

GUILLERMO EDUARDO BARRERA BUTELER

Director

EL DERECHO ARGENTINO FRENTE A LA PANDEMIA Y POST-PANDEMIA COVID-19

TOMO II

*Colección de Estudios Críticos
de la Facultad de Derecho
de la Universidad Nacional de Córdoba*

COORDINADORES:
MAXIMILIANO RAIJMAN
RICARDO DANIEL EREZIÁN

Córdoba
2020

INCIDENCIA DE LA PANDEMIA COVID-19 EN DERECHOS FUNDAMENTALES. LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES Y LA SEGURIDAD DE LOS ESTADOS. ¹

CHRISTIAN G. SOMMER².

MARÍA PILAR LLORENS.

OSCAR BENÍTEZ.

GUILLERMO COSTILLA.

1. Introducción

A lo largo de la evolución de la sociedad, han existido hechos que han generado eventos que modifican el curso paulatino sobre el cual se vienen desarrollando los eventos y los comportamientos de los actores y sujetos internacionales. El año 2020 quedara marcado por uno de ellos y nos plantea nuevos desafíos para conocer cómo se desarrollarán las relaciones entre los Estados y los comportamientos de otros actores dentro de la comunidad internacional. La pandemia ha barrido pronósticos, infinidad de sesudos estudios de prospectiva hechos por organismos internos e internacionales, públicos y privados, sobre el mundo del porvenir. Como pasa con las quinielas, los expertos no tienen, a menudo, más posibilidades de acertar en estos análisis.

La expansión de la pandemia del virus COVID-19 ha puesto a los Estados y otros sujetos internacionales en una situación de emergencia de

¹ El presente trabajo refleja la colaboración de aportes de miembros de la Cátedra B de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, con las contribuciones del Dr. Christian G. Sommer; Dra. María Pilar Llorens, Mag. Oscar Benítez y Mag. Guillermo Costilla.

² Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Profesor Titular de Catedra "B" de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba.

salud global, que posteriormente ha generado otras repercusiones en lo social, económico y sobre el abordaje de las restricciones de algunas libertades y respeto de derechos humanos.

Esta pandemia está impactando en la gestión de crisis de los Estados, pero también en cómo se han venido efectuando las relaciones internacionales entre éstos y los procesos de cooperación internacional. Hasta esta reciente realidad de crisis internacional, las normas internacionales existentes en la gestión de pandemias no conllevaban gran atención de la comunidad internacional y se reducían más bien al seno del trabajo de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y de órganos regionales como la Organización Panamericana de la Salud (OPS).

Cuando el proceso de expansión del virus se volvió pandemia, las primeras reflexiones sobre el origen y el manejo de la contención del virus se volcaron al país de su origen, China. Y con ellos las reflexiones sobre la posible responsabilidad internacional del Estado en los daños ocasionados y a ocasionarse en el resto del mundo³.

La parálisis de las Organizaciones Internacionales, fruto de las disputas geopolíticas de los actuales actores internacionales más relevantes, (Estados Unidos, China, La Unión Europea, y en menor medida Rusia) no han posibilitado medidas de acciones rápidas y coordinadas entre los Estados al momento de abordar en sus territorios esta pandemia. Más bien, primó el criterio de soberanía y el cierre de fronteras y la imposibilidad de movilidad humana para permitir la asistencia humanitaria y el derecho de retornos de millones de personas a sus lugares de origen.

Muestra de ello ha sido la inactividad del Consejo de Seguridad de la ONU, órgano que en anteriores crisis humanitarias ha tomado diversas medidas para paliar sus efectos y contribuir a la cooperación entre los Estados. Como se ha señalado, (...) *las Naciones Unidas todavía continúan empanatadas con las rivalidades en el Consejo de Seguridad, los desacuerdos y su capacidad relativa para solucionar problemas. La confianza total de algunos Estados en su poder e influencia, con su tendencia a actuar unilateralmente, es otra evidencia de la debilidad del orden internacional*

³ PADDEU, Federica – JEPICOTT, Freya. “COVID-19 and Defences in the Law of State Responsibility”. Disponible en: <https://www.ejiltalk.org/covid-19-and-defences-in-the-law-of-state-responsibility-part-i/>

*liberal. Esta pandemia ha dejado claramente sentado que el fracaso de estas políticas unilaterales*⁴.

Esto ha llevado también a plantearse las responsabilidades nacionales e internacionales a que pueden ser sometidos los Estados por el manejo inadecuado o no fijar políticas de salud y asistencia oportuna en sus territorios. Para esto, cabe preguntarse si los Estados podrían alegar eximiciones a la responsabilidad internacional, como es el requisito del estado de necesidad o la fuerza mayor previstos en la costumbre internacional y en diversos instrumentos internacionales bilaterales o multilaterales. Pero también a permitir avizorar como en la búsqueda de medicinas y vacunas que impidan o curen el virus, los principales Estados involucrados en la contienda por dominar el mercado de medicamentos han sido acusados por otros de emplear ciber espionaje y ataques contra sus instalaciones médicas y de investigación para acceder a datos que otros llevan adelante.

2. Una mirada desde el impacto en los derechos fundamentales.

Un aspecto de relevancia en el abordaje del derecho internacional, son las normas que los Estados ha asumido a través de tratados y acuerdos en el respeto de los derechos humanos. En ese sentido, ninguna ley o política para combatir epidemias o pandemias puede ir en contra de los derechos de los ciudadanos o grupos vulnerables. El respeto de la dignidad inherente de las personas en la lucha contra el COVID-19 y de los derechos a la salud en condiciones de igualdad para todos, la no discriminación, entre otros, refuerzan aún más la responsabilidad y la transparencia del Estado y de otros agentes sociales.

La crisis sanitaria por el virus no solo ha puesto en evidencia los débiles sistemas de salud y gestión de riesgos de los Estados, sino también ha puesto en relieve la vulnerabilidad de muchos sectores de la sociedad. Si bien es cierto, existen grupos de personas que podrían verse más afectados, como son los adultos mayores; lo cierto es que los grupos llamados población de riesgo son mucho más extensos, como los migrantes, refugiados y apátridas, los pueblos indígenas, las mujeres en situaciones de violencia, minorías sexuales y el personal de la salud, entre otros.

⁴ ARREDONDO, Ricardo. La ausencia del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Disponible en: https://www.clarin.com/opinion/ausencia-consejo-seguridad-naciones-unidas_0_0XiPREUyg.html

Entre los instrumentos a nivel internacional, el sistema de ONU cuenta con normas que los Estados deben respetar atento los compromisos internacionales frente a estos grupos. Por una parte, el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de ONU (PIDCyP), regula el estándar de protección al derecho a la vida y con ello, una interrelación con otros derechos humanos de carácter global. Cabe señalar los alcances de la Observación General n° 6 y las propuestas de Observación General n° 36 del Comité de Derechos Humanos sobre los alcances del artículo 6 del Pacto⁵.

La pandemia del COVID-19 no solo implica una amenaza a la vida de las personas físicas, sino conlleva el riesgo y la pérdida de otros derechos a los cuales los Estados deben bregar por proteger, como los vinculados a los riesgos en las condiciones de la salud, el mantenimiento de la actividad laboral de las personas, la falta de vivienda digna que permita un mejor resguardo frente al virus, los efectos económicos que está produciendo, las posibles restricciones a la libertad de expresión en cuando a poder difundir verazmente las acciones de los Estados y los datos de personas afectadas; la situación de vulnerabilidad.

En suma, esta pandemia pone en evidencia la potencialidad de las posibles violaciones a derechos que podrían ampliarse si los Estados y otros actores claves de la sociedad no contribuyen en forma cooperativa. Como lo señalara la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Michelle Bachelet, la pandemia atenta contra el desarrollo de los Estados y genera situaciones de potenciales conflictos, marcando una

⁵ Observación General núm. 6, sobre el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, relativo al derecho a la vida. 16° período de sesiones (1982) y su actual proceso de actualización interpretativo mediante propuesta de Observación General n° 36, (Proyecto aprobado en primera lectura en el 120° período de sesiones (3 a 28 de julio de 2017), donde se señalada que: *El deber de proteger la vida también implica que los Estados partes deben adoptar medidas adecuadas para abordar las condiciones generales en la sociedad que podrían terminar por suponer amenazas directas a la vida o impedir a las personas disfrutar de su derecho a la vida con dignidad (...). Entre las medidas requeridas para asegurar unas condiciones adecuadas que permitan proteger el derecho a la vida figuran, cuando fuere necesario, medidas a corto plazo destinadas a garantizar el acceso de las personas a bienes y servicios esenciales como la alimentación, el agua, el cobijo, la atención de la salud, la electricidad y el saneamiento, y medidas a largo plazo destinadas a promover y propiciar unas condiciones generales adecuadas, como el fortalecimiento de servicios de salud eficaces en casos de emergencia y operaciones de respuesta a emergencias (párr. 30).*

brecha entre países desarrollados y países en vías de desarrollo⁶. En igual sentido, otras posiciones de necesidad de resguardo de los impactos económicos en las personas y el desarrollo de los Estados fueron planteado por expertos independientes de la ONU ante el efecto de la pandemia, como es el ámbito de los compromisos de los Estados en el uso de recursos financieros que estaban destinados a pago de deuda externa⁷. Los posibles efectos dañinos sobre los derechos humanos son analizados para determinar, cómo el impacto de las crisis en la desigualdad y los derechos humanos depende, en gran medida, del sistema de protección social existente, así como del nivel de gasto público —que sirve como estabilizador durante las recesiones—, incluyendo la manera en la que este gasto público es financiado. Como señalara el experto, se espera que las consecuencias de la crisis que se avecina sean particularmente devastadoras desde una perspectiva de derechos humanos, si no se adoptan medidas especiales con urgencia para compensar las deficiencias del pasado y proteger a la población, prestando especial atención a lo/as más marginado/as y que viven en condiciones de vulnerabilidad⁸.

En lo que respecta al derecho a la salud, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de ONU (PIDESC), establece en su artículo 12, los derechos esenciales de la persona en el goce del más alto nivel posible de salud. En ese alcance, el Comité del Pacto ya ha fijado en diversas oportunidades las interpretaciones del artículo 12 tanto en su Observación General n° 14⁹, como en los alcances de las obligaciones

⁶ ACNUDH. La pandemia del COVID-19 – Informe oficioso al Consejo de Derechos Humanos. Discurso de Michelle Bachelet, Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. 9 de abril de 2020. Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25785&LangID=S>

⁷ BOHOSLAVSKY, Juan Pablo. “COVID-19: Llamamiento urgente para una respuesta a la recesión económica desde los derechos humanos”. Informe independiente. 15 de abril de 2020. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Development/IEDebt/20200414_IEDebt_urgent_appeal_COVID19_sp.pdf

⁸ Ibidem, pág. 6.

⁹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General N° 14, párrafo 16, sobre El derecho a la prevención y el tratamiento de enfermedades, y la lucha contra ellas, E/C.12/2000/4, CESCR. 11 de agosto de 2000.

La Observación general N° 14, párrafo 43, literal f, sobre El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12), referente a Obligaciones básicas, expresa que los Estados están obligados a: “f) Adoptar y aplicar, sobre la base de las pruebas epidemiológicas, una estrategia y un plan de acción nacionales de salud pública para hacer frente a las preocupaciones en materia de salud de toda la población.

generales de los Estados en el marco del PDESC (Observación General n° 3)¹⁰. En ese contexto la Observación General n° 14 indica la relevancia de un acceso igualitario a la atención de salud sin contextos de discriminación. Los Estados deben adoptar medidas y legislaciones acordes a unas adecuadas políticas públicas sanitarias, pero son que ello conlleve obstáculos de índole programático de acceso al goce del derecho. El derecho a la salud en cuanto al alcance de no discriminación, trato igualitario, la obligación del Estado de tomar medidas específicas de acceso a la salud, no conllevan tipo alguno de programatividad. Y en el caso de aquellas obligaciones estatales de índole programado, no deberían ser incompatible con estándares de plazo razonables.

Además de los alcances del artículo 12 del PDESC, otros ámbitos de ONU, como los lineamientos del Mecanismo Especial para el “goce del más alto nivel posible de salud”, aportan sus consideraciones. Tanto Desde lo previsto desde 2002, este mecanismo especial, a través de una serie de Resoluciones (6/29 del 2007; 15/22 del 2010; 24/6 del 2013 y 33/9 del 2016) de su Relator, nos indican la necesidad de prácticas estatales en línea de garantía de derecho a la salud de carácter inclusivo, en el sentido de un cuidado oportuno y apropiado. Entendiendo ese goce de derecho a la salud, como el acceso al agua potable, infraestructura básica de saneamiento cloacal, condiciones laborales dignas y seguras, acceso a la educación e información y de gozar de un ambiente sano.

En aspectos propios del derecho a la salud, el *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (Protocolo de San Salvador) consagra expresamente este derecho en su artículo 10 por lo que los Estados deben reconocer a la salud como un bien público y adoptar medidas para garantizar este derecho. Estas medidas van desde la garantía de atención primaria de salud al alcance de todas las personas, la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Es-

¹⁰ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación Gral n° 3: “La índole de las obligaciones de los Estados Partes (pár. 1 del art. 2 del Pacto): 14/12/90”, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, párrafo 11: “[...] aunque se demuestre que los recursos disponibles son insuficientes, sigue en pie la obligación de que el Estado Parte se empeñe en asegurar el disfrute más amplio posible de los derechos pertinentes dadas las circunstancias reinantes. Más aun, de ninguna manera se elimina, como resultado de la limitación de recursos, las obligaciones de vigilar la medida de la realización, o más especialmente de la no realización de los derechos económicos, sociales y culturales y de elaborar estrategias y programas para su promoción”.

tado, la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas, la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, así como la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables. A su vez como ha sido señalado en un documento reciente de la Secretaría General de la OEA, conjuntamente con los derechos consagrados en los Tratados americanos de derechos humanos, cabe recordar lo previsto por la *Carta Social de las Américas y su Plan de Acción*. Estos documentos reafirman que el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin discriminación. En ambos documentos, los Estados miembros de la OEA reconocen que el derecho a la salud es una condición fundamental para la inclusión y cohesión social, el desarrollo integral, y el crecimiento económico con equidad, por un lado, pero priorizan la integralidad al abordarlas otras facetas de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, tales como el derecho a la alimentación, a la vivienda, al empleo y seguridad social, entre otros derechos que también se han visto afectados en el marco de esta pandemia¹¹. A la vez, los Estados americanos, están obligados jurídicamente, a adoptar medidas económicas y técnicas (obligación de hacer) por “todos los medios apropiados” para lograr “en forma progresiva” la realización de los derechos económicos, sociales y culturales.

Las normas de derechos humanos también reconocen que en el contexto de serias amenazas a la salud pública y emergencias públicas que pongan en peligro la vida de una nación, las restricciones a algunos derechos pueden justificarse siempre y cuando tengan una base legal, sean estrictamente necesarias según evidencias científicas y no sean arbitrarias ni discriminatorias en su aplicación, sean de duración limitada, respeten la dignidad humana, estén sujetas a revisión y sean proporcionales para lograr su objetivo.

De acuerdo con el PIDCP, los Estados podrían aplicar restricciones en contextos de situaciones de emergencias. El artículo 4 del Pacto especifica una serie de circunstancias para su aplicación¹². Los *Principios de Siracusa*

¹¹ OEA. “Guía práctica de respuestas inclusivas y con enfoque de derechos ante el COVID-19 en las Américas”. Disponible en: http://www.oas.org/es/sadye/publicaciones/GUIA_SPA.pdf

¹² Artículo 4.1: En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente

sobre la Limitación y Excepción de las Disposiciones en el PIDCP¹³, prescriben que dichas limitaciones conllevan algunas condiciones: (i) Ninguna limitación a un derecho reconocido por el Pacto será discriminatoria; (ii) cualquier limitación debe responder a una necesidad pública o social apremiante, perseguir un objetivo legítimo y ser proporcional a ese objetivo; (iii) los estados no deben utilizar medios más restrictivos que los necesarios para lograr el propósito de la limitación (iv) la carga de justificar una limitación sobre un derecho garantizado bajo el Pacto recae en el estado; y (v) toda limitación impuesta estará sujeta a la posibilidad de impugnar y corregir su aplicación abusiva. En el contexto de las limitaciones de los derechos para proteger la salud pública, los Principios de Siracusa reiteran que estas “medidas deben estar dirigidas específicamente a prevenir enfermedades o lesiones o brindar atención a los enfermos y heridos”. Dichas restricciones de derechos en contextos de emergencia, deben ser de duración limitada, sujetos a revisión, y se debe adoptar la alternativa menos restrictiva cuando haya varios tipos de limitaciones disponibles. Cuando se implementen medidas de cuarentena y aislamiento, deben realizarse de manera segura y respetuosa, y teniendo en cuenta los riesgos que plantean para el pleno disfrute de los derechos humanos. Para mejorar la confianza y la cooperación de las personas, respetar el derecho a la dignidad y darles el mayor control posible sobre sus vidas, cualquier medida que restrinja la libertad de movimiento debe ser voluntaria siempre que sea posible. Si es necesario imponer un sistema de cuarentena, el gobierno tiene la obligación de proporcionarlo y llevarlo a cabo de acuerdo con las normas internacionales de derechos humanos pertinentes, en particular para garantizar condiciones humanas para las personas sujetas a tales medidas, e instalar una evaluación efectiva y sistemas de revisión. Deben respetarse y protegerse los derechos de las personas en cuarentena, y deben satisfacerse las necesidades básicas de las personas, incluido el alojamiento adecuado, alimentos, agua y saneamiento. Estos principios deben aplicarse a todas las decisiones de los estados de

Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

¹³ *Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Nota verbal de fecha 24 de agosto de 1984 enviada al Secretario General por el Re presentante Permanente de los Países Bajos ante la oficina de Naciones Unidas en Ginebra.

imponer cuarentenas y otras limitaciones a la libertad de movimiento, en respuesta a la propagación de Covid-19.

Por su parte en el sistema interamericano, las restricciones de derecho, (como podría ser en el marco de situaciones de emergencia) están plasmadas en los alcances del artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha señalado que “(...) el análisis jurídico del citado artículo 27 y de la función que cumple debe partir de la consideración de que es un precepto concebido sólo para situaciones excepcionales. Se aplica únicamente “en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte”. Aun entonces, autoriza solamente la suspensión de ciertos derechos y libertades, y ello “en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación”. Las disposiciones que se adopten, además, no deben violar otras obligaciones internacionales del Estado Parte, ni deben entrañar discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social”¹⁴.

La Convención Americana de Derechos Humanos, cuya mayor virtud es el carácter convencional para la protección de los derechos en el continente americano, además de reconocerlos, en su artículo 27.1 fija las condiciones para la declaración del estado de emergencia, estableciendo supuestos tácticos de situaciones extraordinarias. Cabe señalar que la normativa internacional tiene como pauta de aplicación las obligaciones asumidas por los Estados en el respeto de la dignidad de la persona, (sean nacionales o extranjeros y dentro de éstos, aunque se encuentren en situación irregular en el territorio). En recientes declaraciones, la Comisión IDH ha señalado que, respecto a los estados de excepción, los Estados no pueden utilizar esta figura de manera genérica, sin antes justificar de manera estricta la existencia de una situación de emergencia excepcional. Por ende, la declaración de estado de emergencia excepcional para hacer frente a la dispersión de la pandemia del coronavirus, no debe utilizarse para suprimir un catálogo indeterminado de derechos o ad infinitum, ni para justificar actuaciones contrarias al derecho internacional por parte de agentes estatales, por ejemplo, el uso arbitrario de la fuerza o la supresión del derecho de acceso a la

¹⁴ Corte IDH. *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías* (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987. Serie A No. 8. Párr. 18.

justicia para personas que sean víctimas de violaciones a derechos humanos en el contexto actual¹⁵.

Uno de los ámbitos sobre situaciones de vulnerabilidad lo puede constituir las situaciones de movilidad humana y las restricciones impuestas por los Estados a salir y retornar a sus países. Y particularmente los grupos migrantes y desplazados. En este sentido, bajo los estándares internacionales fijados por la Comisión IDH sobre personas en contexto de movilidad humana, el organismo regional ha instado también en la resolución anteriormente mencionada, a los Estados a observar rigurosamente las necesidades de protección especial de las poblaciones que se ven forzadas a desplazarse a raíz de la violencia, persecución y grave amenaza a sus vidas e integridad personal, respetar el principio de no-devolución y a preservar el superior interés de niños, niñas y adolescentes y la unidad familiar de las personas en situación de movilidad. Asimismo, instó a los Estados a garantizar el derecho de regreso de sus nacionales que lo deseen, ante las barreras sanitarias y acciones de cierre de fronteras tomadas.

La gestión y protección de la migración y el desplazamiento imponen un mayor riesgo e impactos desproporcionados durante una emergencia internacional en salud, debido a asimetrías sociales y económicas, la existencia de barreras lingüísticas, así como de acceso a servicios de salud, incluyendo el temor de acceder a estos servicios por la incidencia de controles migratorios abusivos. Tales factores producen patrones de exclusión y vulneración de derechos que ameritan la atención especial de los Estados. Al respecto, la Comisión IDH ha sostenido que, de acuerdo a lo establecido en sus *Principios Interamericanos sobre los Derechos Humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de la trata de personas*, los Estados deben proporcionarles condiciones para un nivel de vida adecuado y compatible con la dignidad de la persona humana, y prevenir aquellas que dificulten o impidan el goce de los derechos a la salud, al saneamiento ambiental, así como a los servicios sociales básicos, como parte de su derecho inherente a la vida, incluido el respeto de su dignidad y su integridad sexual, psíquica y moral, cualquiera que sea su situación migratoria o lugar de origen. Además, incumbe a los Estados, como parte de sus obligaciones de protección de los derechos humanos de todas las personas en su territorio y bajo su jurisdicción, proveer las condiciones

¹⁵ Comisión IDH. Resolución 1/20 denominada “Pandemia y Derechos Humanos en las Américas”. Adoptada el 10 de abril de 2020. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>

para que puedan disfrutar de los más altos niveles posibles de salud física y mental, proporcionados por la misma atención médica brindada a sus nacionales, así como los bonos, ayuda financiera y otros mecanismos de protección interna.

Por su parte, el órgano jurisdiccional del sistema interamericano ha indicado las obligaciones de los Estados en situaciones de vulnerabilidad en contexto de migración y sus afectaciones al derecho igualitario a la salud básica, sin discriminación en razón de su estatus migratorio. La Corte IDH ha señalado oportunamente que la atención médica en casos de emergencias debe ser brindada en todo momento para los migrantes en situación irregular, por lo que los Estados deben proporcionar una atención sanitaria integral tomando en cuenta las necesidades de grupos vulnerables. En este sentido, el Estado debe garantizar que los bienes y servicios de salud sean accesibles a todos, en especial a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación por las condiciones prohibidas en el artículo 1.1 de la Convención¹⁶. Es decir, los Estados comprometidos con el Estado de Derecho y sus compromisos internacionales deben velar por tales responsabilidades.

3. El rol de la Organización Mundial de la Salud en el marco del COVID 19

La Organización Mundial de la Salud (OMS) en función de sus fines está llamada a cumplir un rol importante en materia de sanidad internacional como responsable de liderar a nivel mundial los asuntos relacionados con la salud, establecer normas sanitarias, formular opciones políticas sobre la base de la experiencia, ofrecer apoyo técnico a los países y supervisar y evaluar las tendencias en materia de salud. Cuando de epidemias o pandemias se trata, la OMS, ha cumplido su rol con la aparición del virus SARS en el año 2003, el H1N1 en el 2009, y el brote del Ebola en África occidental el año 2015 entre otros, con resultados más o menos efectivos. Sin embargo, durante la pandemia del COVID-19, la organización se ha constituido en el blanco de críticas y cuestionamientos más que de apoyos por partes de los distintos gobiernos nacionales. Líderes mundiales se

¹⁶ Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251. Párr. 108.

pronunciaron criticando el accionar de la organización, cuestionándola de un mal manejo de la crisis, de haber declarado tardíamente el estado de pandemia, de desoír y ocultar información, llegando algunos gobiernos a expresar que retiraran el apoyo financiero y solicitando someter a la organización a un proceso de investigación interna en el manejo de la crisis, el que finalmente fue aprobado.

A continuación, ilustraremos el rol de la organización en el contexto inicial de la pandemia desatada por el COVID-19, explicado ello desde sus particularidades propias. Entre esas particularidades de la OMS, no referiremos al alcance normativo de sus resoluciones; a la cuota de poder simbólico que la misma ejerce como autoridad mundial en cuestiones de salud; también a su especial modo de financiamiento y las consecuentes tensiones políticas entre sus miembros en el juego por la distribución de poder todo lo cual terminan politizando una organización que en su esencia lo es cooperación científica y técnica.

La cooperación internacional en el campo sanitario fue una de las primeras cuestiones que se consideraron necesarias reglamentar y desde mediados del siglo XIX, comenzaron a celebrarse las Conferencias Sanitarias Mundiales, siendo la primera de ellas la de París en 1861, en la cual se adoptó un reglamento internacional sobre los sistemas de la cuarentena en caso de epidemia y el reglamento de lazaretos para el Mediterráneo. En 1903 se aprueba la Convención General sobre la Cuarentena y en 1907 se institucionaliza la Oficina Internacional de Higiene Pública, que agrupaba 55 Estados y que estuvo dotada de un Comité permanente con sede en París. Tras la creación de la Sociedad de las Naciones (SDN) en 1919, ésta promovió la cooperación internacional en materia de prevención y control de las enfermedades, creando en función del artículo 23 inc a) y f) del Pacto de la SDN, la Organización de Higiene integrada por Comité Consultivo, un Comité de Higiene y un Secretariado¹⁷. Luego de la segunda Guerra Mundial, con la creación de la Organización de las Naciones Unidas, el Consejo Económico y Social convoca a la Conferencia Mundial sobre Sanidad que se celebra en Nueva York con la participación de 74 Estados y de otros observadores internacionales. En esta Conferencia se adoptó el Proyecto de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (1946),

¹⁷ DÍEZ DE VELASCO, Manuel. *Las organizaciones internacionales*. 14° Ed. Tecnos. 2007, Madrid, España.

entrando en vigencia el 7 de abril 1948, y convirtiéndose en organismo especializado de N.U.¹⁸

El texto constitutivo de la OMS fue enmendado en varias oportunidades y a la fecha cuenta con 196 Estados miembros más los “Miembros Asociados”¹⁹ lo que la convierte en una organización altamente representativa y con legitimidad y autoridad suficiente, para ejercer el rol que tiene encomendado en materia de sanidad global.

De acuerdo a su Constitución, la finalidad de la organización es de alcanzar para todo los pueblos el más alto grado posible de salud (art. 1) para lo cual se le han asignado las funciones de armonizar las actividades sanitarias mundiales y la codificación universal de las enfermedades y los medicamentos necesarios para combatirlas; la adopción de medidas sanitarias de emergencia para hacer frente a situaciones de epidemia, o en pro de prevención de enfermedades endémicas; la erradicación de enfermedades a nivel mundial; la asistencia en materia sanitaria a los países en vías de desarrollo o a las comunidades que enfrentan condiciones graves en materia de salubridad y evaluar los medicamentos y velar por su elaboración y utilización adecuada, para una correcta y más justa distribución de la farmacología (art. 2).

La OMS está gestionada por tres órganos principales, uno de ellos es la Secretaría integrada por los Directores Generales encabezada actualmente por Tedros Adhanom. El órgano plenario es la Asamblea Mundial de la Salud, integradas por especialistas en salubridad pública de los Estados miembros. Este órgano es el responsable de determinar la política general, instruir sobre asuntos en los que haya que tomar medidas, dirigir investigaciones (art. 18) y adoptar reglamentos sobre temas en su competencia como “requisitos sanitarios y de cuarentena y otros procedimientos destinados a prevenir la propagación internacional de enfermedades” y, además designa a los Directores Generales. El tercer órgano es el Consejo Ejecutivo que, como órgano ejecutivo de la Asamblea da efecto a las decisiones tomadas por la misma (art. 28), pudiendo tomar medidas de emergencia, o autorizar al Director General para que lo haga en diversas situaciones, desde

¹⁸ La OMS es una organización descentralizada, si bien su sede está en Ginebra, cuenta con 145 oficinas distribuidas en distintos Estados y seis oficinas regionales, en Brazzaville, Washington, El Cairo, Copenhague Nueva Delhi y Manila.

¹⁹ Se consideran Miembros Asociados aquellos territorios o grupos de territorios que no son responsables de la dirección de sus relaciones exteriores, y son presentados a la OMS por el Estado miembro responsable de los mismos.

epidemias al socorro sanitario de víctimas. El Consejo podrá disponer la creación de Comités que la Asamblea le indique y, por iniciativa propia a propuesta del Director General podrá establecer cualquier otro comité que considere conveniente para atender a todo propósito que esté dentro de la competencia de la organización (art. 30).

3.1. Las resoluciones de la OMS y su obligatoriedad

Como hemos expresado, la OMS se constituye en la autoridad internacional para impulsar el fortalecimiento de los sistemas de salud cuando la iniciativa no es abordada directamente por los Estados miembros. Por lo tanto, la organización, es generadora de reglamentos internacionales jurídicamente vinculantes, necesarios para dar respuesta ante una pandemia, proporcionando además asistencia técnica a los Estados.

Para comprender el disímil acatamiento a la normativa y recomendaciones de la OMS por parte de los gobiernos para afrontar la pandemia del Covid-19, es necesario destacar el alcance de tales las resoluciones. La OMS tiene un poder normativo de distinto rango que va desde tratados jurídicamente vinculantes hasta recomendaciones que técnicamente carecen de obligatoriedad.

Expresa el artículo 22 de la Constitución de la OMS, que las decisiones al igual que las demás resoluciones entrarán en vigor para todos los Miembros desde que se haya dado aviso de su adopción por la Asamblea de la Salud excepto para aquellos Miembros que comuniquen al Director General que las rechazan o hacen reservas dentro del periodo fijado en el aviso. Es decir que las resoluciones de la OMS resultan obligatorias para todos los Estados miembros desde su adopción sin necesidad de ratificación, y solo se necesitará una manifestación expresa del Estado si es que decide rechazarla o formular alguna reserva.

Pudimos observar que desde el inicio de la pandemia, la OMS se ha expedido casi a diario a través de las denominadas “recomendaciones” que están siendo elaboradas con el fin de prevenir y controlar la expansión del COVID-19. Estas recomendaciones – no necesariamente las formuladas en esta situación de emergencia - carecen de obligatoriedad, tienen su base en los compromisos estatales y cada Estado debe adaptarlas a su realidad, por lo que se ha calificado al conjunto de esta normativa como *soft law* (Ber-

trand y Garrido, 2020)²⁰. No obstante, es necesario resaltar que, la mayoría de los países siguen y fundan sus decisiones en materia de salud pública en estas recomendaciones de la OMS. Entonces nos preguntamos ¿a qué debe ese alto acatamiento?, La respuesta no la encontraremos en el poder normativo, sino que en la cuota de poder simbólico de la organización. Esto significa que, sus recomendaciones a pesar de carecer de obligatoriedad jurídica, constituyen una importante fuente de *soft law*, con gran peso moral y político, y porque se reconoce en la OMS la autoridad para ello y la debida legitimación a la hora de decidir qué es una enfermedad o no, o cuáles son sus causas y eventuales respuestas (Burgos Silva, 2019)²¹.

La OMS junto a un contado grupo organizaciones o programas internacionales cuentan con ese poder simbólico que se traduce en el reconocimiento de la capacidad de decir lo que se juzga aceptable en beneficio de la humanidad y en pos a un bienestar general de la sociedad. Ahora bien, ese poder simbólico que la organización fue acrecentando a lo largo de sus 72 años de historia, resultó notablemente cuestionado a partir de la crisis sanitaria generada por el COVID-19. Al respecto, surgieron voces críticas en relación a la organización, y además varios Estados hicieron caso omiso a sus recomendaciones, adoptando sus propios protocolos para enfrentar la pandemia. Ese poder simbólico también se vio afectado, como veremos a continuación, por la alta politización de la organización durante su gestión de la crisis sanitaria.

Más allá de las resoluciones y las recomendaciones, existe en el ámbito de la OMS otra categoría de normas directamente vinculante a los Estados, como lo es Reglamento Sanitario Internacional (RSI) del año 2005, el cual es un verdadero tratado internacional que está en vigencia desde junio de 2007 y resulta vinculante para los 196 Estados partes, es decir para todos los miembros de la organización. El RSI tiene como objetivo el abordaje, la preparación mundial y la respuesta a las pandemias, siendo un punto esencial la integración del RSI en los sistemas de salud nacionales, así como la coordinación y la información de éstos con la organización con el fin de garantizar la eficacia de la respuesta multilateral durante las pandemias.

²⁰ BERTRAND, Milenko y GARRIDO Nicolas. *El reto de no subestimar a la OMS*. (2020, 27 abril) <https://www.latercera.com/opinion/noticia/el-reto-de-no-subestimar-a-la-oms/>

²¹ BURGOS Silva, G. *Las Organizaciones Internacionales y sus Recursos de Poder. Una propuesta analítica*. Estudios Políticos N° 54, enero – abril 2019 pp 149-175. Universidad de Antioquia (Colombia).

El RSI es un acuerdo jurídicamente obligatorio para la protección y la gestión de las amenazas de enfermedades y constituye un marco para la respuesta colectiva a las amenazas que afectan a uno o más países, o a eventos de salud pública de importancia mundial como es el caso de la actual pandemia del COVID-19. El art. 12 del RSI establece el mecanismo para la declaración de una *emergencia de salud pública de importancia internacional* (EPSII), siendo tal declaración una responsabilidad del Director General previa información que reciba del Estado parte en cuyo territorio se esté produciendo el evento. El Estado parte y el Director General se podrán poner de acuerdo con esta determinación y se solicitará la opinión del Comité de Emergencia. Una vez declarado el estado de emergencia sanitaria (lo que puede ocurrir aún con la falta de acuerdo del Estado afectado), se dará marcha el procedimiento establecido en el art. 49 del RSI, que en definitiva, tras consultas y evaluaciones hará que el Director General informe a los demás Estados las conclusiones de la declaración de emergencia de importancia internacional, las medidas adoptadas por el Estado parte en cuyo territorio se produce el evento, la adopción de medidas temporales, sus prórrogas y anulaciones junto con la opinión del Comité de Emergencia.

Con la aparición del COVID-19 y a partir del mes de enero de 2020, la OMS ha recurrido al mecanismo obligatorio del RSI para declarar la situación de emergencia, y en forma contemporánea ha recurrido a las recomendaciones para los Estados, las que tuvieron distinto grado de acatamiento.

Sumados todos estos instrumentos jurídicos, los procedimientos especiales previstos en el RSI, el reconocimiento como autoridad sanitaria mundial, la legitimidad de la organización y la experiencia en la gestión de las epidemias del SARS, el H1N1, y la contención de brote de ébola, resultaba altamente probable que la OMS pudiera prevenir y gestionar la actual pandemia. Pero ello no ocurrió del modo previsto como lo veremos en título siguiente, pues reacciones tardías, inconsistencia de las recomendaciones, pujas políticas entre sus miembros atentaron contra eficacia en el manejo de la crisis.

3.2. La gestión de la pandemia del COVID-19 y los conflictos que han surgido

El 31 de diciembre de 2019 la Comisión Municipal de Salud de Wuhan (China) notifica un conglomerado de casos de neumonía en la ciudad, para luego dar a conocer la existencia de una nueva versión de coronavirus. Frente a ello, la OMS establece el Equipo de Apoyo a la Gestión de Inci-

dentes y pone así a la Organización en estado de emergencia para abordar el brote. El 5 de enero publica su primer parte sobre brotes epidémicos relativo al nuevo virus, consistente en una publicación técnica de referencia para la comunidad científica y de la salud pública mundial y a los medios de comunicación, evaluando riesgos y formulando recomendaciones. Días después la organización formula recomendaciones técnicas para todos los países sobre el modo de detectar casos, realizar pruebas de laboratorio y gestionar los posibles casos. El 13 de enero se confirma oficialmente un caso de COVID-19 en Tailandia siendo el primero registrado fuera de China y tras unas visitas de Expertos de la oficina de la OMS en China y de la Oficina Regional para el Pacífico Occidental a la zona de Wuhan, el Director General de la OMS convoca al Comité de Emergencia para evaluar si el brote constituye una emergencia de salud pública de importancia internacional (RPSII), sin lograr el consenso necesario para tal declaración. A continuación, el propio Director General encabeza una misión a Beijing, para convocar nuevamente, el 30 de enero de 2020, al Comité de Emergencias y el 3 de febrero se publica el Plan Estratégico de Preparación y Respuesta de la comunidad internacional. Finalmente, el 11 de marzo, se declara la existencia de una pandemia, que rápidamente se expandió por el mundo entero, siendo los principales países afectados por el número de infectados y víctimas fatales, Italia, España, Francia, Gran Bretaña, Estados Unidos y Brasil.

Destaquemos a continuación algunos acontecimientos que dentro de algún tiempo permitirán efectuar una valoración de la gestión de la pandemia por parte de la OMS. En *primer* lugar, habrá que analizar su comportamiento al momento de la aparición del virus. Si bien recurrió a diversos mecanismos comunicacionales para informar a la población mundial respecto a los síntomas del COVID-19 y sus correspondientes protocolos, no ha sido del todo eficiente a la hora de combatir la gran desinformación sobre los síntomas, sobre los modos de transmisión, el periodo de incubación del virus, tiempos de cuarentena, la transmisión por asintomáticos, etc., siendo por ello, que ante tal grado de incertidumbre, los Estados comenzaron a tomar medidas gubernamentales propias por lo general descoordinadas aún entre Estados vecinos. En esta actuación inicial también se le cuestionará el papel desempeñado en materia de prevención y adopción de medidas para evitar la propagación del virus. En este sentido se le atribuye responsabilidad a la OMS por no haber escuchado a las autoridades de Taiwán cuando intentaron alertar de la situación que se presentaba a fines del 2019 en China, particularmente en Wuhan. La organización no brindó respuesta

alguna más allá de la inexistencia de una obligación legal de hacerlo²² en relación al informante que no es un Estado miembro de la organización y que tampoco es reconocido como Estado, pero esa circunstancia no le hubiera impedido advertir de la situación a la comunidad internacional.

En *segundo* lugar, se la valorará en función de las medidas adoptadas luego de desatada la crisis sanitaria. En este aspecto resulta criticable el momento en el cual se declaró al COVID-19 como “pandemia” (11 marzo), demasiado tarde si consideramos que a esa fecha ya se habían presentado casos de coronavirus tanto en Asia como en Europa y lo cual da lugar a preguntarnos si se consideraron las implicancias políticas que esa declaración podía traer consigo antes de efectivizarla. Por otra parte es posible atribuirle a la organización un funcionamiento aceptable, sobre todo en la elaboración de protocolos de salud y su respectiva difusión aunque la carencia de claridad y uniformidad de tales recomendaciones repercutió directamente en distinto grado de cumplimiento por parte de los Estados²³. Por ese mismo motivo, la lucha contra la pandemia se vio dificultada en tanto la decisión y la manera de llevar a cabo las cuarentenas dentro de cada país dependieron, en última instancia, de cada gobierno, así EE.UU, México o Brasil se negaron desde un principio a adoptar mecanismos de cuarentenas, otros lo hicieron tardíamente y, salvo Gran Bretaña, los países de Europa occidental, fueron más receptivos a las recomendaciones de la organización. En otros como Argentina se adoptó una estricta y prolongada cuarentena.

Un *tercer* aspecto a analizar es el alto grado de politización al que se vio sometida la OMS durante este periodo. La politización es definida como “una transferencia de intereses a escala internacional y la expansión del conflicto entre varios actores de naturaleza diversa, así como sus efectos en la toma de decisiones de la organización en relación a uno o varios

²² La República Popular de China al ratificar el RSI de 2005 declara que el Reglamento se aplicará al territorio de la República Popular de China incluyendo la Región Administrativa Especial de Hong Kong, de Macao y la provincia de Taiwán.

²³ En materia de protocolos y recomendación se presentaron recurrentes inconsistencias, en particular para conseguir uniformidad normativa en lo que hace a las recomendaciones y procedimientos sanitarios. Llamativo el hecho acontecido con la utilización de las mascarillas inicialmente solo recomendado para el personal sanitarios y luego el cambio en la recomendación para su uso generalizado por la población. Estos son hechos relevantes que da lugar a que cada vez haya más posturas escépticas sobre el liderazgo de esta organización durante este período de pandemia.

problemas”²⁴. Esa politización es resultado de la interacción entre las organizaciones internacionales con otros actores políticos como los Estados (en relación a la distribución del poder), con la sociedad civil (en relación a la imposición de la agenda) y la opinión pública internacional (marcando los tiempos y la intensidad de la agenda). No hay duda que en la gestión de la pandemia se ha presenciado una lucha por la distribución de poder en el seno de la organización con actores relevantes como EE.UU. y China. Por su parte Japón ha denunciado la influencia de China en el organismo, mientras que la Unión Europea también se ha mostrado escéptica frente a la gestión del organismo.

Los EEUU han sido históricamente el principal sostén económico de las burocracias de la mayoría de la Organizaciones Internacionales de los sistemas onusianos e interamericano. No escapa a esta lógica la OMS, en donde los EEUU aportaba el veinte por ciento (20%) de su presupuesto. No se trata de una simple liberalidad de la potencia americana, por el contrario la contraprestación está vinculada a las tensiones y manejos de la política internacional, que conduce a la igualdad de los iguales, en la que los EEUU no se parecía a nadie y por tanto imponía su criterio haciendo concesiones al grupo de Estados afines, esto se vio alterado por dos hechos relevantes, en primer lugar el posicionamiento de China como un actor que pretende establecerse a la par de los EEUU en los espacios de poder y el segundo, la conclusión de la gestión Obama y el advenimiento de Trump como presidente de los EEUU que progresivamente se ha ido relegando su protagonismo en las instituciones multilaterales.

Con el fin de la gestión Obama concluyó la diplomacia convencional con los Estados afines, el Presidente Trump comenzó a tomar decisiones inconsultas y amenazar con consecuencias si no se actuaba conforme a su interés. La pandemia puso en el centro de atención a la OMS acusada de actuar parcialmente en perjuicio de los EEUU y en beneficio de China. A las amenazas siguió la toma de medidas por los EEUU que decidió suspender los aportes económicos a la Organización. Donald Trump acusó a la OMS de ser *una marioneta de China*, reiterando sus críticas sobre la gestión de esa agencia de la ONU frente a la pandemia. *No estoy contento con la Organización Mundial de la Salud*, declaró el mandatario desde la Casa Blanca. Alex Azar, Secretario de Salud de los EEUU, sostuvo que el

²⁴ MUÑOZ, Luz y VILANOVA, Pere. “La politización de las organizaciones internacionales como proceso: Una aproximación conceptual a sus determinantes y dinámicas”. *Revista Española de Ciencia Política*. N° 40 marzo de 2016 pp. 139-160.

virus se había salido de control debido a las fallas de la OMS: *Hubo un fracaso de esta organización para obtener la información que el mundo necesitaba, y ese fracaso costó muchas vidas. Agregó: En un aparente intento de ocultar este brote, al menos un Estado miembro se burló de sus obligaciones de transparencia, con enormes costos para todo el mundo sin señalar directamente a China*²⁵.

En represalia los EEUU insistió con la participación de Taiwán como observador, que había logrado un total éxito con la pandemia y sin embargo, fue completamente excluida e ignorada por la Organización, para Washington la *exclusión de Taiwán*, y afirmó que *atenta aún más contra la credibilidad* de la OMS. Para China es la más importante de sus políticas de Estado.

El problema presupuestario provocado por el retiro de los EEUU no es menor, la OMS debe evitar colaboraciones indirectas arregladas por terceras partes actuando como intermediarios entre la OMS y empresas comerciales²⁶, los fondos no deben ser buscados ni aceptados de empresas comerciales que tengan interés comercial directo en el resultado del proyecto y esa precaución debe tenerse aun cuando el interés sea indirecto. Las contribuciones de empresas comerciales deben ser reconocidas. En una oportunidad las necesidades financieras de la división de salud mental de la OMS la acercaron más de lo deseable a la industria de la droga, Day narra lo difícil que fue realizar una publicación sobre la malaria, *es muy difícil encontrar a alguien completamente libre de la industria farmacéutica, ... el grupo de investigación de la enfermedad tropical de la OMS había desarrollado el tratamiento conjuntamente con GLAXO, pero GLAXO no estaba feliz con lo que se quería publicar, lo que motivó que la publicación se realice con una demora de un año en medio de mucha presión y cabildos*²⁷. Este es un ejemplo de cuan tortuoso es trabajar con dinero de las industrias farmacéuticas.

²⁵ Fuentes Fernando, *OMS promete investigación independiente sobre el coronavirus y Trump la acusa de ser "marioneta de China* en <https://www.latercera.com/mundo/noticia/oms-promete-investigacion-independiente-y-trump-la-acusa-de-ser-marioneta-de-china/UONNK7MAGVD5HF53WEYZC3AOZI/>.

²⁶ Párrafo 12 de las directrices sobre Interacciones con Empresas Comerciales de la OMS.

²⁷ DAY, Michael. "Who's Funding WHO?", en *BMJ: British Medical Journal*, vol. 334, no. 7589, 2007, pp. 338–340. *JSTOR*, www.jstor.org/stable/20506402. Accessed 19 May 2020.

Esta es la razón de la importancia del aporte de los Estados lo que se ve exacerbado en estos tiempos donde la pandemia trastocó el ya endeble orden mundial en donde se espera la peor recesión de la historia.

Veremos que la Organización ha sufrido ya sinsabores en su corta historia. En 1967 el cirujano general de los EEUU William Stewart sostuvo que ha llegado el tiempo de cerrar el libro de las enfermedades infecciosas²⁸, sin embargo, vendría el HIV y nuevos desafíos que requirieron de la cooperación internacional y que conducirían a reformas. A partir de entonces aparecería en China el SARS (Severe acute respiratory síndrome) y que motivase la primera oportunidad en que China ocultaría información relevante para el combate contra esa enfermedad. El reconocimiento de esta situación llevó a que el Presidente Hu Jintao y el Premier Wen Jiabao ordenaran a los hospitales que informen de manera precisa y transparente los casos de SARS.

Ya en ese momento se demostró que los sistemas de vigilancia y respuesta existentes eran inadecuados estimulando la revisión de las regulaciones sanitarias internacionales (IHR de International Health Regulations).

Igualmente los Estados en vías de desarrollo tienen una profunda desconfianza de sus pares desarrollados que conduce a que no compartan información, de hecho apenas un año después de la adopción de las IHR Indonesia se rehusó a compartir muestras de otra variedad de influenza que apareció y que se conoció como H5N1, la razón esgrimida por Indonesia fue la de injusticia global fundado en la manera en que la información suministrada pudiera ser usada con posterioridad por quienes terminan haciendo pingües negocios con la desgracia de otros. Grandes empresas farmacéuticas y laboratorios utilizan las muestras para luego desarrollar medicamentos y tratamientos que terminan costando sumas siderales que muchos Estados no pueden erogar y que lejos de representar una solución representan nuevos problemas para los Estados menos favorecidos. Cinco años se negoció el Marco de Preparación para la Influenza Pandémica²⁹ (PIP).

La OMS cambió la gobernanza global en materia de salud. No fue suficiente. Una nueva influenza infecciosa (H1N1), una nueva variedad aviar (H7N9) apareciendo en China, y la emergencia de un nuevo coronavirus

²⁸ Phelan, Alexandra, and Gostin, Lawrence O. *Farewell to the God of Plague: Has International Law Prepared Us for the Next Pandemic?* en *Georgetown Journal of International Affairs*, vol. 15, no. 2, 2014, pp. 134–143. *JSTOR*, www.jstor.org/stable/43773636. Accessed 29 June 2020.

²⁹ Pandemic Influenza Preparedness Framework – 2011.

llamado Síndrome respiratorio del Medio Este (Middle East Respiratory Syndrome – MERS) fueron la causa. Aun con el IHR revisado y el PIP la Comunidad Internacional no estaba preparada³⁰. El lanzamiento en febrero de 2014 de la Agenda de seguridad sanitaria mundial (Global Health Security Agenda) por un conjunto de 25 Estados demostró que la gobernanza cambia rápidamente.

El monitoreo efectuado por la Red Mundial de vigilancia y respuesta contra la influenza (GISRN) de la OMS se ha demostrado falible para anticipar problemas antes que aparezcan. Luego de la aparición del H5N1 la Asamblea Mundial de la Salud de la OMS aprobó el IHR revisado que se consideró un avance en el combate de una pandemia y fue implementado en 2007, ahí fue que Indonesia decide retener las muestras en represalia a una visión netamente mercantilista de los laboratorios.

El marco PIP 2011 contiene dos plantillas de contratos, el Acuerdo estándar de transferencia de material (SMTA³¹) exigible en virtud del derecho contractual para laboratorios dentro de las GISR de la OMS (SMTA1) y otro para las organizaciones no GISRS (compañías farmacéuticas y universidades) (SMTA2), que establece obligaciones industriales a cambio de las promesas de los Estados de compartir las muestras virales. Esto comprende licencias razonables y justas para que las vacunas puedan ser producidas en los Estados y para que se garantice el abastecimiento de stocks de la OMS con vacunas y precios diferenciados para estados en vía de desarrollo.

Cabe aclarar que el marco PIP sólo se aplica a la influenza pero sólo en los casos en que adquiere alcances pandémicos, es decir que no incluye a las influencias estacionales, por lo que la calificación que haga la OMS resulta vinculante³². Cuando en 2009 se negociaba el marco PIP apareció la

³⁰ PHELAN, Alexandra, and. GOSTIN, Lawrence O. Op. cit. 27.

³¹ Standard Material Transfer Agreement.

³² Fuera del marco PIP se presentan dolencias que no tienen cobertura legal, se puede citar a los Patógenos resistentes a los antibióticos, como la tuberculosis. Tres bacterias resistentes a las drogas constituyen urgentes amenazas: *clostridium difficile* (diarrea asociada a los antibióticos), *Carbapenem resistente enterobacteriaceae* (ej *E. coli* y *salmonella*) y *Neisseria Ghonorrhoeae* (Gonorrhea). Adicionalmente los *Estafilococos aureus* (MRSA o estafilococo dorado) y el *streptococo pneumonia* son las mayores amenazas causan dos millones de enfermos y 23.000 muertes en EEUU solamente por año. Debido a la resistencia a los antibióticos el 70 por ciento de las infecciones neonatales contraídas en los hospitales de países de bajos ingresos no podrían ser tratados. El marco PIP no aplica para este tipo de bacterias resistentes a los antibióticos.

H1N1 y la OMS fue criticada por crear pánico innecesario, al final terminó siendo considerado un virus de circulación estacional.

El H7N9 también apareció en China en marzo de 2013 pero a diferencia con lo ocurrido con el SARS China informó y siguió los procedimientos.

El MERS apareció en Arabia Saudita, nuevamente se presentó una controversia con el Centro Médico Erasmus de los Países Bajos ya que se solicitó una patente y se compartieron muestras por parte del Centro con otros laboratorios haciendo valer derechos de propiedad intelectual, lo que significó el cese de colaboración de Arabia Saudita³³.

Para Phelan y Gostin la gobernanza global de salud fracasó en asegurar equidad justicia y cooperación global, incluyendo el acceso a las muestras de patógenos y vacunas, y uso justo de los derechos de propiedad intelectual, estos autores prefiguraban un estado de situación pandémico como el que presenta el COVID-19 que hoy hace renacer las críticas que estaban subyacentes, junto con otras recientes, propias del nuevo orden mundial.

El Convenio Marco sobre salud global³⁴ (FCGH) de abril de 2011 incluye principios de acceso a las vacunas y tratamientos para infecciones globales así como un régimen para compartir las muestras de patógenos basados en el marco PIP.

El COVID-19 representa el fracaso de los esfuerzos por apuntalar la cooperación internacional, China demoró el suministro de información y muestras y los EEUU lejos de apuntalar la estructura internacional decidió retirar toda ayuda económica a la OMS acusándola de parcialidad.

En la 73° Asamblea Mundial de la Salud celebrada en mayo de 2020, el Director General de la OMS, Tedros A. Gebreyoesus ha expresado que la transparencia, responsabilidad y mejora continua del organismo son parte del compromiso institucional al tiempo que en la misma Asamblea se logró consensuar el someter a la organización a una auditoría independiente por la gestión desplegada en la pandemia del COVID-19. Si bien se busca realizar un proceso de evaluación imparcial, independiente, y exhaustiva, el Director General anunció que para que sea realmente exhaustiva debe evaluarse el accionar de todos los actores, de buena fe, pretendiendo con ello que la organización no resulte la única acusada. También, debilitado por la acusación de parcialidad a favor de China, expresó que *acogemos*

³³ Erasmus indicó que el material transferido no sería usado con fines comerciales y que el virus no puede ser patentado. En Phelan, Alexandra. Ob Cit 27.

³⁴ Framework Convention on Global Health

con beneplácito la resolución propuesta ante esta Asamblea, que exige un proceso gradual de evaluación imparcial, independiente y completa. Para ser verdaderamente integral, dicha evaluación debe abarcar la totalidad de la respuesta de todos los actores, de buena fe aunque reconoció la necesidad de una evaluación independiente para revisar la experiencia adquirida y las lecciones aprendidas, y para hacer recomendaciones para mejorar la preparación y respuesta ante una pandemia nacional y mundial y recordó la revisiones hechas después de las epidemias del SARS, H1N1 y el Ébola que pusieron en evidencia las deficiencias de los sistemas de salud mundiales, muchas de las cuales no fueron escuchadas. Añadió que el planeta ya no puede permitirse la *amnesia a corto plazo* que ha caracterizado su respuesta a la seguridad sanitaria³⁵. La OMS ya había aceptado someterse a una auditoría independiente, a propuesta fue liderada por la Unión Europea (UE) y con el apoyo de la unión de países africanos, Canadá, Rusia, Reino Unido, Brasil, Australia³⁶.

En esta última asamblea de la OMS,³⁷ se destacó también la importancia de un esfuerzo masivo y combinado de todos los países para hacer frente a la Pandemia, *hemos visto algo de solidaridad, pero muy poca unidad, en nuestra respuesta al COVID-19. Los países han seguido diferentes y hasta contradictorias estrategias, y por eso estamos todos pagando el precio*, afirmó el Secretario General de las Naciones Unidas Antonio Guterres agregando que a menos que controlemos la propagación del virus, la economía nunca ser recuperará³⁸.

Lejos de las medidas tomadas por los EEUU, para Guterres *la Organización Mundial de la Salud es irremplazable y necesita más recursos, particularmente para brindar apoyo a los países en desarrollo, lo que debe ser ahora nuestra mayor preocupación porque El Norte*

³⁵ *La falta de unidad mundial en la respuesta al coronavirus, una estrategia para el fracaso* en Noticias ONU, https://news.un.org/es/story/2020/05/1474552?utm_source=Noticias+ONU+-+Bolet%C3%ADn&utm_campaign=b6aa7b6ff0EMAIL_CAMPAIGN_2020_05_19_12_00&utm_medium=email&utm_term=0_e7f6cb3d3c-b6aa7b6ff0-107378026.

³⁶ MARS, Amanda, *Trump amenaza con cortar los fondos a la OMS y con una posible salida de Estados Unidos* <https://elpais.com/sociedad/2020-05-19/trump-amenaza-con-cortar-los-fondos-a-la-oms-y-con-una-posible-salida-de-estados-unidos.html>.

³⁷ Participan 194 Estados miembros de la OMS

³⁸ *La falta de unidad mundial en la respuesta al coronavirus, una estrategia para el fracaso*. Ob Cit 34.

Global no puede derrotar al COVID-19 al menos que el Sur Global lo derrote al mismo tiempo.

La Resolución de la Asamblea no resultó satisfactoria, los términos de la resolución son algo vagos en cuanto a su aplicación: ¿cuándo comenzará?, ¿mediante cuál instancia?, ¿con qué mandato?, ¿qué reforma de la OMS se espera? ¿China aceptará finalmente una investigación independiente en su territorio?³⁹, de lo que no existen dudas es de la necesidad inminente de realizar una evaluación independiente de la respuesta sanitaria internacional ante la pandemia que incluya las medidas tomadas por la OMS, esto último está garantizado, pero lo primero resulta de difícil realización sin la colaboración de China.

Mucho menos consensos se avizoran respecto de las reformas, justamente la gran virtud democrática de la Organización es objeto de críticas por considerarla causante de su parálisis, así Larry Brilliant, epidemiólogo estadounidense que ayudó a la OMS a erradicar la viruela, ha dicho que *la estructura de la OMS es terrible porque los países votan sobre casi todos los asuntos. La OMS no tiene un poder independiente: cada país tiene voz, y significa que el director general tiene casi 200 jefes*⁴⁰. El debate por jerarquizar la Organización reduciendo los debates, concentrando la conducción a unos pocos Estados o mediante la creación de un órgano supranacional en su seno pone en evidencia que una vez que pase esta pandemia nada será igual, principalmente la OMS.

Después de superada la pandemia y concluida la auditoria de la organización y quizás también investigado el papel desempeñado por algunos Estados y otros actores durante la crisis, es probable que la OMS sea objeto de reformulaciones para la búsqueda de una mayor autonomía en las decisiones, como el establecimiento de algún sistema sancionatorio a los Estados que demoran o limitan la información de determinados eventos y también para dotar de mayores atribuciones al Comité de Emergencia entre otros aspectos a revisar.

Especial atención habrá que prestar en los próximos años al financiamiento de la organización en particular si la politización señalada termina afectado a los recursos de la OMS. La organización obtiene sus recursos de

³⁹ PEDRERO, Agnes, *Investigación sobre la respuesta internacional ante la pandemia, ¿cuándo, cómo, y después..?* <https://www.france24.com/es/20200519-investigaci%C3%B3n-sobre-la-respuesta-internacional-ante-la-pandemia-cu%C3%A1ndo-c%C3%B3mo-y-despu%C3%A9s>

⁴⁰ PEDRERO, Agnes, Op. cit. 16.

dos “fuentes” distintas., las contribuciones señaladas que son las cuotas establecidas para los Estados miembros, en función de la riqueza y la población del país y, las contribuciones voluntarias, que pueden proceder tanto de los Estados Miembros (y constituye un adicional de sus contribuciones señaladas) o de otros asociados. En los últimos años, las contribuciones voluntarias han representado más de tres cuartas partes de los recursos de la Organización y es a este tipo de financiamiento al que habrá de prestarse especial atención, ante una posible reducción de aportes principalmente por aquellos gobiernos que expresaron su disconformidad por la gestión de la organización⁴¹. Como lo señala Clare Wenham⁴², la OMS depende de lo que cada gobierno haga de ella así que, si no tienen la intención de financiarla adecuadamente, no se puede esperar una organización amplia, completa y funcional y por otra parte son también los Estados miembros a dónde van destinados los fondos, lo que por lo general coincide con las prioridades o agenda del donante y eso **le resta autonomía a la organización**.

Estas tensiones entre las principales potencias, no solo se trasladó en estas denuncias y acusaciones cruzadas sobre el abordaje de la contención de la pandemia, sino que en la actualidad ya avanzado la mitad del año 2020, en denuncias y acusaciones de ciberataques por parte de China y Rusia en procura de acceder a datos de la elaboración de vacunas en EE.UU y Europa.

4. Ciberataques en tiempos de pandemia

La irrupción y el rápido avance de las nuevas tecnologías desde finales de la última década del siglo XX han planteado numerosos desafíos para el derecho. Habitualmente existen informes sobre incidentes informáticos, algunos de los cuales generan daños (algunas veces de importancia) en el mundo físico⁴³.

⁴¹ Entre los Estados, sumados los aportes señalados y los voluntario, los principales contribuyentes son EE.UU, con casi el 24% del total, China con el 12%, Japón el 8%, Alemania, 6%, Reino Unido 4%, Francia 4% Italia 3%, Brasil 3%, Canadá 2%, y Rusia 2%. Mientras que entre las fundaciones como aportantes voluntarios sobresalen la Fundación Bill y Melinda Gates con un 15% del total y la Alianza GAVI.

⁴² Al respecto ver “La OMS depende de lo que cada gobierno haga con ella. 3 problemas claves que dificultan el trabajo de la organización”. En BBC NEWS Mundo 20 de abril 2020.

⁴³ Los ejemplos más significativos son el *ataque* de denegación de servicio (DDoS) a Estonia (2007) por “hacktivistas” pro-rusos que provocó que numerosos sitios privados y guber-

El auge de estos incidentes⁴⁴, provocó que comenzaran a plantearse diversos interrogantes acerca de cómo debían regularse las ciberoperaciones⁴⁵ que se llevan a cabo en el ciberespacio. Particularmente, porque se vinculan estrechamente con la responsabilidad de los Estados respecto de estos eventos. De esta manera durante la segunda década del siglo XXI comenzaron a desarrollarse procesos tendientes a señalar las normas aplicables al ciberespacio. Las discusiones se centraron en un comienzo en la aplicabilidad de las normas del régimen del *ius ad bellum* al ciberespacio, siendo el Manual de Talín⁴⁶ el ejemplo más acabado de los esfuerzos que se llevaron adelante en la comunidad internacional en esta materia.

En la actualidad los debates acerca de la regulación de las ciberoperaciones están lejos de agotarse. Un ejemplo de ello es, que el creciente número de ciberataques que se han perpetrado contra instalaciones sanitarias, personal médico y organizaciones internacionales que se encuentran involucrados en la lucha contra la pandemia provocada por el virus SARS-CoV-2, como el caso del ciberataque del 13 de marzo contra el Hospital

namentales quedaran fuera de servicio; el malware *Stuxnet* (2009) –atribuido a Estados Unidos e Israel– que dañó las centrifugadoras de una planta nuclear iraní; el virus *Shamoon* (2012) que dañó 30.000 computadoras de Aramco, la compañía estatal de petróleo de Arabia Saudita y que fue atribuido por el grupo *Cutting Sword of Justice*, el cierre electrónico del *New York Times* por parte del Ejército Electrónico Sirio; el ataque a *Sony Pictures* (2014) por el ejército Norcoreano; y más recientemente la intervención en las elecciones presidenciales de Estados Unidos (2016) por parte de Rusia.

⁴⁴ Moynihan, Harriet. ‘The Application of International Law to State Cyberattacks. Sovereignty and Non-Intervention’ (2019) Chatham House Research Paper, 3 <https://www.chathamhouse.org/publication/application-international-law-state-cyberattacks-sovereignty-and-non-intervention>> Accedido 16 junio 2020.

⁴⁵ Una ciberoperación puede ser definida como la utilización de capacidades cibernéticas para alcanzar objetivos a través del ciberespacio. Cf., Schmitt, Michael N. (ed), *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations* (Cambridge University Press 2017) 563.

⁴⁶ El Manual de Talín es una guía para la aplicación del derecho internacional a las operaciones cibernéticas conducidas por los Estados. Es el resultado de un proceso de investigación llevado adelante por el Centro Cooperativo de Excelencia de Ciber Defensa de la OTAN que culminó en 2013 con la publicación del primer Manual de Talín que se centraba específicamente en el ordenamiento jurídico aplicable en guerras cibernéticas. A partir de allí comenzó un segundo proceso de investigación que buscó expandir el estudio al ordenamiento jurídico aplicable en tiempos de paz y que culminó con la publicación del Manual de Talín 2.0 en 2017 que aún en un único documento ambos esfuerzos.

Universitario de Brno, República Checa⁴⁷. Lo que ha llevado a los autores a preguntarse cómo debe responder la comunidad internacional ante estas situaciones⁴⁸.

Es por ello que esta contribución procura describir el derecho internacional aplicable a los ciberataques que se encuentran dirigidas contra instalaciones sanitarias y el personal médico que participa en la lucha contra la pandemia causada por el virus SARS-CoV-2. A estos efectos se examina brevemente la problemática general de la regulación del ciberespacio y de las operaciones cibernéticas en el derecho internacional. Luego, se aborda la cuestión específica de la regulación de los ciberataques contra instalaciones sanitarias y personal médico; con este fin se examinan las normas pertinentes del régimen del uso de la fuerza, la no intervención, y la soberanía. Finalmente, se avanzan unas consideraciones finales en torno a esta cuestión.

⁴⁷ El Hospital Universitario de Brno es el hospital designado como uno de los centros de testeo de COVID-19 en República Checa. El ciberataque provocó que tuviera que cerrar toda su red de IT y que, como consecuencia, no se pudieran llevar adelante las cirugías de emergencia ni sus funciones como centro de testeo de COVID-19. Ver, entre muchos otros: Cimpanu, Catalin. *Czech Hospital Hit by Cyberattack While in the Midst of a COVID-19 Outbreak*, *ZDNET* (13 marzo 2020) <<https://www.zdnet.com/article/czech-hospital-hit-by-cyber-attack-while-in-the-midst-of-a-covid-19-outbreak/>> accedido 16 junio 2020; Rodrigo Alonso, 'Los Riesgos de Ciberataque a los Hospitales durante la Pandemia de Coronavirus' *ABC* (Madrid, 24 marzo 2020) <https://www.abc.es/tecnologia/informatica/software/abci-riesgos-ciberataque-hospitales-durante-pandemia-coronavirus-202003190858_noticia.html> accedido 16 junio de 2020.

Debe tenerse en cuenta que este no es el único ataque registrado contra instalaciones sanitarias, personal médico u organizaciones internacionales dedicadas al combate del COVID-19.

⁴⁸ Ejemplo de ello, entre muchos otros, son los siguientes: Marko Milanovic y Michael N. Schmitt, 'Cyber Attacks and Cyber (Mis)information Operations during a Pandemic' (2020) <<https://ssrn.com/abstract=3612019>>, accedido 16 de junio 2020; Dapo Akande, Duncan Hollis, Harol Hongiu Koh y James O'Brien, 'Oxford Statement on International Law Protections Against Cyber Operations Targeting Health Care Sector' (*EJIL:Talk!*, 21 mayo 2020) <<https://www.ejiltalk.org/oxford-statement-on-the-international-law-protections-against-cyber-operations-targeting-the-health-care-sector/>> accedido 16 junio 2020; Kubo Mačák, Laurent Gisel, y Tilman Rodenhäuser, 'Cyber Attacks against Hospitals and the COVID-19 Pandemic: How Strong are International Law Protections?' (*Just Security*, 27 marzo 2020) <<https://www.justsecurity.org/69407/cyber-attacks-against-hospitals-and-the-covid-19-pandemic-how-strong-are-international-law-protections/>> accedido 16 junio 2020.

4.1. *El derecho internacional y el ciberespacio*

No fue hasta mediados de la segunda década de este siglo que la comunidad internacional acordó que las normas del derecho internacional son aplicables al ciberespacio⁴⁹. Hasta ese momento, se había discutido acerca de si las normas previstas en el ordenamiento jurídico internacional eran aplicables a este espacio, dado que escapa a las nociones tradicionales de territorialidad tal como han sido definidas en el orden westfaliano⁵⁰. Aunque, también debe tenerse en cuenta que en la actualidad no existe acuerdo entre los Estados acerca de cómo deben aplicarse dichas normas en el ciberespacio⁵¹.

No obstante, existe consenso acerca de que el ordenamiento jurídico internacional es adecuado para hacer frente a los diferentes desafíos que plantea este espacio. Ello implica que no se han desarrollado instrumentos jurídicos vinculantes específicos relacionados con las obligaciones estatales en el ciberespacio, ya que los documentos existentes, principalmente la Carta de las Naciones Unidas y el Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad Internacional del Estado por Hechos Ilícitos del año 2001 de la Comisión de Derecho Internacional (CDI), contienen normas suficientes para atender a las diversas situaciones que se plantean en el ciberespacio.

A pesar de ello, la comunidad internacional ha venido trabajando en la elaboración de una serie de instrumentos con el objetivo de establecer pautas claras para la regulación de las actividades en el ciberespacio. En una apretada síntesis, se pueden mencionar los siguientes: el Manual de Talín, el Manual de Talín 2.0, los informes del Grupo de Expertos Gubernamentales sobre los Avances en la Información y las Telecomunicaciones en el Contexto de la Seguridad Internacional de 2013 y 2015, así como el borrador inicial del Grupo de Trabajo de Composición abierta en los desarrollos en el campo de la información y las telecomunicaciones en el contexto de la

⁴⁹ UNGA (n.d.), ‘Grupo de Expertos Gubernamentales sobre los Avances en la Información y las Telecomunicaciones en el Contexto de la Seguridad Internacional’, 24 junio 2013, UN Doc A/68/98, paras 19–20 <<https://undocs.org/A/68/98>> accedido 16 junio 2020. En el mismo sentido: Grupo de Expertos Gubernamentales sobre los Avances en la Información y las Telecomunicaciones en el Contexto de la Seguridad Internacional, A/70/174, 22 julio 2015, para 28 <<https://undocs.org/A/70/174>> accedido 16 junio 2020.

⁵⁰ Sobre esta cuestión puede verse: Nicholas Tsagourias, ‘Law, Borders and the Territorialisation of Cyberspace’ (2018) 15 Indonesian Journal of International Law 523, 533ff.

⁵¹ Moynihan. Ob cit 43, 4.

seguridad internacional que debe ser presentado a la Asamblea General durante el transcurso del año 2020⁵².

4.2. El problema de la atribución de las ciberoperaciones

Uno de los desafíos más importantes que se plantean en torno a las actividades que tienen lugar en el ciberespacio se refiere a la cuestión de la atribución; es decir, la determinación del autor de una ciberoperación. Ello se debe a que el derecho internacional general gobierna aquellas actividades que le sean atribuibles a un Estado, pero no así las actividades realizadas por actores no estatales (v.g. criminales, hacktivistas, terroristas) que quedan sujetas a la ley del Estado que tiene competencia para legislar y juzgar esas conductas⁵³.

En el contexto de los ciberataques contra instalaciones sanitarias y personal médico esta cuestión es importante porque existen indicios de que algunas de dichas acciones fueron llevadas adelante por Estados y por hackers apoyados por Estados⁵⁴. En este sentido, para que un Estado pueda ser considerado responsable por las actividades desarrolladas en el ciberespacio se requiere –conforme al régimen general de responsabilidad internacional– que se trate de una conducta que pueda ser atribuida al Estado y que implique la violación de una obligación vigente para ese Estado⁵⁵.

En relación con la atribución de las operaciones se debe distinguir, a su vez, según se trate de operaciones llevadas adelante por órganos del Estado o bien por actores no estatales controlados por el Estado. En las primeras, es mucho más sencillo establecer la atribución del hecho, ya que se trata de un órgano del Estado el que lleva adelante la operación cibernética, como podría ser el caso de las fuerzas armadas o una agencia o servicio de inteligencia y se configuraría el supuesto del artículo 4 del proyecto de artículos. En las segundas, en cambio, el establecimiento del vínculo entre la

⁵² El texto de borrador inicial se puede encontrar en: <<https://unoda-web.s3.amazonaws.com/wp-content/uploads/2020/03/200311-Pre-Draft-OEWG-ICT.pdf>> accedido 19 junio 2020.

⁵³ SCHMITT, Ob Cit 44, 51-78.

⁵⁴ MILANOVIC y SCHMITT. Ob Cit 47, 3-4

⁵⁵ CDI, 'Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad Internacional del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos' en Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 2001, vol II (segunda parte) (Naciones Unidas 2007), art 2 (en adelante, proyecto de artículos).

actividad de un órgano no estatal, como podría ser el caso de hacktivistas o contratistas privados, y el Estado es más difícil de establecer. En este caso, se requiere –tal como lo prevé el artículo 8 del proyecto de artículos– que el grupo actúe de hecho por las instrucciones o bajo la dirección o control del Estado al llevar adelante la ciberoperación⁵⁶.

La determinación de la obligación violada también es una situación compleja, ya que son múltiples las obligaciones que el Estado podría incumplir al llevar adelante un ciberataque contra instalaciones sanitarias y personal médico en el contexto de la pandemia por el virus SARS-CoV-2. Entre ellas se destacan la prohibición del uso de la fuerza, la no intervención, así como el principio de soberanía. Este aspecto será abordado en el apartado siguiente.

4.3. El Derecho Internacional aplicable a ciberataques contra instalaciones sanitarias y personal médico

La preocupación por la existencia de operaciones cibernéticas contra personal médico e instalaciones sanitarias no es reciente, aunque la pandemia ha provocado que la cuestión tenga una mayor visibilidad. Así, ya en junio de 2019 un informe del Comité Internacional de la Cruz Roja, señalaba que el sector sanitario es particularmente vulnerable, incluso en contextos normales⁵⁷.

Ante los ataques sufridos por personal médico, instalaciones sanitarias, así como otras organizaciones que se encuentran al frente de la lucha contra la pandemia, un grupo de internacionalistas decidió impulsar a fines de mayo de 2020 la Declaración de Oxford sobre las Protecciones del Derecho Internacional contra Ciberoperaciones dirigidas al Sector del Cuidado de la Salud⁵⁸ (en adelante la Declaración). En la Declaración se enfatizan

⁵⁶ MILANOVIC y SCHMITT, Ob Cit 47, 4, señalan que este es el supuesto más común para atribuir las acciones de grupos no estatales a un Estado, aunque no es el único.

⁵⁷ LAURENT Gisel y LUKASZ Olejnik, ‘The Potential Human Cost of Cyber Operations’, (2019) International Committee of the Red Cross <<https://www.icrc.org/en/publication/potential-human-cost-cyber-operations>> accedido 17 junio 2020.

⁵⁸ The Oxford Statement on the International Law Protections Against Cyber Operations Targeting the Health Care Sector (traducción propia). El texto completo de la declaración se encuentra disponible en: <<https://www.elac.ox.ac.uk/the-oxford-statement-on-the-international-law-protections-against-cyber-operations-targeting-the-hea>> accedido 17 de junio de 2020.

una serie de principios que son aplicables a aquellas ciberoperaciones dirigidas contra el sistema de salud⁵⁹. Entre ellos se destacan: que el derecho internacional es plenamente aplicable al ciberespacio; que se prohíben las operaciones estatales que tengan consecuencias adversas graves para los servicios médicos en otros Estados; bajo el derecho internacional de los derechos humanos los Estados tienen la obligación de respetar y asegurar el derecho a la vida y el derecho de acceso a la salud de las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, lo que incluye la adopción de medidas para evitar que terceros puedan interferir por medios cibernéticos en el disfrute de esos derechos.

Ahora bien, tal como lo destaca el principio 7, la aplicación de los principios contenidos en la Declaración a operaciones dirigidas contra personal médico e instalaciones sanitarias no impide la aplicación de las normas relevantes del derecho internacional que provean protección contra operaciones cibernéticas que puedan causar daños. Estas normas, a su vez, son las que los Estados deben cumplir para evitar incurrir en responsabilidad internacional, y se examinarán a continuación.

4.3.1. *Prohibición del uso de la fuerza*

Los ciberataques en muchas ocasiones pueden dar lugar a la violación de la prohibición del uso de la fuerza recogida en el artículo 2, párrafo 4, de la Carta de las Naciones Unidas y en su correlativa norma consuetudinaria⁶⁰. Aun que determinar la existencia de este supuesto no es sencillo.

Existe consenso de que una operación cibernética que cause un daño significativo, destrucción, heridas o muertes puede ser calificada como un

⁵⁹ AKANDE, Hollis y HONGIU Koh, Ob Cit 47, para 3.

⁶⁰ El artículo 2, párrafo 4 de la Carta de las Naciones Unidas dispone:

Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas.

Asimismo la Corte Internacional de Justicia en el caso de las Acciones Militares y Paramilitares en y contra de Nicaragua señaló que la prohibición del uso de la fuerza constituía una norma consuetudinaria. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* (Merits, Judgment) [1986] ICJ Rep 14, 92-98, paras 172-86.

uso de la fuerza contrario a la Carta de las Naciones Unidas⁶¹. En el contexto de las ciberataques dirigidos contra personal médico e instalaciones sanitarias esto implica que para ser calificada como un uso de la fuerza ilícito la ciberoperación –que, además sea atribuible a un Estado– debe poder ser vinculada de manera directa (existir una relación causal directa) con múltiples muertes o bien con un aumento significativo en las tasas de infección de COVID-19⁶².

4.3.2. Principio de no intervención

En aquellos casos en que una ciberoperación no alcance a configurar una violación al principio de prohibición de la amenaza y el uso de la fuerza, puede verse afectada otra norma: el principio de no intervención. Esto es la prohibición de intervenir directa o indirectamente en los asuntos internos o externos de otros Estado⁶³. En este caso, se requiere que exista una interferencia coercitiva en el dominio reservado de los Estados; es decir, una intromisión con el conjunto de actividades que por el principio de soberanía el Estado puede decidir libremente⁶⁴.

En el contexto de los ciberataques a personal médico e instalaciones sanitarias, la violación de la no intervención ocurre cuando una operación cibernética afecta la capacidad del Estado para determinar libremente las acciones necesarias para hacer frente a una crisis sanitaria. Se señala que en este caso, además, es necesario que el Estado responsable de llevar a cabo la operación cibernética debe tener la intención de privar al Estado víctima del ejercicio de sus facultades para responder libremente a la crisis desatada por la pandemia⁶⁵.

⁶¹ MILANOVIC y SCHMITT, Ob Cit 47, 10; en general: Michael N. Schmitt, ‘The Use of Cyber Force and International Law’ en Marc Weller (ed) *Oxford Handbook on the Use of Force in International Law* (OUP 2015)1110.

⁶² Ibid.

⁶³ Caso Nicaragua, Ob Cit 59, 107-08, para 205.

⁶⁴ Ibid

⁶⁵ MILANOVIC y SCHMITT. Ob Cit 47, 9.

4.3.3 Principio de soberanía

Finalmente, en aquellos casos en que una ciberoperación no alcance a configurar una violación al principio de no intervención, es probable que exista una violación al principio de soberanía⁶⁶. La soberanía implica

Una ciberoperación puede violar el principio de soberanía de dos maneras: o bien mediante la producción de efectos en el territorio del Estado que sufre el ataque o bien a través de la interferencia en el ejercicio de la funciones gubernamentales inherentes al Estado víctima, aun cuando no existan efectos territoriales⁶⁷. En el primer caso, para que se configure la violación se requiere que la operación cibernética provoque daños a la propiedad o a las personas; es decir, es necesario que exista una consecuencia física en el territorio del Estado víctima sin su consentimiento⁶⁸. En el segundo caso, no es necesario que exista un daño físico en el territorio del Estado que sufre el ataque; lo que se requiere es que exista una violación a aquellas funciones que solo el Estado puede llevar adelante⁶⁹.

En el contexto de los ciberataques contra el personal médico e instalaciones sanitarias significa que una operación cibernética que provoque alteraciones en el equipamiento médico, así como también aquellas que tengan consecuencias negativas en el cuidado de la salud de los habitantes del Estado contra el que se han dirigido las operaciones, califica como una violación a la soberanía⁷⁰. Asimismo, también califica como una violación de la soberanía aquellas operaciones cibernéticas que interfieran con la planificación o la ejecución del plan para el manejo de la crisis provocada por la pandemia, independientemente de que cause o no daños o de que haya sido el efecto buscado por el Estado responsable⁷¹.

Esta contribución procuró describir el derecho internacional aplicable a los ciberataques que tienen por objetivo a las instalaciones sanitarias y al personal médico que participa en la lucha contra la pandemia causada por el virus SARS-CoV-2. Lo que al mismo tiempo permite realizar un breve

⁶⁶ MOYNIHAN, *On Cit* 43, 8-9, señala que una corriente considera que debajo del umbral de la aplicación del principio de no intervención no existiría una violación al principio de soberanía.

⁶⁷ MILANOVIC y SCHMITT, *Ob. Cit.* 47, 6.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ *Ibid* 7.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ *Ibid* 7-8.

examen de la problemática general de la regulación del ciberespacio y las operaciones cibernéticas en el derecho internacional.

Con dicho examen se pone de relieve que el derecho internacional es plenamente aplicable a las actividades que se desarrollan en el ciberespacio, especialmente cuando los autores de las ciberoperaciones son los Estados o actores no estatales controlados o dirigidos por los Estados. Siendo la regulación de la responsabilidad internacional del Estado por hechos ilícitos el marco jurídico aplicable.

En relación con la cuestión específica de los ciberataques contra instalaciones sanitarias y personal médico esta contribución señaló que pueden verse afectadas tres normas: la prohibición del uso de la fuerza, la prohibición de la no intervención, y el principio de soberanía.

Reflexiones finales

Esta pandemia como indicáramos en el inicio, va a modificar muchas de las esferas actuales de la política internacional y *ad intra* de los Estados. A medida que el imperativo de seguridad humana vaya siendo reemplazado por el imperativo de la seguridad económica, irá saliendo a la luz un panorama desolador de derechos sociales y económicos y miles de reclamaciones de distintos sectores que apelarán y comprometerán al Estado. Habrá más exclusión y miseria sociales, más pobreza infantil. El Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (el PNUD) acaba de confirmar que el desarrollo humano en los países se ha degradado por primera vez en décadas. Este coronavirus traerá consigo un robustecimiento del pragmatismo, de la *Realpolitik* en perjuicio del idealismo y los valores. Con la crisis pandémica algunos Gobiernos nacionales han salido reforzados, como el de Corea del Sur –revalidado ahora en las urnas y puesto como modelo frente al virus por la OMS–, mientras otros pueden caer y se retomen el surgimiento de políticos populistas y ultranacionalistas. Es verdad que un rebrote podría alterar las calificaciones de Gobiernos virtuosos y errados ante la pandemia. Los Gobiernos en ejercicio piden patriotismo, lealtad y unidad para afrontar la depresión social, invocando la máxima ignaciana de que en tiempo de turbación no ha de hacerse mudanza; la oposición política intenta, por su parte, sacar rédito de las circunstancias y ejercer de contrapeso a un posible absolutismo gubernamental.

Los desafíos desde el derecho internacional son considerables. Se verá con el tiempo si esta pandemia hará que los Estados y otros sujetos sigan

rigiéndose por las viejas reglas post bélicas del siglo XX, o se conformen nuevos comportamientos de los actores internacionales que lleven a una reconfiguración de las normas y las organizaciones internacionales como las conocemos hasta la actualidad.