho y Política*, 13, pp. 53-66.

14 Especialmente, en aquellos casos en los que se utiliza a los mass media como instrumento de campaña negativa o instigación. Así lo manifiesta Leturia (2017, p. 33): “hay y habrá casos en que es posible imaginar motivaciones específicas para montar una campaña mediática, cuyos objetivos son, en ocasiones, gravemente contrarios al ordenamiento institucional y por lo mismo ameritan una especial atención y regulación”.

15 Esta interpretación extensiva es posible a la luz del segundo alcance consagrado en las citadas Reglas de Heredia de 2003, según las cuales las organizaciones o las empresas que difundan información judicial en Internet podrán utilizar procedimientos más rigurosos de protección, como la exigibilidad de su observancia por todo aquel que tenga acceso a información judicial por medios virtuales.

Referencias

- Abril, P. y Pizarro, E. (2014). La intimidad europea frente a la privacidad americana. Una visión comparativa del derecho al olvido. *InDret Revista para el análisis del Derecho*, pp. 1-62. Disponible en: <https://www.derechoaleer.org/media/files/olvido/1031.pdf>
- Allende Pérez de Arce, J. (2019). Tribunales civiles en Línea: Una propuesta para introducirlos sin afectar el derecho a acceder a la justicia de quienes no están conectados a internet. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 8(1), pp. 185-206. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchdt/v8n1/0719-2584-rchdt-8-1-00185.pdf>
- Amrani-Mekki, S. (2008). El impacto de las nuevas tecnologías sobre la forma del proceso civil. En: F. Carpi y M. Ortells Ramos, *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente: Coloquio de la Asociación Internacional de Derecho Procesal*, pp. 93-133.
- Araújo Almeida Filho, J. y de Souza Meirelles, D. (2014). A Necessária Ponderação de Princípios na Publicidade Processual. Em: L. F. Coelho; R T. Michaloski Alves; S. Casali Rocha. (Org.), *Direitos Humanos e Novos Direitos na Contemporaneidade*, 1 ed., pp. 45-68. Disponible en: https://www.academia.edu/30977440/A_Necess%C3%A1ria_Pondera%C3%A7%C3%A3o_de_Princ%C3%ADpios_na_Publicidade_Processual
- Asamblea General de las Naciones Unidas (2011). Informe del relator especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2015/10048.pdf?view=1>
- Basterra, M. (2016). Derecho a la intimidad, privacidad y confidencialidad en la ciudad autónoma de Buenos Aires. En: M. Basterra (Coord.). *Poder judicial de la ciudad de Buenos Aires; Consejo de la Magistratura, Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Edición comentada*, pp. 141-157. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4496/11.pdf>
- Bustamante Rúa, M., Ángel Muñoz, S., Giraldo Aristizábal, J. y Marín Tapiero, J. (2020). Solución de Conflictos (MASC) e Inteligencia Artificial (IA) para la Solución de Controversias en Línea (SCL): Una Apuesta por la Descongestión en la Administración de Justicia. *The Law, State and Telecommunications Review*, 12(1), pp. 77-112. Disponible en: <https://doi.org/10.26512/lstr.v12i1.25808>
- Bustamante, M. y Marín, J. (2020). Justicia digital y proceso electrónico en Colombia. En: Diana Ramírez (coord.), *Justicia Digital. Un análisis internacional en época de crisis*, pp. 418-458. Editorial Justicia y Proceso.
- Bygrave, L. (2010). Privacy and Data Protection in an International Perspective. Stockholm Institute for Scandinavian Law. Disponible en: <https://www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUS5630/v13/undervisningsmateriale/privacy-and-data-protection-in-international-perspective.pdf>
- Cáceres, E. (2006). Inteligencia Artificial, Derecho y E-Justice (El Proyecto Iij-Conacyt). *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (116), pp. 593-611. Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v39n116/v39n116a12.pdf>
- Chirino, A. (1998). Protección de datos y moderno proceso penal. Aspectos constitucionales y legales. *Revista de Ciencias Jurídicas*, pp. 9-41. Disponible en: <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/13723>
- Congreso de la República de Colombia. Ley 270 de 1996. Estatutaria de la Administración de Justicia. *Diario Oficial* No. 42.745.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 1581 de 2012. Por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales. *Diario Oficial* No. 48.587.

- Corte Constitucional. (16 de febrero de 1995) Sentencia C-053 de 1995 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz).
- Corte Constitucional. (2 de noviembre de 1995) Sentencia C-489 de 1995 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz).
- Corte Constitucional. (31 de enero de 2001) Sentencia C-096 de 2001 (M. P. Álvaro Tafur Galvis).
- Corte Constitucional. (21 de junio de 2012) Sentencia SU-458 de 2012 (M. P. Adriana María Guillén Arango).
- Corte Constitucional. (2 de noviembre de 2016) Sentencia C-602 de 2016 (M. P. Alejandro Linares Cantillo).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (22 de noviembre de 2005) Caso Palamara Iribarne vs. Chile.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (27 de noviembre de 2013) Caso J. vs. Perú.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (15 de octubre de 2019) Caso Girón y Otro vs. Guatemala.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 19 de agosto de 2015, Radicado No. 20889 (M. P. Patricia Salazar Cuellar).
- De Terwangne, C. (2012). Privacidad en Internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido. *Revista de Internet, Derecho y Política*, 13, pp. 53-66. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/788/78824460006.pdf>
- Díaz, A. (2013). La autorregulación en redes sociales como forma de garantizar los derechos de intimidad, privacidad y protección de datos personales. *Revista Internacional Online de Derecho de la Comunicación*, 13, pp. 125-143. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4330473.pdf>
- Doneda, D. (2011). A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. *Revista Espaço Jurídico*, 12(2), pp. 91-108.
- Echavarría, M. (2020). La "justicia digital": del término común al concepto especializado. En: Diana Ramírez (coord.), *Justicia Digital. Un análisis internacional en época de crisis*, pp. 401-417. Editorial Justicia y Proceso.
- Gacitúa, A. (2014). El derecho fundamental a la protección de datos personales en el ámbito de la prevención y represión penal europea (en busca del equilibrio entre la libertad y la seguridad). Tesis de Doctorado, Universidad Autónoma de Barcelona. https://ddd.uab.cat/pub/tesis/2014/hdl_10803_284352/alge1de1.pdf
- International Development Research Centre – IDRC (2003). Reglas mínimas para la difusión de información judicial en internet, Reglas de Heredia. Disponible en: http://www.iijusticia.org/heredia/Reglas_de_Heredia.htm
- Leturia, F. (2017). La problemática de los juicios paralelos en la jurisprudencia y doctrina española. *Revista lus et Praxis*, 23(2), pp. 21-50.
- Linden Ruaro, R.; Piñeiro Rodríguez, D. y Finger, B. (2011). O direito à proteção de dados pessoais e a privacidade. *Revista da Faculdade de Direito - UFPR* (47), pp. 45-66.
- Miranda Bonilla, H. (2016). Acceso a Internet como derecho fundamental. *Revista Jurídica IUS Doctrina*, (15), pp. 1-23. Disponible en: <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina/article/view/27476/27648>
- Ministerio de Justicia y del Derecho de Colombia. Decreto Legislativo 806 de 2020. Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios

del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica. Diario Oficial No. 51.335.

- Organización de los Estados Americanos (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm
- Picó i Junoy, J. (2012). Las garantías constitucionales del proceso. Bosch Editor.
- Platero, A. (2020). Lexnet como máximo exponente del sistema de justicia electrónica en España: Especial referencia a su tratamiento de datos personales. *Revista de Ciencias Jurídicas*, 152 (13-42), pp. 13-42. Disponible en: <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/42568/42825>
- Prince Torres, Á. (2020). El acceso a internet como derecho fundamental: perspectivas internacionales. *Revista Justicia y Derecho*, 3(1), pp. 1-19. Disponible en: <https://revistas.uautonoma.cl/index.php/rjyd/article/view/456/559>
- Red Iberoamericana de protección de datos (2017). Estándares de protección de datos personales para los Estados Iberoamericanos. Disponible en: https://www.redipd.org/sites/default/files/inline-files/Estandares_Esp_Con_logo_RIPD.pdf
- Rincón Martínez, K. y Ramírez Severiche, C. (2017). Relación entre el derecho al acceso a la información y el derecho a la intimidad y privacidad en la justicia digital. *Revista Cultural Unilibre*, No. 1, pp. 47-55. Universidad Libre de Colombia. Disponible en: https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/revista_cultural/article/view/4207/3562
- Rodríguez Rescia, V. (1998). El debido proceso legal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/a17762.pdf>
- Schwab, K. (2016). La cuarta revolución industrial. Editorial Debate.
- Trazegnies, F. (2013). ¿Seguirán existiendo jueces en el futuro? El razonamiento judicial y la inteligencia artificial. *Ius Et Veritas* (47), pp. 112-130. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11938/12506>

Imprevisión y contratación comercial internacional desde el Derecho internacional privado venezolano

Claudia Madrid Martínez¹

Universidad Autónoma Latinoamericana

claudia.madridma@unaula.edu.co

Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1813-0829>

Resumen:

En este trabajo exploro la posibilidad de dar fundamento a la procedencia de la teoría de la imprevisión en casos de contratos internacionales, a pesar del silencio del Derecho venezolano respecto de esta materia, al entender que la ausencia de regulación no puede verse como un rechazo a la misma. Para ello, he analizado la posición de la doctrina y jurisprudencia venezolanas respecto de la teoría de la imprevisión y, asimismo, he confrontado este punto con la respuesta dada por el Derecho internacional privado venezolano respecto de la determinación del Derecho aplicable a los contratos internacionales y a la inclusión de la imprevisión en el ámbito de aplicación de la Lex contractus.

Palabras clave: Contratos internacionales; derecho aplicable; excesiva onerosidad; teoría de la imprevisión

Abstract:

In this work I explore the possibility of giving foundation to the origin of the hardship in international contracts, despite the silence of Venezuelan law regarding this matter, understanding that the absence of regulation cannot be seen as a rejection of hardship. To do this, I have analyzed the position of Venezuelan writers and case law regarding the hardship, and I have confronted this point with the response given by Venezuelan private international law regarding the determination of the law applicable to international contracts and the inclusion of the hardship in the scope of the Lex contractus.

Key Words: International contracts; applicable law; hardship; theory of improvidence

*Recibido: 29.05.2021
Aceptado: 30.06.2021*

¹Doctora en Ciencias Mención Derecho; Magister Scientiarum en Derecho Internacional Privado y Comparado y Abogado de la Universidad Central de Venezuela. Postdoctoral researcher fellow becada por la Fundación Alexander von Humboldt en la Universidad de Colonia (2012-2014). Profesora Titular en la Universidad Central de Venezuela, de la Universidad Católica Andrés Bello y de la Universidad Autónoma Latinoamericana. Claudia Madrid es parte también del Grupo de Investigaciones Globalización y Derecho Privado (GLOPRI).

1. Breves notas introductorias

Si algo dejaron en claro la pandemia y las medidas tomadas por los distintos Estados para hacer frente a esta problemática fue la necesidad de contar con reglas claras en materia de imprevisión. El cumplimiento de muchos contratos en diversas partes del mundo quedó en suspenso, mientras otros tantos se consideraron definitivamente incumplidos, con lo cual se causó daños importantes a las partes involucradas. En muchos casos, el cumplimiento se hizo excesivamente oneroso.

En la gran mayoría de los sistemas jurídicos –incluido el Derecho venezolano– impera la regla según la cual las obligaciones deben cumplirse tal como han sido pactadas, de manera que el deudor está obligado a hacer o dar exactamente aquello a lo que se comprometió en el contrato, en los mismos términos y condiciones acordados en el mismo.

Sin embargo, en la práctica puede ocurrir que las circunstancias que fueron consideradas al momento de la celebración del contrato se vean modificadas, debido a eventos que las partes no han podido prever ni evitar, de manera que el cumplimiento suponga prácticamente la ruina para el deudor. Pueden considerarse como extraordinarios e imprevisibles aquellos acontecimientos inesperados e irresistibles que alteran notablemente el equilibrio contractual, con lo cual se determina un desajuste entre las prestaciones, dado que una de ellas resulta excesivamente onerosa.

Pensemos en un contrato de obra que incluye la importación de algunos materiales para la construcción. En esta relación, el constructor invertiría 130 para ganar 170. Sin embargo, debido a las restricciones de circulación derivadas de las medidas tomadas por la pandemia, los costos aumentarían exponencialmente, de manera que el constructor deberá ahora invertir 210, con lo cual la ejecución del contrato en la forma en que fue pactado le generaría una desventaja patrimonial considerable.

La pregunta que se plantea en un caso como este está relacionada con la posibilidad efectiva de ejecutar el contrato en condiciones que, además de diferir considerablemente de aquellas vigentes al momento de la celebración –aumento de los costos de transporte, en nuestro ejemplo–, modifican sustancialmente el equilibrio económico del contrato.

En definitiva, la cuestión consiste en decidir si, a pesar de la modificación de las circunstancias, ha de cumplirse lo pactado, o si puede más bien pedirse la terminación del contrato –tengamos en cuenta que el cumplimiento aún es posible, solo que excesivamente oneroso– o modificarse su balance patrimonial, de manera que se aumente la prestación del propietario y la ganancia del constructor pase, por ejemplo, de 170 a 230.

Este tipo de situaciones se produce en aquellos supuestos en los cuales un lapso de tiempo separa la celebración del contrato y su ejecución, pues es justamente durante ese lapso que se produce el evento imprevisible. Se trata de las llamadas obligaciones de tracto sucesivo –el arrendamiento, por ejemplo– o de ejecución periódica –como ocurre con el contrato de suministro– o de aquellos calificados como de ejecución diferida –este es el caso del contrato de obras.

Ahora bien, teóricamente se ha admitido que, en este tipo de contratos –en los que, como hemos afirmado, transcurre un lapso de tiempo entre su celebración y su ejecución–, existe una voluntad implícita según la cual la continuidad del mismo estaría subordinada al mantenimiento de las circunstancias iniciales. Se trata del principio *Rebus sic stantibus*. Sobre la base de esta consideración, algunos sistemas permiten ya sea la terminación del contrato, o su modificación, a través de la llamada teoría de la imprevisión.

Lamentablemente, en Venezuela no hay una solución explícita por parte del ordenamiento jurídico para estos problemas. Por ello, doctrina y jurisprudencia se han debatido entre favorecer el principio de intangibilidad de contrato –con lo cual se mantendría la obligación de ejecutarlo tal como ha sido contraído, a pesar de las adversas consecuencias para el patrimonio del deudor– o admitir la procedencia de la teoría de la imprevisión.

Esta tarea puede resultar algo más sencilla cuando se trata de un contrato internacional, dado que la posible aplicación de un Derecho extranjero que consagre expresamente la teoría de la imprevisión o el recurso a los diversos componentes de la llamada Lex mercatoria pueden ayudar al operador jurídico a dar fundamentación a la procedencia de la imprevisión.

Nuestro propósito en estas líneas es dar una mirada a la manera en que el Derecho internacional privado de los contratos puede dar entrada a la teoría de la imprevisión en un sistema que, como el venezolano, no tiene una regulación explícita. Para sostener esto, nos centraremos en la regulación de los contratos paritarios o libremente negociados y dejaremos de lado los contratos con partes débiles o no bilateralmente negociados. También hemos de considerar que Venezuela no es parte en la Convención de Viena sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980, con lo cual, la solución que exploraremos es exclusivamente conflictual.

2. Contratos internacionales en el Derecho internacional privado venezolano

Antes de entrar en el análisis de la determinación del Derecho aplicable a los contratos internacionales en Venezuela, tengamos en consideración que, en el marco del sistema venezolano de Derecho internacional privado, la internacionalidad del contrato “debe interpretarse en forma amplia respondiendo no solo a criterios jurídicos, sino también a criterios económicos y financieros” (Maekelt, 2005, p. 214).

El criterio jurídico –referido a los llamados “elementos de extranjería”– supone los vínculos del contrato con ordenamientos jurídicos extranjeros, debido a la localización de los elementos objetivos o subjetivos del contrato en ordenamientos jurídicos diversos. Es este el criterio aceptado por la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana (LDIPV) y por la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales (Convención de México), aunque debemos precisar que esta última solo es vigente entre Venezuela y México.

La Ley de Derecho Internacional Privado califica como internacionales a los “supuestos de hecho relacionados con los ordenamientos jurídicos extranjeros”, sin limitar el tipo de relación que debe tener con tales ordenamientos, de manera que, por ejemplo, el domicilio o el lugar de constitución de una de las partes en la relación puede hacer que la misma se considere como internacional, incluso su nacionalidad. La Convención Interamericana, por su parte, contiene una norma que sí limita los contactos con ordenamientos extranjeros, pues luego de establecer, en su artículo 1, que la misma se aplicará a los contratos internacionales, dispone que “[s]e entenderá que un contrato es internacional si las partes del mismo tienen su residencia habitual o su establecimiento en Estados Parte diferentes, o si el contrato tiene contactos objetivos con más de un Estado Parte”.

Desde el punto de vista objetivo, la Convención de México no establece límite alguno a los contactos que pueda tener el contrato con distintos ordenamientos jurídicos, con lo cual admitiría, por ejemplo, el lugar de celebración o el lugar de ejecución del contrato. Desde el punto de vista subjetivo, en cambio, la Convención sí limita esos posibles contactos a la residencia habitual, en el caso de las personas físicas, y al establecimiento, en el caso de las personas jurídicas.

No queda claro, sin embargo, si la referencia al “establecimiento” contenida en el artículo 1 de la Convención de México ha de entenderse como referida al establecimiento principal o al establecimiento más vinculado con el contrato en cuestión. No obstante, el hecho de que no se haya incorporado en la versión definitiva de la Convención la propuesta de la Reunión del Grupo de Expertos de Tucson de referirse expresamente al establecimiento más vinculado con el contrato, y, asimismo, teniendo en consideración que la versión en inglés del artículo 12 de la propia Convención se refiera a principal place of business (Comité Jurídico Interamericano, 2019, p. 86), nos conduce a pensar en la intención de hacer referencia, más bien, al establecimiento principal.

La jurisprudencia venezolana, por su parte, ha sido muy flexible en la calificación del contrato como internacional y, por una parte, ha entendido que “...los contratos ubicarán en el campo del Derecho Internacional Privado cuando las partes que se obliguen sean de distinta nacionalidad; tengan domicilios en diferentes Estados; se celebren en un Estado y los efectos deban cumplirse en otro; las partes sean de un mismo Estado, pero celebren el contrato en otro, etc.” (Tribunal Supremo

de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia No. 01892, 10 de octubre de 2000). Por otra parte, la jurisprudencia ha llegado a aceptar que para calificar un contrato como internacional "...deberán tomarse en cuenta todos los factores posibles, objetivos y subjetivos relativos a las partes y a la relación objeto de la controversia, ya sean legales (nacionalidad, domicilio, lugar de celebración), así como los criterios económicos (transferencia de dinero al extranjero, desplazamiento de bienes y servicios)..." (Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa, sentencia No. 605, 9 de octubre de 1997). En esta decisión se tomó en consideración inclusive la amplitud en la calificación de la internacionalidad del contrato recomendada en los Principios UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales, en ese momento, en su versión de 1994. En todo caso, estando frente a un contrato internacional cuyo equilibrio económico se ha visto impactado por una circunstancia imprevisible, antes de dar una respuesta en relación con la procedencia y efectos de la teoría de la imprevisión, será necesario determinar el Derecho aplicable.

2.1. Derecho aplicable a los contratos internacionales

Dos circunstancias particulares determinan las principales características del sistema venezolano en materia de Derecho aplicable a los contratos internacionales: en primer lugar, la ratificación, por parte de Venezuela, de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales en 1995; y, en segundo lugar, la aprobación de la Ley de Derecho Internacional Privado en 1998, y su posterior entrada en vigencia en 1999.

Aunque el Código Bustamante contiene normas para regular los contratos internacionales y está vigente en Venezuela desde 1932, tanto la doctrina como la práctica judicial suelen centrar el estudio del Derecho aplicable a los contratos en torno a la Convención de México y a la Ley de Derecho internacional privado venezolana. Consideramos que es probable que esto se deba a que buena parte de sus soluciones, propias de la época de su aprobación, no son consideradas como principios de Derecho internacional privado generalmente aceptados, en el sentido del artículo 1 de la Ley de Derecho internacional privado.

Ahora bien, tanto la Convención de México como la Ley venezolana consagran soluciones conflictuales que, de alguna manera, reflejan las tendencias modernas en la materia. En efecto, ambos instrumentos conceden a la autonomía conflictual un papel preponderante en la determinación del Derecho aplicable a las relaciones contractuales y acompañan este principio con una solución flexible para los casos en que las partes no elijan el Derecho aplicable: el principio de proximidad.

Así, la Convención de México dispone, en su artículo 7, que "[e]l contrato se rige por el Derecho elegido por las partes". El artículo 29 de la Ley, por su parte, establece que "[l]as obligaciones convencionales se rigen por el Derecho indicado por las partes". A pesar de que la Ley no contiene más normas que hagan referencia a esta facultad, en Venezuela, a partir de la exposición de motivos de la propia Ley, se ha entendido que las soluciones de la Convención de México integran las lagunas de la legislación interna sobre la materia (Madrid Martínez, 2019; Hernández-Bretón, 2005, 2007; Giral Pimentel, 1999).

A partir de estas normas, ha de admitirse que la autonomía de las partes goza de un amplio marco de actuación, pues no se exige contacto alguno con el sistema elegido. Tampoco se limita temporalmente la elección, en el sentido de que la misma puede producirse antes, durante o después de la celebración del contrato; incluso, salvo la validez formal del mismo y los derechos de terceros, la elección original puede cambiar durante la vida del contrato (art. 8, Convención de México). Además, las partes pueden elegir un ordenamiento jurídico para cada parte de su relación o elegir un Derecho solo para una parte del mismo, pues se admite el *dépeçage* voluntario (art. 7, Convención de México), siempre, desde luego, que "la elección del Derecho sea lógicamente consistente, [y] se refiera a elementos del contrato que puedan estar sometidos a distintos Derechos sin causar contradicciones" (Hernández-Bretón, 2007, pp. 86-87).

Antes de la Convención Interamericana y de la Ley, la jurisprudencia venezolana había aceptado, sobre la base del artículo 116 del Código de Comercio, que las partes pudiesen elegir el Derecho aplicable al contrato. En efecto, en una sentencia dictada por el Tribunal Segundo de Primera Instancia en lo Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y del Estado Miranda,

en fecha 12 de marzo de 1970, el juez, aplicando por vía analógica la norma citada, extendió su aplicación a todos los supuestos de contratos internacionales.

En tal sentido, el juzgado afirmó que

“Resulta consecuencia indubitable del anterior precepto la existencia de una norma de Derecho internacional privado en el sistema venezolano según la cual los contratos mercantiles están sujetos en primer lugar a la autonomía de los contratantes, quienes en forma expresa o implícita pueden escoger la Ley aplicable para regir sus convenciones, ordenamiento jurídico este que impondrá también sus normas de carácter prohibitivo o imperativo”.

Además, en la propia sentencia se admitió que no había lugar a exigir vinculación alguna, pues cualquier restricción tendría apoyo simplemente doctrinario. Tal decisión llegó incluso a admitir el dépeçage voluntario al someter el contrato de venta al Derecho del estado de Nueva York, mientras que lo relativo a la reserva de dominio establecida en el mismo fue sometida al Derecho venezolano.

“De esta manera resulta que la facultad de los contratantes para determinar la Ley aplicable a sus convenciones no solo constituye un principio de Derecho internacional privado generalmente aceptado por Venezuela; sino que también representa una solución admitida por la generalidad de los países que integran la comunidad jurídica internacional”.

Esta solución, además de ser confirmada por el tribunal de casación, el 24 de abril de 1971, fue avalada por la doctrina venezolana, la cual estuvo de acuerdo en que la voluntad conflictual fuese considerada como un principio de Derecho internacional privado generalmente aceptado (Hernández-Bretón, 1988). De hecho, en 1965, Lombard reportaba la aceptación de la voluntad de las partes fundamentándose, precisamente, en el artículo 116 del Código de Comercio, además de los artículos 1.159 del Código Civil y 12 del Código de Procedimiento Civil.

Ahora bien, en ausencia de elección¹, o ante una elección inválida del Derecho aplicable, el sistema venezolano ha optado, como hemos adelantado ya, por criterios flexibles. En efecto, si en algo se apartó la Convención de México de su fuente de inspiración, el entonces vigente Convenio de Roma de 1980, fue precisamente en la forma de determinar el Derecho aplicable al contrato en ausencia de elección. Así, tanto la Convención Interamericana como la Ley venezolana aconsejan al tribunal tomar en cuenta “...todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato...”, para determinar el Derecho del Estado con el cual el contrato tiene los vínculos más estrechos (arts. 9, Convención de México y 30, LDIPV), dejando de lado la doctrina de la prestación característica.

El problema que esta solución plantea está relacionado con la determinación de lo que ha de entenderse por elementos objetivos y subjetivos del contrato. Al respecto, Giral Pimentel (1999, pp. 214-223), fundamentándose en el Informe Siqueiros (1991), hace referencia a la llamada teoría de las vinculaciones. En opinión del profesor venezolano, los elementos objetivos son “...aquellas circunstancias de hecho que están vinculadas o con las partes o con el acto jurídico en sí mismo...”. Tales circunstancias coinciden, en su opinión, con los factores de conexión rígidos de las clásicas normas de conflicto. En tal sentido, serían elementos objetivos la nacionalidad, el domicilio o residencia habitual de las partes, el lugar de establecimiento o de constitución, en caso de tratarse de personas jurídicas, el lugar de celebración del contrato, el lugar de ubicación de los bienes objeto del contrato, el lugar seleccionado por las partes para ser la jurisdicción competente o para que se lleve a cabo el arbitraje, el lugar donde se cumplen los requisitos de publicidad, entre otros factores que conectan al contrato con la posible aplicación de diversos derechos. Además, el autor admite una especie de agrupamiento de contactos, al expresar que, en la medida que un contrato tenga más conexiones con una jurisdicción determinada, la relevancia del ordenamiento jurídico de esa jurisdicción puede ser más fuerte en la determinación del Derecho aplicable.

Ahora bien, Giral Pimentel estima que estas circunstancias objetivas están complementadas con un elemento subjetivo, el cual el autor define como la teoría jurídica que permite al intérprete valorar los elementos objetivos del contrato y decidir a favor de la aplicación de uno de los ordenamientos jurídicos conectados con la relación a través de estos. Sin embargo, en su opinión, los elementos

objetivos predominan sobre los subjetivos, de manera que, en un primer momento, el Derecho más vinculado dependerá del lugar en donde se ubique la mayor cantidad de elementos objetivos; y, en aquellos casos en los que la distribución fuese equivalente, los operadores jurídicos deberán optar por el elemento subjetivo favorecido por el sistema europeo, es decir, la aplicación del Derecho de la residencia o establecimiento de aquel que tiene a su cargo la prestación característica de la relación contractual. Para sostener esto admitimos que, tal como hemos afirmado, desde una perspectiva histórica, la Convención de México tiene una fuerte influencia del Convenio de Roma. Con todo, el autor no descarta que el juez, en plena libertad de apreciación, considere otros elementos subjetivos de carácter teleológico, tales como el principio del Derecho más favorable al consumidor y otros utilizados en Derecho comparado.

En la Guía sobre el Derecho aplicable a los contratos internacionales publicada por el Comité Jurídico Interamericano en 2019 se admite la posibilidad de que en la determinación del Derecho más vinculado con el contrato se evalúen “todas las circunstancias posibles”, tomando en cuenta, como “objetivas”, circunstancias territoriales entre las que se enumeran aquellas relativas a la celebración del contrato, su ejecución, el domicilio o establecimiento de las partes, la cláusula de resolución de controversias, la moneda, los tratos previos entre las partes, entre otras. Las circunstancias subjetivas, por su parte, surgirían de “distintas cláusulas y circunstancias anteriores, concomitantes y posteriores a la celebración del contrato y que indican las legítimas expectativas de las partes” (Comité Jurídico Interamericano, 2019, p. 173).

Lo que, en todo caso, parece cierto es que la búsqueda del ordenamiento jurídico más vinculado con el contrato conduce a un análisis del marco socio-económico de la relación contractual en cuestión. Esta tarea es, naturalmente, dejada en manos del juez, lo cual ha generado cierta preocupación en la doctrina debido a la prudencia y preparación que se requiere de este para acertar en la determinación del Derecho efectivamente más vinculado con la relación. Maekelt estima, acertadamente, que este no es un argumento suficiente para desechar la aplicación de principios flexibles como el de los vínculos más estrechos, por el contrario, continúa la autora, “...antes de adaptar las Leyes a jueces negligentes, resulta necesario adaptar jueces a Leyes eficaces” (Maekelt, 2000, pp. 277, 282).

Conviene también recordar que ambos instrumentos dan una amplia cabida, según analizaremos de seguidas, a la aplicación de los diversos componentes de la Lex mercatoria, lo cual puede resultar de ayuda a la hora de dar fundamento a la teoría de la imprevisión.

2.2. Consideración y aplicación de la Lex mercatoria

En los diversos sistemas reina cierta reticencia con respecto a la aceptación de la posibilidad de aplicar algún componente de la Lex mercatoria mediante una manifestación de la autonomía conflictual. A lo sumo, se la admite como resultado de una incorporación material, con lo cual se la evalúa como una cláusula contractual cuya validez es sometida al Derecho que rige el contrato.

Al respecto, la Convención de México y la Ley venezolana reconocen un amplio margen a la Lex mercatoria y tal aceptación; en el caso de la Convención, es reconocida como una de las causas de su escasa ratificación (Comité Jurídico Interamericano, 2019). Así, cuando el juez se enfrenta a la labor de determinar el Derecho más vinculado al contrato, en ausencia de elección por las partes, además de los elementos objetivos y subjetivos que se desprenden del contrato, “[t]ambién tomará en cuenta los principios generales del Derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales” (arts. 9, Convención de México y 30, LDIPV)².

La Convención y la Ley van más allá y, en los artículos 10 y 31, respectivamente, ordenan al juez aplicar,

“...cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del Derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación, con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto”.

Esta solución, junto con la contenida en el artículo 15 de la Convención de México, que remite

a la aplicación del artículo 10 para decidir si un mandatario puede obligar a su mandante o un órgano a una sociedad o a una persona jurídica, fundamentan la posibilidad de aplicar los diversos componentes de la Lex mercatoria, como Lex contractus y no como una mera incorporación material.

En todo caso, en los artículos 10 de la Convención de México y 31 de la Ley venezolana aparece clara la facultad de los operadores jurídicos para recurrir a la Lex mercatoria, pero no se menciona de manera expresa la facultad de las partes para elegirla, por lo que algunos han dudado sobre tal posibilidad. Sin embargo, resultaría incoherente, contradictorio e inexplicable que, en ausencia de elección del Derecho aplicable, pudiese el juez aplicar normas anacionales como normas jurídicas y se limitara, paralelamente, tal posibilidad a las partes contratantes (Hernández-Bretón, 2005). Tampoco parece compatible aceptar una casi ilimitada actuación de la autonomía conflictual y negar aplicación a la Lex mercatoria, cuando ha sido elegida por las partes en ejercicio de tal facultad.

La referencia hecha en los artículos 2 y 17 de la Convención de México a la aplicación de un Derecho estatal, no es apropiada –en opinión de Hernández-Bretón (2005)– para argumentar en contra de la aplicación de la Lex mercatoria. El objetivo del artículo 2, que admite la aplicación del Derecho designado por las normas de la Convención aun cuando sea el de un Estado no parte, es afirmar el carácter universal de este tratado y el objetivo del artículo 17 es excluir el juego del reenvío en materia contractual.

En definitiva, la Convención admite la aplicación de los diversos componentes de la Lex mercatoria y lo hace, según se reconoce en la Guía preparada por el Comité Jurídico Interamericano, desde los trabajos preparatorios (2019). No obstante, el problema se plantea con la función que se atribuye a la Lex mercatoria en estas normas que son reproducidas, como hemos afirmado, por los artículos 30 y 31 de la Ley venezolana de Derecho internacional privado, con la particularidad de que la Ley venezolana, por disposición de su artículo 62, no es aplicable en materia de arbitraje, con lo cual se desvirtúa la creencia que limita la aplicación de la Lex mercatoria a los casos sometidos a arbitraje³.

Para determinar el Derecho aplicable a falta de elección, la parte final del artículo 9 de la Convención –y el artículo 30 de la Ley venezolana– permite al juez tomar también en cuenta “...los principios generales del Derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales...”. Con esta disposición, el legislador no está ordenando la aplicación directa de tales principios, sino más bien su toma en consideración para llegar a la determinación del Derecho más vinculado con el contrato (Madrid Martínez, 2018).

Parte de la doctrina entiende que esta referencia constituye un complemento del sistema conflictual previsto en la primera parte del artículo. A través de ella, el intérprete dispone de un mecanismo flexible que le permitirá llegar al sistema, nacional o anacional, más conveniente a la justicia y a las necesidades del comercio internacional (Hernández-Bretón, 2005; Samtleben, 2002). Por su parte, Albornoz (2012) –intentando encontrar un sentido a la norma– ha afirmado que, ante un contrato que presente vínculos estrechos con varios ordenamientos jurídicos y que, por consiguiente, dificulte la elección por parte del operador jurídico, habrá de preferirse aquel más acorde con los intereses del comercio internacional.

Esta función, sin embargo, parece diluirse ante el contenido del artículo 10 de la Convención –y 31 de la Ley venezolana–, que ordena aplicar, cuando corresponda,

“...las normas, las costumbres y los principios del Derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto”.

Esta norma se refiere a una función sustantiva de la Lex mercatoria, pues el juez habrá de aplicarla directamente al contrato, a diferencia de la parte final del artículo 9 de la Convención, la cual se refiere más bien a una función conflictual, al poder ser considerada por el juez para determinar el Derecho más vinculado con el contrato (Ochoa Muñoz, 2005).

En definitiva, a partir de las normas de la Convención interamericana –y, en consecuencia, de la Ley venezolana de Derecho internacional privado– puede afirmarse que la Lex mercatoria

cumple varias funciones (Maekelt, 2005). Considerando en primer término su función material, los diversos componentes de la Lex mercatoria pueden aplicarse cuando sean elegidos por las partes, o cuando, en ausencia de elección, el juez considere que se trata del sistema más vinculado con el contrato. La Lex mercatoria también puede funcionar como criterio de interpretación de normas legales o convencionales y como herramienta integración de lagunas de estas. Finalmente, la Lex mercatoria podrá aplicarse, según se lee en la parte final del artículo 10 de la Convención, "...con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto". Conflictualmente, la Lex mercatoria es una herramienta para determinar el Derecho más vinculado con el contrato (Madrid Martínez, 2018).

3. Ámbito de aplicación de la Lex contractus y teoría de la imprevisión

3.1. Teoría de la imprevisión y cumplimiento del contrato

La Ley venezolana no indica el ámbito de aplicación de la Lex contractus, por lo que en este punto también resultan aplicables las normas pertinentes de la Convención de México como principios de Derecho internacional privado generalmente aceptados, ex artículo 1 de la Ley de Derecho internacional privado.

Así, en conformidad con el artículo 14 de la Convención de México, el Derecho competente para regir el contrato, deberá ser aplicado, "principalmente", a la interpretación del contrato; a los derechos y obligaciones de las partes; a la ejecución de las obligaciones que de él se deriven y a las consecuencias del incumplimiento de las mismas incluyen la evaluación del daño; los modos de extinción de las obligaciones incluyendo la prescripción y la caducidad; y las consecuencias de la nulidad o invalidez del contrato.

Ahora bien, los problemas vinculados a la excesiva onerosidad afectan, desde luego, al cumplimiento de la obligación nacida del contrato, por lo que podríamos considerar a la teoría de la imprevisión incluida en la referencia a la ejecución de las obligaciones derivadas del contrato, e inclusive, a las consecuencias del incumplimiento, para utilizar los términos de la Convención del México.

En efecto, el literal c del artículo 14 de la Convención de México dispone la aplicación de la Lex contractus a "...la ejecución de las obligaciones que establece...". Es interesante notar que en el Proyecto original de la Convención elaborado por el Comité Jurídico Interamericano se incluían en el ámbito del Derecho aplicable "...las modalidades de ejecución y las medidas que pueda tomar el acreedor en caso de inejecución total o parcial de las obligaciones, sin perjuicio de las normas procesales del foro". Sin embargo, la Reunión de Expertos de Tucson eliminó esta solución por considerarla inaceptable (Parra-Aranguren, 1998), lo cual nos parece razonable si consideramos que ya el Proyecto incluía en el ámbito de la Lex contractus, la ejecución de las obligaciones y las consecuencias del incumplimiento del contrato (Madrid Martínez, 2018).

Cuando se interpreta lo que ha de considerarse incluido en la expresión "...ejecución de las obligaciones..." utilizada por la Convención de México, se suele hacer referencia a las condiciones del cumplimiento. Asimismo, a sus modalidades –en especie o por equivalente; directo o indirecto; al si es total, parcial o defectuoso– y los requisitos de procedencia de estas; a las condiciones de lugar y tiempo del cumplimiento; y, a su vez, a todo lo relativo a los gastos que el pago pueda generar. También estarían incluidas las normas sobre la determinación de las personas que deben realizar el pago –solvens– y las que están legitimadas para recibirlo –accipiens–, lo relativo a la imputación de pagos y al pago con subrogación, además de las modalidades del cumplimiento en relación con cada tipo de obligación –mancomunidad, solidaridad, divisibilidad e indivisibilidad, etc.– (Madrid Martínez, 2018).

Aunque no suele mencionarse el tema de la excesiva onerosidad –teniendo en consideración que esta refiere a casos en que acontecimientos o circunstancias sobrevenidas, imprevisibles y no imputables a las partes que generan "un desequilibrio económico del contrato que puede llevar cargas irrazonables para una de las partes" (Sánchez Lorenzo, 2013, p. 1409), lo cual se aprecia justamente al momento del cumplimiento, y que es la "buena fe" que se deben las partes

al momento de la ejecución del contrato lo que fundamentaría la posibilidad de recomponer el equilibrio perdido o de dar por terminado el contrato—, no vemos problema en incluir la imprevisión en el ámbito de aplicación de la *Lex contractus*.

Esta inclusión conllevaría la posibilidad, por una parte, de aplicar en Venezuela un Derecho extranjero que consagre la teoría de la imprevisión; y, por otra parte, de tener que buscar en el Derecho venezolano, en su condición de *Lex contractus*, una respuesta a los problemas que la excesiva onerosidad en el cumplimiento del contrato pueda generar. Antes de analizar estas cuestiones, es necesario examinar la situación del Derecho interno venezolano en relación con la teoría de la imprevisión.

3.2. Teoría de la imprevisión en el Derecho interno venezolano

Tal como hemos adelantado, el Derecho interno venezolano no prevé una estipulación expresa sobre la teoría de la imprevisión, con lo cual, la procedencia y la determinación de los efectos de esta figura se ha dejado en manos de la doctrina y la jurisprudencia.

Fundamentada históricamente en la cláusula *rebus sic stantibus*, la teoría de la imprevisión funciona en los casos en que, en el lapso comprendido entre la celebración del contrato y su ejecución, el cambio en las circunstancias se traduce en una excesiva onerosidad para el deudor; no debe tratarse de una simple dificultad. Para su procedencia, es necesario que se trate de obligaciones que tengan su fuente en un contrato conmutativo, pues las partes deben, desde el principio, conocer la extensión y límites de sus prestaciones para poder explicar y justificar la incidencia de la alteración imprevista de la situación. No podría tratarse de un contrato aleatorio, pues justamente el *álea* es imprevisible. Deberá también tratarse de un contrato de tracto sucesivo o de ejecución diferida, dado que la excesiva onerosidad se aprecia en un lapso más o menos largo de tiempo.

Se requiere, además, que la excesiva onerosidad sea debida a una causa imprevista y extraordinaria, pues de haber sido previsible, se estaría en presencia de un tipo de incumplimiento voluntario o culposo que excluye la actuación de la teoría de la imprevisión. Como extraordinarios e imprevisibles podrían considerarse aquellos acontecimientos inesperados e irresistibles que alteran notablemente el equilibrio contractual, determina un desajuste entre las prestaciones, y convierten una de ellas en excesivamente onerosa. La declaratoria de pandemia —y sus efectos— bien podría calificarse como un evento extraordinario e imprevisible.

Ahora bien, en relación con su procedencia, hemos de admitir que hay opiniones contrarias dentro de la doctrina venezolana. Tradicionalmente, los autores se mostraron contrarios a la excepción y esa concepción ha ido cambiando. En tal sentido, Casas Rincón, aunque no de manera directa, se mostraba reacio a admitir la posibilidad de modificación de la voluntad contractual, tomando como punto de partida el principio de intangibilidad del contrato, de manera que señala que “[c]omo es natural, ese respeto al contrato ha impedido a los acreedores exigir directamente a los tribunales el aumento del precio cuando resulte irrisorio, de un servicio o de una prestación debida en cumplimiento de un contrato de tracto sucesivo o de cumplimiento postpuesto” (1946, pp. 450-451).

Sin embargo, el propio autor afirma que, si tal tesis llegara a admitirse, sería necesario restringir su aplicación a los casos de contratos que produzcan “prestaciones futuras”, con lo cual se refiere a las obligaciones de tracto sucesivo o ejecución diferida. En segundo lugar, continúa el autor, “Se requiere la modificación ocurrida en el valor de las prestaciones o servicios o las cargas excedan en mucho las previsiones que racionalmente podían hacerse al tiempo de la celebración del contrato por una persona diligente. El contrato ha de ser respetado mientras la injusticia no sea intolerable” (Casas Rincón, 1946, p. 449).

Maduro Luyando y Pittier Sucre tampoco se muestran favorables a la procedencia, en nuestro sistema, de la teoría de la imprevisión. Su rechazo se debe a que consideran que en Venezuela

no existen fundamentos sólidos para aceptarla, los cuales son necesarios, debido a que, en su opinión, la imprevisión supone una "...violación de los principios que rigen nuestro sistema contractual de derecho privado, especialmente que las obligaciones deben cumplirse exactamente como han sido contraídas". Las soluciones a los problemas planteados en el equilibrio económico del contrato solo pueden venir de manos del legislador y no del juez, quien ha de limitarse a declarar la terminación de los contratos, por las causas expresamente establecidas en la Ley (2001, pp. 823-824).

En efecto, los propios Maduro Luyando y Pittier Sucre afirman que, cuando se han producido hechos imprevisibles y extraordinarios en Venezuela, ha sido el propio legislador quien, a través de Leyes especiales, ha dado solución al problema de la excesiva onerosidad. Es el caso, por ejemplo, de la Ley de Regulación de Alquileres de 1960, la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de 1989 y de la Ley de Medidas Especiales para atender las Consecuencias del Sismo de 29 de julio de 1967 (2001, p. 822).

Tomando el ejemplo de la rescisión por lesión, los citados autores desestiman la posibilidad de recurrir a la teoría de la imprevisión, afirmando que "en Venezuela no se contempla la lesión como vicio del consentimiento, sino en ciertos casos específicos previstos en la ley... Si no se admite el desequilibrio inicial en el momento de la celebración del contrato, para terminar sus efectos, con mayor razón, el desequilibrio en el momento de su ejecución no puede ser causa para su terminación" (2001, p. 822). En conclusión, para estos juristas, "ninguno de los fundamentos de la teoría de la imprevisión es suficiente para su aplicación por el juez, cuando no existe una norma legal que lo autorice expresamente" (2001, p. 80).

Apoyándose también en el principio de intangibilidad del contrato, Mélich-Orsini (2006) estima que este principio no solo obedece a raíces morales, sino que además obedece "a la insoslayable necesidad del mercado de asegurar la estabilidad de las relaciones contractuales y que el empeño de adaptación de los contratos a las circunstancias de la economía puede llegar aún a desvirtuar las propias políticas de intervención del Estado en la economía". Así, haciéndose eco de la opinión de Delmas Saint-Hilaire, el profesor Mélich-Orsini estima que permitir a los contratantes obtener la revisión de sus contratos en función de las modificaciones de la coyuntura suprimiría el freno contra un alza indefinida de los precios y de la inflación (2006, pp. 448-449).

Sin embargo, también en nuestra doctrina encontramos concepciones favorables a la procedencia de la teoría de la imprevisión. Estas tesis encuentran su principal fundamento en el artículo 1.160 del Código Civil venezolano, norma de conformidad con la cual "Los contratos deben ejecutarse de buena fe".

Quizá el primer autor en admitir esta posibilidad fue Luis Felipe Urbaneja, quien en su trabajo de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, en 1972, afirmó que "si exigir al deudor que ejecute lo que ha prometido es un acto de justicia, por argumento a contrario resulta injusto exigirle que ejecute una prestación que, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, se ha convertido en una cosa distinta de la convenida..." (p. 38). Así, el autor entiende que, cuando un acreedor exige al deudor el cumplimiento de sus obligaciones –aunque cuando por sucesos extraordinarios e imprevisibles estas se hayan hecho más onerosas– estaría excediendo en el ejercicio de su derecho los límites fijados por la buena fe. Es entonces el principio de buena fe el que obliga "al acreedor a no exigir prestación alguna que esté fuera de lo realmente querido por las partes, y para cuya determinación habrá que tomar en cuenta las circunstancias que objetivamente consideradas debieron de actuar como causas determinadas del consentimiento" (p. 39). Igualmente, al reclamar la ejecución de una prestación convertida en excesivamente onerosa, "el acreedor se está excediendo de los límites fijados por el objeto en vista del cual le fue concedido su derecho, puesto que tal objeto es la función de sano y conveniente intercambio de bienes y servicios, lo que supone que se mantenga la equivalencia entre las prestaciones" (1972, p. 40).

Así referencia el autor al abuso de derecho en los términos del artículo 1.185 del Código Civil venezolano. El fundamento de la teoría de la imprevisión en la figura del abuso del Derecho también puede verse en autores como Lupini (2010) y, aunque no falta quien reconozca la estrecha vinculación del abuso de derecho con el mundo extracontractual (Domínguez Guillén, 2017), es justo reconocer que el exceso en ejercicio de un derecho también puede verificarse con respecto a un derecho de naturaleza contractual.

La opinión de Urbaneja en relación con la buena fe ha sido seguida por autores como James Otis Rodner (2005), para quien la buena fe es el fundamento más importante y el que mejor encuadra con la teoría de la imprevisión. Con ello, la buena fe funciona, en opinión de Rodner, como un atenuante del rigor del cumplimiento exacto del contrato cuando el cumplimiento de algunas prestaciones se hace excesivamente oneroso para una de las partes.

Domínguez Guillén no duda en afirmar, acertadamente para nosotros, que la teoría de la imprevisión “se justifica sobradamente por razones de justicia, equidad, buena fe, proporcionalidad o equilibrio en la prestación, así como la prohibición de enriquecimiento sin causa y abuso de derecho, e inclusive con base a la teoría de la causa” (2017, p. 192).

En todo caso, la procedencia de la imprevisión en el Derecho interno venezolano puede afirmarse sobre la base del principio según el cual las obligaciones deberán cumplirse tal como han sido contraídas (art. 1.264 CCV), teniendo en consideración que la excesiva onerosidad no permitiría un cabal cumplimiento en especie y, en ese sentido, el fundamento más sólido para la teoría de la imprevisión dentro de nuestro sistema es –además de la elemental regla de hermenéutica jurídica según la cual, en Derecho privado, todo lo que no está expresamente prohibido está permitido– que “Los contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan a cumplir no solamente lo expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que se derivan de los mismos contratos, según la equidad, el uso o la Ley” (art. 1.160 CCV).

En este sentido, partiendo del principio elemental según el cual es humanamente imposible que el legislador pueda prever todos los casos que, en la práctica, puedan presentarse en relación con un contrato, Wendt (1906) consideraba la buena fe como una perfecta válvula de seguridad para la correcta aplicación del Derecho al caso concreto. Tal opinión, seguida por Naquet (citado en Borges, 2002), para quien el principio ético de la buena fe es el componente básico e indispensable de la hermenéutica jurídica, dispensa cualquier adaptación al contrato ya que, por sí solo, justifica la admisión y uso del principio de la imprevisibilidad. Como principal sustento de la readecuación o extinción de los pactos que experimentan una anormal alteración de la base negocial, se entiende que actúa de mala fe aquel acreedor que, frente a la ocurrencia de condiciones transformadoras de la economía contractual, determinantes del surgimiento de la lesión, exige al deudor el cumplimiento integral de lo que fuera acordado, a pesar de que los recargos adicionales, imprevisibles, no hubieren sido ocasionados por él y pudiesen llevarlo a la ruina financiera.

La jurisprudencia también parece partidaria al respecto, a pesar del silencio de nuestro Código Civil de la procedencia de la teoría de la imprevisión, al entenderse que los principios *Pacta sunt servanda* y *rebus sic stantibus* son expresiones de la misma buena fe constitutiva de la conducta contractual. En tal sentido, en decisión de fecha 30 de abril de 2002, la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia afirmó que,

“...independientemente de la falta de reconocimiento expreso positivo que tutele la teoría de la imprevisión en nuestro Código Civil, aquél que pretenda la resolución de un contrato como consecuencia de la excesiva onerosidad que comporte su ejecución, deberá invocar tal causal como excepción, cuando le sea demandada la ejecución de tal obligación, o bien demandarla por vía principal o reconvencional, debiendo señalarse que tanto como excepción o como reconvención, el demandado solo podrá hacerla valer en el acto de la contestación de la demanda, tal como lo señala el artículo 361 del Código de Procedimiento Civil”.

Del párrafo transcrito se desprende que el efecto de invocar con éxito la teoría de la imprevisión sería resolutorio, es decir, nuestro máximo tribunal declaró la terminación de la relación contractual, dejando de lado la posibilidad de modificar el contrato para recomponer su equilibrio económico, medida que ha sido aceptada en Derecho comparado para evitar, precisamente, la terminación del contrato.

El 18 febrero de 2008, mediante la sentencia No. 00058, la misma Sala de Casación Civil declaró casada una decisión de instancia por considerar que descartar la procedencia de la imprevisión con la expresión "...no es aplicable al caso de marras por tratarse de una obligación dineraria que esta (sic) sujeta a la dinámica que rige toda economía...", no es motivación suficiente para pronunciarse sobre el asunto. Aunque la Sala no analizó la procedencia de la imprevisión, tampoco se mostró contraria a la misma.

Un tratamiento semejante recibió en la sentencia No. 00417, del 12 de agosto de 2011, cuando la Sala desestimó el alegato de la parte según la cual el tribunal de alzada no se había pronunciado sobre la teoría de la imprevisión. Sin negar la figura, la Sala confirmó la decisión del tribunal que desestimó la procedencia de la imprevisión al no haberse probado algún "suceso imprevisto o imprevisible y al propio tiempo inevitable" que le diera fundamento.

Finalmente, no debe descartarse la posibilidad de que las partes incluyan en su contrato una cláusula mediante la cual traten de prever las posibles variaciones que pueda sufrir el contrato. Pero, incluso en estos casos, estima Lupini (2010), si la excesiva onerosidad se debe a circunstancias distintas de las previstas expresamente por las partes, habría la posibilidad de recurrir a un ajuste, o en su defecto, a la terminación del contrato, ante el juez.

4. Reflexión final: Aplicación del Derecho venezolano a un contrato internacional

La primera conclusión a la que hemos de llegar luego de este breve recorrido, es que la aceptación, aún tímida, de la teoría de la imprevisión en el Derecho venezolano debería ser suficiente para que un juez venezolano no pueda rechazar la aplicación de un Derecho extranjero que regule expresamente esta teoría, por motivos de orden público. Pensemos, por ejemplo, en un contrato internacional, sometido por voluntad de las partes al Derecho colombiano, y con respecto al cual se haya roto el equilibrio patrimonial, de manera que el cumplimiento por parte del deudor lo llevase a la ruina.

No vemos una razón de peso para que el juez venezolano no aplique el artículo 868 del Código de Comercio colombiano –"de acuerdo con los principios que rijan en el Derecho" colombiano, ex artículo 2 de la Ley de Derecho internacional privado– y, una vez que compruebe que "circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida" han agravado la prestación de una de las partes "en grado tal que le resulte excesivamente onerosa", este podrá, a petición de parte, "examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato" y, si es posible, ordenar "los reajustes que la equidad indique", o, en caso contrario, ordenar la terminación del contrato. Esto, en nuestra opinión, no sería manifiestamente incompatible con los principios esenciales del ordenamiento jurídico venezolano, de conformidad con el artículo 8 de la Ley de Derecho internacional privado.

Tampoco podría decirse que se trate de una institución desconocida en los términos del artículo 9 de la Ley de Derecho internacional privado, pues tal como hemos afirmado en otras oportunidades (2012a), la calificación de una institución como desconocida no depende exclusivamente de la falta de regulación, sino que el desconocimiento debe ser apreciado desde la perspectiva de todas las fuentes del ordenamiento jurídico y, como hemos dicho, tanto la doctrina como la jurisprudencia se muestran favorables a la procedencia de la imprevisión.

La segunda conclusión está relacionada con los casos en los que el contrato estuviere sometido al Derecho venezolano, lo cual no modifica su condición de contrato internacional (Madrid Martínez, 2012b), o a algún otro Derecho que no regule expresamente la teoría de la imprevisión. En estos casos, estamos convencidos de que el juez venezolano podrá recurrir a los diversos componentes de la Lex mercatoria para fundamentar su procedencia.

Así podría acudir, por ejemplo, a las soluciones establecidas en los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales. La posibilidad de interpretar una norma de Derecho estatal –o de integrar sus lagunas– a la luz de estos Principios ya ha sido aceptada por la jurisprudencia venezolana. Y tal aceptación ha procedido, no solo frente a contratos internacionales (Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa, sentencia No. 605, 9 de octubre de 1997; Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia No. 0738, 2 de diciembre de 2014), sino también frente a contratos internos, cuando Tribunal Supremo de Justicia ha considerado a los Principios UNIDROIT como exponentes de “las modernas tendencias que informan los principios de la contratación comercial” (Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia No. 0176, 20 de mayo de 2010).

Además, la propia jurisprudencia ha aceptado la aplicación de prácticas comerciales en campos específicos como, por ejemplo, en materia bancaria, aceptando la aplicación de las Reglas y Usos de la ICC en materia de Créditos Documentarios como manifestación de la Lex mercatoria, aplicación que es incluso controlable en casación (Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia No. 0738, 2 de diciembre de 2014).

Con fundamento en estas apreciaciones, ante un contrato internacional sometido al Derecho venezolano, el juez podría recurrir a la solución contenida en los artículos 6.2.1 a 6.2.3 de los Principios UNIDROIT. La consideración de estas normas ayudará al juez venezolano a determinar en que casos se considera que hay excesiva onerosidad y cuáles son los efectos de la misma.

En efecto, en los términos del artículo 6.2.2, “[h]ay ‘excesiva onerosidad’ (hardship) cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido, y: (a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato; (b) los eventos no pudieron ser razonable-mente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato; (c) los eventos escapan al control de la parte en desventaja; y (d) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja”.

En caso de que la parte afectada alegue la excesiva onerosidad, el juez podrá, siempre que lo considere razonable, resolver el contrato en fecha y condiciones a ser fijadas, o adaptarlo con miras a restablecer su equilibrio.

1 El silencio de las partes puede deberse “...a una falta de conocimiento; o responder a cierta indiferencia hacia la materia, al limitarse las partes a establecer sólo el contenido material del contrato, en la creencia de que no surgirán conflictos; o a una falta de consenso, pese a haber negociado las partes sobre el Derecho aplicable. Sin embargo, también podría esta situación encontrar justificación en otro tipo de consideraciones como, por ejemplo, el no perjudicar el curso de las negociaciones, o sencillamente, que teniendo las partes el conocimiento de las reglas de conflicto que aplicaría el foro elegido y el resultado a que conduciría su aplicación, éstas opten por esa solución, siendo innecesario un señalamiento en ese mismo sentido. Esta hipótesis, por supuesto, presupone que los contratantes estén asesorados por expertos” (Dos Santos, 2000, pp. 100-101).

2 Esta fórmula fue lo que quedó de la propuesta original que hiciera Juenger durante las discusiones de la Convención de México. Considérese que para Juenger si se cuenta con una codificación supranacional de Derecho contractual –refiriéndose específicamente a los principios UNIDROIT–, esta debe ser aplicada en ausencia de elección, en lugar de acudir a criterios conflictuales vagos y defectuosos que no garantizan ni la seguridad jurídica ni la uniformidad (Parra Aranguren, 1995, p. 145, nota 78).

3 A pesar de ello, solo se registran dos decisiones en las que se ha admitido la Lex mercatoria, en la primera para aceptarla como un criterio de interpretación (Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa, sentencia No. 605, 9 de octubre de 1997) y en otra para admitir su aplicación en materia bancaria (Tribunal Supremo de Justicia en Sala de Casación Civil, sentencia No. 0738, 2 de diciembre de 2014). Ambas decisiones están reseñadas en: <http://www.unilex.info/principles/cases/country/45#countryVenezuela>

Referencias

- Albornoz, M.M. (2012). Une relecture de la Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux à la lumière du règlement 'Rome I'. *Journal du Droit International*, No. 1, pp. 4-40.
- B. de Maekelt, T. (2005). Aplicación práctica de los Principios de UNIDROIT en el sistema venezolano de Derecho. En C. Febres Fajardo (Ed.), *El Derecho Internacional en tiempos de globalización. Libro homenaje a Carlos Febres Pobeda*. Universidad de Los Andes, Tomo I.
- Borges, N. (2002). *A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil. Con referencias ao Código Civil de 1916 e ao novo Código Civil*. Malheiros Editores, 2002.
- Casas Rincón, C. (1946). *Obligaciones civiles. Elementos*. Artes Gráficas, Scra., Tomo II.
- Comité Jurídico Interamericano (2019). *Guía sobre el Derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales en las Américas*. OEA.
- Domínguez Guillén, M. (2017). Curso de Derecho civil III. Obligaciones. *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*.
- Dos Santos, O. (2000). *Contratos internacionales en el ordenamiento jurídico venezolano*. Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Vadell Hermanos Editores.
- Giral Pimentel, J.A. (1999). *El contrato internacional*. Editorial Jurídica Venezolana.
- Hernández-Bretón, E. (1988). Admisión del principio de autonomía de la voluntad de las partes en materia contractual internacional: Ensayo de Derecho internacional privado. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela*, No. 71, pp. 377-420.
- Hernández-Bretón, E. (2005). Propuesta de actualización de los sistemas latinoamericanos de contratación internacional. *Anuario del Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional*, No. 17, pp. 11-61
- Hernández-Bretón, E. (2007). *Mestizaje cultural de los países de la América Latina*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales.
- Lombard, R.S. (1965). *American-Venezuelan private international law*. Oceana Publications, Inc., Dobbs Ferry.
- Lupini Bianchi, L. (2010). Notas sobre la teoría de la imprevisión en el derecho civil. En *Estudios de Derecho Privado*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales.
- Madrid Martínez, C. (2012a). Instituciones generales de Derecho internacional privado: más allá del problema conflictual. En V.H. Guerra, C. Madrid y Y. Pérez (Coords.), *Estudios de Derecho internacional privado, Homenaje a Tatiana Maekelt*. Universidad Católica Andrés Bello, pp. 155-226.
- Madrid Martínez, C. (2012b). Un contrato internacional sometido al derecho venezolano y la lex mercatoria. En C. Madrid (Ed.), *Derecho de las Obligaciones. Homenaje a José Mélich Orsini*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 333 ss.
- Madrid Martínez, C. (2018). Medios electrónicos de pago en el comercio internacional. Caracas: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*.
- Madrid Martínez, C. (2019). El derecho internacional privado venezolano y la codificación interamericana. *Anuario de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado, Universidad Central de Venezuela*. No. 1, 279 ss.

- Maduro Luyando, E. y Pittier Sucre, E. (2001). Curso de obligaciones. Derecho civil III. (11ª ed.). Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, Manuales de Derecho, Tomo II.
- Mélich-Orsini, J. (2006). Doctrina general del contrato. (4ª ed. Corregida y ampliada). Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Centro de Investigaciones Jurídicas.
- Ochoa Muñoz, J. (2005). Artículo 31. Aplicación de la lex mercatoria. En Ley de Derecho Internacional Privado comentada. Caracas: Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, Universidad Central de Venezuela, Tomo II, 805 ss.
- Parra Aranguren, G. (1995). La Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado. Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Vol. 72, No. 130, pp. 97 ss.
- Parra Aranguren, G. (1998). Codificación del Derecho internacional privado en América. Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Vol. II.
- Rodner, J.O. (2005). La teoría de la imprevisión (Dificultad de cumplimiento por excesiva onerosidad). En El Código Civil Venezolano en los inicios del siglo XXI. En conmemoración del bicentenario del Código Civil francés de 1804. Academia de Ciencias Políticas y Sociales.
- Rodríguez Ferrara, M. (2002). Introducción al Derecho de obligaciones. (2ª ed. Actualizada). Ventana Legal Editores.
- Samtleben, J. (2002). El enigma del artículo 30 de la Ley de derecho internacional privado. En Ley de Derecho Internacional Privado, Libro Homenaje a Gonzalo Parra-Aranguren. Tribunal Supremo de Justicia, pp. 355-402.
- Sánchez Lorenzo, S. (2013). La frustración del contrato. En S. Sánchez (Ed.), Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional (2ª ed.). Civitas, Thomson Reuters, 1377-1437.
- Siqueiros, J.L. (1991) Ley aplicable en materia de contratación internacional. En Proyecto de Convención Interamericana sobre Ley Aplicable en Materia de Contratación Internacional, OEA/Ser.Q./CJI/RES.II-6/91.
- UNIDROIT (2018). Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2016, UNIDROIT.
- Urbaneja, L.F. (1972). Concepto sobre la teoría de la imprevisión en los contratos privados. Academia de Ciencias Políticas y Sociales.
- Wendt, O. (1906). Die exceptio doli generalis im heutigen Recht oder Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse. Archiv für civilistische Praxis, No. 100, pp. 1-417.

Rights for Development: An analysis of the strengths and weaknesses of a human rights approach to overcoming food insecurity and gender discrimination¹

Guisela Camacho Mejía²

Pontificia Universidad Católica del Perú

guiselacamacho@gmail.com

Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8459-4018>

Abstract:

This article explores the advantages and disadvantages of using a human rights-based approach to addressing two persistent development challenges: food insecurity and gender discrimination. As an exploratory paper, it does not propose a thesis but rather defines key concepts and legal norms of the human rights-based approach (HRBA), as well as its implications for food security and gender discrimination. Despite its exploratory nature, the paper remains a fair starting point for a more critical examination of the role played by human rights in the development field. This paper is divided into four sections. The first section lays forth a theoretical framework for HRBA, emphasizing its key features and operational principles. The second section explores the benefits and drawbacks of using HRBA to achieve development goals. The third section proposes some guidelines to achieve a world without hunger and food insecurity. The fourth section discusses how HRBA might contribute to overcoming gender discrimination. Finally, I outline the main takeaways.

Keywords: Human rights approach to development, gender discrimination, food security and litigation.

Resumen:

Este artículo explora las ventajas y desventajas de emplear un enfoque basado en derechos para abordar dos objetivos de desarrollo: seguridad alimentaria e igualdad de género. Este es un artículo exploratorio y, como tal, no desarrolla una tesis, sino que define conceptos e identifica normas claves del enfoque basado en derechos (EBDH). Teniendo en cuenta esta limitación, este artículo ofrece un buen punto de partida para un análisis más crítico del rol que desempeñan los derechos humanos en el campo de desarrollo. Este artículo tiene cuatro secciones. La primera sección establece un marco teórico para el EBDH, con énfasis en sus características clave y principios operativos. La segunda sección explora los beneficios y los inconvenientes de utilizar un EBDH para lograr los objetivos de desarrollo sostenible. La tercera sección elabora el derecho a la alimentación y lo vincula con el ODS 2. La cuarta sección analiza cómo un EBDH podría contribuir a superar la discriminación de género y alcanzar ODS 5. Finalmente, formulo las principales conclusiones.

Palabras clave: enfoque basado en derechos humanos, seguridad alimentaria, igualdad de género, litigación internacional.

*Recibido: 28.06.2021
Aceptado: 08.07.2021*

¹ Note and disclaimer:

This paper is based on two course essays written by the author for the course "HUMR5702: Human Rights and Sustainable Development: Interdisciplinary Perspectives on Theory and Practices." Therefore, it grounds on the literature covered in this course, which was taught during the winter of 2018 at the Faculty of Law, University of Oslo.

² Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú y Magister (M. Phil.) en Derechos Humanos por la Universidad de Oslo.

1. Introduction

The concept of development and the suggested means for achieving it have shifted considerably since development theory appeared after World War II (Bull, 2006). In the early years, the Modernization School equated development with economic growth, industrialization and massive capital investments in developing countries. Later, the Dependency School claimed that development was not possible without the establishment of a New Economic Order, one that addresses the unfair trade relationships between the centre (western industrialized countries) and the periphery (countries that were previously colonies).

In recent years, a new concept has assumed a central role in the theory and practice of development, the one of human rights (Gready and Ensor, 2005). This approach has as main feature the reading of the outcomes and process of development through international human rights instruments and standards (Sano, 2007). Currently, the scope of the human rights-based approach (HRBA) is wide and embraces the activities of development organizations at the national and international levels.

Particularly, the United Nations (UN) Agencies have adopted the HRBA as a common framework for development cooperation and programming⁴. As a result, all UN development cooperation programs should be read through the lens of the HRBA. Currently, the UN 2030 Agenda for Sustainable Development is the most ambitious initiative for international development. This universal agenda consists of 17 goals and 169 targets to be reached by 2030 in areas that are critical to humanity (UN General Assembly, 2015). Among these are Sustainable Development Goal (SDG) 2, which aims to eradicate hunger and improve food security, and SDG 5, which purposes to achieve gender equality, end gender discrimination, and empower women and girls.

In such a context, this paper examines how a HRBA may contribute to the implementation of SDG 2 and SDG 5. Regarding SDG 2, this paper aims to provide guidelines for the implementation of its five targets. To do so, I rely on sources of international “hard law” and “soft law” as well as resources and tools from development theory. Regarding SDG 5, this paper discusses how HRBA may help to overcome gender discrimination. To do so, I look at two cases of strategic litigation that had a positive impact on gender equality.

Keeping these objectives in mind, this paper is divided into four sections. The first section lays out key features and operational principles of HRBA and explores the benefits and drawbacks of using HRBA to achieve development goals. The second section proposes some guidelines to achieve a world without hunger and food insecurity. The third section discusses how HRBA might contribute to overcoming gender discrimination. Finally, I outline the main takeaways.

2. SECTION I: A Human Rights-Based Approach to Development

2.1 What is a Human Rights-Based Approach to Development?

According to the High Commissioner for Human Rights, HRBA is:

“(...) a conceptual framework for the process of human development that is normatively based on international human rights standards and operationally directed to promoting and protecting human rights (...)” (Office of the United Nations High Commissioner For Human Rights, 2008).

Thus, HRBA has two main features (Jonsson, 2005). First, the main objective of development is the direct realization of one or several human rights as laid down in the international human rights instruments; and, second, the process of development should fulfil human rights standards and principles. The understanding of development outcomes and processes through international human rights principles requires the building of a dualistic structure of duty-bearers and rights-

holders among development stakeholders (Sano, 2007). Therefore, a third main feature of HRBA is that it requires identifying the entitlements of the rights-holders and the obligations of the duty-bearers (United Nations Development Group, 2003)⁵.

Using HRBA to development requires the re-definition of the concept of development itself. In this vein, Arjun Sengupta, former Independent Expert on the Right to Development, has redefined development as “a progressive and phased realization of all the recognized human rights (...) as well as a process of economic growth consistent with human rights standards” (Sengupta, 2010, 20). Based on this definition, it is possible to infer some elements for the operationalization of HRBA:

- When confronted with a development challenge, it is important to recognize the main human rights that lie beneath it. Therefore, the first step is to make a list of rights that are either being violated or are at risk of being violated (Jonsson, 2005, 53). The Universal Declaration of Human Rights, the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights and the International Covenant on Civil and Political Rights are key instruments in this regard.
- Second, grounding on the guidelines developed by international human rights bodies and mechanisms, each right must be linked to clear and specific entitlements (claims) and obligations. Moreover, since human rights bring a dual structure of rights and obligations, it turns critical to identify who in the development field is a right-holder and who is a duty bearer (United Nations Development Group, 2003).
- Finally, general principles of human rights should be used as benchmarks for all the efforts of development, including the process of economic growth. The next section outlines the fundamental principles that guide the process and outcomes of development.

2.2 Which are the core principles of a Human Rights-Based Approach?

According to Kirkemann and Sano (2010), despite the differences between how organizations conceptualize HRBA, it is possible to discern common constituent elements or principles of HRBA⁶:

- a. Indivisibility and interdependence: This principle states that the full enjoyment of civil and political rights is impossible without the enjoyment of economic, social and cultural rights (Gready and Ensor, 2005). From a HRBA, this principle demands that development activities targeted at fulfilling one human right should not be undertaken at the expense of another (Kirkemann and Sano, 2010).
- b. Equality and non-discrimination: This principle is summed up with the phrase “no one left behind.” It forbids making distinctions between individuals based on unreasonable criteria. From a HRBA, this principle requires special protection to vulnerable groups of the population, such as women, elderly people, and indigenous peoples and in general, groups that have a disadvantaged social position (Kirkemann and Sano, 2010).
- c. Accountability: This principle grounds on the dual structure of right-holder and duty-bearer. On the one hand, it changes the status of marginalized groups who are no longer a passive object of development, but rather valid claimants of legal obligations (Sengupta, 2020). On the other hand, it broadens and diversifies the areas of accountability (for example, extraterritorial obligations of States) and the accountable actors (for example, international organizations, private corporations, and aid donors) (Sano, 2007).
- d. Participation: This principle is based on the premise that rights holders are genuine actors in the development process, and hence have the right to make effective decisions about matters affecting their own lives. From a HRBA, it encourages vulnerable people and their associations to participate in all the stages of programming (Sano, 2007).

The HRBA requires that these principles guide all stages of development programs, from conception to evaluation. Thus, human rights are utilized as a guide to establishing development goals and a touchstone to assess development outcomes.

2.3 Strengths of a Human Rights-Based Approach

In comparison to development approaches, the HRBA has four distinct strengths or advantages. First, HRBA has created a shared methodological framework that is considered legitimate at the local, national and international levels (Sengupta, 2010). As previously indicated, HRBA is founded on provisions of international human rights law. Currently, every country is constrained — to varying degrees — by these instruments. This has resulted in the creation of a common normative and institutional framework that legitimizes development activities and facilitates coordination among actors at various levels (Goonesekere, 2009).

Second, the HRBA has fundamentally altered the foundations of development cooperation and development aid. According to the UN Charter, all States are required to contribute — jointly or separately — to achieving universal social and economic development⁷. Therefore, development aid ceases to be a matter of charity and becomes one of entitlements and legal obligations. Furthermore, the rich and extensive work made by treaty body-based and UN Charter-based human rights procedures adds to broadening and clarifying the scope and content of development goals.

Thirdly, the HRBA prioritizes vulnerable rights holders and empowers them as legitimate development agents capable of fulfilling their own needs and determining their own development goals. This implies that the primary actors in development are not multilateral or bilateral donors, but rather the “target groups” of development aid. As a result, development programs should emphasize these groups and their capacities to participate in decision-making processes.

Fourth, the HRBA provides the use of legal remedies when the goals of development are not met or when the processes by which they are met violates human rights standards⁸. These legal remedies are available at two levels: national and international. At the national level, domestic NGOs and civil society organizations use public interest litigation to hold national authorities accountable for human rights violations. At the international level, individuals and collectives use international human rights courts and committees to put pressure on national authorities when domestic remedies have not been effective to correct human rights breaches.

2.4 Weaknesses of a Human Rights-Based Approach

The strengths of the HRBA described above comprise, at the same time, some weaknesses. This section examines four of them. First, the common methodological framework created by the HRBA may not be equally legitimate at different levels. For example, at the national level, the principles and standards of international human rights law have been contested by different countries such as the United States (regarding the prohibition of torture during the George W. Bush administration) (Risse et al., 2013) and China (with the “China’s preferred approach to human rights”) (Jetschke and Liese, 2013).

Second, the HRBA fails to address development challenges in areas where governments have limited statehood or in States with imperfect democracies. Since the HRBA rests on the basic idea that States are the main duty-holders, it presupposes the existence of a sufficiently well-functioning State against which rights-holders can assert their claims (Broberg and Sano 2017). However, most of the developing countries —which are the main targets of development aid—, have weak democratic institutions, inefficient judicial systems and the State lacks the monopoly of power.

Third, while the core principle of participation should govern the entire development process, the actors engaging in the design of HRBA programs are not always the beneficiaries. As Sano points out, the HRBA has underestimated the challenges associated with the genuine participation of marginalized groups (2007, 67). The participation of vulnerable groups in development programs should not be taken for granted but should be actively sought out and promoted. Otherwise, the HRBA may be used to maintain the status quo by privileged actors.

Fourth, the effectiveness of using legal remedies to achieve development goals is debatable. On the one hand, legal mobilization and successful litigation are only possible if a) the right's holders are conscious of their rights and b) the targeted State counts with an independent judicial system (Epp, 1998). Without these prerequisites, structural reforms through litigation are improbable. On the other hand, the effectiveness of litigation is contingent upon the rights holders' capacity to pursue their claims until getting a definitive legal response. Due to these material circumstances, legal remedies are not appropriate for all rights holders.

2.5 Conclusion

This section examined the main concepts, traits and principles of the HRBA. Later it discussed the advantages and disadvantages of using such an approach in the development field. The primary takeaway is that the HRBA has redefined the processes and outcomes of development. It aims to participatory processes and human-centred outcomes. Such objectives, however, are dependent on strong democratic institutions, equitable access to resources, and social recognition, none of which are directly addressed by the HRBA.

3. SECTION II: Achieving a world without hunger and malnutrition from a Human Rights-Based Approach

This section addresses the potential contributions of the HRBA for the implementation of SDG 2. It first explains the normative scope of the right to food before formulating some guidelines for the implementation of SDG 2. Finally, it examines some of the benefits and drawbacks of using HRBA to achieve SDG 2.

3.1. The Sustainable Development Goal 2 and the right to adequate food

The SDG 2 aims to end hunger, achieve food security, improve nutrition, and promote sustainable agriculture. It is operationalized through five targets. The first two targets seek to free the world of hunger and malnutrition, while the remaining three targets focus on the means to achieve the first two outcomes. In particular, the third target seeks to double the agricultural productivity and to increase the incomes of small-scale food producers; the fourth target aims to ensure sustainable food production systems that guarantee production and adaptation to climate change; and the fifth target purposes to maintain the genetic diversity of seed, plants and animals.

Following the above-mentioned elements for the operationalization of HRBA (United Nations Development Group, 2003; Jonsson, 2005), SDG 2 can be primarily translated as the human right to adequate food⁹. This right is recognized in international human rights instruments, such as the Universal Declaration of Human Rights (article 25), the International Covenant of Economic, Social and Cultural Rights (article 11) and the Protocol of San Salvador (article 12)¹⁰. According to the General Comment N°12 (1999) elaborated by the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, the basic content of the right to adequate food consists on (G.C. N°12, par. 8):

“The availability of food in a quantity and quality sufficient to satisfy the dietary needs of individuals, free from adverse substances, and acceptable within a given culture;

The accessibility of such food in ways that are sustainable and that do not interfere with the enjoyment of other human rights”.

Therefore, the right to adequate food cannot be reduced to ensuring a minimum number of calories (right to be free of hunger) but it needs to be read from a maximalist approach (G.C. N°12, par. 6). This means that individuals should have access at all times to food that fulfils requirements of adequacy, safety, cultural acceptability and sustainability. According to G.C. No 12, sufficiency requires that the diary diet contain the necessary combination of nutritious products to promote healthy development throughout the life cycle (G.C. N°12, par. 9). Safety requires avoiding the contamination of food products due to human causes, such as adulteration, poor environmental hygiene, and incorrect handling during distribution (G.C. N°12, par. 10). Cultural acceptability emphasizes the importance of preserving the social values and cosmologies associated with food and food consumption (G.C. N°12, par. 11). Finally, sustainability requires that the production, processing, distribution, and consumption of food adhere to standards of sustainable management and use of natural resources that ensure future generations will have access to adequate food (G.C. N°12, par. 7 and par. 25).

Furthermore, like other human rights, the right to adequate food presumes a dualistic structure of rights-holders and duty-bearers. The rights-holders are the 815 million undernourished people (FAO, SOFI, 2017). The duty-bearers are mainly the States; however, all members of society have responsibilities in the realization of this right (G.C. N°12, par. 20). Thus, civil society organizations at the local, national and international levels have the obligation of monitoring state policies and practices. Moreover, the private business sector must, at least, not negatively interfere with the capacities of the people to satisfy the nutritional necessities of their families (G.C. N°12, par. 20).

Finally, the right to food imposes three obligations to States (G.C. N°12, par. 15). First, States must not adopt measures that result in hindering the availability, access or adequate biological use of food (obligation to respect) (G.C. N°12, par. 15; UN.Doc.A/68/288 par. 11). Second, states must adopt appropriate measures to ensure that companies and, in general, individuals, do not deprive people of access to adequate food (G.C. N°12, par. 15; UN.Doc.E/CN.4/2006/44; UN.Doc.A/68/288 par.11) (obligation to protect). Finally, when an individual or a group is unable, for reasons beyond their control, to enjoy the right to adequate food by the means at their disposal, States should realize that right directly (obligation to fulfil)(G.C. N°12, par.15; UN.Doc.E/CN.4/2006/44; UN.Doc.A/68/288 par. 11).

3.2 Implementing Sustainable Development Goal 2 using a Human Rights-Based Approach

This section proposes broad guidelines for implementing SDG 2 in accordance with the aforementioned HRBA principles. Given that SDG 2 is translated into the human right to adequate food, I sustain the proposal using the normative framework developed by the Committee on Economic, Social and Cultural Rights and the Special Rapporteur on the Right to Food.

- Indivisibility and interdependence: The implementation of one SDG 2 target cannot have a negative impact on other targets or human rights. For instance, the objective of ending hunger (target 1) cannot be achieved through unsustainable food production systems (target 4). This is the case in Mexico, where the use of transgenic maize endangers the diversity of native maize landraces while making little contribution to food security. (UN.Doc.A/HRC/19/59 Add.2, par. 52-55).
- Equality and non-discrimination: Although SDG 2 has universal scope, it is well known that specific groups of the population are most affected by hunger and malnutrition. According to FAO, these groups are food producers, pregnant women, children under 5 years old, elderly people and indigenous people (FAO, SOFI, 2017). These groups need to be prioritized in food security policies and programs to subvert systematic discrimination. For instance, in

Peru, the National School Feeding Program Qali Warma provides food items and services to children enrolled in public elementary and primary schools. This service is bolstered in the case of children from indigenous Peruvian Amazon populations, who receive food services up to secondary level¹¹.

- Participation: The implementation of SDG 2 should incorporate as main actors those groups and individuals who suffer from hunger or malnutrition, as well as their representative organizations. In particular, local social organizations and national NGOs should be involved in the formulation of national strategies on food security and nutrition (G.C. N°12, par. 23-24). Effective participation is essential for addressing the root causes of hunger and tailoring programs that respond to the local context.
- Accountability: Generally, those with the ability to influence other actors' availability or access to adequate food should be held accountable in cases of human rights violations. As a result, any individual or group who is subjected to a violation of the right to adequate food should be able to seek effective judicial or administrative remedies and reparations (G.C. N°12, par. 32-35). A good example of the power of legal mobilization is the well-known Peoples' Union for Civil Liberties case. In this case, the Supreme Indian Court ordered a midday meal for schoolchildren, the distribution of subsidized grain to people suffering from poverty, sickness and disability, as well as free grain for the elderly (Gonsalves, 2005, 220).

3.3. Advantages and disadvantages of implementing Sustainable Development Goal 2 through a Human Rights-Based Approach

This section discusses the advantages and disadvantages of implementing SDG 2 through HRBA. Among the advantages are:

- Normative precision: The rich interpretative work done by the Committee on Economic, Social, and Cultural Rights and the Special Rapporteur on the right to food has clarified the normative content and scope of the right to food. This feature contributes to creating an epistemic community that shares common understandings, common language, common technical language, and in general, a common set of causal mechanisms and solutions to hunger and malnutrition (Sano, 2007, 68-69).
- Legal mobilization: The translation of SDG 2 into the right to food allows demanding food security policies and programs targeted at groups more vulnerable to hunger and malnutrition in domestic courts. As a result, claims for food security become a constitutional matter that can be enforced by judicial authorities regardless of governmental will. The innovative case law developed by the Colombian Constitutional Court and the South-African Constitutional Court exemplifies the benefits of framing food claims into a human rights framework (Gauri and Glappen, 2012, 17).

Among the disadvantages are:

- Restricted scope: Some targets of SDG 2 -as the fourth and fifth targets that aim to ensure sustainable food production systems and maintain the genetic diversity of seeds, plants and animals- may not be effectively addressed from an adversarial structure of duty-bearer/rights-holder. Since these targets require mainly technical and technological capacities; they might be better addressed through a logic of constructive cooperation among all actors of the food system (Gready and Ensor, 2005, 38-39).
- Uniformization of development proposals: The concept of food security and the right to food are not the only approaches to achieving SDG 2. Via Campesina and the International Peasant Movement, for example, have proposed the concept of Food Sovereignty (European

Coordination Via Campesina, 2018). In general, Food Sovereignty commits to a constructive dialogue between food producers and food consumers to create a sustainable food system of and for the people. These voices, however, have gone unheard in the implementation of SDG 2 and the binding instruments that enshrine the right to food.

3.4. Conclusion

This section explored the content of the right to food and proposed general guidelines for the implementation of SDG 2. Although HRBA gives clear guidance about where to go (goals), it is less clear regarding how to get there (implementation). It seems that the adversarial format offered by human rights mechanisms might not be adequate to address development challenges that require coordination of actors with widely disparate interests, power and resources.

4. SECTION III: A Human Rights-Based Approach to Gender Discrimination

As previously stated, the principle of equality and non-discrimination is one of the fundamental principles of human rights. This principle states that all human beings are born free and equal in dignity and rights (UDHR art.1). As a result, it is prohibited to make distinctions based on unjustified criteria such as gender and sex (UDHR art.2). Gender discrimination refers to “any distinction, exclusion or restriction made on the basis of sex which has the effect or purpose of impairing or nullifying the recognition, enjoyment or exercise by women (...) of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural, civil (...) fields” (CEDAW art.1). Through this Convention, adopted in 1979¹², the States Parties condemned any kind of discrimination against women and compromised to take all the appropriate means to eliminate it¹³.

Despite this normative compromise, the root causes of gender discrimination still curtail women’s rights in public and private. In the private sphere, women are still subjected to domestic violence and harmful practices such as child marriage and female genital mutilation. Furthermore, women do more unpaid domestic work than men, as evidenced by the COVID 19 crisis. In the public sphere, women continue to have limited political participation. As a result, women hold only 23.7 percent of parliamentary seats and less than one-third of senior and middle management positions (UNWOMEN, 2017).

Thus, gender discrimination represents a current challenge that must be faced to achieve peace and development (UN General Assembly, 2015). In the Sustainable Development Goals, gender equality is addressed in SDG 5 and operationalized in 6 targets. The first three goals are to eliminate all forms of discrimination, violence, and harmful practices against women. The remaining three are concerned with the role of women in public life. It recognizes the burden that women bear as a result of domestic work, encourages women’s participation in decision-making and political life, and protects their reproductive rights.

In this context, this section explores how the HRBA can contribute to achieving SDG 5 and its targets. First, it develops four contributions of HRBA to gender equality and later it deepens on litigation as a way to denounce gender discrimination.

4.1. Empowerment of women as rights-holders

A HRBA empowers women on two fronts. At an internal level, it enables a shift in women’s identities as empowered actors with rights that must be respected, protected and guaranteed by the State and private actors. A HRBA allows the self-recognition of women as subjects of entitlements who can decide freely on matters related to their life. At an external level, a human rights approach revalorizes women’s role in society and their contribution to welfare outcomes (Goonesekere, 1998). Thus, women transition from being a passive object of law to being a subject of law with legal rights and entitlements.

Considering women as rights holders has also facilitated the formation and strengthening of civil society organizations and non-governmental organizations dedicated to the advancement of women's rights and gender equality. These institutions are indispensable for effective advocacy of women rights at national and international levels (Sano, 2007, 70-71). At the same time, recognizing women as rights holders enables and encourages jurisdictional authorities to accept their claims as valid and to rule in their favour.

4.2. Accountability of the duty-bearers

Following Goonesekere (1998), an HRBA “promises the State’s engagement in a way that other approaches to claims cannot.” A HRBA does bolster States’ accountability, as development goals have become legally enforceable obligations. Additionally, as demonstrated in the preceding section, it provides a working normative framework that develops the scope of the State’s obligations. For example, in its General Recommendation 28, the Committee on the Elimination of Discrimination Against Women clarified States’ obligations regarding women’s right to non-discrimination.

According to this instrument, States must refrain from enacting laws, policies, regulations, programs, and administrative procedures that discriminate against women (obligation to respect) (G.R. No 28, par. 9). Moreover, States must safeguard women against discrimination by private actors and take action to eliminate all practices that perpetuate the superiority/inferiority of either sex (obligation to protect) (G.R. No 28, par.9). Furthermore, States must also take appropriate steps to ensure gender equality, such as measures of a legislative, administrative or policy nature (obligation to fulfil) (G.R. No 28, par. 9).

4.3. Reporting and monitoring of international and national institutions/organs

A HRBA also provides an institutional framework for monitoring the implementation of gender equality policies, programs, and legal reforms. The reporting/monitoring mechanisms are critical to ensuring the effective implementation of women’s rights because they hold States accountable, facilitate policy and legal reforms and ensure law enforcement in sensitive areas (Goonesekere, 2007, 59). Although the instruments developed by these mechanisms are not legally binding, they enjoy social legitimacy and serve as a channel through which national NGOs and individuals can express their concerns to the international community.

In the universal system, the Committee on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women is the organ in charge of monitoring the States’ progress in the implementation of women’s right to non-discrimination¹⁴. To achieve this goal, CEDAW has created a reporting system. States must report to the Committee on any legislative, judicial, or administrative measures taken to combat gender discrimination (CEDAW G.R. No 1 and No 2). The Committee considers these reports in a constructive dialogue between representatives from the State, Committee members, and national NGOs. As a result, CEDAW submits its concluding observations, in which it recognizes the positive aspects of the States’ actions as well as the main areas of concern and recommendations.

In the regional system, the Protocol to the African Charter on Human and Peoples’ Rights on the Rights of Women in Africa¹⁵ establishes that States shall submit periodic reports to the African Commission on Human and Peoples’ Rights indicating the measures taken towards the realization of women’s right to non-discrimination (Art. 26 Maputo Protocol). Likewise, the Inter-American Convention on the Prevention, Punishment and Eradication of Violence against Women¹⁶ orders that States shall include information on the measures adopted to implement their treaty’s obligations in their national reports (Art. 10 Convention of Belem do Para). Finally, the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence¹⁷ has a special monitoring body (Art. 1.2. Istanbul Convention), the Group of Experts on Action against Violence against Women and Domestic Violence, which oversees the implementation of conventional rights.

4.4. Accessing to legal remedies

A HRBA provides effective remedies in the event that private actors or the State itself undermine gender equality or breach women's right to non-discrimination. States compromised through the above-mentioned treaties to ensure that women have access to courts or other bodies that provide timely, appropriate, and effective remedies. These remedies may be judicial or quasi-judicial in nature, and they may exist at both the national and international levels.

The prohibition of women's right to non-discrimination at the national level may be included in constitutional, civil, family, criminal, administrative, social, or labour law (UN.Doc.CEDAW/C/GC/33). As a result, an appropriate and effective remedy can be obtained through various thematic courts and administrative quasi-judicial bodies, depending on the national institutions and judicial arrangements. If women are unable to obtain effective remedies on a domestic level, they can present their claims in an international forum. There are two international mechanisms for obtaining reparation. The first is the jurisdictional procedure of the regional courts of human rights, and the second is the quasi-judicial procedure of the universal system via individual communications.

In the regional system, the Inter-American, European and African Courts of Human Rights are in charge of deciding whether or not there has been a violation of the women's right to non-discrimination. Their decisions are significant because they have a mandatory/binding nature, which means that States Parties must execute and comply with the Court's decision. Furthermore, in the universal system, the treaty-body organs are in charge of handling individual complaints. The CEDAW jurisprudence is particularly pertinent to gender discrimination. This organ can receive communications submitted by or on behalf of individuals or groups of individuals who claim to be victims of violations of any of the Convention's rights.

4.5. The contribution of litigation to achieve gender equality: Two case-studies

Successful litigation can help to advance gender equality on two levels: individual and collective. At the individual level, rights holders can seek redress for violations of their rights and obtain a court decision that includes measures of restitution, compensation¹⁸ and rehabilitation¹⁹. At the collective level, an effective litigation strategy reinforces the principle of equality and contributes to the public perception of no impunity in cases of women rights violations (Gauri and Gloppen, 2012, 16). In such a context, this section delves into two legal cases, one framed in the Inter-American Commission on Human Rights and the other in the CEDAW, to better understand the role of litigation in achieving SDG 2.

4.5.1. Case Study 1: X and Y v. Georgia (settled by CEDAW, 2015)

In this case, X (mother) and Y (daughter) claimed that Georgia failed to prevent, investigate and punish the physical, sexual and psychological abuse that for years they suffered at the hands of her husband (of X) and father (of Y)²⁰. Although X and Y complained several times to the local authorities (police and prosecutor) about the breaches to their integrity, no criminal case was filed against the aggressor (CEDAW, par. 3.1 and par. 3.2.).

In the consideration of the merits, the Committee recalled that gender discrimination encompasses gender-based violence against women (CEDAW, par. 9.3). Furthermore, it noted: (a) the careless manner in which national authorities handled X and Y's complaints (CEDAW, par. 9.5), and (b) the absence – at the time of the events – of a legal framework that provides effective protection against domestic violence (CEDAW, par.9.4). Based on these considerations, the Committee declared that Georgia had failed to meet its conventional obligations to enact appropriate legislation prohibiting all discrimination against women and to ensure effective protection of women against any act of discrimination (CEDAW, par. 10).

This case shows how the specific mechanisms of HRBA, in general, and litigation in particular, can help to tackle gender discrimination. First, this case demonstrates that successful litigation requires the existence of NGOs/civil society organizations dedicated to the advancement of women's rights. Indeed, X and Y were represented throughout the litigation process by Interights, the European Human Rights Advocacy Centre (EHRAC), and Article 42 (Centre for women, peace, and security, 2016), all of which are civil society organizations that specialize in strategic litigation in situations where domestic mechanisms have failed or are unavailable.

Second, this case demonstrates the efficacy of framing gender equality within a dualistic framework that has a tighter grip on the State's accountability. Thus, the Committee recommended that Georgia carried out individual and collective reparations. At the individual level, it ordered the Government to pay X and Y adequate financial compensation in proportion to the gravity of the violation of their rights (CEDAW, par. 11). At the collective level, the Committee recommended that Georgia: (a) ensures that domestic violence's victims have access to adequate support (shelter and psychological support); (b) introduces a zero-tolerance policy in respect of violence against women, (c) ratifies the Istanbul Convention, and (d) provides mandatory training for lawyers, prosecutors and judges on domestic violence and gender stereotypes (CEDAW, par. 11).

Georgia took these recommendations seriously and, following the decision in 2015, the Ministry of Justice submitted a package of measures aimed at the ratification of the Istanbul Convention (Centre for women, peace and security, 2016). This process was completed in May 2017 with the ratification of the Istanbul Convention, which means that Georgian women now have greater protection against domestic violence (UNWOMEN, 2017). Furthermore, according to the European Human Rights Advocacy Centre, domestic violence legislation has been amended in accordance with the guidelines established in the CEDAW decision, and the government intends to open new survival shelters (European Human Rights Advocacy Centre, 2015).

4.5.2. Case Study 2: Maria Da Penha Maia Fernandes v. Brazil (settled by the Inter-American Commission on Human Rights, 2001)

In this case, Maria Da Penha Maia Fernandes claimed that Brazil had long tolerated her ex-husband's domestic violence, which culminated in a murder attempt and additional aggression in 1983 (CIDH, par.8). Even though a criminal case was pursued against her husband in 1984, the case remained open after 17 years. The State, in her view, had failed to meet its obligation to protect women from domestic violence and to provide effective remedies and judicial protection in a reasonable time (CIDH, par.23).

In the consideration of the merits, the Inter-American Commission on Human Rights stated that Brazilian judicial authorities acted with unjustified delay in a case that required immediate access to judicial remedies as well as the prosecution and conviction of the perpetrator (CIDH, par.44). Furthermore, the Commission stated that this was not an isolated case, but rather that there was a pattern throughout the entire judicial system of condoning cases of domestic violence (CIDH, par.50). Based on these considerations, the Commission declared that Brazil had failed to apply due diligence to prevent, investigate and impose penalties for the domestic violence suffered by Maria Da Penha (CIDH, par.60).

Like in X and Y v. Georgia, this case shows how a HRBA and litigation can help to overcome gender discrimination and achieve SDG 5. The first point to emphasize is the critical role played by civil society organizations in successful strategic litigation. In this case, the personal efforts of Maria Da Penha were supported by the Center for Justice and International Law (CEJIL) and the Latin American and Caribbean Committee for the Defense of Women's Rights (Center for Justice and International Law, 2001). These institutions besides giving legal support

during the process, together with the Commission itself, are still in charge of monitoring and implementing the final decision.

Second, this case shows the usefulness of framing gender discrimination in a logic of State's obligations. The Commission was able to determine a violation of conventional obligations and recommend appropriate reparation measures. Thus, the Commission suggested remedies at the individual and collective levels. At the individual level, it recommended that Brazil complete the criminal proceedings against the aggressor and compensate the victim both symbolically and financially for its failure to provide prompt and effective remedies (CIDH, par. 61.3). Collectively, it suggested that Brazil continue the legislative reform aimed at ending the State's condoning of domestic violence against women (CIDH, par. 60.4).

Following these recommendations, in 2002, the aggressor was sent to jail although he only served two of a six years sentence (Center for Justice and International Law, 2001). Moreover, in 2006 Brazil promulgated Law 11340 that imposes criminal sanctions on the perpetrators of domestic violence, creates specialized policies bodies and tribunals and promotes programs of rehabilitation (BBC News, 2016). These legislative changes were precipitated by the Commission's decision.

4.6. Conclusion

Gender discrimination is a pervasive reality that shapes the present and future of girls and women. A HRBA helps to legitimate women's claims to equality and offers guidance to governmental and non-governmental actors in the design and implementation of pro equality programs and interventions. However, the use of legal remedies, although successful in some cases, is not accessible to all due to financial and time constrains.

5. Conclusions

The purpose of this paper was to explore how HRBA could contribute to the achievement of SDGs 2 and SDG 5. To do so, it first outlined the main features and core principles of HRBA before delving into its strengths and weaknesses for advancing development goals. Later, it examined the potential role of HRBA in achieving SDG 2: a world free of hunger and malnutrition and SDG 5: gender equality.

Three are the main takeaways. To begin, HRBA to development has transformed the foundations of international cooperation and aid by establishing a common methodological and theoretical framework that focuses on the claims and needs of the rights-holders rather than on donors or governmental demands. However, its effective implementation depends on strong democratic institutions, open participation processes and an effective judicial system. These structural conditions are not addressed directly by HRBA. It appears that HRBA is an excellent tool for clarifying goals, but the path to these goals necessitates the use of other approaches and tools.

Second, HRBA allows the development of clear guidelines for the implementation of SDG 2. It encourages a holistic approach to achieving SDG 2's targets, demands the participation of those who suffer food insecurity in all stages of programming, and frames food security policies as part of the State's international human rights obligations. However, not all of the SDG 2 targets may benefit from an adversarial structure of duty-bearers/rights holders; therefore, approaches that allow collaboration and cooperation among actors with diverse food interests and cosmivision need to be included.

Third, HRBA can also contribute to overcome gender discrimination and achieve gender equality. It acknowledges women's contributions in private and public domains and encourages women and their organizations to participate in decision-making processes, particularly those that directly

affect their lives. It also promotes the State's engagement in gender equality measures by offering a clear normative and theoretical framework that outlines States' obligations regarding women's right to non-discrimination. It also provides reporting and monitoring mechanisms to ensure the implementation of women's rights following international standards. Finally, international litigation can provide victims with individual remedies while also promoting structural changes in legislation and policy regarding gender discrimination in general and domestic violence in particular.

1 The Human Rights-Based Approach to Development Cooperation: Towards a Common Understanding Among UN Agencies (2003). URL:<https://unsdg.un.org/resources/human-rights-based-approach-development-cooperation-towards-common-understanding-among-un>

2 Following this reasoning, development cooperation is not grounded in charity but legitimate rights of the globally or locally disadvantages.

3 In this section, I do not consider the principle of universality because its operational consequences overlap with already discussed concepts.

4 UN Charter. Art. 55-57.

5 Mainly public participation, non-discrimination and due process.

6 As Margret Vidar (2005, 141) points out, the reality of hunger and malnutrition involves other rights such as the right to health, the right to education and the right to work.

9 Subsequently, it was reaffirmed at the World Food Summit organized by the Food and Agriculture Organization of the United Nations (FAO) in 1996 and the Millennium Declaration adopted by the United Nations in 2000.

10 See:<https://www.gob.pe/institucion/qaliwarma/pages/591-programa-de-alimentacion-escolar-qaliwarma>. Accessed: 15.06.2021.

11 Adopted by the United Nations General Assembly on 18 December 1979.

13 This compromise was reaffirmed by the Programme of Action of the International Conference on Population and Development and the Beijing Platform for Action.

14 Due to limited space, I do not delve into other mechanisms of protection such as the ones established based on the UN Charter, such as the Special Rapporteur on Violence against Women and the Working Group on the issue of discrimination against women in law and practice.

15 Maputo Protocol" adopted 11 July 2003.

16 "Convention of Belem do Para" adopted 6 September 1994.

17 "Istanbul Convention" adopted 11 May 2011.

18 Whether provided in the form of money, goods or services.

19 Medical and psychological care and other social services.

20 Articles 1, 2 (b)- 2(f) and 5(a) of the Convention.

References

- Broberg, M. and H. Sano (2017). "Strengths and weaknesses in a human rights-based approach to international development- an analysis of a rights-based approach to development assistance based on practical experiences". The International Journal of Human Rights. Routledge.
- Bull, B. (2006). Development theory revisited. In: Banik, D. Poverty, politics and development. Interdisciplinary Perspectives. Fagbokforlaget.
- Epp, C. (1998). The Rights Revolution. Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective. Chicago and London: The University of Chicago Press.
- Goonesekere, S. (2009) "Civil and Political Rights and Poverty Eradication". In VAN VUEREN, G. Freedom from Poverty as a Human Right: "Law's Duty to the Poor". Paris: UNESCO.
- Goonesekere, S. (1998, October). A rights-based approach to realizing gender equality. In Keynote speech at the Seminar on a Rights-Based Approach to Gender Equality, Rome (pp. 5-7).
- Goonesekere, S. W. (2007). The concept of substantive equality and gender justice in South Asia. Unpublished Paper.
- Gauri, V., and Gloppen, S. (2012). Human rights-based approaches to development: Concepts, evidence, and policy. *Polity*, 44(4), 485-503.
- Jonsson, U. (2005). A human rights-based approach to programming. *Reinventing development*, 47-62.
- Jetschke, A., and Liese, A. (2013). The power of human rights a decade after. In T. Risse, S. Ropp, & K. Sikkink (Eds.), *The Persistent Power of Human Rights: From Commitment to Compliance* (Cambridge Studies in International Relations, pp. 26-42). Cambridge: Cambridge University Press.
- Kirkemann, J. and H. Sano. The implications and value added of a human rights-based approach. In: Marks, Stephen and Andreassen (eds.). *Development as a Human Right. Legal, Political and Economic Dimensions*. Intersentia.
- Sano, H. (2007). Does Human Rights-based Development Make a Difference? In: Vandenhoe, Tostensen and Salomon. *Casting the Net Wider. Human Rights, Development and New Duty-bearers*. Intersentia.
- Risse, T., S. Ropp, And K. Sikkink (editors) (2013). *The Persistent Power of Human Rights. From Commitment to Compliance*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Sengupta, A. (2010). The Human Right to Development. In: Marks, Stephen and Andreassen (eds.). *Development as a Human Right. Legal, Political and Economic Dimensions*. Intersentia.
- Amartya, S. (1999). *Development as Freedom*. Oxford University Press.
- Gonsalves, C. (2005). From international to domestic Law: The case of the Indian Supreme Court in response to ESC Rights and the right to food. In: Wenche Barth Eide and Uwe Kracht (eds.). *Food and Human Rights in Development. Volume II*. Intersentia.
- Vidar, M. (2005). The interrelationships between the right to food and other human rights. In: Wenche Barth Eide and Uwe Kracht (eds.). *Food and Human Rights in Development. Volume I*. Intersentia

UN Documents:

United Nations Development Group (2003). The Human Rights Based Approach to Development Cooperation: Towards a Common Understanding Among UN Agencies. <https://unsdg.un.org/resources/human-rights-based-approach-development-cooperation-towards-common-understanding-among-un>. Accessed: 18.06.2021.

UN General Assembly (2015). UN.Doc.A/RES/70/1. Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development. https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_RES_70_1_E.pdf. Accessed: 15.06.2021.

Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (2008). Frequently Asked Questions on a Human Rights-Based Approach to Development Cooperation. <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FAQen.pdf>. Accessed: 10.06.2021.

Committee on Economic, Social and Cultural Rights (1999). UN.Doc.E/C.12/1999/5. General Comment No. 12: The Right to Adequate Food (Art. 11). <https://www.refworld.org/pdfid/4538838c11.pdf>. Accessed: 10.06.2021.

Committee on the Elimination of Discrimination against Women (2015). UN.Doc.CEDAW/C/GC/33. General Recommendation 28 on women's access to justice. https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/CEDAW_C_GC_33_7767_E.pdf. Accessed: 10.06.2021.

Committee on the Elimination of Discrimination against Women (2010). UN.Doc.CEDAW/C/GC/28. General recommendation No. 28 on the core obligations of States parties under article 2 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women. <https://www.refworld.org/docid/4d467ea72.html>. Accessed: 10.06.2021.

Committee on the Elimination of Discrimination against Women (2015). UN.Doc.CEDAW/C/61/D/24/2009. Communication No. 24/2009. <https://undocs.org/en/CEDAW/C/61/D/24/2009>. Accessed: 10.06.2021.

Food and Agricultural Organization of the United Nations (2017). The state of food security and nutrition 2017. <http://www.fao.org/state-of-food-security-nutrition/en/>. Accessed: 10.06.2021.

Special Rapporteur on the Right to Food (2013). UN.Doc.A/68/288. Report to the General Assembly. Assessing a decade of progress on the right to food. <https://undocs.org/A/68/288>. Accessed: 05.06.2021.

Special Rapporteur on the Right to Food (2006). UN.Doc.E/CN.4/2006/44. Report to the Commission on Human Rights. Defining the right to food in an era of globalization. <https://undocs.org/E/CN.4/2006/44>. Accessed: 07.06.2021.

Special Rapporteur on the Right to Food (2012). UN.Doc.A/HRC/19/59/Add.2. Report to the Human Rights Council. Mission to Mexico. <https://undocs.org/A/HRC/19/59/Add.2>. Accessed: 10.06.2021.

UNWOMEN (2017). Women and Sustainable Development Goals. SDG 5: Achieve gender equality and empower all women and girls. <https://www.unwomen.org/en/news/in-focus/women-and-the-sdgs/sdg-5-gender-equality>. Accessed: 13.06.2021.

Normative:

Universal Declaration on Human Rights. 10.06.1948.

United Nations Charter. 26.06.1945.

Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women. 18.12.1979.

The Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa. 11.07.2003.

The Inter-American Convention on the Prevention, Punishment, and Eradication of Violence against Women. 09.06.1994.

The Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence. 11.05.2011.

Other sources:

European Coordination Via Campesina (2018). Food Sovereignty NOW! <https://viacampesina.org/en/wp-content/uploads/sites/2/2018/02/Food-Sovereignty-A-guide-Low-Res-Vresion.pdf>. Accessed: 15.06.2021.

UNWOMEN. Georgia ratifies the Istanbul Convention. <http://eca.unwomen.org/en/news/stories/2017/05/georgia-ratifies-the-istanbul-convention>. Accessed: 15.06.2021.

European Human Rights Advocacy Centre (2015). Landmark cases. X and Y v. Georgia. <https://ehrac.org.uk/resources/cedaw-decision-x-and-y-v-georgia/>. Accessed: 16.06.2021.

BBC News (2016). The woman who changed Brazil's domestic violence laws. <http://www.bbc.com/news/magazine-37429051>. Accessed: 05.06.2021.

Center for Justice and International Law (CEJIL). Landmark cases. Maria Da Penha Maia Fernandes v. Brazil. <https://cejil.org/en/case/maria-da-penha-4/>. Accessed: 22.06.2021.

Centre for women, peace and security (2016). Landmark cases. X and Y v. Georgia. <https://blogs.lse.ac.uk/vaw/landmark-cases/a-z-of-cases/x-and-y-v-georgia/>. Accessed: 09.06.2021.

Centre for women, peace and security (2016). Landmark cases. Maria Da Penha Maia Fernandes v. Brazil. <https://blogs.lse.ac.uk/vaw/landmark-cases/a-z-of-cases/maria-de-penha-v-brazil/>. Accessed: 14.06.2018.

Inter-American Commission on Human Rights. Maria da Penha v. Brazil, Case 12.051, Report No. 54/01, OEA/Ser.L/V/II.111 Doc. 20 rev. at 704 (2000). <http://hrlibrary.umn.edu/cases/54-01.html>. Accessed: 14.06.2018.

Analysis of the Subsection 3.2.7 of the Annex to Regulation (EU) No. 488/2014 concerning the maximum cadmium content in chocolate and derived products under the WTO Sanitary and Phytosanitary rules

Pamela Torres Rodríguez¹
Pontificia Universidad Católica del Perú
a20123152@pucc.edu.pe - pamela.torresrodriguez@unil.ch
Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3602-3680>

Abstract:

The requirement for maximum levels of cadmium in cocoa and derived products established in subsection 3.2.7 of the Annex to the European Union (EU) Regulation No. 488/2014 shall be in accordance with the World Trade Organization (WTO) Sanitary and Phytosanitary (SPS) rules. Thus, through the dogmatic method it is analysed whether it is a SPS measure that affects international trade and if it complies with the basic principles of the SPS Agreement as if the measure: was issued under the sovereign right of the European Union (EU) Member States (MS) to adopt SPS measures, was adopted to protect human life or health, had scientific basis, and does not imply arbitrary or unjustified discrimination.

Keywords: Chocolate; cadmium; As Low As Reasonably Achievable (ALARA); WTO; SPS, National Treatment (NT); risk assessment

Resumen:

El requisito de niveles máximos de cadmio en el cacao y productos derivados establecido en la subsección 3.2.7 del Anexo del Reglamento No 488/2014 de la Unión Europea (UE), será ajustado a las Medidas Sanitarias y Fitosanitarias de la Organización Mundial del Comercio (MSF). Así, a través del método dogmático se analiza si se trata de una MSF que afecta al comercio internacional y si cumple con los principios básicos del Acuerdo sobre la aplicación de MSF como si la medida: fuera emitida bajo el derecho soberano de la Unión Europea (UE) Estados Miembros (EM) para adoptar medidas sanitarias y fitosanitarias, se adoptó para proteger la vida o la salud humana, tenía base científica y no implica una discriminación arbitraria o injustificada.

Palabras clave: Chocolate; cadmio; ALARA; OMC; MSF, Trato Nacional (NT); Evaluación de riesgos.

*Recibido: 09.06.2021
Aceptado: 25.06.2021*

¹Licenciada en Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú. Master of Advanced Studies (MAS) in International Business Law (LL.M), Magna cum Laude, by the Université de Lausanne. E-mails: a20123152@pucc.edu.pe and pamela.torresrodriguez@unil.ch.

1. Introduction

In May 12th, 2014 the European Commission (EC), issued the Regulation (EU) No 488/2014, which established maximum levels of cadmium content to chocolate and derived products based on the statements expressed in the Scientific Opinion of the Panel on Contaminants in the Food Chain on a request from the EC on cadmium in food 2009 (European Food Safety Authority, 2009), the European Food Safety Authority (EFSA), Scientific Opinion on tolerable weekly intake (TWI) for cadmium 2011 (EFSA Panel on Contaminants in the Food Chain, 2011 p.19), and the EFSA Report Cadmium dietary exposure in the European population 2012 (European Food Safety Authority, 2012), which suggested a TWI, of 2.5 mg/kg body weight (bw). However, the Joint FAO/WHO Expert Committee on Food Additives (JEFCA) Report 2010 (Food and Agriculture Organization/World Health Organization, 2010) that determined a TWI 5.28 $\mu\text{g}/\text{kg}$ bw was not considered.

In response to these measures, Peru requested the WTO SPS Committee to distribute several communications²¹ asking for the exclusion of the chocolate and derived products of the EU Regulation (EU) No. 488/2014, until there is updated scientific information on the risk that it could represent for human health and the Codex standard has been finished or delayed of entering in to force until January 1st, 2022.

Moreover, several other countries exporting chocolate and derived products to the EU²² manifested their concern on the damage that could be caused to international trade and the strict level of protection determined which would not find basis in a real or potentially risk to consumers health. Thus, it is worth to ask: Is the requirement for maximum levels of cadmium in cocoa and derived products established in subsection 3.2.7 of the Annex to Regulation (EU) No. 488/2014 in accordance with the WTO SPS rules?

On the basis of the dogmatic method through an overview on the events from 12 May 2014 to the present, taking into account that Regulation (EU) No.488/2014 was published on that date, the collection of doctrinal and jurisprudential information seeks to verify that the measure at issue is not in accordance with the WTO SPS rules as it violates Articles 2.2 and 2.3 to SPS Agreement, because it lacks sufficient scientific evidence and generates an unjustified differentiation between exporting countries.

Thus, the first point analyse whether the measure at issue is an SPS Measure. The second point determine if it has a potential affection on international trade. The third point verify the accomplishment with the basic principles of the SPS Agreement. Finally, the fourth point expose the proposal of alternative measures less restrictive to trade than the measure at issue.

2. Determination of whether the measure analysed is an SPS measure

It shall be identified if the measure at issue keeps correspondence with a specified type of measure pointed out in the last paragraph of the Article 1 of Annex A to SPS Agreement which has a link to one of the purposes mentioned in the literal b) of the cited article (World Trade Organization, 2010).

2.1. Type of SPS measure

According to the last paragraph of Article 1 of Annex A to SPS Agreement, the SPS measures "(...) include all (...) requirements and procedures including, inter alia, end product criteria; (...)" (World Trade Organization, 1994)²³. So, considering that the measure at issue is included in the EU Regulation Annex and comprehends requirements to the final product as detailed in subsection 1.1.2 a) of this research related to the objective scope of its application, the fact that it complies with including requirements to the final product makes it meet one of the criteria determined by the Appellate Body in the case Australia-Apples (2010) to be a type of SPS measure.

2.2. Purpose or intention of the measure at issue

According to the criteria set by the Appellate body in *Australia – Apples (2010)*, we proceed to establish the measure at issue purpose or intention ascertained in basis of objective considerations like its objectives, its text and structure, its surrounding regulatory context and the way in which it is designed and applied.

Firstly, the objective of the measure at issue exposed by the EC is to protect the consumers, specifically infants and young children, from the exposure to high levels of cadmium as it's pointed out in the Regulation (EU) No.488/2014 explanatory statement, recitals sixth²⁴ and eighteenth²⁵.

Secondly, the following table exposes how the measure text and structure analysed correspond to the prerogatives established in Article 1, b) of Annex A to SPS Agreement.

Legal texts	Legal assumption
SPS Agreement	<ul style="list-style-type: none"> - Article 1, b) of Annex A: "1. Sanitary or phytosanitary measure — Any measure applied: (...) (b) to protect human or animal life or health within the territory of the Member from risks arising from additives, contaminants, toxins or disease-causing organisms in foods, beverages or feedstuffs (...)"
Regulation (EU) No. 488/2014	<ul style="list-style-type: none"> - Recital 8 of the explanatory statement "Chocolate and cocoa powder sold to the final consumer can contain high levels of cadmium and are an important source of human exposure". - Recital 3 of the explanatory statement "(...) adverse effects on kidney function are unlikely to occur for an individual exposed at this level, exposure to cadmium at the population level should be reduced". - Last paragraph of Article 3 "This Regulation shall be binding in its entirety and directly applicable in all MS". - Recital 7 of the explanatory statement "Maximum levels for contaminants are set according to the ALARA principle²⁶ (...) both for commodities for which maximum levels for cadmium currently already exist (...) and for commodities for which maximum levels are newly set (such as cocoa and chocolate products (...))". - Recital 6 of the explanatory statement "For some foodstuffs that are important contributors to the exposure for certain population groups (chocolate and cocoa products, foods for infants and young children) maximum levels have not yet been established".

Table 1

The measure at issue is adopted to protect human exposure as mentioned in recital eight of the explanatory statement. Besides, the measure adoption analysed is justified in a Scientific Panel on Contaminants in the Food Chain (CONTAM) report quoted in the explanatory statement, third recital which prevent about effects on kidney function and as mentioned in the last paragraph of Article 3, the whole Regulation under analysis is directly applicable in all MS.

Furthermore, cadmium is considered a contaminant as established in explanatory statement, recital 7 and the cocoa and derived products are considered as foodstuffs like it is mentioned in the explanatory statement, recital 6. Consequently, the text and structure of Regulation (EU) No.488/2014 complies with being a measure to protect human health within the MS territory from contaminants in foodstuff like the cocoa and chocolate products, as established in Article 1, b) of Annex A to SPS Agreement.

Thirdly, the disputed measure was issued in a context of deregulation on the maximum cadmium content of chocolate and cocoa-based products as mentioned in the sixth recital of the explanatory statement to the Regulation analysed. According to the fifth recital of the Commission recommendation of 4 April 2014 on the reduction of cadmium presence in foodstuffs "as well as

Maximum Levels [MLs] of cadmium established in 2001 in a range of foodstuffs, (...). Taking into consideration EFSA conclusions of 2009 and 2011, new MLs for baby foods and chocolate/cocoa products shall be considered shortly” (European Commission, 2014). So, in May 12^{ve} 2014, the EC adopted the Regulation under analysis.

Fourthly, regarding the way in which the measure is designed, in the ninth recital of the explanatory statement to SPS Agreement it is established that “(...) occurrence data of cocoa and chocolate products provided by countries with high cadmium levels in soil should be taken into account when establishing MLs of cadmium”. This suggests that the cadmium MLs in chocolate and derived products established by the EC should took into account the data provided by countries with high cadmium levels in soil.

Regarding to the application of the measure at issue, it shall be applied to all MS and food business operators equally as it is established in the explanatory statement, eighteenth recital to the EC Regulation. As established in Article 2.2 to EC Regulation the measure at issue shall be applied since 1 January 2019, but the chocolate and derived products that doesn't comply with the requirements pointed in subsection 3.2.7 of the Annex to EC Regulation may continue to be sold until their expiry date if they are already on the market.

3. Potential affection of the measure at issue on international trade

Article 1.1 to SPS Agreement²⁷ establishes that the measure at issue must directly or indirectly affect international trade. “This requirement is easy to fulfill, as any measure that applies to imports can be said to affect international trade. Moreover, (...) the panel in EC – Approval and Marketing of Biotech Products (2006) [established that] the measure may affect international trade” (Van den Bossche & Zdouc, 2013, p. 900). Thus, it is sufficient that it has had an effect on international trade even if this is not a current effect.

The table shows the countries In which the Committee on SPS Measures regular meetings have expressed concern about the impact on their exports of chocolate and derived products to the EU.

Minutes No.	Meeting	Concerned countries
G/SPS/R/99	25-26 June 2020	Perú, Colombia and Ecuador
G/SPS/R/93	1-2 November 2018	Colombia, Côte d'Ivoire, Peru, Plurinational State of Bolivia, Ecuador, Guatemala, Indonesia, Nicaragua, Trinidad and Tobago, El Salvador, Panama, the United States, and the Bolivarian Republic of Venezuela and Costa Rica.
G/SPS/R/92 Rev.1	12-13 July 2018	Ecuador, Colombia and Guatemala.
G/SPS/R/92		
G/SPS/R/90	1-2 March 2018	Peru, Brazil, Colombia, Costa Rica, the Dominican Republic, Guatemala and Panama.
G/SPS/R/88	2-3 November 2017	Peru, Colombia, Costa Rica, Côte d'Ivoire, the Dominican Republic, Ghana, Guatemala, Madagascar and Nigeria.

Table 2

Moreover, in the 2-3 November 2017 meeting “(...) the ECOWAS representative indicated that ECOWAS members also shared the concern” (Committee on Sanitary and Phytosanitary Measures, 2017), which means that fifteen countries that are MS of the Economic Community of West African States joined the same concern. Thus, considering that “When a measure is an SPS measure and affects international trade, actually or potentially, that measure falls within the substantive scope of application of the SPS Agreement” (Van den Bossche & Zdouc, 2013, p. 900), there is a potential direct impact on international trade about which thirty-one countries have expressed their concern.

4. Review of compliance with the basic principles of the SPS Agreement by the measure at issue

Once it has been determined that the measure in question is an SPS measure which potentially directly affects international trade, and therefore the SPS Agreement is applicable, it shall be analysed if it complies with the basic principles²⁸ enlisted in Article 2 to SPS Agreement, which will serve as criteria to determine if its adoption is justified.

4.1. Right to take SPS Measures as a cause for the reversal of the burden of proof

As mentioned in Article 2 to SPS Agreement, “Members have the right to take sanitary and phytosanitary measures necessary to protect human, animal, plant life or health, provided that such measures are not inconsistent with the provisions of this Agreement” (World Trade Organization, 1994) [The highlight is mine]. In that sense, the MS have the right to adopt SPS measures as long as they comply with the basic principles²⁹ established in Articles 2.2 and 2.3. Under this agreement “(...) the complaining Member must show that the measure is inconsistent with the rules of the SPS Agreement” (Van den Bossche & Zdouc, 2013). So, the complaining party shall proof that the Member imposing the measure doesn't comply with at least one of the basic disciplines analysed below.

4.2. Assessment of the need to protect human life and health

The Article 2.2 of the SPS Agreement establishes that the necessity requirement “has not be interpreted by a dispute settlement but the Appellate Body suggested that violation of Article 5.6 may also imply violation of Article 2.2” (Van den Bossche & Zdouc, 2013, p. 905). So, it will be determined whether the measure in question is more trade restrictive than required.

In Australia – Salmon (1998) the Appellate Body determined a three-tier test to identify if Article 5.6 SPS Agreement is violated. Thus, there shall be another measure which “(1) is reasonably available considering technical and economic feasibility; (2) achieves the applying Member appropriate level of sanitary protection; and (3) is significantly less restrictive to trade than the sanitary measure contested” (World Trade Organization, 1998). These three elements are cumulative and the Member's concerned must demonstrate that they are met (World Trade Organization, 1998).

Firstly, to determine the existence of a measure available, in view of the fact that the MLs of cadmium content in chocolate and derived products determined by the new EU regulation could put the exports of member countries at risk. As from its 8th meeting, the CCCF decided to set up an Electronic Working Group (EWG) with the task of progressively determining the products affected by the regulation in question and the percentages and MLs of cadmium allowed in them.

The EWG results were submitted to the EU for comments and have so far resulted in the proposal exposed in the following comparative table of maximum levels proposed in Regulation (EU) No. 488/2014, the EWG and the European Union currently opinion after the Codex Committee on Contaminants in Foods (CCCF) sessions.

Specific cocoa and chocolate products as listed below		Regulation (EU) No. 488/2014 maximum levels	EWG proposal of maximum levels	EU currently opinion
Milk chocolate with < 30 % total dry cocoa solids		0,10 as from 1 January 2019	0.30 mg/kg	0.1 mg/kg. However, it can accept 0.3 mg/kg awaiting the outcome of the JECFA evaluation on cadmium and the postponement of the discussions on these MLs, until the code of practice for the prevention and reduction of cadmium contamination in cocoa has been finalized and implemented.
Chocolate with < 50 % total dry cocoa solids; milk chocolate with ≥ 30 % total dry cocoa solids		0,30 as from 1 January 2019	0.6-0.7 mg/kg (Codex Committee Contaminants in Food, 2019) based in the proportionality and ALARA principles, by an analysis from the cadmium presence database provided in GEMS/Food updated at the request of the WHO 10 July 2019.	0.3 mg/kg but agree on suspending the consideration of MLs awaiting the outcome of the JECFA evaluation on cadmium. The postponement of the discussions on these MLs, until the code of practice for the prevention and reduction of cadmium contamination in cocoa has been finalized and implemented.
Chocolate containing or declaring ≥ 50% to < 70% total cocoa solids on a dry matter basis		0,80 as from 1 January 2019	0.80 mg/kg	Agree
Chocolate containing or declaring ≥ 70% total cocoa solids on a dry matter basis			0.9 mg/kg	0.8 mg/kg because applying the concept of proportionality is not justified since milk chocolate is consumed by children, while dark chocolate usually isn't.
Cocoa powder (100% total cocoa solids on dry matter basis)			1.5 mg/kg	The EU proposes not to set a codex ML for cocoa powder in view of the lower significance of this commodity for international trade, but agree on suspending the consideration of MLs awaiting the outcome of the JECFA evaluation on cadmium (Codex Committee Contaminants in Food, 2020).
Dry mixtures of cocoa and sugars containing:	< 29% total cocoa solids on a dry matter basis		0.4 mg/kg	These MLs are disproportionately high compared to the global occurrence data for chocolate with similar amounts of cocoa solids. The EU proposes not to set a codex ML for mixtures of cocoa and sugar in view of the lower significance of this commodity for international trade.
	≥ 29 to < 50% total cocoa solids on a dry matter basis		0.6 mg/kg	
	≥50% total cocoa solids on a dry matter basis		1.0 mg/kg	
Cocoa powder sold to the final consumer or as an ingredient in sweetened cocoa powder sold to the final consumer (drinking chocolate)		0,60 as from 1 January 2019	2.0 to 3.0 mg/kg	The EU cannot support the proposed ML in order to ensure sufficient protection of all consumers, in particular children.

Table 3

New product categories and percentages not specified previously in the measure at issue were introduced, like the consideration of a 70% cap on Chocolate containing or declaring ≥ 50%; chocolate containing or declaring ≥ 70% total cocoa solids on a dry matter basis; cocoa powder (100% total cocoa solids on dry matter basis); dry mixtures of cocoa and sugars containing < 29% total cocoa solids on a dry matter basis, ≥ 29 to < 50% total cocoa solids on a dry matter basis, ≥50% total cocoa solids on a dry matter basis.

Considering that “necessity” requirement does not mean, however, that members will automatically apply the most economically efficient measure. Indeed, it focuses on the necessity of the objectives and effects of the measure more than on the measure’s efficiency in delivering those effects (Karttunen, 2020, p. 31). So, an alternative measure with technical and economic feasibility exists because the maximum levels proposed by the EWG were accepted by the countries which consider that will be affected by the measure at issue.

Secondly, to determine if the alternative measure achieves the importing member’s appropriate level of protection,

“it is necessary to: (1) identify what is the importing member’s appropriate level of protection; (2) determine the level of protection that would be achieved by the complainant’s proposed alternative measure; and (3) determine whether the level of protection that would be achieved by the alternative measure would satisfy the importing member’s appropriate level of protection” (Van den Bossche & Zdouc, 2013, p. 924).

Considering that “the appropriate level of protection established by a Member and the SPS measure have to be clearly distinguished because the first is an objective and the second is an instrument chosen to attain or implement that objective” (Van den Bossche & Zdouc, 2013, p. 925), the EU has not expressly stated what is the appropriate level of protection it seeks to achieve.

In that sense, “(...) when a Member does not comply with its obligation to identify its appropriate level of protection, that level may be deduced from the SPS measure actually applied” (Van den Bossche & Zdouc, 2013, p. 925). So, according to the preamble of Regulation (EU) No.488/2014, the measure analysed is justified at the maximum cadmium TWI of 2.5 µg/kg body weight (bw) per week established by the “Scientific Opinion on tolerable weekly intake for cadmium” of 2011 EFSA CONTAM, which ratifies the same tolerable level in its 2009 report.

Also, EU notes that it adopts the cadmium ML of 2.5 mg/kg to meet the level of protection suggested by EFSA. In 2012 report, the EU states that the cadmium “TWI of 2.5 mg/kg established in 2009 should be maintained to ensure a high level of protection for all consumers, including exposed and vulnerable subgroups of the population” (European Food Safety Authority, 2012, p. 32). It can be inferred that the appropriate level of protection for the EU is a high level.

To achieve the high level of protection desired by the EU it sets MLs of cadmium in chocolate and derived products as detailed under “Regulation (EU) No.488/2014 MLs” in Table 3 of this research where can be seen that the alternative measure identified does not meet the appropriate level of protection desired by the EU importing member’s, as there is a consensus only on the requirement of 0.80 mg/kg for chocolate containing or declaring $\geq 50\%$ ³⁰ to $< 70\%$ total cocoa solids on a dry matter basis but in respect to the remaining categories the EU maintains the levels initially proposed for the following reasons:

- For the milk chocolate with $< 30\%$ total dry cocoa solids, the maximum content shall be 0,10 mg/kg in order to protect adequately children against the harmful effects from cadmium even if this ML is not proportionate to the previously agreed MLs for dark chocolates (Codex Committee Contaminants in Food, 2019). However, it can accept 0.3 mg/kg awaiting the outcome of the JECFA evaluation on cadmium³¹ and the discussions on these MLs, until the code of practice for the prevention and reduction of cadmium contamination in cocoa has been finalized and implemented (Codex Committee on Contaminants in Foods, 2021).
- For the chocolate with $< 50\%$ total dry cocoa solids and milk chocolate with $\geq 30\%$ total dry cocoa solids, the maximum content shall be 0,30 mg/kg but it agrees on suspending

the consideration of MLs awaiting the outcome of the JECFA evaluation on cadmium and the discussions on these MLs, until the code of practice for the prevention and reduction of cadmium contamination in cocoa has been finalized and implemented (Codex Committee on Contaminants in Foods, 2021).

- For cocoa powder sold to the final consumer or as an ingredient in sweetened cocoa powder sold to the final consumer (drinking chocolate), the maximum content shall be 0,60 mg/kg to ensure sufficient protection of all consumers, in particular children.

Regarding to the categories of chocolate and derived products identified following the meetings of the Joint FAO/WHO Food Standards Programmes CCCF, the EU has stated:

- For chocolate containing or declaring $\geq 70\%$ total cocoa solids on a dry matter basis, the maximum content shall be 0.8 mg/kg because applying the concept of proportionality is not justified because milk chocolate is consumed by children, while dark chocolate usually isn't (Codex Committee on Contaminants in Foods, 2021).
- For the cocoa powder (100% total cocoa solids on dry matter basis), it shall not be established a codex Maximum level (ML) for cocoa powder in view of the lower significance of this commodity for international trade (Codex Committee Contaminants in Food, 2020) but it agrees on suspending the consideration of MLs awaiting the outcome of the JECFA evaluation on cadmium (Codex Committee on Contaminants in Foods, 2021).
- For dry mixtures of cocoa and sugars containing: $< 29\%$ total cocoa solids on a dry matter basis; ≥ 29 to $< 50\%$ total cocoa solids on a dry matter basis; $\geq 50\%$ total cocoa solids on a dry matter basis, it shall not be established a codex ML for mixtures of cocoa and sugar in view of the lower significance of this commodity for international trade. Besides, the MLs are disproportionately high compared to the global occurrence data for chocolate with similar amounts of cocoa solids.

Consequently, the alternative measure proposed by the EWG in the framework of the Joint Food and Agriculture Organization (FAO)/ World Health Organization (WHO) Food Standards Programmes CCCF meetings does not comply with the EU importing Member's appropriate level of protection.

Thirdly, the alternative measure significantly less trade restrictive than the measure at issue "criteria was analysed by the panel in the cases Australia -Salmon (1998) and Japan- Agricultural Products II (1999) which determined that the issue relates to whether market access would be substantially improved if an alternative measure were imposed" (Van den Bossche & Zdouc, 2013, p. 926) So, the measure at issue impact in the international trade shall be taken into account.

Considering the declaration made by thirty four chocolate and derived products exporting countries, including the Economic Community of West African States (ECOWAS) members; taking into account that the alternative proposal presented by the EWG presided by Ecuador contemplates less restrictive cadmium MLs; and, considering that the alternative proposal presented by the EWG presided by Ecuador and co-chaired by Brazil and Ghana contemplates less restrictive MLs of cadmium in chocolate and derived products, the alternative measure imply a less trade restrictive measure than the one at issue. It's possible to conclude that the measure in question is necessary to protect human life and health because, although there is a reasonable measure available which is significantly less trade restrictive, it does not achieve the appropriate health protection level desired by EU importing Member's.

4.3. Scientific basis for the SPS Measure at issue

Article 2.2 SPS Agreement points out that “an SPS measure shall be based on scientific principles and not be maintained without sufficient scientific evidence” (World Trade Organization, 1994). “These scientific requirements are further elaborated on Article 5.1 of the SPS Agreement, which provides that SPS measures must be based on a risk assessment (...) taking into account certain factors. A violation of Article 5.1 will necessarily imply a violation of Article 2.2” (Van den Bossche & Zdouc, 2013, pp. 905-908). Therefore, this subsection analyses whether the measure in question is based on a risk assessment and if it has sufficient scientific evidence.

It is important to note that the type of measure evaluated corresponds to an SPS measure aimed at food-borne risks (Van den Bossche & Zdouc, 2013, p. 915). With this in mind, it is worth mentioning that as established “(...) by the panel in EC-Approval and Marketing of Biotech Products (2006), two issues are addressed to determine whether: there is a violation of Article 5.1, (1) there is a ‘risk assessment’ within the meaning of the SPS Agreement; and (2) the SPS measure is based on a risk assessment” (Van den Bossche & Zdouc, 2013, p. 915).

Firstly, a risk assessment is defined in paragraph 4 of Annex A to SPS Agreement as

“(...) the evaluation of the potential for adverse effects on human (...) from the presence of additives, contaminants, (...) in food, beverages or feedstuffs.’ (World Trade Organization, 1994). Thus, this type of risk assessment “(...) must: (1) identify the adverse effects on human or animal health (if any) arising from the additive, contaminant, toxin or disease-causing organism in food/beverages/feedstuffs; and (2) if such adverse health effects exist, evaluate the potential for such adverse effects to occur”³².

On one hand, regarding the adverse effects, in the scientific opinion of EFSA 2011 “Statement on cadmium TWI” was pointed out that “The consumption of food is the main source of cadmium exposure for the non-smoking general population. Cadmium is toxic primarily to the kidney, particularly to the proximal tubular cells, where it accumulates over time, leading to renal dysfunction” (EFSA Panel on Contaminants in the Food Chain, 2011), and the consumption of food is the main source of cadmium exposure for the non-smoking general population.

The scientific report of EFSA 2012 “Cadmium dietary exposure in the European population” establishes that “this dietary exposure assessment used a larger dataset on consumption data (the EFSA comprehensive food consumption database) and new occurrence data compared to the assessment in 2009” (Codex Committee Contaminants in Food, 2021). Indeed, it mentions that

“Cadmium is primarily toxic to the kidney but can also cause bone demineralization either through direct bone damage or indirectly as a result of renal dysfunction; and has been statistically associated with increased risk of cancer in the lung, endometrium, bladder, and breast. The International Agency for Research on Cancer has classified cadmium as a human carcinogen (Group 1) on the basis of occupational studies (IARC, 1993)” (European Food Safety Authority, 2012, pp. 2-5).

Thus, adverse effects on human health arising from the consumption of cadmium in food have been detected.

On other hand, it shall be evaluated the potential for adverse health effects to occur. So, “the CONTAM Panel reaffirmed its previous conclusion that adverse effects are unlikely to occur in an individual with current dietary exposure (...)” (EFSA Panel on Contaminants in the Food Chain, 2011, p. 3) statement shared by EFSA³³. Nevertheless, it considers that there is a need to reduce exposure to cadmium at population level.

Besides, the CONTAM pointed that “The cross-sectional design of almost all published studies does not allow residual damage caused by past peak exposures to cadmium to be distinguished to effects resulting from much lower concurrent exposures” (EFSA Panel on Contaminants in the Food Chain, 2011, p. 13), which means that there is uncertainty about the residual damage caused by a person’s exposure to a lot of cadmium in a short time compared to another person’s exposure to little cadmium over a longer period of time, so it has not been possible to determine in what extent the intensity of cadmium exposure causes damage on humans.

Furthermore, the exposure effect relationships from people to cadmium could not be determined because the biomarkers of kidney damage used for the studies “(...) are very sensitive to changes in renal function and are influenced inter alia by factors such as gender, age, body mass index, physical exercise, meat meals, and diurnal variation”³⁴. Consequently, as affirmed in two opportunities by CONTAM and EFSA, it has been demonstrated that adverse effects are unlikely to occur in an individual with current dietary exposure.

So, there is a risk assessment covered in two reports: the EFSA Panel on Contaminants in the Food Chain (CONTAM) “Scientific Opinion on tolerable weekly intake for cadmium” of 2011 and the EFSA, “Cadmium dietary exposure in the European population” Scientific Report of 2012. However, it was found that such adverse effects are unlikely to occur. So, there is not a “risk assessment” within the meaning of the paragraph 4 of Annex to SPS Agreement.

Secondly, regarding of whether the SPS measure at issue is “based on” the risk assessment, shall be noted that in “EC-Hormones (1998) the Appellate Body held that, for an SPS measure to be ‘based on’ a risk assessment, there must be a ‘rational relationship’ between the measure and the risk assessment, and the risk assessment must reasonably support the measure” (Van den Bossche & Zdouc, 2013, p. 919). So, there is not a rational relationship between the measure at issue and the risk assessments identified for the following reasons.

The CONTAM Scientific Opinion of 2011 points out that “for cadmium the current TWI of 2.5 $\mu\text{g}/\text{kg}$ bw established in 2009 should be maintained to ensure a high level of protection of consumers and despite the CONTAM Panel reaffirmed its previous conclusion that adverse effects are unlikely to occur, there is a need to reduce exposure to cadmium at the population level” (EFSA Panel on Contaminants in the Food Chain, 2011, p. 16). Then, even when the consumption of cadmium is unlikely to cause adverse health effects CONTAM advice to maintain a TWI of 2.5 $\mu\text{g}/\text{kg}$ bw.

Moreover, the EFSA Report of 2012 identified “chocolate confectionary products as the 7th type of food that consumed in large quantities has a greater impact on the cadmium exposure diet and therefore recommended reducing the limits of its consumption as much as possible” (European Food Safety Authority, 2012, p. 34) In that sense, the EU considered a high level of protection in the measure at issue, although the report under comment suggests that cadmium concentration depends on the amount of chocolate that a person consumes.

In that sense, “Article 3.1 requires Members to base their SPS measures on international standards, guidelines and recommendations, where they exist, except as otherwise provided for in the Agreement” (Epps, 2008). Those guidelines and recommendations are the EFSA and CONTAM Reports commented on above, and the standards shall be determined in the Codex Alimentarius nevertheless it is in elaboration process.

Furthermore, the Article 5.1 “requires Members to ensure that their SPS measures are based on an assessment, as appropriate to the circumstances of the risks to human health considering risk assessment techniques developed by the relevant international organizations” (European Food Safety Authority, 2012, p. 34), like the EFSA and CONTAM, but none of them ensured that the consumption beyond 2.5 mg/kg imply a health risk to consumers.

None of the aforementioned research justifies the measure adopted by the EU, since although a cadmium ML consumption per person per week of 2.5 mg/kg was established, it was not determined what should be the recommended limits of cadmium consumption in chocolate and derived products. Thus, no ideal diet is suggested for a person to stay within the established maximum cadmium intake limit; however, the EU has adopted strict levels of cadmium content in chocolate and derived products without the support of the assessments mentioned.

Consequently, in view of the fact that there is no risk assessment within the meaning of the SPS Agreement and the measure at issue is not based on the risks assessments pointed out by themselves in the preamble of Regulation (EU) No.488/2014, the Article 5.1 of the SPS Agreement is being violated and Article 2.2 too. So, it's not necessary to determine whether this measure at issue has sufficient scientific evidence.

4.4. No arbitrary or unjustifiable discrimination

The principle of no arbitrary or unjustifiable discrimination is contemplated in Article 2.3 to SPS agreement, which, as mentioned by the panel in Australia – Salmon (Article 21.5 - Canada) (2000), can be considered to be violated if complies with “three requirements: 1) the measure discriminates between the territories of Members other than the Member imposing the measure, or between the territory of the Member imposing the measure and another Member; 2) the discrimination is arbitrary or unjustifiable; and 3) identical or similar conditions prevail in the territory of the Members compared” (Van den Bossche & Zdouc, 2013, p. 909).

Respecting the first requirement, the panel pointed out that the discrimination could occur between different products which differs from what is established in the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) where only “like” or “directly competitive or substitutable products” are comprehended. So, if the discrimination occurs between like products, depending on the analysis, the Article I referred to the Most Favoured Nation (MFN) treatment or the Article III related to the NT, both contemplated in the GATT 1994 could being violated.

But whether the discrimination occur between different products with same or similar health risks (World Trade Organization, 1998), the Article 2.3 of the SPS Agreement could being violated depending on the analysis of the criteria referred to this rule. It's important to remember that a violation of Article 5.5 of the SPS Agreement implies a violation of Article 2.3. Thus, if the importing member's appropriate level of protection for cadmium is not the same for other contaminants, that is discriminatory and consequently violates Article 2.3 of the SPS Agreement.

Firstly, it is important to determine if there is a discriminatory treatment by the EU in setting desired levels of protection for cadmium in chocolate and derived products compared to other products that are different but represent the same or similar health risks. According to the EFSA 2012 report “Cadmium dietary exposure in the European population”, a comparative table shows that products other than chocolate and its derivatives contribute to the dietary exposure to cadmium of the European population and involve the same or similar health risks as chocolate and its derivatives.

To practical effects at following it's showed a table to expose differences of chocolate and derived products in comparison to different products.

Different products with same or similar health risk	Contribution to dietary exposure	Maximum cadmium content levels determined by the EU and Regulation
Potatoes	13.2%	0.10 mg/kg in the Regulation (EU) No. 488/2014
Bread and rolls	11.7%	Not determined
Fine bakery wares	5.1%	Not determined
Milk chocolate with a total dry matter content of cocoa < 30 %	4.3%	0,10 mg/kg in the Regulation (EU) No. 488/2014
Chocolate with a total dry matter content of cocoa < 50 %; milk chocolate with a total dry matter content of cocoa ≥ 30 %		0,30 mg/kg in the Regulation (EU) No. 488/2014
Chocolate with a total dry matter content of cocoa ≥ 50 %		0,80 mg/kg in the Regulation (EU) No. 488/2014
Cocoa powder sold to the final consumer or as an ingredient in sweetened cocoa powder sold to the final consumer (drinking chocolate)		0,60 mg/kg
Leafy vegetables	3.9%	0.20 mg/kg in the Regulation (EU) No. 488/2014
Water mollusks	3.2%	1,0 only for bivalve mollusks in the Regulation (EU) No. 488/2014

Table 4

Chocolate and derived products were differentiated in grey color. In comparison with the rest of the products, the equality between the MLs of cadmium content contemplated for potatoes and for milk chocolate with a total dry matter content of cocoa < 30% stands out, despite the fact that the latter contributes less than half of the dietary exposure to cadmium (4.3%) than potatoes (13.2%).

The EU has not determined cadmium MLs content for products such “Bread and rolls” and “Fine bakery wares” although these represent a higher level of dietary exposure to cadmium (11.7% and 5.1% respectively) than chocolate and derived products (4.3%), nor has it determined maximum cadmium content levels for all water mollusks, just for the bivalve mollusks (3.2%). It is also clear that the maximum cadmium content allowed for Leafy vegetables is twice as high (0.20 mg/kg) as that permitted for Milk chocolate with a total dry matter content of cocoa < 30%, even there is only a 0.4% difference in dietary exposure to cadmium between those products.

As mentioned before the EU importing members determined an appropriate high level of protection governing all provisions of Regulation (EU) No.488/2014 showing inconsistency with the findings on dietary exposure to cadmium set out in the EFSA 2012 report cited by the EU itself in the explanatory statement to the same regulation. Therefore, there is a violation of Article 5.5 of the SPS Agreement and consequently Article 2.3, although a high level of appropriate protection is expressly contemplated for all the products contemplated in the regulation in question, there is inconsistency between the cadmium MLs content imposed and the dietary exposure established or omitted to be imposed on products such as potatoes, bread and rolls, and fine bakery wares. Then, there is not a consistent level of protection³⁵.

Secondly, it assesses the possible violation of Article I GATT 1994 MFN standard which imply that the advantage granted to the EU by Regulation (EU) No.488/2014 concerning imports of chocolate and derived products originating in another country, should be granted immediately and unconditionally to any similar product originating in the territories of all other parties. So, considering these criteria: 1) the products properties, nature and quality, i.e. their physical characteristics; 2) the

products end-uses; 3) consumers tastes and habits, also consumers perceptions and behaviour, in respect of the products; and 4) the products tariff classification (Van den Bossche & Zdouc, 2013, pp. 327-389). The following products similar to chocolate and derived products listed in commodity code 1806³⁶ have been found:

- “Cocoa powder, containing added sugar or other sweetening matter.
- Chocolate and other preparations in blocks, slabs or bars weighing more than 2 kg or in liquid, paste, powder, granular or other bulk form in containers or immediate packings, of a content exceeding 2 kg.
- Chocolate and other food preparations containing cocoa; in blocks, slabs or bars, filled, weighing 2 kg or less.
- Chocolate and other food preparations containing cocoa; in blocks, slabs or bars, (not filled), weighing 2 kg or less.
- Chocolate and other food preparations containing cocoa; n.e.s in chapter 18” (United Nations, 2019).

Having identified the like products to chocolate and derived products, definitively there is no violation of Article I GATT 1994, since the MLs established by Regulation (EU) No.488/2014 apply equally to all countries exporting chocolate and derived products to the EU without granting any advantage.

For like products was not found that the EU gives any advantage to one or more of the countries exporting chocolate and derived products compared to other exporting countries because although there are similar products for which maximum cadmium levels have not been determined, this benefits all exporting countries equally. Regarding to the violation of Article III GATT 1994, once it has been determined which are the products similar to chocolate and derived products to which the cadmium MLs content should apply equally.

From the EU comments for the CCCF in the 14th Session and as exposed in the table 3 and the similar products to chocolate and derived products listed under the commodity code 1806, it appears that the EU has not imposed maximum cadmium content levels and proposes not to set a codex ML in “Cocoa powder, containing added sugar or other sweetening matter” because it is considered that there is a lower significance of this commodity for international trade (Codex Committee Contaminants in Food, 2021).

However, a review of the data from countries exporting cocoa powder containing added sugar or other sweetening matter (Commodity No. 180610) to the rest of the world shows that the following EU members have had significant exports of this product to the rest of the world during the 2019:

- “Germany (2do biggest exporter) with a commercial value of US\$ 43 456 043
- Ireland (4to biggest exporter) with a commercial value of US\$ 34 325 879
- Italy (8vo biggest exporter) with a commercial value of US\$ 18 532 913
- Hungary (10mo biggest exporter) with a commercial value of US\$ 18 092 906” (United Nations, 2019).

Clearly, the export of cocoa powder containing added sugar or other sweetening matter by EU member countries is relevant. Therefore, Article III on NT has been violated, since the assumptions of the three tier test of consistency because 1) the measure in question are requirements contained

in Regulation (EU) No.488/2014 that affect the sale of chocolate and derived products; 2) the imported products, which are chocolates and derived products and cocoa powder containing added sugar or other sweetening matter, are similar products since they have the same final uses, properties, are in accordance with the consumers' tastes and are in the same tariff classification; 3) the imported products, which are chocolates and derived products, are subject to compliance with certain levels of cadmium, which implies that they are subject to a less favourable treatment than cocoa powder containing added sugar or other sweetening matter exported to the world by the EU MS.

5. Proposal for alternative measures less restrictive of international trade

Having demonstrated that the measure in question was not based on a risk assessment within the meaning of paragraph 4 of the Annex to SPS Agreement, as well as violating Article 5.5 and the Article 2.3 of the SPS Agreement, and that the measure in question violates the MFN standard of Article III to SPS Agreement, alternative measures to the measure in question are set out below.

5.1. Labelling of chocolate and derived products

Let's take into consideration that the cadmium consumption in food depends on people's eating habits; that is, on their diet and living conditions. For example, if the person is a smoker, vegetarian, lives in a place with too much pollution³⁷ or eat a lot³⁸, it will accumulate a higher level of cadmium in the body. It is considered that it would be most appropriate to label chocolate and derived products by providing final consumers with a warning about the level of cadmium in each product, this measure does not unjustifiably restrict trade and allows consumers to make an informed choice.

Firstly, throughout the Proposition 65 settlement agreement, which "requires businesses to provide warnings to Californians about significant exposures to chemicals that cause cancer, birth defects or other reproductive harm" (California Government). "The Californian state has set the following MLs of cadmium in chocolate" (Tromba, 2019):

Cacao percentage in product	Cadmium concentration above which a warning is required (between 2019-2025)	"Drop down" Cadmium concentration above which a warning is required (from 2525)
< 65%	0.400 ppm	0.320 ppm
≥ 65% - ≤ 95%	0.450 ppm	0.400 ppm
> 95%	0.960 ppm	0.800 ppm ³⁹

The cadmium MLs in the aforementioned agreement are wider than those contemplated in Regulation (EU) No.488/2014. Moreover, it has been considered that they should be progressively reduced from their entry into force until 6 years later, which gives chocolate and derived products producers a reasonable margin of time to adapt to the new standard.

Under this provision, chocolates and derived products exceeding the established cadmium MLs content will be able to continue being marketed as long as they have warning labelling aimed at the end consumer. Besides, the modified text of Article 6 called "Clear and reasonable warnings regulations", section 25600.2 about the responsibility to provide consumer product exposure warnings of October 4th 2019, Title 27 of the California code of Regulations (California Office of Environmental Health Hazard Assessment, 2019), points out who should comply with product labelling, what pollutants should be considered on prevention labels and has legal responsibility in case of labelling omission as explained below.

Secondly, according to the considering b) of the Section 25600.2⁴⁰. The manufacturer, producer, packager, importer, supplier, or distributor of chocolate and derived products shall comply by introducing a warning on them or providing a written notice directly to the authorized agent for the business to which they are selling or transferring the product or to the authorized agent for a retail seller.

Everything in compliance of the Section 25249.6 Act (California Health and Safety Code, 2020) which points out that “No person in the course of doing business shall knowingly and intentionally expose any individual to a chemical known to the state to cause cancer or reproductive toxicity without first giving clear and reasonable warning to such individual, except as provided in Section 25249.10”. It is then clear that the subjects involved in the production and distribution chain of the product have the responsibility to include the warning label on the products or could transfer that responsibility in writing to the subject who made the sale to the final consumer.

In the second scenario, the written notice sent directly to the authorized agent for the business or to the authorized agent for a retail seller shall contain some details⁴¹. So, the manufacturer, producer, packager, importer, supplier, or distributor compose the subjective scope of this warning legal disposition who always have the possibility to transfer this duty to the authorized agent for the business or to the authorized agent for a retail seller that will offer the chocolate and derived products to the final consumers. In this way the consumer is allowed to make an informed choice about the consumption of the products.

Thirdly, as mentioned in recital (b) 1 of Section 25600.2, prevention labelling is done on products that result in the exposure of one or more chemicals detailed in the Proposition 65 list which “contains a wide range of naturally occurring and synthetic chemicals that include additives or ingredients in pesticides, common household products, food, drugs, dyes, or solvents, among others” (California Government).

Among the products listed is cadmium as a contaminant that could cause cancer and reproductive toxicity, the latter especially in males. Thus, the “safe harbor levels established were:

- Cancer, no significant risk level-inhalation of 0.5 mg/day.
- Reproductive toxicity, maximum allowable dose level-oral of 4.1 mg/day” (California Office of Environmental Health Hazard Assessment, 2019, p. 2).

These levels were determined based on the Report “Maximum Allowable Dose Level for Cadmium (Oral Route)” (Office of Environmental Health Hazard Assessment, 2001) and the Report “Evidence on Developmental and Reproductive Toxicity of Cadmium” (Office of Environmental Health Hazard Assessment, 1996), which evidently contemplate broader maximum levels of cadmium content in food than the Regulation (EU) No.488/2014.

Fourthly, the Section 25607.2 “Food Exposure Warnings – Content” contemplates that the warning labels shall include the following elements:

“(1) The word “WARNING” in all capital letters and bold print.

(...) (5) For exposures to a chemical that is listed as both a carcinogen and a reproductive toxicant, the words, “Consuming this product can expose you to chemicals such as [name of one or more chemical], which is [are] known to the State of California to cause cancer and birth defects or other reproductive harm. For more information go to www.P65Warnings.ca.gov/food” (Office of Environmental Health Hazard Assessment, 2016).

The label must count on the word “WARNING” in bold print letters, the name of the chemical (cadmium), the affirmation that these chemical element is known to the State of California to cause negative effects in the population, the specification of the illnesses that the mentioned chemical element can cause cancer and birth defects or other reproductive harm, and the URL direction of the Proposition 65 in order to enable consumers to get more information by themselves.

Besides, there are some examples of chocolate and derived products which mention the content of cadmium on them⁴². There are three labels (Saving the world one ingredient at time, 2018) which show the presence of cadmium in the products on the front side and as part of the advertising design of the brand, but this is not sufficient to comply with the elements requested by Proposition 65, possibly the text requested by the standard is on the back of those products. Otherwise, the parties responsible for marketing them would incur on legal liability.

While the rest of the products have included the text requested by Proposition 65 as highlighted; however, it is clear that the fourth product (Viva naturals, 2019) only complies with two of the elements requested by the standard which are the word warning in bold and capital letters, the diseases that cadmium can cause in people and the URL address for more information, but it is obvious to cite the name of the chemical element which in this case is cadmium and the fact that the state of California is aware of the probability of occurrence of the diseases mentioned above.

Fifthly, provided that the written notification was received in accordance with recitals (b) and (c) “The retail seller is responsible for the placement and maintenance of warning materials, including warnings for products sold over the internet, that the retail seller receives (...)” (California Office of Environmental Health Hazard Assessment, 2019, p. 3). So, the retail seller shall ensure that warning labels remain on products until they are purchased by the final consumer.

Moreover, the retail seller acquires the responsibility to provide the warning labels in the chocolate and derived products when is the owner of the brand under which the product is marketed or licensed by the retail seller or an affiliated entity; if manufactured a product containing one of the listed contaminants; hides a warning label that was already attached to the product; sell the product without the warning label knowing that there is a duty to put them; and there are no manufacturer, producer, packer, importer, supplier or distributor of the product is responsible for complying with this legal provision (Viva naturals, 2019).

Consequently, the “Penalties for violating Proposition 65 by failing to provide warnings can be as high as \$2,500 per violation per day” (California Government). So, the responsibility lies with the retail seller and failure to comply with warning labelling as required by the standard could result in fairly high financial penalties.

Sixthly, in respect to the justification in Article 5.5 SPS Agreement the labelling measure for chocolates and derived products adopted by California does not unjustifiably restrict trade by leaving it up to consumers to make an informed choice. The measure applied takes into account the disposition established in the second paragraph of Article 5.5 of the SPS Agreement about the guidelines adopted by the SPS Measures Committee in which one disposition establishes that “the exceptional character of human health risks to which people voluntarily expose themselves” (World Trade Organization, 1994) shall be taken into account by the WTO Members when establishing the appropriate level of protection for its population with respect to a product.

Thus, the guideline about the application of the appropriate level of protection concept A.8 establishes that

“A Member should clearly identify those situations which it considers justify its acceptance exceptionally of a lower level of protection for human health specifically with respect to risks to which people voluntarily expose themselves (...)” (Committee on Sanitary and Phytosanitary Measures, 2000).

Therefore, like California, the EU MS should have considered imposing a lower appropriate level of protection in relation to the cadmium MLs in chocolate and derived products, since the amount of cadmium consumed depends on consumers' tastes, habits, and daily diet. It is very likely that consumers will consume a greater amount of chocolate and derived products because such a decision is subject to their knowingly acceptance.

Population itself exposes to the greatest amount of cadmium in its body. It would be better if the decision of consumption is informed rather than to diminish the international trade imposing a high level of protection which will damage the quality of the product and in the long run affect its consumption quantitatively. This could eventually lead to "a violation of Article XI of the SPS Agreement for violating the ban on quantitative restrictions on trade"⁴³.

5.2. Precautionary Principle application

Since the CCCF has not yet finalized the Codex standard on the risk that cadmium content in chocolate and derived products would represent for human health, nor has the outcome of the JECFA evaluation on cadmium been issued. It would be most appropriate for the EU to adopt interim SPS measures as required by the Precautionary Principle.

In that way, the Precautionary Principle of Article 5.7 to SPS Agreement⁴⁴ was interpreted by the Panel and confirmed by the Appellate Body, in Japan – Agricultural Products II (1999) and US/Canada – Continued Suspension (2008)⁴⁵ and "(...) is reflected in the sixth paragraph of the Preamble and Article 3.3 of the SPS Agreement" (Van den Bossche & Zdouc, 2013 p.931). Thus, the requirements to comply with the legal disposition of Article 5.7 of the SPS Agreement will be reviewed at following.

Firstly, about the insufficiency of relevant scientific evidence, also the existence of evidence supporting other point of view shall be considered (Van den Bossche & Zdouc, 2013, p. 931). Shall be demonstrated that there is scientific evidence supporting more permissible levels of cadmium in chocolate and derived products. As explained in the point 4 c) of this research there is not a risk assessment within the meaning of the paragraph 4 of the Annex of the SPS Agreement to impose the MLs of cadmium content that were determined by the Regulation (EU) No.488/2014.

The EWG presided by Ecuador and co-chaired by Brazil and Ghana proposed MLs of cadmium content in chocolate and derived products as it is exposed in the Annex 1 of this research based in the proportionality and ALARA principles by an analysis from the cadmium presence database provided in Global Environment monitoring System (GEMS)/Food updated at the request of the WHO 10 July 2019. The EWG explains that ALARA principle previously employee by the "CCCF [which] used a figure of approximately 5% of samples as a 'cut-off' point for determining an achievable ML. So, if 95% of samples have a cadmium content below certain level, which is deemed achievable and may be proposed as a ML" (Codex Committee on Contaminants in Foods, 2015, p. 5). Then, the cadmium MLs content proposed by the EWG were based on ALARA Principle previously used by the CCCF.

The proportionality principle was also used "(...) to propose an ML for chocolate containing or declares $\geq 30\%$ to 70% total cocoa solids (0.9 mg/kg); as well as the ML proposed to the Codex Alimentarius Commission [CAC] 41 by the CCCF13 for chocolates with $< 30\%$ total cocoa solids (0.3 mg/kg)" (Codex Committee on Contaminants in Foods, 2020b), which was rejected by the EU since the public consuming these products is not the same (Codex Committee Contaminants in Food, 2021). There is lack of relevant scientific evidence presented by the EU and there is evidence which support the maximum levels proposed by the EWG based in the ALARA principle, the proportional principle and the data provided in the GEMS/Food updated at the request of the WHO 10 July 2019.

Secondly, in respect to the existence of available pertinent information, ‘the Appellate Body in the US/Canada – Continued Suspension (2008) cases, held that this refers to situations where there is some evidentiary basis indicating the possible existence of a risk, but not enough to permit the performance of a risk assessment’ (Van den Bossche & Zdouc, 2013, p. 930). Therefore, it is sufficient that there is evidence of risk to health for provisional health measures to be taken: The EFSA CONTAM Report of 2011 (EFSA Panel on Contaminants in the Food Chain, 2011) and the EFSA Report of 2012 (European Food Safety Authority, 2012 p. 29) which updates the information contained in the report of the EFSA of the 2009 (EFSA Panel on Contaminants in the Food Chain, 2011). Thus, it shall be noted that there is some evidence that the high level of cadmium in chocolates and derived products could represent a health risk for the consumer population, but this evidence is not sufficiently decisive for them to take definitive SPS measures.

Thirdly, in respect to seeking of information for a more objective assessment of risk the Appellate Body in Japan Agricultural Products II (1999) and US/Canada – Continued Suspension (2008) clarified this requirement in three aspects⁴⁶. From the development made by the appeal body in the above cases, it can be understood that the EU will have to make every effort to verify and demonstrate in a reliable and accurate manner that cadmium high levels represent a health risk and thus base the maximum limits imposed on a risk assessment as set out in Article 5.1 of the SPS Agreement assessed in subsection 2.3.3 a) of this research.

Fourthly, about the review within a reasonable period of time. The WTO not determined expressly a period of time in Article 5.7 instead made reference to a reasonable period of time, interpreted by “the Appellate Body in Japan Agricultural Products II (1999) as the one that depends on the specific circumstances of each case, including the difficulty obtaining additional information necessary for the review and the characteristics of the provisional SPS measure” (Van den Bossche & Zdouc, 2013, p. 931).

Thus, in order to determine a reasonable period of time to carry out a risk assessment on tolerable cadmium MLs content, it should be taken into consideration that, both the Codex Alimentarius and the JECFA report are under development. There are limitations regarding sampling to estimate what the cadmium MLs for the European population would be, as they are not representative of all member countries as recognized in section 5 of the EFSA Panel on Contaminants in the Food Chain (CONTAM) Report of 2011 called (2011).

Finally, regarding the characteristics of the SPS measure according of what was established in the case Japan-Agricultural Products II (World Trade Organization, 1999) it shall be considered that the requirements of the Article 5.6 of the SPS Agreement. There is an alternative measure reasonably available to the measure at issue, which was presented by the EWG presided by Ecuador and co-chaired by Brazil and Ghana that is significantly less trade restrictive than the contested measure, it does not comply with the high appropriate level of protection determined by the European importing members.

6. Conclusions

Firstly, despite there is an alternative measure proposed by the EWG which is reasonably available due to the countries which expressed themselves to be affected by the measure in question agree with the cadmium MLs set in the proposed alternative measure, which indicates that they have the technical and economic feasibility of making changes to enable them to produce chocolate and derived products according with these MLs. The alternative measure proposed by the EWG does not achieve the high level of protection determined by the importing European member countries. Thus, the measure at issue is not based on a risk assessment within the meaning of the paragraph 4 of the Annex to SPS Agreement because even when it took place, there is no potentially adverse effects in the health of the European consumers to occur. So, the measure at issue does not comply with the Article 5.1 of the SPS Agreement which necessarily imply a violation of Article 2.2 of the same legal Agreement.

Secondly, a consistent level of protection has not being determined by the European importing members due to there is inconsistency between the cadmium MLs content imposed and the dietary exposure that is imposed and/or omitted to be imposed on products such as potatoes, bread and rolls and fine bakery wares. So, there is a violation of Article 5.5 which implies a violation of Article 2.3 of the SPS Agreement.

Thirdly, the measure at issue does not comply with the standard of NT of Article III, GATT 1994 because the EU imposed cadmium MLs content for chocolate and derived products, but at the same time stated that it is not necessary to set cadmium MLs for cocoa powder containing added sugar or other sweetening matter because of its irrelevance in the market. However, European countries such as Germany, Ireland, Italy and Hungary present themselves as major exporters of this products to the world, which gives their nationals more favourable treatment than which is given to the foreigners.

Fourthly, there are two alternative options less restrictive to the international trade than the measure at issue: 1) Labelling of chocolate and derived products with a warning following determined parameters and 2) Issuing a provisional measure based on the precautionary principle contemplated in Article 5.7 SPS Agreement which is less restrictive to international trade.

Finally, the hypothesis raised was verified in its entirety, but not the sub hypotheses because even when the violation of Articles 5.1 and 2.2 to SPS Agreement was discovered, since the measure in question is not based on a risk assessment within the meaning of para. 4 of its Annex. Likewise, a violation of Articles 5.5 and 2.3 to SPS Agreement was found, because the European importing members did not impose a similar level of protection on different products that pose the same risk to consumers health. It was not demonstrated that the measure at issue generates an unjustified differentiation between exporting countries but between exporting and European countries, strictly speaking national countries.

1 G/SPS/GEN/1587, G/SPS/GEN/1602, G/SPS/GEN/1624 and G/SPS/GEN/1792.

2 Peru, Colombia, Ecuador, Côte d'Ivoire, Plurinational State of Bolivia, Guatemala, Indonesia, Nicaragua, Trinidad and Tobago, El Salvador, Panama, The United States, The Bolivarian Republic of Venezuela, Costa Rica, Brazil, The Dominican Republic, Ghana, Madagascar and Nigeria have expressed concern about the impact on their exports. Moreover, in the 2-3 November 2017 meeting "(...) the ECOWAS representative indicated that members also shared the concern" (Committee on Sanitary and Phytosanitary Measures, 2017).

3 The highlight is mine.

4 The sixth recital expressly mention the following: "(...) For some foodstuffs that are important contributors to the exposure for certain population groups (chocolate and cocoa products, foods for infants and young children) maximum levels have not yet been established. It is therefore necessary to establish maximum levels of cadmium for those foodstuffs" [The highlight is mine] (European Commission, 2014b).

5 The eighteenth recital points out that “MS and food business operators should be allowed time to adapt to the new maximum levels established by this Regulation for cocoa products and foods for infants and young children. The date of application of the maximum levels of cadmium for those commodities should therefore be deferred” [The highlight is mine] (European Commission, 2014b).

6 These “is a safety principle designed to minimize radiation doses and releases of radioactive materials. More than merely best practice, ALARA is predicated on legal dose limits for regulatory compliance and is a requirement for all radiation safety programs” (IDEXX Laboratories, 2009).

7 Article 1.1 to SPS Agreement establishes the following: “This Agreement applies to all SPS measures which may, directly or indirectly, affect international trade. Such measures shall be developed and applied in accordance with the provisions of this Agreement” [The highlight is mine] (World Trade Organization, 1994).

8 “1) the sovereign right of WTO Members to take SPS measures; 2) the obligation to take or maintain only SPS measures necessary to protect human, animal or plant life or health (the ‘necessity requirement’); 3) the obligation to take or maintain only SPS measures based on scientific evidence (the ‘scientific disciplines’); 4) the obligation not to adopt or maintain SPS measures that arbitrarily or unjustifiably discriminate or constitute a disguised restriction on trade (the ‘non-discrimination’ requirement)” (Van den Bossche & Zdouc, 2013, p. 900).

9 At this respect Van den Bossche points out that “The basic disciplines are set out in Articles 2.2 and 2.3 and are further elaborated upon in other provisions of SPS Agreement. These provisions incorporate the existing GATT rules applicable to health measures and introduce new requirements for the use of SPS measures” (2013, p. 904).

10 The Regulation (EU) 488/2014 just considered this value: $\geq 50\%$ (European Commission, 2014b).

11 At this respect the EU is of the opinion of the need for a stricter ML to ensure sufficient protection of all consumers, in particular children (Codex Committee on Contaminants in Foods, 2021).

12 The highlight is mine.

13 At this respect, The EFSA Panel concluded that although adverse effects are unlikely to occur in an individual with current dietary exposure there is a need to reduce exposure to cadmium at the population level because of the limited safety margin (European Food Safety Authority, 2012, p. 3).

14 Ibid.

15 At this respect, Karttunen points that the “SPS Agreement adds a requirement specific to SPS subject matter, requiring all WTO Members to apply a consistent level of protection against risks to human life or health, or to animal and plant life or health, as well as to avoid discrimination or disguised restrictions to trade” (2020, p. 38).

16 This is the tariff classification. Specifically, “The first six digits refer to the classification in the WCO Harmonized System (HS). This classification is further subdivided by the European Union into the eight-digit Combined Nomenclature (CN) codes. For import declarations, these codes are subdivided further into ten-digit Taric codes. For import and export customs declarations, commodities need to be classified in the Combined Nomenclature” (Taric support, 2019).

17 “(...) subgroups of population, such as vegetarians, children, and people living in highly contaminated areas, may exceed the TWI by up to 2-fold” (EFSA Panel on Contaminants in the Food Chain, 2011, p. 11).

18 “Food consumed in larger quantities had the greatest impact on dietary exposure to cadmium” (European Food Safety Authority, 2012, p. 1).

19 These acronyms mean “parts per million” (United States Environmental Protection Agency, 2015).

20 “The manufacturer, producer, packager, importer, supplier, or distributor of a product may comply by providing a warning on the product label or labeling that satisfies Section 25249.6 of the Act, or by providing a written notice directly to the authorized agent for the business to which they are selling or transferring the product or to the authorized agent for a retail seller, so long as the business to which they are providing the notice is subject to Section 25249.6 of the Act.” (California Office of Environmental Health Hazard Assessment, 2019).

21 “(1) State that the product may result in an exposure to one or more listed chemicals; (2) Include the exact name or description of the product or specific identifying information for the product such as a Universal Product Code or other identifying designation; (3) Include all necessary warning materials such as labels, labeling, shelf signs or tags, and warning language for products sold on the internet, that satisfies Section 25249.6 of the Act; and (4) Be renewed annually during the period in which the product is sold in California by a retail seller” (California Office of Environmental Health Hazard Assessment, 2019, p.2).

22 Find labelling examples in: Saving the world one ingredient at time. (2018, February 1st). Good food fighter. <https://goodfoodfighter.com/chocolate-now-labeled-lead-content/>; Viva naturals. (2019, January 1st). Cacao Nibs. <https://vivanaturals.com/products/cacao-nibs>; Food pharmacy. (2019, January 1st). Rapunzel, organic cocoa powder, 7.1 oz (201 g). <https://foodpharmacy.blog/rapunzel-organic-cocoa-powder.html>. Rapunzel, organic cocoa powder, 7.1 oz (201 g). <https://foodpharmacy.blog/rapunzel-organic-cocoa-powder.html>; and, Cleppe, T. (2020, June 2nd). NUG Cannabis-Infused milk chocolate bar (2018 Review). NuggMD. <https://www.nuggmd.com/blog/nug-milk-chocolate-bar-edible-review>.

23 At this respect, in the case India – Quantitative Restrictions (1999) and India – Autos (2002) the Panel determined that to establish the violation of Article XI to SPS Agreement it's enough to “(...) identify not merely a condition placed on importation, but a condition that is limiting, i.e. that has a limiting effect (...) that limiting effect must be on importation itself” (Van den Bossche & Zdouc, 2013, p. 484).

24 Article 5.7: “In cases where relevant scientific evidence is insufficient, a Member may provisionally adopt SPS measures on the basis of available pertinent information, including that from the relevant international organizations as well as from SPS measures applied by other Members. In such circumstances, Members shall seek to obtain the additional information necessary for a more objective assessment of risk and review the sanitary or phytosanitary measure accordingly within a reasonable period of time” (World Trade Organization, 1994).

25 “Panel and confirmed by the Appellate Body, in Japan – Agricultural Products II (1999) and US/Canada – Continued Suspension (2008), namely, that the measure must: (1) be imposed in respect of a situation where relevant scientific evidence is insufficient, (2) be adopted on the basis of available pertinent information; (3) not be maintained unless the Member seeks to obtain the additional information necessary for a more objective assessment of risk; and (4) be reviewed accordingly within a reasonable period of time” (Van den Bossche & Zdouc, 2013, p. 927).

26 “(1) the insufficiency of scientific evidence is not a perennial state, but a transitory one; as of the adoption of the provisional measure, a WTO Member must make best efforts to remedy the insufficiency; (2) Article 5.7 does not specify what actual results must be achieved; the obligation is to seek to obtain additional information; and (3) the information sought must be germane to conducting a risk assessment within the meaning of Article 5.1” (Van den Bossche & Zdouc, 2013, p. 931).

References

- California Government. Proposition 65: your right to know! Ca.Gov. <https://www.p65warnings.ca.gov/>
- California Health and Safety Code. (2020, 18 September). Casetext. <https://casetext.com/statute/california-codes/california-health-and-safety-code/division-20-miscellaneous-health-and-safety-provisions/chapter-66-safe-drinking-water-and-toxic-enforcement-act-of-1986/section-252496-required-warning-before-exposure-to-chemicals-known-to-cause-cancer-or-reproductive-toxicity>
- California Office of Environmental Health Hazard Assessment, O. E. H. H. A. (2019, 4 October). Modification of Text of Proposed Regulation - Responsibility to Provide Consumer Product Exposure Warnings. OEHHA. <https://oehha.ca.gov/proposition-65/cnrn/notice-modification-text-proposed-regulation-title-27california-code-1>
- Codex Committee on Contaminants in Foods. (2020) Proposed draft MLs for cadmium in chocolates and cocoa-derived products, (CX/CF 20/14/6). <http://www.fao.org/fao-who-codexalimentarius/codex-texts/list-standards/en/>
- Committee on Sanitary and Phytosanitary Measures. (2017, December). Summary of the meeting of 2 - 3 November 2017 (G/SPS/R/88). World Trade Organization. https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?FullTextHash=1&MetaCollection=WTO&SymbolList=%22G/SPS/R/88%22+OR+%22G/SPS/R/88*%22
- Committee on Sanitary and Phytosanitary Measures. (2017, October). Communication G/SPS/GEN/1587. World Trade Organization. https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?FullTextHash=1&MetaCollection=WTO&SymbolList=%22G/SPS/GEN/1587%22+OR+%22G/SPS/GEN/1587/*%22
- Committee on Sanitary and Phytosanitary Measures. (2018, February), Communication. (G/SPS/GEN/1602). World Trade Organization. https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?FullTextHash=1&MetaCollection=WTO&SymbolList=%22G/SPS/GEN/160%22+OR+%22G/SPS/GEN/160*%22
- Committee on Sanitary and Phytosanitary Measures. (2018, June), Communication. (G/SPS/GEN/1624). World Trade Organization. https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?FullTextHash=1&MetaCollection=WTO&SymbolList=%22G/SPS/GEN/1624%22+OR+%22G/SPS/GEN/1624/*%22
- Committee on Sanitary and Phytosanitary Measures. (2018, October). Minute. (G/SPS/R/92). World Trade Organization. https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?FullTextHash=1&MetaCollection=WTO&SymbolList=%22G/SPS/R/92/Rev.1%22+OR+%22G/SPS/R/92/Rev.1/*%22
- Committee on Sanitary and Phytosanitary Measures. (2020, June). Communication. (G/SPS/GEN/1792) https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?DataSource=Cat&Query=@MeetingId=189960&Language=English&Context=ScriptedSearches&languageUIChanged=true
- Committee on Sanitary and Phytosanitary Measures. (2000, July 18th). Guidelines to Further the Practical Implementation of Article 5.5 (G/SPS/15). https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP
- Codex Committee Contaminants in Food. (2019, July). The 14th Session: Request for comments at Step 6 on the draft maximum level for cadmium in chocolates containing or declaring <30% total cocoa solids on a dry matter basis (CL 2019/81 CF). European Union. https://ec.europa.eu/food/horizontal-topics/international-affairs/international-standards/codex-alimentarius/cccf_en

- Codex Committee Contaminants in Food. (2020a) The 14th Session, TBD: Proposed draft maximum levels for cadmium in chocolates and cocoa derived products (CL 2020/19-CF).
- Codex Committee Contaminants in Food. (2020b, July 1st) Proposed draft MLs for cadmium in chocolates and cocoa-derived products, (CX/CF 20/14/6).
- Codex Committee Contaminants in Food. (2021, May 13th). The 14th Session, Request for comments on work on maximum levels for cadmium in certain categories of chocolates and cocoa derived products (CL 2020/50-CF).
- Cleppe, T. (2020, June 2nd). NUG Cannabis-Infused milk chocolate bar (2018 Review). NuggMD. <https://www.nuggmd.com/blog/nug-milk-chocolate-bar-edible-review>
- EFSA Panel on Contaminants in the Food Chain (CONTAM). (2011). Statement on tolerable weekly intake for cadmium. *EFSA Journal*, 9(2), 19. <https://efsa.onlinelibrary.wiley.com/doi/pdf/10.2903/j.efsa.2011.1975>
- Epps, T. (Ed.). (2008). A Science-based Approach [Libro electrónico]. En *International Trade and Health Protection: A Critical Assessment of the WTO's SPS Agreement*. Edward Elgar Publishing. <https://www.e-elgar.com/shop/gbp/international-trade-and-health-protection-9781847206572.html>
- European Food Safety Authority. (2012). Cadmium dietary exposure in the European population, 10(1), 1–37. <https://efsa.onlinelibrary.wiley.com/doi/pdf/10.2903/j.efsa.2012.2551>
- European Food Safety Authority. (2009, January). Scientific Opinion of the Panel on Contaminants in the Food Chain (Question No EFSA-Q-2007-138). <https://efsa.onlinelibrary.wiley.com/doi/pdf/10.2903/j.efsa.2009.980>
- European Commission. (2014, April). Recommendation on the reduction of the presence of cadmium in foodstuffs (2014/193/EU). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014H0193&from=EN>
- European Commission. (2014b, May 12ve). COMMISSION REGULATION (EU) No 488/2014 of 12 May 2014 amending Regulation (EC) No 1881/2006 as regards maximum levels of cadmium in foodstuffs. *EUR-Lex*. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32014R0488>
- Food and Agriculture Organization/World Health Organization. (2010, June). Summary and Conclusions of the Seventy - third meeting (No 73). Joint FAO/WHO Expert Committee on Food Additives. <https://www.who.int/foodsafety/publications/chem/summary73.pdf>
- Food pharmacy. (2019, January 1st). Rapunzel, organic cocoa powder, 7.1 oz (201 g). <https://foodpharmacy.blog/rapunzel-organic-cocoa-powder.html>
- IDEXX Laboratories. (2009). ALARA principle for minimizing radiation exposure. ALARA principle for minimizing radiation exposure, 2(2), 1. <https://n9.cl/dn2f>
- Karttunen, M. B. (2020). *The Legal Principles Applying to Domestic Regulations under the SPS and TBT Agreements: Finding a Balance between Regulatory Autonomy and Free Trade*. Cambridge University Press.
- Office of Environmental Health Hazard Assessment (OEHHA). (1996, October 1st). Evidence on developmental and reproductive toxicity of cadmium. Reproductive and Cancer Hazard Assessment Section. <https://oehha.ca.gov/media/downloads/crnrcd-hid.pdf>
- Office of Environmental Health Hazard Assessment (OEHHA). (2001, May 1st). Proposition 65 Maximum Allowable Daily Level (MADL) for Reproductive Toxicity for Cadmium (Oral Route). Reproductive and Cancer Hazard Assessment Section. <https://oehha.ca.gov/media/downloads/crnrcadmium20madlfinal.pdf>

- Office of Environmental Health Hazard Assessment (OEHHA). (2016, March 25th). Proposed repeal of article 6, sections 25601 through 25605.2 adopt new article 6. <https://oehha.ca.gov/media/downloads/crnrt/art6modifiedtextclear032516.pdf>
- Saving the world one ingredient at a time. (2018, February 1st). Good food fighter. <https://goodfoodfighter.com/chocolate-now-labeled-lead-content/>
- Taric support, B. V. (2019, January 1st). Heading 1806: Chocolate and other food preparations containing cocoa. Taric support. <https://www.taricsupport.com/nomenclature/1806905000.html>
- Torres, P. (2020). Subsection 3.2.7 of the Annex to Regulation (EU) No.488/2014 concerning the maximum cadmium content in chocolate and derived products under the WTO Sanitary and Phytosanitary rules. [Thesis for the degree of Master's in Advanced Studies (MAS) in International Business Law (LL.M)]. Université de Lausanne.
- Tromba, A. T. (2019, August 11th). Maximum levels of cadmium in chocolate: what to know. Foodensity. <https://foodensity.com/maximum-levels-of-cadmium-in-chocolate/>
- United Nations. (2019, January 1st). UN Comtrade Database. UN Comtrade Database. <https://comtrade.un.org/Data/>
- United States Environmental Protection Agency. (2015, July 1st). Converting laboratory into consumer confidence report units. EPA. <https://www.epa.gov/sites/production/files/2015-09/documents/epa816f15001.pdf>
- Van den Bossche, P., & Zdouc, W. (2013). *The Law and Policy of the World Trade Organization: Text, Cases and Materials* (3.a ed., Vol. 1). Cambridge University Press.
- Viva naturals. (2019, January 1st). Cacao Nibs. <https://vivanaturals.com/products/cacao-nibs>
- World Trade Organization. (1994, April 15th). Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures. WTO. https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Browse/FE_B_009.aspx?TopLevel=7365
- World Trade Organization. (1998, October 20th) Australia Measures Affecting Importation of Salmon (WT/DS18/AB/R). WTO. https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds18_e.htm
- World Trade Organization. (1999, February 22nd). Japan — Measures Affecting Agricultural Products. (WT/DS76/AB/R). https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds76_e.htm
- World Trade Organization. (2020, December). Australia Measures Affecting the Importation of Apples from New Zealand (WT/DS367/AB/R). WTO. https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds367_e.htm

La respuesta de prevención como política de salud pública del Estado peruano en el caso de propagación internacional de enfermedades. Un análisis a propósito del COVID-19

Guisseppi Paul Morales Cauti¹
Universidad Privada Norbert Wiener
guisseppi.morales@uwiener.edu.pe
Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6550-0722>

Adriana Abril Camones Alcazar²
Universidad Privada Norbert Wiener
alcazaradriana@gmail.com
Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8597-5610>

Resumen:

En la presente investigación se analiza el desarrollo de las políticas públicas a cargo del Estado peruano en materia de prevención de propagación internacional de enfermedades a propósito de la pandemia provocada por el COVID-19. La estrategia de análisis parte de la revisión sistemática de las disposiciones normativas dada por la Organización Mundial de la Salud -especialmente las dictadas mediante el Reglamento Sanitario Internacional-, la Organización panamericana de la Salud y las entidades del Estado peruano encargadas de desarrollar e implementar las políticas públicas de respuesta de prevención y control de la propagación del virus SARS-CoV-2 (COVID-19). Se obtuvo como resultado que el Estado peruano no diseñó ni implementó las políticas públicas como respuesta de prevención en el caso de propagación internacional de enfermedades, conforme lo había exigido la Organización Mundial de la Salud y la Organización Panamericana de la Salud, en documentos oficiales de cumplimiento obligatorio para el Estado peruano. Esta situación ha generado consecuencias negativas posteriores en el contexto de la propagación internacional de la enfermedad del COVID -19 provocando la muerte de ciudadanos peruanos que pudieron evitarse; a tal punto que el Perú es el país con mayor mortalidad en el mundo en el contexto de esta pandemia.

Palabras clave: Prevención de enfermedades, política pública, propagación internacional, pandemia, COVID-19.

¹ Docente y Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Egresado de la Maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos de la misma universidad. Investigador e Integrante del Grupo de investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Norbert Wiener. Docente del Área de Derecho Constitucional en la Universidad Privada Norbert Wiener y Universidad Privada del Norte. Autor de artículos jurídicos publicadas en revistas especializadas.

² Integrante del Grupo de Investigación y estudiante de la Universidad Privada Norbert Wiener.

Abstract:

This research analyses the development of public policies by the Peruvian State on the prevention of international spread of diseases in the pandemic caused by the COVID-19. The analysis strategy is based on the systematic review of the regulatory provisions given by the World Health Organization - especially those issued through the International Health Regulations - by the Pan American Health Organization and the Peruvian State entities responsible for developing and implementing public policies for the prevention and control of the spread of SARS-CoV-2 virus (COVID-19). It was obtained as a result that the Peruvian State did not design or implement public policies in the case of international disease spread, as required by the World Health Organization and the Pan American Health Organization, in official mandatory compliance documents for the Peruvian State. This situation has generated subsequent negative consequences in the context of the international spread of Covid-19 disease causing the death of Peruvian citizens that could be avoided; to such an extent that Peru is the country with the highest mortality in the world in the context of this pandemic.

Key words: Disease prevention, public policy, international spread, pandemic, COVID-19.

Recibido: 19.03.2021
Aceptado: 30.06.2021

1. Realidad problemática

El Estado peruano es parte de la comunidad jurídica internacional en diferentes ámbitos, incluida aquella que tiene como función la regulación de la salud a nivel mundial y regional a cargo de los órganos rectores –la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Organización Panamericana de la Salud (OPS)– respectivamente. En consecuencia, las políticas en materia de salud pública propuestas desde estos dos organismos internacionales son vinculantes para el Estado peruano y, por lo mismo, este asume la obligación de observar e implementarla. Así lo establece el artículo 2° a) de la Constitución de la OMS –aprobada en 1946 y cuya entrada en vigor se remonta a 1948– cuando prescribe que se constituye como “autoridad directiva y coordinadora en asuntos de sanidad internacional”. Esta situación se justifica en la medida que la salud humana requiere del conjunto de la sociedad organizada para dedicarse, con prioridad, a prevenir la enfermedad y promover la salud (Rojas, 2004). En efecto, la sociedad mundial cuenta con una organización especializada y jerarquizada que tiene como finalidad la atención de la salud pública mundial como es el caso de la prevención y control de propagación internacional de enfermedades.

En este contexto, se viene experimentando, a partir de diciembre del año 2019, uno de los eventos de mayor impacto en materia de sanidad internacional, como es la pandemia a raíz de la propagación del virus conocido como SARS-CoV-2 que provoca la enfermedad del COVID-19, el cual, desde la lejana ciudad de Wuhan en China, ha puesto en vilo incluso a las poblaciones más apartadas de las grandes metrópolis, tanto así que ha infectado a más de 113 millones y provocado la muerte de 2,420,550 personas en todo el mundo, hasta el 28 de febrero de 2021.

Sin embargo, la materia controvertida –para los fines de esta reflexión–, no se circunscribe al impacto que viene causando la propagación del mencionado virus, sino al análisis respecto del diseño e implementación de una política pública como respuesta de prevención de propagación internacional de enfermedades a cargo del Estado peruano, en el marco de las directivas emitidas por la OMS y de la OPS.

En la medida que el Perú haya incurrido en omisiones o defectos en el diseño o implementación de dichas políticas públicas, este análisis podrá servir de fundamento para explicar el impacto que viene generando la propagación del COVID-19 en territorio peruano. En ese sentido, la investigación que se propone adquiere relevancia en la medida que presentará una sistematización de datos desde la perspectiva de la adopción e implementación de políticas públicas de prevención de propagación internacional de enfermedades, como responsabilidad del Estado peruano, conforme a las directivas de la OMS y a la función estatal en materia de salud pública que le corresponde, conforme al artículo 9° de la Constitución Política del Perú.

2. La respuesta de prevención y el control de enfermedades en el marco del comercio internacional y el tráfico mundial de personas

La OMS en el Informe Sobre la Salud en el Mundo (Ginebra, 2007) declaró que, desde el año 1967, se habían detectado “al menos 39 agentes patógenos nuevos, entre ellos el VIH y los causantes de la fiebre hemorrágica del Ébola, la fiebre de Marburgo y el SRAS” (s/p). Éstas y otras enfermedades –entre ellas las gripes pandémicas– constituían una permanente amenaza a la salud mundial. Debido a este peligro latente, y, con la finalidad de diseñar e implementar estrategias coordinadas de alcance mundial, la OMS recomendó la plena entrada en vigencia del Reglamento Sanitario Internacional (RSI), dado que, desde 1969 –fecha de su adopción–, había carecido de eficacia. Este problema se subsanó a partir de 23 de mayo de 2005, y desde aquel tiempo las medidas sanitarias adoptarían vigor a fin de diseñar e implementar las políticas públicas orientadas a prevenir la propagación internacional de enfermedades o la contaminación. (OMS-RSI, p. 8).

La prevención y control de enfermedades a partir de este año fue convirtiéndose en un asunto de atención, no solo necesaria, sino principalmente urgente, en la medida que se incrementaba significativamente el tráfico internacional, el cual se entiende, en términos de la OMS (RSI), como “el movimiento de viajeros, equipajes, cargas, contenedores, medios de transporte, mercancías o paquetes postales a través de una frontera internacional, con inclusión del comercio internacional” (p.10). Con la suscripción de múltiples tratados internacionales se liberalizaron aún más las transacciones internacionales, promovidas por la Organización Mundial del Comercio (OMC). En este escenario de las relaciones internacionales, la OMS y la OPS asumieron, con conciencia crítica, la imperiosa necesidad de adoptar medidas sanitarias que garanticen el cumplimiento de la finalidad y alcance del RSI, el cual consiste en “(...) prevenir la propagación internacional de enfermedades, proteger contra esa propagación, controlarla y darle una respuesta de salud pública proporcionada y restringida a los riesgos para la salud pública y evitando al mismo tiempo las interferencias innecesarias con el tráfico y el comercio internacionales” (art. 2).

La OMS asume y reconoce que el comercio internacional, tal como está diseñada la economía mundial, es un fenómeno inevitable. En ese marco, la OMC y la OMS suscribieron acuerdos para garantizar la continuidad del comercio internacional en un escenario de permanente amenaza a la salud mundial como consecuencia del riesgo de la propagación de enfermedades y, a la vez, evitar la adopción de medidas extremas, como la cuarentena o el embargo comercial, que pudieran perturbar, obstaculizar o impedir el comercio mundial. La continuidad del comercio internacional puede garantizarse mediante la aplicación de “sistemas de vigilancia de alerta temprana, planes de preparación para epidemias, creación de reservas de medicamentos esenciales, agilización de las comunicaciones, y difusión de toda la información disponible a través de redes, con el fin de facilitar una pronta intervención” (OMS-OMC, 2002, p. 13). Esta alianza se hace necesaria en el marco de una política de salud y de comercio internacional coherentes, compatibles y que, además, produzcan recíproco beneficio para ambos sectores en la medida que constituyen sectores claves para la construcción de un mundo con desarrollo económico, pero con bienestar integral para la persona sobre la base de la inversión generadora de empleo.

Por ello, la aplicación del artículo 13° del RSI se hizo cada vez más necesaria y, el compromiso de los Estados Parte, más urgente. La adopción de medidas de prevención, protección y control de la salud pública con la finalidad de dar respuesta oportuna y eficaz ante eventuales escenarios de propagación internacional de enfermedades, no puede tener éxito sin el diseño e implementación de políticas coherentes y eficaces de alcance mundial, con intervención de todos los actores involucrados. Si se deseaba alcanzar los objetivos propuestos, las grandes directrices emanadas por los órganos rectores en materia de salud regional y mundial debieron tener su respectiva implementación conforme al compromiso y responsabilidad de los Estados.

Por otro lado, mediante el Informe sobre la salud en el mundo (2007), la OMS resalta que las amenazas a la salud mundial son cada vez más acuciantes debido a la mayor interconexión entre los países y, con ello, las enfermedades que aparecen con cierta frecuencia tienen una velocidad de propagación a un ritmo cada vez mayor. Esta situación no podría ser de otra manera si se toma en cuenta que en el año 2006 viajaron en avión 2100 millones de pasajeros en el mundo y en el año 2007 se movilizaron por el mundo más de 2000 millones de personas (OMS, 2007). En el año 2019, según la Organización Mundial del Turismo (OMT) el tráfico mundial de personas –sin considerar los viajes internacionales por otras razones– había experimentado la llegada de 220 millones de turistas para América, 745 millones para Europa, 73 millones para África, 61 millones para Oriente Medio y 361 millones para Asia y el Pacífico (OMT, 2019). Con este nivel de tráfico de personas el brote o epidemia en cierto lugar del mundo puede expandirse a cualquier lugar del planeta en muy corto tiempo, por lo que el diseño e implementación de políticas integrales de prevención y control de propagación de enfermedades adquiere un carácter de necesidad pública de primer orden.

Atendiendo a lo expuesto, el Dr. Tedros Adhanom Ghebreyesus, Director General de la OMS, declaró como “emergencia de salud pública de importancia internacional” al brote del coronavirus (COVID-19). Asimismo, estableció una necesaria cooperación entre la OMS y la OMT con la finalidad de mitigar los efectos de la pandemia en el sector turismo. Las medidas preventivas adoptadas pasan por la “detección y gestión de los casos sospechosos en los puntos de entrada, en particular los puertos, aeropuertos y pasos fronterizos terrestres” (OMS, 2020, p. 2). Además, conscientes de que uno de los mayores problemas que afecta a la humanidad es el acceso a los medicamentos, sobre todo en las poblaciones más pobres del mundo, la OMC y la OMS han establecido criterios de ayuda recíproca en materia de abastecimiento de medicinas, como es el caso de la posibilidad de eliminar o reducir los aranceles para su importación.

3. La salud pública: responsabilidad de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y de los Estados parte

La salud pública, entendida no solo como la ausencia de enfermedad, sino como el estado de bienestar somático, psicológico y social del individuo y de la colectividad, conforme lo ha establecido la OMS, no puede ser atendida sino mediante una adecuada coordinación entre las entidades especializadas desde los niveles de mayor relevancia a nivel mundial hasta las instituciones encargadas de aplicar las acciones más concretas en cada uno de los Estados. Este nivel de organización exige no solo la creación y el reconocimiento –o legitimidad– de los órganos encargados de diseñar las políticas de atención a la salud, sino también la generación de instrumentos adecuados que viabilicen su aplicación, en el nivel de la prevención y control, y, en este caso, de la propagación internacional de enfermedades. Pero también implica el compromiso de los Estados, como condición ineludible, para establecer estrategias en el marco de la respuesta eficaz en materia de prevención y control de propagación de enfermedades.

En ese sentido, Gómez (2020, p. 7) ha sostenido que la OMS en 1949 tuvo la necesidad de homologar la salud al bienestar y esto “(...) se constituyó en el soporte formal de las políticas públicas que orientaron por muchos años la gestión sanitaria en casi todo el mundo”. Desde entonces, la OMS, en concordancia con los Estados miembros, tiene la responsabilidad de diseñar e implementar las políticas para garantizar el disfrute del derecho a la salud de las personas. Parte de esta responsabilidad recae en el compromiso de desarrollar e implementar políticas de prevención y control de enfermedades, entendidas como acciones de gobierno orientadas a la satisfacción de algún interés o necesidad pública, para enfrentar los problemas sanitarios prioritarios mediante actividades transversales de prevención y promoción de la salud.

Para el cumplimiento de estos fines, la OMS promovió la aprobación del Reglamento Sanitario Internacional (RSI) adoptado en 1969 pero sin mayor eficacia, salvo luego de su revisión que fuera adoptado por la 58° Asamblea Mundial de la Salud, el 23 de mayo de 2005. Nunca antes la salud pública mundial había sido materia de especial preocupación, sino hasta la entrada en vigencia del RSI que en su art. 3.3 propone la “(...) protección de todos los pueblos del mundo frente a la propagación internacional de enfermedades”. Pero esta labor tuitiva en materia de salud pública no podría concretarse si no es con la participación decidida y orgánica de los Estados parte. De allí que el art. 13.1 del RSI prescriba lo siguiente:

“Cada Estado Parte desarrollará, reforzará y mantendrá, lo antes posible, pero a más tardar cinco años después de la fecha de entrada en vigor del presente Reglamento para ese Estado Parte, la capacidad necesaria para responder con prontitud y eficacia a los riesgos para la salud pública y las emergencias de salud pública de importancia internacional (...)”.

Como puede advertirse, el compromiso del Estado peruano frente a este marco normativo internacional es desarrollar las políticas públicas a fin de cumplir con la finalidad propuesta, más aún si el RSI para el Perú, así como para otros países, entró en vigor a partir del 15 de junio de 2007, conforme a la relación de países que se encuentra en el apéndice 1 del RSI. A partir de entonces, el

Perú asumió la obligación de implementar las disposiciones de la OMS en materia de prevención y control de propagación internacional de enfermedades, además de atender las recomendaciones formuladas, con la finalidad de garantizar un nivel adecuado de seguridad sanitaria.

En el Informe sobre la salud en el mundo (2007), la OMS alertó sobre la necesidad de fortalecer los sistemas sanitarios; asimismo, dio cuenta de que, en las anteriores experiencias, las emergencias sanitarias pudieron haberse prevenido si los Estados hubieran cumplido oportunamente con implementar con pertinencia su sistema sanitario.

En consecuencia, para hacer frente a una emergencia sanitaria de impacto internacional que afecte la salud pública más allá de las fronteras de un Estado –lo que la OMS ha denominado “emergencia de salud pública de importancia internacional” que amerita además una respuesta internacional coordinada” (RSI, p.7, 2008)–, se han establecido estrategias y metas concretas que pasan por una necesidad ineludible de coordinación permanente entre Estados, dado que no será posible afrontar de forma aislada o individual un problema de esta naturaleza. En ese sentido, en el referido informe se han formulado recomendaciones estratégicas que los Estados debieron implementar progresivamente para el cumplimiento de esta finalidad, tales como:

- a. Fortalecer y mantener la capacidad para detectar (vigilar), notificar y responder rápidamente a los eventos de salud pública, entendidos como “la manifestación de una enfermedad o un suceso potencialmente patógeno” (p. 7, 2008);
- b. La responsabilidad de fortalecer la capacidad de la infraestructura de salud pública (p. 5, 2008);
- c. Dotar de mayores recursos para la formación, vigilancia, capacidad de laboratorio, redes de respuesta y campañas de prevención (p.71, 2008).

En el Informe sobre la salud en el mundo (2008), la OMS recomendó la aplicación de políticas sistémicas y políticas de salud pública orientadas a garantizar, por un lado, el acceso universal y la prestación eficaz de los servicios de salud y, por otro lado, hacer frente a los problemas sanitarios con eficacia, a través de la prevención y promoción de la salud. Para la OMS, las metas de atención de la salud podrán alcanzarse con mayor eficacia mediante la implementación de lo que ha denominado “la atención primaria de la salud”. Esta puede entenderse como una estrategia de organización integral que tiene como propósito la cobertura universal a la salud, la garantía de una respuesta de salud con calidad, equidad, solidaridad, participación social y rendición de cuentas del gobierno (Macinko, Montenegro, Nebot y Etienne, 2007).

Para concretar una atención primaria deben desarrollarse políticas públicas eficaces que impliquen la participación desde niveles inferiores en el Estado, hasta la coordinación supranacional, como única estrategia que procure un adecuado funcionamiento de estas políticas (OMS, 2008). Estas deben desarrollarse en los siguientes ámbitos:

- a. Respecto de los sistemas sanitarios, estos deben estar orientados a garantizar el acceso a los medicamentos esenciales, recursos humanos suficientes, en control de calidad, entre otros aspectos.
- b. En el ámbito de las políticas públicas eficaces, debe atenderse la intervención estatal en materia de higiene pública, prevención de enfermedades, la capacidad de respuesta rápida para hacer frente a epidemias y catástrofes.
- c. Las vinculadas a mejorar la salud desde sectores distintos del sanitario, como es el caso de la educación de los escolares y la seguridad alimenticia como factores que influyen significativamente en la prevención de enfermedades.

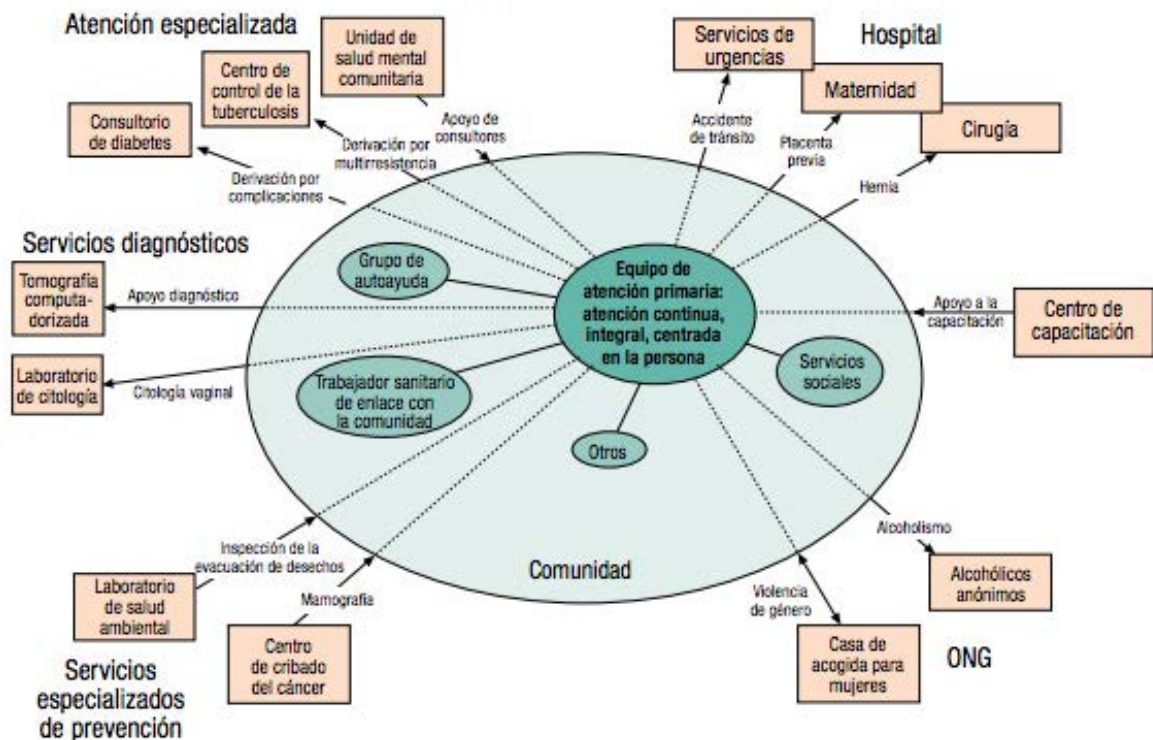


Figura 1. Sistema Integrado de Atención Primaria en Salud (OMS, 2008, p. 59).

4. La Organización Panamericana de la Salud y las políticas públicas como respuesta de prevención de propagación internacional de enfermedades

La Organización Panamericana de la Salud (OPS) también es parte de esta preocupación por diseñar y coordinar la aplicación de políticas públicas preventivas de propagación internacional de enfermedades. En ese sentido, en el año 2007 se aprobó en la ciudad de Panamá, la Agenda de Salud para las Américas 2008-2017, en cuyo análisis situacional de la salud en la región ya estaba pronosticado la posibilidad de sufrir graves afectaciones a la salud regional. Así, se sostuvo que “Entre las enfermedades transmisibles persisten las amenazas tradicionales, como la malaria, pero han aparecido nuevas amenazas (...) y se han producido cambios en las características de algunos agentes, tales como los virus de la influenza, cuyas variantes podrían provocar una pandemia de graves consecuencias” (p. 7, 2008).

Al establecer las áreas de acción, la OPS sugirió expresamente el fortalecimiento de los sistemas de vigilancia epidemiológica que tome en cuenta, entre otros factores, los estilos de vida como medida preventiva de la salud. Asimismo, hizo especial énfasis en la necesidad de diseñar estrategias para la atención primaria de la salud, el acceso equitativo y universal a los servicios de salud que brinda el Estado –con especial énfasis en las zonas rurales de la sociedad– y la mejora de los sistemas de información sanitaria (La Organización Panamericana de la Salud, 2007, p. 15).

En suma, la OPS (2007, p. 21) había advertido a los Estados de América, con suficiente claridad, para que puedan “(...) prepararse y tomar medidas intersectoriales para enfrentar desastres, pandemias y enfermedades que afectan la seguridad sanitaria nacional, regional y global”, y

recomendó que asuman nuevas obligaciones establecidas en el RSI para prevenir y controlar la propagación de enfermedades tanto al interior como fuera de sus fronteras. Para este fin planteó la necesidad de

- a) Fortalecer el proceso efectivo de integración subregional, regional y global.
- b) Fortalecer el trabajo conjunto con el área de ganadería y agricultura para la prevención de enfermedades zoonóticas.
- c) Fortalecer las capacidades de salud pública.

En el ámbito de la salud, la prevención, en términos de Redondo (2004), se entiende como la acción que normalmente emana desde los servicios de salud y que considera a los individuos y a las poblaciones como expuestas a factores de riesgo identificables, que suelen ser con frecuencia asociados a diferentes conductas de riesgo de los individuos. La modificación de estas conductas de riesgo constituye una de las metas primordiales de la prevención de la enfermedad (Redondo, 2004, p. 8).

Es este contexto, de constante preocupación por la salud regional que la OPS, en el que, mediante el Módulo de Principios de Epidemiología para el Control de Enfermedades (2011), se propone 4 niveles de prevención, según el grado de desarrollo de la enfermedad: la prevención primordial, dirigida a evitar el surgimiento de patrones de vida que contribuyen a elevar el riesgo a enfermar (como el consumo de alimentos alto en grasas o azúcares); la prevención primaria, orientada a mitigar los efectos de la enfermedad a través del control de sus causa y sus factores de riesgo (como la cloración del agua, la pasteurización de la leche); la prevención secundaria, referida a la curación y a la mitigación de las consecuencias mediante la atención temprana de enfermedades, procurando reducir la letalidad de la enfermedad (el tratamiento temprano del cáncer es el ejemplo típico de este tipo de prevención; y la prevención terciaria, orientada a reducir los efectos de una enfermedad a través de una atención médica adecuada y oportuna.

Para darle continuidad a los objetivos de políticas públicas en materia de salud plasmadas en la Agenda de Salud para las Américas 2008-2017, la OPS (2017) –con la finalidad de garantizar una salud más equitativa como vehículo para generar bienestar en la población–, aprobó la “Agenda de salud sostenible para las Américas 2018-2030”, estableciendo 11 objetivos estratégicos, de los cuales, en esta oportunidad, solo se citarán los pertinentes en el marco de esta investigación:

Objetivo 1. Ampliar el acceso equitativo a servicios de salud integrales, integrados y de calidad centrados en la persona, la familia y la comunidad, con énfasis en la promoción de la salud y la prevención de las enfermedades. Este objetivo implica el compromiso de los Estados de generar condiciones que permitan un acceso universal a la salud y cobertura universal de la salud, así como la implementación de modelos de atención de la salud con capacidad resolutoria en el primer nivel de atención.

Objetivo 4. Asegurar el financiamiento adecuado y sostenible de la salud, con equidad y eficiencia, y avanzar hacia la protección contra los riesgos financieros para todas las personas y sus familias. Este objetivo implica el compromiso de los Estados de incrementar el gasto público en equipamiento, capacitación del personal, mejoramiento de la infraestructura, entre otros.

Objetivo 5. Asegurar el acceso a medicamentos esenciales y vacunas de manera oportuna.

Objetivo 8. Fortalecer la capacidad nacional y regional de preparación, prevención, detección, vigilancia y respuesta a los brotes de enfermedades y a las emergencias y los desastres que afectan la salud de la población. Este objetivo busca reducir la mortalidad y morbilidad

mediante mecanismos de prevención de agentes patógenos, establecer estrategias de prevención, alerta y control de peligros infecciosos.

Si bien cada uno de los objetivos propuestos por la OPS resultan trascendentes, es meritorio resaltar la interrelación que guardan entre sí. En consecuencia, el logro de un objetivo genera condiciones favorables para el logro de los demás. En ese sentido, el fortalecimiento de la capacidad de prevención, vigilancia y respuesta de los brotes de enfermedades está condicionado por el logro de otros objetivos propuestos en esta agenda de salud.

Aun cuando las recomendaciones tanto de la OMS y de la OPS versan sobre distintos aspectos de la salud pública, como el referido a la gestión desde el Estado, acceso a la salud, desigualdades en materia de acceso a la salud, control de enfermedades no transmisibles, etc. En esta oportunidad se ha procurado resaltar aquello que tiene relación directa con las políticas de respuesta de prevención en el contexto de la propagación internacional de enfermedades.

5. Marco normativo como fundamento para la respuesta del Estado peruano en materia de prevención de propagación internacional de enfermedades

De acuerdo con el artículo 9° de la Constitución Política del Perú (1993), el Estado asume la responsabilidad de determinar la política nacional de salud, desde la fase del diseño, ejecución, control y evaluación. Esta responsabilidad tiene sustento en la medida que pretende dotar de eficacia a lo dispuesto en el artículo 7° de la misma carta magna, que consagra el derecho fundamental a la salud, en favor de todos los ciudadanos. Pero también debe entenderse en el contexto de lo dispuesto en el artículo 43° de la ley fundamental en el que se reconoce al Perú, como un Estado Social porque “no solo reconoce, protege y promueve el goce de derechos tales como la libertad, la seguridad y la igualdad (...) si no que pretende conseguir su mayor efectividad” (García, 2013, p. 942) las que solo serán posibles si el Estado asume acciones positivas, como el diseño e implementación de políticas públicas en materia de salud, como uno de los principales ámbitos de protección de la persona humana.

Es objeto de debate el rol que ha desempeñado el Estado peruano en el marco de la Constitución de 1993. Se cuestiona su inclinación por el diseño e implementación de políticas liberales clásicas, sobre todo en materia económica, lo que habría significado una excesiva flexibilización del rol garante de la satisfacción de las necesidades esenciales de la población. Esta situación mantiene un vínculo estrecho con la regulación contenida en el art. 58° de la Constitución Política referida al régimen económico que promueve la iniciativa privada ejercida en el marco de la economía social de mercado. Asimismo, se dispone que el Estado debe desempeñar su rol fundamentalmente promotor de la inversión privada y eximirse de participar como agente económico, salvo excepciones (art. 60°). Importa tomar en consideración el modelo económico que se viene implementado en el Perú porque la satisfacción de las necesidades básicas no tiene la misma eficacia si estas son atendidas directamente por el Estado o mediante la participación de la empresa privada. A menudo se cree que la empresa privada garantiza la eficiencia en la prestación de servicios, pero esta no está exenta de problemas, como se ha experimentado en el Perú durante todo el periodo de vigencia de la Constitución de 1993. Un factor que afecta gravemente la implementación de políticas públicas en el marco de la transparencia y la eficiencia es la corrupción en la empresa privada. Es sintomático en el Perú que la corrupción genere una pérdida de 4% a 5% del PBI (Medina, 2020), lo que representó aproximadamente 23,000 millones de soles en el año 2019, correspondiente a la ejecución neta del presupuesto anual (Shack, 2020).

Por otro lado, los artículos constitucionales 7° (Derecho a la salud) y 9° (Política Nacional de Salud), han merecido un desarrollo legislativo mediante la Ley N° 26842, Ley General de Salud, (promulgada el 15 de julio de 1997) en cuyo artículo IV del TP se prescribe que “la salud pública es responsabilidad primaria del Estado (...)”.

Asimismo, mediante Decreto Legislativo N° 1161 (publicado el 7 de diciembre de 2013), que aprueba la Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Salud, se dispone que el Estado peruano, a través del Ministerio de Salud, asume la función rectora de formular, planear, dirigir, coordinar, ejecutar, supervisar y evaluar la política nacional y sectorial de promoción de la Salud, la prevención de enfermedades, recuperación y rehabilitación en salud (...)” (art.5, a). En el artículo 76° de la Ley N° 26842, se dispone que la autoridad de salud es responsable de dirigir y normar las acciones destinadas a evitar la propagación y lograr el control y erradicación de las enfermedades transmisibles en todo el territorio nacional, en tanto ejerce la vigilancia epidemiológica e inteligencia sanitaria y dictando las disposiciones correspondientes.

Finalmente, mediante D.S. N° 025-2005-SA que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Salud, se asigna la función de velar por el cumplimiento de las disposiciones del RSI a la Dirección de Vigilancia Epidemiológica de la Dirección General de Epidemiología del Ministerio de Salud.

De lo expuesto en los párrafos precedentes, se concluye que el Estado tiene la regulación normativa necesaria para avocarse al desarrollo de políticas públicas en materia de prevención de propagación de enfermedades internacionales desde al año 2005, fecha de entrada en vigor del RSI.

A continuación, en los párrafos siguientes se procederá a efectuar el análisis de las políticas desarrolladas por el Estado peruano, conforme a las recomendaciones efectuadas tanto por la OMS como por la OPS.

6. El Estado peruano y la implementación de las políticas públicas en el marco de las recomendaciones de la OMS y de la OPS en materia de prevención de propagación internacional de enfermedades

6.1. Creación del Centro Nacional de Enlace y el Centro Nacional de Epidemiología, Prevención y Control de Enfermedades

El Estado peruano, dando cumplimiento a lo dispuesto en el art. 4° del RSI, mediante Resolución Ministerial N° 793-2006-MINSA, creó el Centro Nacional de Enlace que tuvo como funciones: a) el envío de información urgente a los puntos de contacto de la OMS, b) la difusión y recepción de información epidemiológica a las entidades integrante del Sistema Nacional de Información Epidemiológica.

Con el Centro Nacional de Enlace se inician propiamente las coordinaciones entre el Estado peruano y la OMS. Sin embargo, esta creación no significó el diseño ni mucho menos la aplicación de políticas de salud pública en materia de respuesta ante eventos de propagación internacional de enfermedades. Para este propósito, todavía hacen falta diversas acciones que el Estado tendría que haber implementado, como el diseño de planes y/o programas específicos.

Asimismo, mediante Resolución Ministerial N° 793-2006-MINSA se creó el Centro Nacional de Enlace para el Reglamento Sanitario Internacional, siendo este el Centro Nacional de Epidemiología, Prevención y Control de Enfermedades, el cual tiene entre sus funciones velar por el cumplimiento de normas y acuerdos de vigilancia sanitaria internacional establecidos en el RSI.

Este centro tiene como función principal la vigilancia epidemiológica que comprende la aplicación de protocolos desde la etapa de la sospecha, la investigación y, finalmente, la confirmación o es descartado de una enfermedad. Esto permite adoptar las medidas de prevención y control de la enfermedad en la sociedad.

El Centro Nacional de Epidemiología, Prevención y Control de Enfermedades del Ministerio de Salud es el órgano técnico encargado de garantizar una respuesta eficaz y oportuna del Estado en

materia de prevención de propagación de enfermedades de alcance nacional e internacional. Pero esta función asignada, y este compromiso que debió objetivarse en políticas públicas plasmadas mediante acciones, al parecer no pasa de ser una declaración lírica. La realidad es que hemos experimentado las consecuencias de la precariedad en materia de respuesta ante la propagación del COVID-19. Un Estado sin el control suficiente del sistema sanitario, carente de los más mínimos recursos humanos y de equipamiento sanitario, ha provocado la muerte excesiva de ciudadanos.

6.2. Aprobación del “Plan de Mejoramiento de Capacidades Básicas de la Vigilancia y Respuesta en el País”

Mediante la Resolución Suprema N° 025-2013-SA se creó la “Comisión Multisectorial de naturaleza temporal encargada de elaborar y proponer el Plan de Mejoramiento de Capacidades Básicas de la Vigilancia y Respuesta en el País” –Plan de Mejoramiento–, el cual tuvo como propósito elaborar el plan del mismo nombre que el Estado peruano había omitido desde el año 2007. Por esta razón, el 20 de enero de 2012, se vio en la necesidad de solicitar a la OMS una ampliación del plazo para adecuarse a las exigencias del RSI.

Como puede advertirse, el Estado peruano aprobó recientemente el Plan de Mejoramiento el 18 de junio de 2014. En este se propusieron políticas de vigilancia y respuesta ante la propagación internacional de enfermedades. No se entiende la omisión gubernamental que ocasionó la demora en su aprobación, lo cual impidió también la implementación de acciones concretas de prevención de propagación de enfermedades internacionales. Fueron siete años de retraso, en un mundo cada vez más propenso a la propagación internacional de enfermedades a velocidades inusitadas. Además, si se toma en consideración que las políticas públicas demandan un periodo de implementación relativamente amplio, de todas maneras, esto significaba incrementar los riesgos de una deficiente respuesta ante eventuales eventos de propagación internacional de enfermedades con consecuencias lamentables en la salud de la población.

A través del RSI, la OMS se propuso el objetivo de fortalecer y mantener la capacidad para detectar (vigilar), notificar y responder rápidamente a los eventos de salud pública. Sin embargo, el Estado peruano, mediante este Plan de Mejoramiento, recién creaba el marco normativo para que los sectores involucrados “coordinen y permitan la prevención, control y mitigación de problemas de salud pública con potencialidad de representar una amenaza a nivel nacional y global” (D. S. N° 011-2014-SA que aprueba la R. S. N° 025-2013; Art. II. Finalidad).

Debe tenerse en consideración, una vez más, lo dispuesto en el artículo 13.1 del RSI. El Perú tenía la obligación de implementar –a más tardar dentro de los 5 años de entrada en vigencia el RSI– las políticas públicas necesarias para reforzar y mantener la capacidad de respuesta pronta y eficaz ante las amenazas y las emergencias de salud pública de importancia internacional. Pero, por distintas razones, entre las que se encuentra la falta de una política coherente en materia de salud pública, la corrupción, el desinterés de los gobiernos, etc., el Estado peruano ha provocado las desgarradoras cifras como país con la más alta tasa de mortalidad en el mundo, como consecuencia del COVID-19 (85.8 por cada 100,000 habitantes). Las consecuencias que hoy sufre la población nacional, sin oxígeno suficiente; sin hospitales de nivel 3 suficientes (con atención especializada) debidamente equipados –léase sin camas UCI–; sin el reforzamiento de la atención primaria (que hubiera permitido mitigar significativamente los efectos de esta enfermedad); sin médicos especializados ni enfermeras proporcionales a la demanda poblacional; con escases de medicina o existentes, pero a precios inaccesibles para las mayorías; con una notoria desarticulación entre el servicio privado y el servicio público para la atención de la salud en caso de emergencias, eran totalmente previsibles.

Un dato de impacto directo en la capacidad de respuesta ante la eventual propagación internacionales de enfermedades es que, hasta el año 2014, el Estado peruano carecía de protocolos básicos para la implementación del RSI. A siete años de vigencia plena del RSI, el Perú había desperdiciado la oportunidad de implementar medidas adecuadas para fortalecer su capacidad de respuesta. Debido a ello, en el numeral 6.4 del Plan de Mejoramiento se detallan las capacidades básicas que no se han logrado y que era necesaria la implementación de actividades concretas para dar cumplimiento a este propósito. Mediante este plan se propone la elaboración del protocolo de coordinación entre el Centro Nacional de Enlace y los órganos que cumplen con las capacidades básicas para la implementación del RSI, la designación del área responsable dentro de la Dirección General de Epidemiología para el control de las acciones en el marco de la implementación del RSI, acondicionamiento de hospitales de nivel 3 en los puntos de entrada al país para pacientes que requieran aislamiento⁴⁷, identificación de necesidad de adquisición de equipos, medicamentos, equipos de protección personal para situaciones de emergencia biológica.

Los hospitales de nivel 3 son aquellos que cuentan con atención especializada, incluido el nivel de atención en cuidados intensivos. El Ministerio de Salud define a este tipo de hospitales como aquellos que están en la posibilidad de garantizar una atención “integral ambulatoria y hospitalaria altamente especializada” (Minsa, 2004, p. 67). Pero, al parecer, los deficientes implementación y equipamiento de los hospitales tampoco se habrían atendido en su debida oportunidad. Esta problemática –denominada brechas de infraestructura sanitaria en el Perú– ha sido detallado por el Ministerio de Salud, a través de la Oficina de General de Planeamiento, Presupuesto y Modernización, que, en el año 2020, ha publicado el documento denominado “Diagnóstico de Brechas de Infraestructura o accesos a servicios de salud”, en el que da cuenta de preocupantes condiciones hospitalarias que, dada la trascendencia, debió dar lugar a su adecuada implementación desde tiempos atrás.

DEPARTAMENTO	HOSPITALES CON CAPACIDAD INSTALADA INADECUADA	TOTAL DE HOSPITALES	INDICADOR
Amazonas	2	7	29%
Ancash	10	12	83%
Apurímac	4	6	67%
Arequipa	4	11	36%
Ayacucho	6	10	60%
Cajamarca	4	11	36%
Callao	3	7	43%
Cusco	5	10	50%
Huancavelica	3	5	60%
Huánuco	0	5	0%
Ica	0	9	0%
Junín	7	12	58%
La Libertad	15	28	54%
Lambayeque	2	6	33%
Lima	35	46	76%
Loreto	3	7	43%
Madre de Dios	1	2	50%
Moquegua	0	4	0%
Pasco	2	6	33%
Piura	2	6	33%
Puno	9	15	60%
San Martín	3	10	30%
Tacna	0	2	0%
Tumbes	2	3	67%
Ucayali	2	3	67%
TOTAL	124	243	51%
Tabla 1. Indicador porcentaje de hospitales con capacidad instalada inadecuada (OMPI MINSA RENIPRESS, 2020).			

Del cuadro se advierte que, en el Perú, se tienen 243 hospitales de los cuales 124 tienen capacidad instalada inadecuada (precariedad de infraestructura, equipamiento obsoleto, inoperativo u obsoleto). Los más críticos los hospitales de la región Ancash en la que, de 12 hospitales 10, tienen capacidad instalada inadecuada, lo cual constituye un 83%. Lima ocupa el segundo lugar dado que, de 46 hospitales, 35 tienen capacidad instalada inadecuada, lo que constituye un 76%. Esta situación se agrava al considerar que, en el departamento de Lima, se encuentran los dos puntos más importantes de ingreso al país: el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez y el Puerto del Callao. En estos existe la mayor probabilidad de propagación internacional de enfermedades y, precisamente, es esta última región donde se ha registrado el mayor índice de mortalidad por COVID-19, alcanzado una cifra de más de 47,000 decesos hasta el 7 de marzo de 2021.

De las 25 regiones del país, solo 4 regiones (Ica, Tacna, Huánuco y Moquegua) tienen hospitales con capacidad instalada adecuada. De estas, 10 regiones tienen hospitales con capacidad instalada inadecuada entre 50% a más, lo cual significa que, a nivel nacional, más de la mitad de los hospitales tienen capacidad instalada inadecuada lo que provoca una atención sanitaria deficiente en perjuicio de la salud y la vida de los pacientes.

Conforme a este diagnóstico de brechas de infraestructura en salud, en los centros de primer nivel de atención de salud (atención básica), la capacidad instalada inadecuada alcanza el 77.78%.

Los hospitales de EsSalud también son parte del sistema de atención de la salud a cargo del Estado, en todo el territorio nacional. En ese sentido, los hospitales administrados por esta entidad que brindan servicios en el segundo y tercer nivel de atención suman un total de 73, de los cuales las redes que corresponden al hospital Almenara y Rebagliati, ambos en la ciudad de Lima, se encuentran entre los establecimiento con mayor capacidad instalada inadecuada (Ministerio de Salud, 2020), junto con las redes de Piura, La Libertad, Lambayeque e Ica, en los que los índices de mortalidad por el COVID-19 han alcanzado las mayores cifras a nivel nacional. Es el caso de Piura (4.79%), Ica (5.51%), Lambayeque (5.59%), La Libertad (6.16%), Lima Metropolitana (3,19%), Callao (4,3%), Lima región (4.38%) de mortalidad, solo por el COVID-19 (Sala situacional-MINSA).

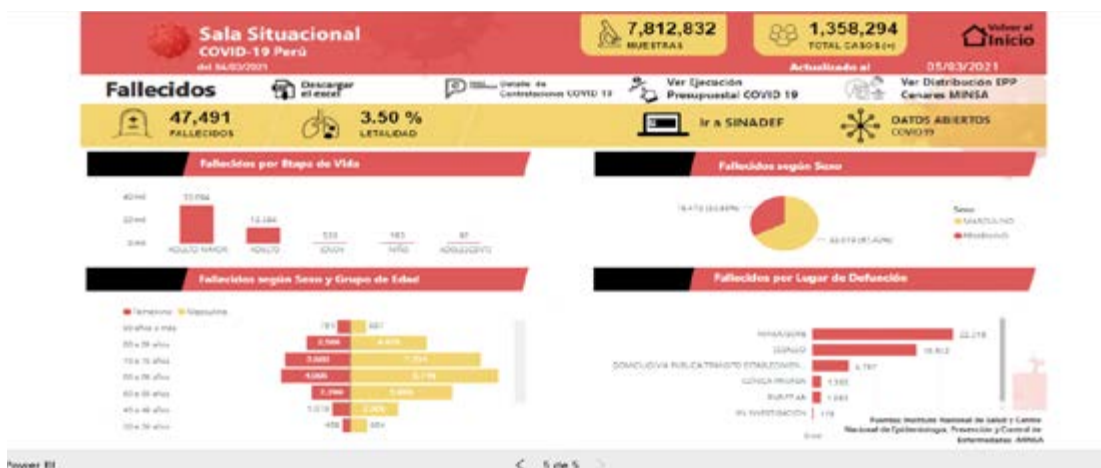


Figura 2. Fallecidos por lugar de defunción en el Perú al 4 de marzo de 2021

Como se advierte, en los hospitales del Ministerio de Salud se han producido el mayor índice de mortalidad por COVID-19 y los hospitales de EsSalud representan el segundo lugar de fallecimientos a nivel nacional. Probablemente, este fenómeno tenga como una de las principales causas a la capacidad instalada inadecuada con los que contaban estos establecimientos antes de la pandemia del COVID-19 y que, a la fecha, es muy probable que esta situación no hay sufrido variaciones sustanciales. Como es el caso del notorio desabastecimiento de oxígeno medicinal y el déficit de camas de cuidados intensivos, indispensable para incrementar la esperanza de sobrevivencia de un paciente infectado por este virus. De marzo de 2020 a marzo de 2021, el Estado no ha podido superar estas deficiencias en la proporción de las necesidades y de la demanda, tanto en la primera como en la segunda ola.

Asimismo, en el marco de la capacidad de respuesta del Estado peruano ante posibles escenarios de propagación de enfermedades como el COVID-19 es importante y sintomático analizar el cuadro siguiente.

INDICADOR DE BRECHA	VALOR ABSOLUTO	PORCENTAJE
1. Porcentaje de establecimientos de salud del primer nivel de atención con capacidad instalada inadecuada.	6785	77.78%
2. Porcentaje de nuevos establecimientos de salud requeridos del primer nivel de atención.	281	20.74%
3. Porcentaje de hospitales con capacidad instalada inadecuada.	124	51.00%
4. Porcentaje de nuevos hospitales requeridos.	172	56.21%
5. Porcentaje de institutos especializados con capacidad instalada inadecuada	9	60.00%
6. Porcentaje de laboratorios del Instituto Nacional de Salud con capacidad instalada inadecuada.	39	95.12%
7. Porcentaje de laboratorios regionales de salud pública con capacidad instalada inadecuada.	23	95.83%
8. Porcentaje de sedes administrativas con inadecuado índice de ocupación.	1664	79.92%
9. Porcentaje de sistemas de información de salud que no funcionan adecuadamente.	9	75%
10. Porcentaje de centros de promoción y vigilancia comunal requeridos	1264	66.91%

Tabla 2. Indicadores de brecha de infraestructura y equipamiento del sector salud 2018 (OPMI-MINSA. 2020)

La OPS, en la Agenda de Salud para las Américas 2008-2017, ya había propuesto en el objetivo 1 garantizar la capacidad de respuesta mediante el desarrollo de la atención médica en el primer nivel de atención. En ese sentido, el Estado peruano debió implementar políticas de desarrollo para el cumplimiento de dicho objetivo. Sin embargo, los actuales establecimientos de salud destinados al primer nivel de atención que existen en el Perú tienen una capacidad instalada inadecuada de 77.78% del total. Esto quiere decir que, en el Perú, el primer nivel de atención de la salud está prácticamente colapsada y no garantiza una cobertura suficiente ni adecuada.

Un dato alarmante es que en el Perú los laboratorios del Instituto Nacional de Salud prácticamente no sirven. El 95.12% de los existentes tiene una capacidad instalada inadecuada.

6.3. El problema de las camas para cuidados intensivos (UCI)

Un aspecto de vital importancia en el marco de la capacidad de respuesta del Estado peruano frente a la propagación del Covid-19, ha sido el de la capacidad para atender pacientes que requerían atención hospitalaria en casos críticos mediante las camas adecuadas para cuidados intensivos.

Según información oficial obtenida a través del portal web del Ministerio de Salud (20 de abril de

2020), para esta fecha el Perú contaba con una cantidad de 525 camas UCI en todo el país. Esta es una situación crítica sobre la que se han pronunciado diversos especialistas como el Dr. Jesús Valverde, de la Sociedad Peruana de Medicina Intensiva, quien en una entrevista realizada en abril de 2020 sostuvo que la cantidad de camas UCI que tiene el Perú, es una de las más bajas del continente.

País ▲	Nro. camas UCI		Nro. camas UCI por 100 mil habitantes		Nro. de ventiladores mecánicos ▲
	Antes ▲	Al 31/05/2020 ▲	Antes ▲	Al 31/05/2020 ▲	
Argentina	8.444	11.500	19,0	25,8	Sin información
México	2.446	31.023	2,0	24,8	10.401
Chile	1.229	2.107	7,0	12,0	3.001
Colombia	Sin información	3.289	Sin información	6,8	2.817
Perú	276	1.573	0,9	4,9	1.418
Guatemala	Sin información	634	Sin información	4,3	676
Bolivia	Sin información	490	Sin información	4,2	Sin información
Ecuador	259	480	1,5	2,7	663
El Salvador	80	145	1,2	2,2	547
Venezuela	1.213	Sin información	3,8	Sin información	Sin información

Según la Sociedad Peruana de Medicina Intensiva, por cada 100 mil habitantes deberíamos tener por lo menos 10 camas UCI. Lo mínimo aceptable son 6 camas UCI, pero varios países de la región estuvieron siempre fuera del rango mínimo.

Figura 3. Número de camas UCI por cada 100 mil habitantes en países de América Latina (Sociedad Peruana de Medicina Intensiva).

En efecto, antes del 31 de mayo de 2020, el Perú contaba con 0,9 camas UCI por cada 100 mil habitantes, mientras países como Chile (7,0) o Argentina (19,0) superaban largamente esta cifra. A partir del 31 de mayo, la cantidad de camas UCI se ha incrementado en casi todos los países, pero el nivel de incremento en el caso peruano ha seguido siendo inferior en comparación con los demás países de la región. A partir de esta fecha, el Perú incrementó a 4,9 camas UCI por cada 100 mil habitantes, frente a países como Argentina (25,8), México (24,8), Chile (12,0). Como se puede advertir, estos países superaban significativamente el nivel de equipamiento con camas UCI efectuado por Perú. La Sociedad Peruana de Medicina Intensiva ha declarado que la cantidad aceptable para una adecuada atención de casos críticos es de 10 camas UCI por cada 100 mil habitantes y, en el peor de los casos, 6 camas UCI por cada 100 000 habitantes.

En el marco de esta pandemia, según el Presidente de la Sociedad Peruana de Medicina Intensiva, el Dr. Jesús Valverde, al menos 30% de los pacientes hospitalizados requerirán de una cama UCI. Si tomamos en cuenta que el 11 de marzo de 2021 la cantidad de pacientes hospitalizados ascendía a 14,610, podemos calcular que, de ellos, 4,383 deberán requerir una cama UCI aproximadamente; y sin embargo, el Perú cuenta con solo 2,326 unidades.

En consecuencia, el alto índice de mortalidad por la enfermedad del COVID-19 en el Perú tiene relación directa con el abandono y la carencia de equipamiento adecuado de los hospitales (3.7% de letalidad). A su vez, este fenómeno tiene una relación indiscutible con el grado de inversión en salud que ha efectuado el Estado peruano. En el año 2000 el Perú invertía en salud, menos del

1.5% y en el año 2014 apenas superaba el 2.0% del PBI, según el Banco Mundial. Para el año 2020, el Perú invirtió en salud solo el 3% del PBI frente a un 8% del PBI en Cuba y 10% del PBI en Estados Unidos (Organización Panamericana de la Salud, 2020).

Las muertes por COVID-19 se pudieron mitigar significativamente. Después de las primeras experiencias de marzo de 2020, el Estado pudo prevenir las consecuencias para la segunda ola. Sin embargo, poco o nada se hizo para implementar mejor la infraestructura sanitaria, a sabiendas de los efectos que la población padecería.

6.4. La política de prevención primordial de la Organización Panamericana de la salud. El caso de la alimentación saludable

La Organización Panamericana de la Salud (2011) propuso un nivel de prevención denominada “prevención primordial”, orientada a evitar el surgimiento de patrones de vida que contribuyan a elevar el riesgo de enfermarse, vinculado especialmente con el tipo de alimentación que consume la población, como es el caso de productos altos en grasas o azúcares.

En este marco, el Estado peruano promulgó el 17 de mayo de 2013, la Ley N° 30021 denominada, Ley de Promoción de Alimentación Saludable para Niños y Adolescente, durante el mandato del expresidente Ollanta Humala. Esta ley estuvo orientada a regular el consumo de productos alto en grasas y azúcares en las instituciones educativas, y su implementación exigía la necesaria coordinación con el Ministerio de Educación. Sin embargo, esta no sería reglamentada hasta el año 2017 mediante D.S. N° 017-2017-SA. En el año 2018, mediante Decreto Supremo N° 012-2018-SA, el Poder Ejecutivo aprobó el uso de octógonos para productos que contengan azúcares, grasas saturadas y grasas trans.

Nuevamente, se advierte la aprobación tardía de normas orientadas a la prevención de la salud, la misma que ya era necesaria en el contexto de una creciente tasa de sobrepeso que afecta a la población peruana. Domínguez (2020) ha señalado que el 69.9% de adultos, 42.4% de jóvenes, 23.9% de adolescentes, 32.3% de escolares y 33.1% de adultos mayores padecen de sobrepeso y obesidad.

De acuerdo con estudios realizados, existe una tendencia al alza de la obesidad en niños menores de 5 años. En el año 2009, se obtuvo un 6.8% de sobrepeso y 2.4% de obesidad (Del Águila, 2017). Esta situación es más crítica en los niños que se encuentran entre los 6 a 9 años, en cuyo caso la tasa de obesidad alcanzó hasta 14.8% entre los años 2013-2014 (Pajuelo-Ramírez, 2017).

Diseñar políticas que promuevan la alimentación saludable es una necesidad cada vez más urgente. Los datos descritos en el párrafo precedente, no solo advierten una alarmante situación por la alta tasa de obesidad, considerada por la OMS como la epidemia del presente siglo (Pajuelo-Ramírez, 2017), sino que esta acarrea el padecimiento de enfermedades conexas como la diabetes mellitus tipo 2, colesterol, triglicéridos, problemas de articulaciones, asma, hipertensión arterial, el síndrome metabólico, etc., que a la vez constituyen factores que incrementan significativamente el riesgo de muerte frente a la enfermedad del COVID-19.

La lucha contra la obesidad infantil y adolescente requiere la participación conjunta de diversos sectores del Estado y la sociedad, principalmente de ministerios como el de Educación, Salud y de la empresa privada para priorizar la salud pública frente a todo afán lucrativo. Las perspectivas de generar utilidades que tienen las empresas vinculadas a la comercialización de alimentos deben supeditarse a la promoción de la salud y a la prevención de enfermedades.

6.5. La política pública de aseguramiento universal en salud

Otra de las propuestas de la Organización Panamericana de la Salud a los Estados Parte, planteada

en el objetivo 1 de la Agenda de Salud para las Américas 2008-2017, fue el generar condiciones que permitan un acceso universal a la salud y cobertura universal de la salud. En ese contexto, el Estado peruano publicó la Ley N° 29344, Ley Marco de Aseguramiento Universal en Salud, el 9 de abril de 2009, en cuyo artículo 1° se propuso como finalidad “(...) garantizar el derecho pleno y progresivo de toda persona a la seguridad social en salud (...)”. Es decir, con esta norma el Estado se propuso que las personas en todo el territorio nacional gocen de un seguro de salud para acceder a las prestaciones de salud oportunos y eficaces.

En la disposición final se dispuso que, en un plazo de 90 días, el Poder Ejecutivo proceda a reglamentar esta Ley. Sin embargo, el 02 abril de 2010 recién se cumplió con dicha reglamentación mediante la aprobación del Decreto Supremo N° 008-2010-SA.

Según cifras de la Defensoría del Pueblo, para el año 2011 existía un 22.7% con seguro de EsSalud, 36.1% con Seguro Integral de Salud (SIS) y 35.5% de personas no contaban con ningún seguro. Esta cifra se incrementó notoriamente para el año 2019, pues se logró una afiliación de 20 millones de personas. Lamentablemente, no solo se trata de afiliar a la población a un seguro de salud (SIS, EsSalud), sino de brindar una atención de calidad en los centros hospitalarios. Es en este aspecto en el que el Estado peruano no ha desplegado esfuerzos necesarios para prevenir adecuadamente la propagación de enfermedades o para evitar las consecuencias de estas.

6.6. Capacidades en seguridad sanitaria del Perú

Según Gozzer, Canchihuamán y Espinoza (2020), la OMS desarrolló un sistema de monitoreo y evaluación de la implementación del RSI sobre la base de modalidades de medición, denominado Informe Anual de Autoevaluación (IAA) del año 2018, y el Índice de Seguridad Sanitaria Global (GHSI) del año 2019. Estos criterios tienen una puntuación de 0 a 100 y permiten clasificar a los países en tres categorías: preparado, medianamente preparado y poco o no preparado.

Conforme a estos índices el Perú se encontraría según el IAA en el puesto 108 de 183 países; pero, en relación al GHSI se encuentra en el puesto 49 de 194. Esto significa que nuestro país se encuentra medianamente preparado para enfrentar pandemias, y que sus principales debilidades radican en la poca preparación en bioseguridad, operaciones de respuestas y emergencias, entre otros aspectos.

Por otro lado, estos mismos autores sostienen que la OMS está implementando “evaluaciones externas conjuntas” orientadas a medir capacidades técnicas, pero que hasta la fecha en el Perú no se ha aplicado. Finalmente, afirman también que en el Perú se advierten “brechas importantes en áreas indispensables para la detección, preparación y respuesta frente a una pandemia” (s/p).

7. Conclusiones

El Estado peruano, como Estado parte de la OMS y de la OPS, tiene el deber de acatar las disposiciones normativas emanadas por estos órganos rectores en materia de salud, como es el caso de las disposiciones contenidas en el RSI. Sin embargo, desde el año 2007, fecha que adquirió plena vigencia, el Perú no ha cumplido con implementar adecuadamente las políticas públicas preventivas como respuesta a la propagación internacional de enfermedades, como es el caso del COVID-19, en concordancia con las disposiciones sanitarias internacionales que exigían una actuación oportuna e integral del Estado peruano.

En esa línea, el Estado peruano ha incurrido en graves omisiones frente a las disposiciones de la OMS, en relación al servicio de atención de la salud que viene siendo notoriamente deficiente para enfrentar la grave crisis sanitaria en el contexto de la pandemia lo que ha generado graves consecuencias que pudieron evitarse. Estas omisiones están ligadas a las recomendaciones efectuadas por los organismos rectores de la salud mundial en materia de infraestructura sanitaria,

aseguramiento universal de la salud y la alimentación saludable.

La omisión sistemática en la asignación de presupuesto suficiente para implementar políticas preventivas y reparadoras en materia de salud, desde las campañas de información sobre el consumo de productos saludables hasta la implementación adecuada de la infraestructura sanitaria, han sido las causas principales de los altos índices de mortalidad por COVID-19 en el Perú.

1 La Organización Mundial del Comercio fue creada en 1995. En la actualidad agrupa a más de 164 países comprometidos con estas políticas.

2 Conforme a este plan de mejoramiento, los puntos de entrada son Puerto de Paita, Zona frontera con Ecuador, Aeropuerto José Abelardo Quiñones, Puerto Salaverry, Puerto Pisco, Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, Puerto del Callao, Puerto de Chimbote y el Puerto de Matarani.

Referencias

- Breilh, J. (2013) La determinación social de la salud como herramienta de transformación hacia una nueva salud pública (salud colectiva). *Revista de la Facultad Nacional de Salud Pública*. 31, pp. S13-S27. <http://www.scielo.org.co/pdf/rfnsp/v31s1/v31s1a02.pdf>
- Decreto Supremo N°011-2014-MINSA. Recuperado de: https://www.dge.gob.pe/portal/docs/tools/rsi/DS011_2014_SA_Plan_de_Capacidades_Basicas.pdf
- Defensoría del Pueblo (2013). Camino al Aseguramiento Universal en Salud. Resultado de la supervisión nacional a hospitales. Informe Defensorial N° 61.
- Del Águila, V. (2017). Obesidad en el niño: factores de riesgo y estrategias para su prevención en Perú. *Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública*.
- Domínguez, C y Lázaro M. (2020). Centro Nacional de Alimentación y Nutrición. Ministerio de Salud.
- García Toma. V. (2013). La Constitución Comentada. Comentario al artículo 43 de la Constitución Política del Perú. Editorial Gaceta Jurídica T. I.
- Gómez, R. D. (2002). La Noción de “Salud Pública”: Consecuencias de la Polisemia. *Revista de la Facultad Nacional de Salud Pública*., 20 (1).
- Gozzer E, Canchihuamán F y Espinoza R. (2020). COVID-19 y la necesidad de actuar para mejorar las capacidades del Perú frente a las pandemias. *Rev Peru Med Exp Salud Publica*. 37(2), pp. 371-373. <https://doi.org/10.17843/rpmesp.2020.372.5410>.
- Junta de Vigilancia Mundial para la Preparación (2019). Un Mundo en Peligro. Informe anual sobre preparación mundial para las emergencias sanitarias. Organización Mundial de la Salud.
- Ley General de Salud. [Ley 26842 de 1987]. Recuperado de: <http://www.essalud.gob.pe/transparencia/pdf/publicacion/ley26842.pdf>
- Ley del Ministerio de Salud. [Ley 27657 de 2002]. Recuperado de: https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/283445/255216_L27657.pdf20190110-18386-jxrtzy.pdf
- Macinko J, Montenegro H, Nebot Adell C, Etienne C y Grupo de Trabajo de Atención Primaria de Salud de la Organización Panamericana de la Salud (2007). La renovación de la atención primaria de salud en las Américas. *Revista Panamericana de la Salud Publica*. 21(2/3), pp. 73–84.
- Medina, J. (2020). Corrupción en el Sector Privado. Qué la promueve y cómo combatirla. Recuperado de: <https://www.proetica.org.pe/noticias/corrupcion-en-el-sector-privado-que-la-promueve-y-como-combatirla/>
- Ministerio de Salud (2004). Categoría de Establecimiento del Sector Salud. N.T. N° 021-MINSA/DGSP. V.01
- Ministerio de Salud (2020). Organización del Ministerio de Salud. Recuperado de: <https://www.gob.pe/7662-ministerio-de-salud-organizacion-de-ministerio-de-salud>.
- Ministerio de Salud (2006). Resolución Ministerial 793-2006/MINSA. Recuperado de: https://www.dge.gob.pe/portal/docs/tools/rsi/RM793-2006_Creacion_CNE.pdf
- Ministerio de Salud (2013). Resolución Suprema N° 025-2013-SA. Recuperado de: https://www.dge.gob.pe/portal/docs/tools/rsi/RS025_2013_SA_Comision_Temporal_Plan

- Macinko J, Montenegro H, Nebot Adell C, Etienne C y Grupo de Trabajo de Atención Primaria de Salud de la Organización Panamericana de la Salud (2007). La renovación de la atención primaria de salud en las Américas. *Revista Panamericana de la Salud Publica*. 21(2/3), pp. 73–84.
- Medina, J. (2020). Corrupción en el Sector Privado. Qué la promueve y cómo combatirla. Recuperado de: <https://www.proetica.org.pe/noticias/corruccion-en-el-sector-privado-que-la-promueve-y-como-combatirla/>
- Ministerio de Salud (2004). Categoría de Establecimiento del Sector Salud. N.T. N° 021-MINSA/DGSP. V.01
- Ministerio de Salud (2020). Organización del Ministerio de Salud. Recuperado de: <https://www.gob.pe/7662-ministerio-de-salud-organizacion-de-ministerio-de-salud>.
- Ministerio de Salud (2006). Resolución Ministerial 793-2006/MINSA. Recuperado de: https://www.dge.gob.pe/portal/docs/tools/rsi/RM793-2006_Creacion_CNE.pdf
- Ministerio de Salud (2013). Resolución Suprema N° 025-2013-SA. Recuperado de: https://www.dge.gob.pe/portal/docs/tools/rsi/RS025_2013_SA_Comision_Temporal_Plan_Capacidades_Basicas.pdf
- Organización Mundial de la Salud (2005). Reglamento Sanitario Internacional (2005): 3ª ed. Recuperado de: <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/246186/9789243580494-spa.pdf;jsessionid=136506290A40980370E46FE89C56351B?sequence=1>
- Organización Mundial de la Salud (2007a). Informe sobre la salud en el mundo 2007. Un porvenir más seguro: protección de la salud pública mundial en el siglo XXI. Recuperado de <https://www.who.int/mediacentre/news/releases/2007/pr44/es/>
- Organización Mundial de la Salud (2007b). Informe sobre la salud en el mundo 2008. La atención primaria en salud; más necesaria que nunca.
- Organización Mundial de la Salud (2010). Informe sobre la salud en el mundo 2010. Recuperado de <https://www.who.int/mediacentre/news/releases/2007/pr44/es/>
- Organización Mundial de la Salud (2020). La gestión de los viajeros enfermos en los puntos de entrada – aeropuertos, puertos y pasos fronterizos terrestres internacionales– en el contexto del brote de COVID-19. Directrices Provisionales.
- Organización Mundial de la Salud. (1946) Carta de Constitución adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946.
- Organización Mundial de la Salud y Organización Mundial del Comercio (2002). Los acuerdos de la OMS y la Salud Pública. Recuperado de: https://www.who.int/media/homepage/who_wto_s.pdf
- Organización Mundial del Turismo (2020). Llegada de Turistas Internacionales por Región. Recuperado de: <https://www.unwto.org/es/taxonomy/term/347>
- Organización Panamericana de la Salud (2008). Agenda de Salud para las Américas 2008-2017. Panamá.
- Organización Panamericana de la Salud (2011). Módulo de Principios de Epidemiología para el Control de Enfermedades (MOPECE). Recuperado de: https://www.paho.org/col/index.php?option=com_docman&view=download&category_slug=publicaciones-ops-oms-colombia&alias=858-mopece6&Itemid=688#:~:text=Control%20de%20la%20enfermedad%3A%20se,un%20problema%20de%20salud%20p%C3%BAblica.
- Organización Panamericana de la Salud (2017). Agenda de Salud para las Américas 2018-2030. Washington.

Pajuelo Ramírez J. (2017). La obesidad en el Perú. *An Fac med.* 78(2), pp. 179-185. <http://dx.doi.org/10.15381/anales.v78i2.13214>

Recuperado de: https://www.who.int/whr/2008/08_report_es.pdf?ua=1

Redondo, P. (2004). Curso de Gestión Local de Salud para Técnicos del Primer Nivel de Atención. Prevención de la enfermedad. Recuperado de https://montevideo.gub.uy/sites/default/files/concurso/materiales/anexo_07_-_niveles_de_prevencion.pdf

Rojas Ochoa, Francisco. (2004). El componente social de la salud pública en el siglo XXI. *Revista Cubana de Salud Pública*, 30(3). Recuperado de: http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0864-34662004000300008&lng=es&tlng=pt.

Shack, N. (2020). Nota de Prensa N° 344-2020-CG-GCOC. Contraloría General de la República. Recuperado de: <https://www.gob.pe/institucion/contraloria/noticias/187607-n-344-2020-cg-gcoc-contraloria-peru-pierde-anualmente-s-23-000-millones-por-corrupcion-e-inconducta-funcional>.



**Universidad
Norbert Wiener**

Lima, julio 2021