

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

La reproducción de este libro, ya sea total o parcial, en forma idéntica o con modificaciones, escrita a máquina por el sistema Multigraph, mimeógrafo, impreso, etc., que no fuera autorizada por esta Editorial o el director de la obra, es violatoria de derechos reservados. Toda utilización debe ser solicitada con anterioridad.

El derecho argentino frente a la pandemia y post-pandemia covid-19 /
Guillermo Barrera Buteler ... [et al.] ; dirigido por Guillermo Barrera Buteler.
- 1ª ed.- Córdoba : Universidad Nacional de Córdoba, 2020.

1632 p. ; 23 x 16 cm.
ISBN 978-950-33-1596-5

1. Derecho. 2. Derecho Civil. 3. Derecho Constitucional. I. Barrera Buteler,
Guillermo, dir.

CDD 340.0982

ADVOCATUS

Obispo Trejo 181 – Córdoba
editorial@advocatus.com.ar

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Impreso en Argentina

**FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD NACIONAL DE CORDOBA**

DECANO

Dr. Guillermo E. Barrera Buteler.

VICEDECANO

Dr. Edgardo García Chiple.

SECRETARÍA ACADÉMICA

Secretario Académico: Dr. Alejandro Freytes
Pro Secretaria Académica: Mgter. María Ruíz Juri

SECRETARÍA DE POSGRADO

Secretario de Posgrado: Dr. Edgardo García Chiple
Pro Secretaria de Posgrado: Dra. Susana Borgarello

SECRETARÍA LEGAL Y TÉCNICA

Secretario Legal y Técnica: Dr. Victorino F. Solá

SECRETARÍA ADMINISTRATIVA

Secretario Administrativo: Ab. Ricardo Daniel Erezian

SECRETARÍA DE ASUNTOS ESTUDIANTILES

Secretario Asuntos Estudiantiles: Ab. Diego Agustín Agudo Solís
Pro-Secretarios Asuntos Estudiantiles:
Ab. Antonio Koguc Batuszko / Ab. Ricardo Daniel Erezian

SECRETARÍA DE CIENCIA Y TÉCNICA

Secretaria de Ciencia y Técnica: Dra. Amalia Uriondo de Martinoli

SECRETARIA DE EXTENSIÓN Y RELACIONES INTERNACIONALES

Secretario de Extensión y Relaciones Internacionales: Dr. Jorge E. Barbará
Pro Secretaria de Relaciones Internacionales: Ab. Laura Alejandra Calderón
Pro Secretario de Extensión: Ab. Pablo Cesar Mina Guzmán

SECRETARÍA DE GRADUADOS

Secretario de Graduados: Dr. Maximiliano Raijman
Pro secretario de Graduados: Ab. Juan Alberto Diaz

CENTRO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS Y SOCIALES

Director del Centro de Investigaciones de Jurídicas y Sociales:
Dr. Esteban Federico Llamosas
Coord. Académica Centro de Investigaciones:
Dra. María Alejandra Sticca
Coord. Académica de Extensión del Centro de Investigaciones:
Dra. María Cristina Di Pietro

DEPARTAMENTO DE CONCURSOS DOCENTES

Directora Dpto. Concursos Docentes: Dra. Norma Elida Bonifacino
Coordinador Dpto. Concursos Docentes: Ab. Carlos Martin Reyna

DEPARTAMENTO DE DERECHO CIVIL

Director Dpto. Derecho Civil: Dr. Juan Carlos Palmero
Coordinador Dpto. Derecho Civil: Dr. Manuel Cornet

DEPARTAMENTO DE DERECHO COMERCIAL

Director Dpto. Derecho Comercial: Dr. Efraín Hugo Richard
Coordinadora Dpto. Derecho Comercial: Dra. Giselle Javurek

DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

Directora Dpto. Derecho Penal y Criminología: Dra. María C. Barbera de Riso
Coordinador Dpto. Derecho Penal y Criminología: Ab. Eduardo Omar Caselli

DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL

Coordinadora: Ab. Anahí Sandiano

DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO

Director Dpto. Derecho Público: Dr. Lorenzo Daniel Barone
Coordinador Dpto. Derecho Público: Dr. Humberto Molina

DEPARTAMENTO DE DERECHO SOCIAL

Directora Dpto. Derecho Social: Dra. Estela Piña
Coordinadora Dpto. Derecho Social: Ab. Graciela Tronca de Pana

DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS BÁSICOS

Director Dpto. Estudios Básicos: Dr. Héctor Daniel Gattás

Coordinadora Dpto. Estudios Básicos: Ab. Matías Rosso

DEPARTAMENTO DE NOTARIADO

Director Notariado: Dr. Gabriel B. Ventura

PROGRAMA DE ENSEÑANZA PARA LA PRÁCTICA JURÍDICA

Director: Dr. Manuel Antonio González Castro

PROGRAMA DE ENSEÑANZA DEL DERECHO EN CARCELES

Directoras:

Dra. Marcela Aspell

Dra. Graciela Ríos

MUSEO HISTÓRICO FACULTAD DE DERECHO.

Directora: Dra. Marcela Aspell

Coordinadores

Dra. Raquel V. Moyano

Lic Raúl Sansica

Lic Ana Carolina Vergara

Lic Rodrigo F. Alabart

Ciencia, Derecho y Sociedad

Publicación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad
Nacional de Córdoba

Secretario Administrativo

Ab. Ricardo Daniel Erezian

Consejo Editor

Marcela ASPPELL. UNC/Conicet • Martha DÍAZ DE LANDA. UNC
Adriana DREYZIN DE KLOR. UNC • María Eugenia GÓMEZ DEL RÍO. UNC
M. Consuelo PARMIGIANI DE BARBARÁ. UNC • Aída TARDITTI. UNC

Comité Académico Asesor UNC

Dr. Ernesto Abril	Dr. Francisco Junyent Bas
Dr. Julio Isidro Altamira Gigena	Dr. Carlos Lascano
Dr. Raúl Altamira Gigena	Dr. Carlos Lista
Dr. Juan Manuel Aparicio	Dr. José Fernando Márquez
Dr. Eduardo Arroyo	Dra. María Cristina Mercado de Salas
Dr. Jorge Barbará	Dra. Alicia Morales Lamberti
Dr. Guillermo Barrera Buteler	Dr. Miguél Ángel Ortiz Pellegrini
Dra. María Inés Bergoglio	Dr. Juan Carlos Palmero
Dr. José Ignacio Cafferata	Dr. Gabriel Pérez Barberá
Dr. Ricardo Caracciolo	Dr. Daniel Pizarro
Dr. Manuel Cornet	Dr. Ernesto Rey Caro
Dra. Zlata Drnas de Clément	Dr. Efraín Hugo Richard
Dr. Eduardo Ignacio Fanzolato	Dr. Horacio Roitman
Dr. Edgardo García Chiple	Dr. José Ignacio Romero
Dr. Sergio Guestrin	Dra. Amalia Uriondo de Martinoli
Dr. Ricardo Haro	Dr. Ramón Pedro Yanzi Ferreira
Dr. Antonio María Hernández	Dr. Alberto Zarza Mensaque
	Dr. Jorge Horario Zinny

Comité Académico Externo UNC

Dr. Ricardo Alonso García – Universidad Complutense de Madrid (España)
Dr. Manlio Bellomo – Universidad de Catania (Italia)
Dr. Diego Benavidez Santos – Universidad de Costa Rica
Dra. María da Gloria Bonelli – Universidad Federal de San Carlos (Brasil)

- Dr. Jordi Ferrer Beltrán – Universidad de Gerona (España)
Dr. José Carlos Fernández Rozas – Universidad Complutense de Madrid (España)
Dr. Juan Carlos Gorlier – Center for Latin and Caribbean Studies (EEUU)
Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci – Universidad Nacional de Cuyo
Dra. Marta Lorente – Universidad Autónoma de Madrid (España)
Dra. Hilda Marchiori – Facultad de Psicología, UNC
Dr. Clemente Navarro Yáñez – Universidad Pablo de Olavide de Sevilla (España)
Dr. Dante Negro – OEA
Dr. Joan Pagès i Galtés – Universidad de Tarragona (España)
Dr. Leonel Pereznieta Castro – Universidad Nacional Autónoma (México)
Dr. Pasquale Pistone – Universidad de Salerno (Italia)
Dra. Carmen Plaza Martín – Universidad de Castilla La Mancha (España)
Dr. Carles Ramió Matas – Universidad Pompeu Fabra (España)
Dr. Clauss Roxín – Universidad de Múnich (Alemania)
Dr. Francisco Fernández Segado – Universidad Complutense de Madrid (España)
Dr. Ernesto Garzón Valdés – Universidad de Maguncia (Alemania)

Director Ejecutivo

Rodolfo Salassa Boix - UNC / Conicet

Edición General

Ab. Ricardo Daniel Erezzián

COVID-19, CRÍMENES INTERNACIONALES Y AMENAZAS A LA PAZ:

¿INTEGRAN LAS PANDEMIAS EL ÁMBITO MATERIAL DE LA RESPONSABILIDAD DE PROTEGER?

LUCIANO PEZZANO¹

1. Introducción

En el difícil contexto mundial a raíz de la pandemia de la enfermedad por coronavirus COVID-19 (en adelante “pandemia de COVID-19”), muchos se preguntan de qué modo puede reaccionar la comunidad internacional para hacer frente a esta crisis, cuya magnitud y alcances no conocen precedentes en la historia del último siglo, y repercusiones semejantes jamás habían sido experimentadas en un mundo globalizado y tan interconectado como el actual.

En ese sentido, aquí nos plantearemos qué vinculación podría tener la reacción jurídico-institucional de la comunidad internacional con el concepto de Responsabilidad de Proteger (RDP), diseñado para dar respuesta a otro tipo de graves crisis humanitarias, como son las causadas por crímenes atroces, como el genocidio, los crímenes de guerra o los crímenes de lesa humanidad.

En términos sintéticos, podemos considerar que la RDP implica que los Estados tienen la responsabilidad de proteger a su población de la comisión de graves atrocidades masivas (el genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad), y que cuando no

¹ Abogado (UCES). Magister en Relaciones Internacionales (CEA-UNC). Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Becario postdoctoral CIJS-UNC/CONICET. Profesor Ayudante “A” de Derecho Internacional Público (UNC). Profesor Asociado de Derecho Internacional Público y de la Integración (UCES San Francisco). El autor agradece a Gonzalo Sagarraga por sus sugerencias en la preparación de este trabajo.

ejercen esa responsabilidad (por incapacidad o por falta de voluntad), la comunidad internacional, a través de las Naciones Unidas, puede adoptar medidas para ayudar a proteger a esa población, incluso en última instancia, mediante el uso de la fuerza armada².

A priori, sería difícil argumentar que el sufrimiento humano causado por una epidemia de grandes proporciones o de una pandemia de una enfermedad infecciosa grave pueda diferenciarse del causado por crímenes atroces. Sin embargo, como veremos, el concepto de RDP fue receptado en las Naciones Unidas con un ámbito material estrictamente limitado a los denominados cuatro “crímenes y actos”³, en el cual, a menos que los Estados Miembros decidan otra cosa en la Asamblea General, no caben otro tipo de situaciones.

Es por ello que, en estas breves páginas, deseamos abordar tres cuestiones: por un lado, insistir en que las pandemias como tales no forman parte del ámbito de alcance material de la RDP; a la vez, y sin perjuicio de lo anterior, explorar en qué casos podrían cometerse, en el contexto de una pandemia y relacionados con ella, crímenes que sí forman parte de ese ámbito; finalmente, y en un marco más amplio, reflexionar respecto de la consideración de las pandemias como amenazas a la paz y la seguridad internacionales.

2. La RDP y las pandemias

El concepto fue acuñado en 2001 por la Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía de los Estados (CIISE), que incluyó dentro de uno de los requisitos que justificarían una intervención militar en ejercicio de la RDP, al que denominó “causa justa”, lo siguiente: “*grandes pérdidas de vidas humanas, reales o previsibles, con o sin intención genocida, que sean consecuencia de la acción deliberada de un Estado, o de su negligencia o*

² Exploramos in extenso el concepto en PEZZANO, Luciano: *La Responsabilidad de Proteger en las Naciones Unidas*, CEA-UNC/Advocatus, Córdoba, 2016.

³ La expresión se utiliza para sintetizar la combinación de tres crímenes de derecho internacional —el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad— con una práctica que no constituye en sí misma un crimen autónomo, pero que queda subsumida en los tres anteriores, de acuerdo a las modalidades de su comisión. Exploramos el tema en PEZZANO, Luciano: “La depuración étnica en el derecho internacional: entre el derecho penal internacional y la Responsabilidad de Proteger”, *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, Vol. VIII (2020), en prensa.

incapacidad de actuar o del colapso de un Estado... ”⁴. La CIISE también aclaró qué circunstancias estaban incluidas en esta condición, y consideró que, entre otras, incluía: “las catástrofes naturales o ecológicas de grandes proporciones, a las que el Estado no quiera o no pueda hacer frente ni solicitar asistencia, y que provoquen o puedan provocar importantes pérdidas humanas ”⁵. Aunque la CIISE no explicitó que las epidemias o pandemias de graves enfermedades infecciosas estuvieran incluidas, no las excluyó y estas, en la medida en que puedan causar graves pérdidas humanas ante la inacción del Estado, parecerían quedar cubiertas dentro de esta condición del criterio de “causa justa ”.

Sin embargo, ni en el informe del Grupo de Alto Nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio (GAN), ni en el informe del Secretario General (SG) a la Cumbre Mundial 2005, que llevaron la RDP al ámbito de las Naciones Unidas, se mencionaron las pandemias ni los desastres naturales en el contexto del concepto –las referencias a las enfermedades infecciosas y sus consecuencias sobre la paz y seguridad internacionales se trataron en otras partes de los informes, como veremos luego–, y en el Documento Final de la Cumbre (DF), que contiene la expresión de la RDP aceptada por los Miembros de las Naciones Unidas reunidos al más alto nivel, el ámbito material del concepto quedó claramente delimitado al “genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad”⁶, fórmula que el DF repite cuatro veces y que no da lugar a dudas acerca de su exhaustividad.

Teniendo presente esta limitación, autores como Davies⁷ sostienen que, aunque las obligaciones de proteger a la población en caso de epidemias no integren el ámbito material de la RDP, sí pueden considerarse dentro de los deberes de los Estados en caso de desastre, sobre los que la Comisión de Derecho Internacional (CDI) elaboró un proyecto de artículos⁸. Estos deberes estarían fundados, al igual que la RDP, en la noción de

⁴ CIISE: La Responsabilidad de Proteger. Informe de la Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía de los Estados, Ottawa, 2001, p. 37.

⁵ Ídem.

⁶ AG: Documento Final de la Cumbre Mundial 2005, resolución 60/1, párr. 138 y 139.

⁷ DAVIES, Sarah E.: “Is There an International Duty to Protect Persons in the Event of an Epidemic?”, *Global Health Governance*, Vol. III, N°2 (2010), pp. 1-23.

⁸ La propia inclusión de los desastres naturales dentro del ámbito material de la RDP fue una cuestión problemática de la que la CDI no fue ajena, inclinándose –correctamente, a nuestro entender– por no considerarlos incluidos, a tenor de los expresos términos

“soberanía como responsabilidad”⁹. Aunque la CDI no incluyó las epidemias específicamente dentro de su proyecto de artículos, es evidente que las obligaciones de los Estados de proteger a su población en caso de epidemias o pandemias fluyen, entre otras fuentes, de las normas del derecho internacional de los derechos humanos¹⁰. Sin embargo, ello no basta para considerar que, en caso de inacción o incapacidad del Estado de cumplir con tales deberes, se actualice algún deber o responsabilidad subsidiaria de la comunidad internacional como sí sucede con la RDP.

Otros, como Fidler, parten del hecho de que los argumentos que plantean el informe del GAN y el del SG respecto a las enfermedades infecciosas son trasladables a la RDP, y que si esta, por su ámbito reducido de acuerdo al DF no las cubre, debe elaborarse un nuevo concepto, que denomina “*responsibility to practice public health*”, cuyos elementos son prácticamente idénticos a los de la RDP¹¹. En la práctica, una propuesta de este tipo equivaldría a una ampliación de la RDP, puesto que sus componentes de responsabilidad del Estado y de la comunidad internacional, con posibilidad de intervención del CS en última instancia, se han extrapolado al ámbito de la salud pública, y ello iría en contra del consenso arribado en 2005, no obstante lo esfuerzos del autor por considerar que se trata en sí misma de una “norma emergente”¹²

Parece que el SG Ban tuvo muy presente el debate doctrinario sobre una posible ampliación del ámbito material de la RDP al momento de preparar su primer informe sobre el concepto, en el que expresó: “*A menos que los Estados Miembros decidan otra cosa, la responsabilidad de proteger únicamente es aplicable a los cuatro crímenes o actos especificados: el*

del DF. Exploramos la cuestión en PEZZANO, Luciano: “La Responsabilidad de Proteger en la Comisión de Derecho Internacional”, inédito.

⁹ Hay consenso en la literatura sobre la RDP en que la noción de “soberanía como responsabilidad”, elaborada por Francis Deng, es uno de sus principales fundamentos; v. DENG, Francis M. et al.: *Sovereignty as Responsibility: Conflict Management in Africa*. Brookings Institution Press, Washington, D.C., 1996.

¹⁰ Por ejemplo, el Art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. V. Observación General N°36: Derecho a la vida, del Comité de Derechos Humanos, párr. 26, y Observación General N°14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, párr. 16.

¹¹ FIDLER, David P.: “The UN and the Responsibility to Practice Public Health”, *Journal of International Law & International Relations*, Vol. 2, N°1 (2005), pp. 41-62, p. 50 y ss.

¹² *Ibidem*, p. 54 y ss.

genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad. La tentativa de ampliarlo para abarcar otras calamidades como el VIH/SIDA, el cambio climático o los desastres naturales redundaría en desmedro del consenso de 2005 y extendería el concepto hasta un punto en que ya no sería reconocible ni tendría utilidad práctica alguna”¹³.

No obstante los claros términos del SG, algunos autores siguieron insistiendo que la RDP debería ser expandida para cubrir los casos de pandemias, específicamente el VIH/SIDA. Así, Cribbs sostiene que el DF fue el resultado de un compromiso político y que la RDP aún está en evolución, y que tanto el marco de respuesta internacional frente al VIH/SIDA, como los fundamentos que subyacen a este, son los mismos que la RDP, en cuanto la pandemia pone en riesgo los mismos derechos que los crímenes atroces y constituye igualmente una amenaza a la paz y la seguridad internacionales¹⁴.

Sin embargo, tanto en el debate sobre el primer informe, como en los que le siguieron, los Estados Miembros manifestaron su conformidad con la interpretación del SG al respecto, y el ámbito material de la RDP continúa en la manera en que fue redactado en el DF: la RDP se limita al genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad. Por lo tanto, las pandemias, como tales, no están incluidas dentro de su ámbito material.

3. Pandemias y crímenes internacionales

La anterior conclusión no impide que, en un estudio como el presente, nos preguntemos si la exposición de parte de las autoridades de un Estado a su población a los riesgos de una pandemia –sea mediante la acción o mediante la omisión de tomar medidas preventivas– podría configurar alguno de los crímenes de la RDP¹⁵. En ese caso, sí estaríamos ante una

¹³ BAN, Ki-moon: Hacer efectiva la responsabilidad de proteger. Informe del Secretario General, Documento A/63/677. Naciones Unidas, Nueva York, 2009, p. 8, párr. 10 b).

¹⁴ CRIBBS, Megan: “Expanding the Responsibility to Protect: Saving Populations From HIV/AIDS”, Temple Law Review, Vol. 85 (2013), pp. 879-920, p. 908.

¹⁵ Conviene aclarar que no tratamos el interrogante inverso, es decir, en cómo afecta la actual pandemia de Covid-19 a las situaciones y conflictos donde ya se están cometiendo crímenes de la RDP, que parece concentrar la atención de autores y ONG; v., por ejemplo, “Open Letter to the Governments of the World to Support the

situación perteneciente al ámbito material del concepto, no por tratarse de una pandemia, sino por configurarse un crimen internacional.

Fuera del contexto de la RDP, y atento la acuciante situación de los Estados Unidos¹⁶, algunos comentaristas ya han planteado que la negligencia de un gobierno podría constituir un crimen de lesa humanidad¹⁷, aunque sin mayores fundamentos en derecho penal internacional.

Aquí propondremos un somero análisis, destacando qué extremos deberían reunirse para poder determinar la existencia de un crimen de lesa humanidad en un escenario así. En ese sentido, pensamos que el crimen de lesa humanidad que más podría asimilarse a los efectos de la acción u omisión deliberada de un Estado frente a una pandemia es el *exterminio*, receptado en el Art. 7.1.b) del Estatuto de Roma¹⁸. Revisemos, entonces, su definición y elementos.

De acuerdo al Art. 7.2.b) del Estatuto, el “‘*exterminio*’ comprenderá la imposición intencional de condiciones de vida, entre otras, la privación del acceso a alimentos o medicinas, entre otras, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población”. Los “Elementos de los Crímenes”¹⁹, aprobados por la Asamblea de Estados Partes del Estatuto de conformidad al Art. 9, especifican, en primer lugar: “*Que el autor haya dado muerte, a una o más personas, incluso mediante la imposición de condiciones de existencia destinadas deliberadamente a causar la destrucción de parte de una población*”, y en nota agrega, en consonancia con el Estatuto: “*La imposición de esas condiciones podría incluir la privación del acceso a*

Work of Atrocity Prevention during the COVID-19 Pandemic”, Global Centre for the Responsibility to Protect, 27 de abril de 2020, <https://www.globalr2p.org/publications/open-letter-to-the-governments-of-the-world-to-support-the-work-of-atrocity-prevention-during-the-covid-19-pandemic/>

¹⁶ Al 24 de junio de 2020, en los Estados Unidos había 2.295.272 personas infectadas, de las que 120.171 habían muerto, un poco más del 25% del total mundial, de acuerdo a los datos de la OMS ([https://www.who.int/redirect-pages/page/novel-coronavirus-\(covid-19\)-situation-dashboard](https://www.who.int/redirect-pages/page/novel-coronavirus-(covid-19)-situation-dashboard)).

¹⁷ DAVIS, Benjamin G.: “How COVID-19 Human Endangerment Might Be Approached as a Domestic Crime or an International Crime Against Humanity”, JURIST – Academic Commentary, 22 de mayo, 2020, <https://www.jurist.org/commentary/2020/05/benjamin-davis-covid19-criminal-liability/>.

¹⁸ Y en el Art. 2.1.b) del Proyecto de la CDI sobre la prevención y el castigo de los crímenes de lesa humanidad (CDI: Informe de la Comisión de Derecho Internacional. 71º período de sesiones, Documento A/74/10, Naciones Unidas, Nueva York, 2019, p. 12).

¹⁹ CPI: Elementos de los Crímenes, p. 231, <https://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/a851490e-6514-4e91-bd45-ad9a216cf47e/283786/elementsofcrimesspaweb.pdf>

alimentos y medicinas". Por su parte, el segundo elemento indica: "*Que la conducta haya consistido en una matanza de miembros de una población civil o haya tenido lugar como parte de esa matanza*". Es importante notar que la palabra "matanza" (*mass killing*, en la versión inglesa de los Elementos y *massacre* en la versión francesa) indica un requisito de escala –que lo diferencia del crimen de lesa humanidad de asesinato–, como ha sido reconocido en la jurisprudencia internacional²⁰, aunque no está claro qué número mínimo de víctimas se requiere para que se considere que ha sucedido una "matanza".

En todo caso, parecería *a priori* que ambos elementos podrían cumplirse en nuestro supuesto: en la medida en que un gobierno omitiera deliberadamente adoptar medidas preventivas frente a una pandemia con posibilidad letal como la de COVID-19, tal conducta podría equivaler a imponer condiciones de existencia –incluyendo la privación de medicinas y tratamientos paliativos– que pudieran causar la destrucción de una parte de la población, y en la medida en que a raíz de esa omisión se produjera un gran número de muertes –como las decenas de miles de personas que perdieron la vida en los Estados Unidos o Brasil–, se produciría una "matanza" en el sentido del segundo elemento.

Subsiste, no obstante, un problema de interpretación del crimen, muy discutido en la jurisprudencia, y es que la matanza debe ser el resultado de la imposición de condiciones "destinadas *deliberadamente* a causar la destrucción" de parte de la población, por lo que se requeriría un dolo directo o, al menos, eventual²¹, y no bastaría, en nuestro supuesto, con la mera omisión negligente de adoptar medidas para proteger a la población de una pandemia.

No obstante, entre los precedentes que apoyan la negligencia grave como requisito de *mens rea* suficiente para la configuración del crimen, resulta significativo para nuestra temática lo que sostuvo la Sala de Primera

²⁰ Principalmente del TPIY y del TPIR, mientras que la CPI solamente se ha referido al crimen en órdenes de captura, como la de Omar Al-Bashir (CPI-SCP I: Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 4 de marzo de 2009, ICC-02/05-01/09, párr. 96), mas no aún en una decisión sustancial.

²¹ Sobre la discusión, v. DUBLER, Robert y KALYK, Matthew: *Crimes against Humanity in the 21st Century. Law, Practice and Threats to International Peace and Security*, Brill, Leiden, 2018, pp. 776-800; HALL, Christopher K. y STAHN, Carsten: "Article 7", en AMBOS, Kai y TRIFFTERER, Otto: *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, C. H. Beck, 2016, pp. 250-256.

Instancia del TPIR en el caso *Kayishema*: “*The act(s) or omission(s) may be done with intention, recklessness, or gross negligence. The ‘creation of conditions of life that lead to mass killing’ is the institution of circumstances that ultimately causes the mass death of others. For example: Imprisoning a large number of people and withholding the necessities of life which results in mass death; **introducing a deadly virus into a population and preventing medical care which results in mass death.** Extermination includes not only the implementation of mass killing or the creation of conditions of life that leads to mass killing, but also the planning thereof*”²² (negrita añadida). Más allá de la expresa mención de un virus letal, el ejemplo que propone el tribunal incluye la *introducción* de este en primer lugar, por lo que la situación de una pandemia no provocada no bastaría para configurar el crimen de exterminio.

Además de estos obstáculos, no podemos olvidar el elemento de contexto que caracteriza a todos los crímenes de lesa humanidad: deben formar parte de un “*ataque generalizado o sistemático contra una población civil*” (Art. 7.1 del Estatuto de Roma). El propio Estatuto define al “ataque” como “*una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política*”.

En nuestro supuesto, y considerando que el ataque no existía previamente, la omisión de tomar las medidas para prevenir los efectos de la pandemia sobre la población debería configurar en sí misma un ataque contra la población civil, y si bien podría pensarse que, por la amplitud de víctimas, quedaría satisfecho el requisito de ser un ataque generalizado, aún faltaría demostrar que se trata de un ataque, para lo cual el requisito de la “política” es ineludible. Al respecto, una nota de los Elementos de los Crímenes dispone: “*La política que tuviera a una población civil como objeto del ataque se ejecutaría mediante la acción del Estado o de la organización. Esa política, en circunstancias excepcionales, podría ejecutarse por medio de una omisión deliberada de actuar y que apuntase conscientemente a alentar un ataque de ese tipo. La existencia de una política de ese tipo no se puede deducir exclusivamente de la falta de acción del gobierno o la organización*”²³.

²² TPIR: The Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana, Caso N° ICTR-95-1-T, Sentencia de 21 de mayo de 1999, párr. 146.

²³ CPI: Elementos de los Crímenes, cit., p. 231.

Por lo tanto, la mera omisión, por más negligente que fuera, no bastaría para configurar el ataque, siendo necesario en tal caso acreditar, al igual que en el elemento específico del crimen de exterminio, que el propósito de omitir las medidas preventivas es destruir a parte de la población.

Esto significa que, si bien teóricamente podría configurarse el crimen de lesa humanidad de exterminio²⁴ en el caso de un gobierno que deliberadamente expusiera a su población a una pandemia letal, en la práctica se requeriría acreditar un dolo específico de muy difícil prueba.

En definitiva, aunque no podamos configurar como crimen de lesa humanidad la omisión negligente de un gobierno frente a una pandemia, sin duda se trata de una violación de derechos humanos que, aunque quede fuera del ámbito material de la RDP, sí generará la responsabilidad internacional de ese Estado, y que igualmente podría poner en peligro la paz y la seguridad internacionales, según estudiaremos a continuación.

3. Las pandemias como amenazas a la paz

Las primeras discusiones en torno a la posibilidad de considerar a una pandemia como una amenaza a la paz y la seguridad internacionales tuvieron lugar respecto del VIH/SIDA²⁵. Sin embargo, el Consejo de Seguridad (CS), en su resolución 1308 (2000), no la calificó como una amenaza a la paz, sino que se limitó a destacar “*que la pandemia del VIH/SIDA, si no se controla, puede plantear un riesgo a la estabilidad y la seguridad*”. Es significativo, no obstante, que en su informe, el GAN haya expresado “*cuando en 2000 el Consejo de Seguridad examinó por primera vez el VIH/SIDA como una amenaza a la paz y la seguridad internacionales...*”²⁶, cuando en realidad no fue así. Tal vez optó por esa redacción para justificar su reco-

²⁴ Podría discutirse también la posibilidad de encuadrar la situación como el crimen de “otros actos inhumanos” (Art. 7.1.k) del Estatuto de Roma), mas dicha discusión excede los límites de este breve estudio exploratorio.

²⁵ HINDMARCH, Suzanne: “The Implications of Treating HIV as a Security Threat in Africa: An Analysis of the United Nations Security Council Debate on HIV”, en SEATON, M. Bianca y ALLIN, Sara (Eds.): Comparative Program on Health and Society. Lupina Foundation Working Papers Series 2007–2009, Munk Centre for International Studies, Toronto, 2010, pp. 76-97.

²⁶ GAN: Un mundo más seguro: la responsabilidad que compartimos. Informe del Grupo de Alto Nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio. Nota del Secretario General, Documento A/59/565, Naciones Unidas, Nueva York, 2004, p. 28, párr. 48.

mendación de que “[e]l Consejo de Seguridad, en estrecha cooperación con el ONUSIDA, debería celebrar una segunda sesión extraordinaria sobre el VIH/SIDA como amenaza a la paz y la seguridad internacionales, a fin de estudiar los futuros efectos del VIH/SIDA en los Estados y las sociedades, impulsar la investigación del problema, y determinar los pasos críticos que se han de tomar con miras a elaborar una estrategia a largo plazo para reducir la amenaza”²⁷ (negrita en el original). Recién en 2011 el CS volvió a tratar el VIH/SIDA como tema principal de una de sus resoluciones, pero no lo calificó como una amenaza a la paz²⁸.

Sin embargo, el GAN también se refirió más ampliamente a la cuestión de las enfermedades infecciosas en general: “En casos extremos de amenaza planteada por una nueva enfermedad infecciosa o la liberación deliberada de un agente infeccioso, puede ser necesario que la OMS y el Consejo de Seguridad colaboren para establecer medidas eficaces de cuarentena”²⁹, y agregó: “En vista de la posible amenaza a la seguridad internacional que plantea la liberación deliberada de un agente biológico infeccioso o un brote natural de efectos abrumadores de una enfermedad infecciosa, es necesario que el Director General de la OMS, por conducto del Secretario General, mantenga informado al Consejo de Seguridad durante cualquier brote sospechoso o de efectos abrumadores de una enfermedad infecciosa. En tal caso, [...] si el Reglamento Sanitario Internacional no asegurara un acceso adecuado para las investigaciones de la OMS y la coordinación de la respuesta, el Consejo de Seguridad debería estar dispuesto a imponer medidas más coercitivas. Si un Estado no pudiera organizar una cuarentena adecuada de un gran número de posibles portadores, el Consejo de Seguridad debería estar dispuesto a apoyar la adopción de medidas internacionales para ayudar a establecer cordones sanitarios. **El Consejo de Seguridad debería celebrar consultas con el Director General de la OMS para establecer los procedimientos de colaboración necesarios en caso de que se produjera un brote sospechoso o de efectos abrumadores de una enfermedad infecciosa**”³⁰ (negrita en el original).

Así, para el GAN no solamente no había dudas de que una enfermedad infecciosa podía constituir una amenaza a la paz y seguridad internacio-

²⁷ Ibidem, pp. 32-33, párr. 67.

²⁸ Resolución 1983 (2011).

²⁹ GAN: op. cit., p. 33, párr. 70.

³⁰ Ibidem, p. 49, párr. 144.

nales, sino que, además, el CS debería estar dispuesto a adoptar medidas coercitivas al respecto, en coordinación con la OMS.

El propio SG, en su informe a la Cumbre Mundial 2005, expresó: “estoy dispuesto, en consulta con el Director General de la Organización Mundial de la Salud, a hacer uso de la facultad que me confiere el Artículo 99 de la Carta de las Naciones Unidas para señalar a la atención del Consejo de Seguridad cualquier grave brote de enfermedades infecciosas que ponga en peligro la paz y la seguridad internacionales”³¹. Aunque más escueto, el SG también reconoció que un grave brote de una enfermedad infecciosa podía constituir una amenaza a la paz, así como la centralidad de la OMS al respecto.

Sin embargo, el DF no se hizo eco de estas consideraciones, pese a dedicar una sección a las enfermedades infecciosas, en la que no mencionó al CS ni las calificó como amenazas a la paz.

Casi una década después, en su resolución 2177 (2014), el CS determinó “que el alcance sin precedentes del brote del ébola en África constituye una amenaza para la paz y la seguridad internacionales”. La resolución es más que interesante, por cuanto la determinación parece estar fundada pura y exclusivamente en el peligro en sí mismo³² que representa el ébola, y no en sus conexiones con los conflictos de la región ni con otras amenazas³³. Cabe señalar, no obstante, que de la propia determinación surge que no cualquier brote de una enfermedad infecciosa podría dar lugar a una amenaza a la paz³⁴, sino uno que, como el ébola en 2014, tuviera

³¹ ANNAN, Kofi: Un concepto más amplio de la libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos. Informe del Secretario General, Documento A/59/2005, Naciones Unidas, Nueva York, 2005, pp. 32-33, párr. 105.

³² OKILA, Vinc D.: “Conseil de Sécurité et renforcement de la lutte contre les pandémies en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies”, Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, Vol. 46, N° 2 (2016), pp. 291-324, p. 305 y ss.

³³ Pavone, por su parte, considera que no fue el ébola en sí mismo lo que motivó al CS a actuar, sino la inestabilidad política que generaba en la región (PAVONE, Ilja Richard: “Ebola and Securitization of Health: UN Security Council Resolution 2177/2014 and Its Limits”, en VIERCK, Leonie, VILLARREAL, Pedro A. y WEILERT, A. Katarina (eds.): The Governance of Disease Outbreaks. International Health Law: Lessons from the Ebola Crisis and Beyond, Nomos, Baden-Baden, 2017, pp. 299-326, p. 322).

³⁴ Excede los límites del presente estudio problematizar la cuestión de qué impacto tiene para el concepto de “amenaza a la paz” una determinación de este tipo. Al respecto, v. HOOD, Anna: “Ebola: A Threat to the Parameters of a Threat to the Peace?” Melbourne Journal of International Law, Vol. 16 (2015), pp. 1-23.

un “alcance sin precedentes”³⁵. Al respecto, y en línea con lo que había planteado en su momento el GAN, parece fundamental la intervención de la OMS³⁶, sobre la que el CS confió para su determinación, y que es mencionada en reiteradas veces en la resolución³⁷.

Así, entre otras cosas, en el preámbulo el CS recordó “el Reglamento Sanitario Internacional (2005), que contribuye a la seguridad de la salud pública mundial brindando un marco para coordinar la gestión de acontecimientos que puedan constituir una emergencia de salud pública de importancia internacional y que tiene por objeto mejorar la capacidad de todos los países para detectar, evaluar y notificar las amenazas contra la salud pública y responder a ellas”, y recalcó “la importancia de que los Estados miembros de la Organización Mundial de la Salud (OMS) cumplan estos compromisos”, mientras que en la parte operativa, instó “a los Estados Miembros a que cumplan las recomendaciones temporales pertinentes formuladas en el marco del Reglamento Sanitario Internacional (2005) en relación con el brote del ébola de 2014 en África Occidental” y alentó “a la OMS a que siga reforzando su liderazgo técnico y su apoyo operacional a los gobiernos y asociados”.

Sin embargo, el CS no tomó ninguna decisión en virtud del Capítulo VII de la Carta, y todas las medidas indicadas en dicha resolución tenían carácter exhortativo³⁸, es decir, no eran vinculantes para los Estados en el sentido del Art. 25 de la Carta. Esto no impide, por supuesto, que el CS eventualmente adopte decisiones obligatorias ante una situación similar, habiendo determinado que constituye una amenaza a la paz³⁹. En particular, se ha sostenido que el CS podría imponer a un Estado la recepción de asistencia internacional en casos de pandemia⁴⁰, entre otras medidas que, como vimos, en su momento también insinuó el GAN.

³⁵ OKILA, Vinc D.: op. cit., p. 308.

³⁶ *Ibidem*, p. 309.

³⁷ Para un análisis crítico de la actuación de la OMS con relación al ébola en África en 2014, v. VILLARREAL, Pedro A.: “The World Health Organization’s Governance Framework in Disease Outbreaks: A Legal Perspective”, en VIERCK, Leonie, VILLARREAL, Pedro A. y WEILERT, A. Katarina (eds.): op. cit., pp. 243-272.

³⁸ *Ibidem*, p. 311.

³⁹ V. OKILA, Vinc D.: op. cit., pp. 313-324.

⁴⁰ EVANS, A. Louis: “Confronting Global Pandemics: Responding to a State’s Refusal of International Assistance in a Pandemic”, Connecticut Journal Of International Law, Vol. 34 (2018), pp. 1-36, p. 14 y ss.

El interrogante que de inmediato nos surge es, en caso en que el CS adoptara medidas coercitivas, ¿qué diferenciaría a la adopción de decisiones para proteger a las víctimas de una pandemia de las tomadas en virtud de la RDP? ¿Habría una diferencia jurídica más allá de lo conceptual? Pavone considera que la resolución 2177 (2014) fue una oportunidad perdida de extender el concepto de RDP al sector sanitario, dado que el CS no actuó expresamente en virtud del Capítulo VII, no mencionó la RDP ni adoptó medidas concretas en virtud de los Arts. 41 y 42 de la Carta⁴¹. Esta posición nos genera más interrogantes que respuestas: ¿habría bastado con que el CS adoptara decisiones en virtud del Capítulo VII para considerar que amplió el ámbito material de la RDP o necesitaba una invocación expresa de esta? ¿Habría debido invocar la RDP de los Estados –cosa que ha hecho en reiteradas oportunidades– o también la de la comunidad internacional –lo que nunca hizo, ni siquiera en resoluciones en las que adoptó medidas que la opinión mayoritaria considera que actuó en virtud de la RDP⁴²–? ¿Podría el CS ampliar el ámbito material de la RDP? Eso claramente atentaría contra el DF, puesto que allí los Estados Miembros confiaron a la AG la tarea de continuar estudiando y desarrollando la RDP y en ningún momento la AG pensó en ampliarlo más allá de los crímenes y actos expresamente contemplados, lo que el autor incluso reconoce⁴³. La ausencia de práctica del CS nos impide dar una respuesta a nuestro interrogante, pero parece difícil diferenciar, más allá de lo conceptual, entre medidas del Capítulo VII adoptadas para hacer frente a una pandemia de las adoptadas en virtud de la RDP.

No obstante su menor letalidad, nadie puede dudar que la pandemia de COVID-19, por su alcance y magnitud no solo es comparable con el brote de ébola de 2014, sino que también es superior, al haber generado una crisis sin parangón en la historia de este mundo globalizado⁴⁴. Una determinación

⁴¹ PAVONE, Ilja Richard: op. cit., p. 304.

⁴² Se trata de las resoluciones 1973 (2011), sobre Libia, y 1975 (2011), sobre Côte d'Ivoire, en las que autorizó el uso de la fuerza para proteger a la población civil, pero en las que solamente recordó la RDP de los Estados.

⁴³ PAVONE, Ilja Richard: op. cit., p. 324.

⁴⁴ V. GAVER, Craig D. y PERERA, Nishadee: "COVID-19 Symposium: Will the UN Security Council Act on COVID-19?", *Opinio Juris*, 4 de abril de 2020, <https://opiniojuris.org/2020/04/04/covid-19-symposium-will-the-un-security-council-act-on-covid-19/>

del CS en el mismo sentido no resultaría, entonces, exagerada⁴⁵, y podría ser un mecanismo eficaz para dirigir una respuesta global coordinada⁴⁶.

Sin embargo, la realidad muestra que, a más de seis meses de los primeros casos⁴⁷ y a más de tres de ser declarada la pandemia por la OMS⁴⁸, el CS no solamente no está en condiciones de calificarla como una amenaza a la paz, sino que ni siquiera ha logrado consensuar un texto común para una posible resolución. No es el objeto del presente trabajo abordar las causas de la actual parálisis del CS⁴⁹, pero resulta ilustrativo tener presente que casi el 38% de los casos, y más del 43% de las muertes⁵⁰, se han producido en el territorio de los miembros permanentes, y que, mientras en 2014 la iniciativa de los Estados Unidos había sido decisiva para calificar al ébola como una amenaza a la paz, hoy cruza acusaciones con China y dirige sus críticas contra la OMS, que es la única organización internacional con competencias y capacidad de coordinar los esfuerzos mundiales al respecto.

⁴⁵ SVICEVIC, Marko: “COVID-19 as a Threat to International Peace and Security: What place for the UN Security Council?”, EJIL:Talk!, 27 de marzo de 2020 <https://www.ejiltalk.org/covid-19-as-a-threat-to-international-peace-and-security-what-place-for-the-un-security-council/>

⁴⁶ BERCHINSKI, Rob: “What the UN Security Council Can Do on Coronavirus: A Global Goods Coordination Mechanism”, Just Security, 24 de marzo de 2020, <https://www.justsecurity.org/69336/what-the-un-security-council-can-do-on-coronavirus-a-global-goods-coordination-mechanism/>

⁴⁷ La OMS fue informada de casos de neumonía de etiología desconocida el 31 de diciembre de 2019, https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200121-sitrep-1-2019-ncov.pdf?sfvrsn=20a99c10_4

⁴⁸ La pandemia fue declarada por el Director General de la OMS el 11 de marzo de 2020 (<https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>). Sin embargo, tiene mayor relevancia jurídica, en virtud del Reglamento Sanitario Internacional, la declaración de emergencia de salud pública de importancia internacional, que se produjo el 30 de enero de 2020 ([https://www.who.int/es/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/es/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-(2019-ncov))).

⁴⁹ V., entre otros, MURPHY, Ash: “COVID-19 and the UN Security Council: Should We Expect an Intervention?”, ANZSIL Perspective, N°13 (mayo 2020), pp. 6-8.

⁵⁰ De acuerdo a los datos de la OMS ([https://www.who.int/redirect-pages/page/novel-coronavirus-\(covid-19\)-situation-dashboard](https://www.who.int/redirect-pages/page/novel-coronavirus-(covid-19)-situation-dashboard))

4. Consideraciones finales

Según hemos visto, exceptuando los casos de dificultosa demostración en que la reacción de un Estado frente a una pandemia pueda implicar la comisión de crímenes atroces, la RDP no resulta una herramienta útil para luchar contra este tipo de amenazas. Sin embargo, llama la atención la poca invocación del concepto en el contexto de la actual crisis⁵¹, que no pensamos se deba tanto a la convicción de que las pandemias estén fuera de su ámbito material como al generalizado debilitamiento que está experimentando el concepto desde hace algunos años, cuestión que excede los límites de este breve comentario.

La anterior consideración, no obstante, no impide que, teóricamente, al menos, pueda recurrirse al CS para que este adopte medidas, puesto que ya existen antecedentes en que ha calificado a una pandemia como una amenaza a la paz y seguridad internacionales. Sin embargo, una de las manifestaciones internacionales más singulares y vergonzosas –aunque tristemente no la única– de la pandemia de Covid-19 es la absoluta ausencia del CS⁵², paralizado por un enfrentamiento sin sentido entre las grandes potencias, que no han demostrado dotes de liderazgo frente a la crisis⁵³.

Es por eso que creemos que el riesgo de confiar en el CS para gestionar crisis sanitarias internacionales radica, más que en la denominada “securitización” de la salud⁵⁴, en la alta probabilidad de inacción del órgano, máxime en el actual contexto, en el que el CS actúa como en tiempos de la Guerra Fría⁵⁵, sin parecer advertir que el mundo globalizado ya no es el mismo del siglo XX.

⁵¹ No obstante algunas menciones incidentales; v. por ejemplo, POPOV, Vladimir: Global health care system after coronavirus: Who has responsibility to protect, <https://carleton.ca/vpopov/wp-content/uploads/GLOBAL-HEALTH-CARE-SYSTEM-AND-R2PMPRA.pdf>

⁵² ARREDONDO, Ricardo: “La ausencia del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas”, Clarín, 15 de abril de 2020, https://www.clarin.com/opinion/ausencia-consejo-seguridad-naciones-unidas_0_0XiPREUyg.html

⁵³ BRUNÉE, Jutta: “The UN’s relative silence speaks volumes about the U.S.’s failure to lead”, The Globe and Mail, 13 de abril de 2020, <https://www.theglobeandmail.com/opinion/article-the-uns-relative-silence-speaks-volumes-about-the-uss-failure-to/>

⁵⁴ V. BURCO, Gian Luca: “Ebola, the Security Council and the Securitization of Public Health”, 10 Questions of International Law, Vol. 10 (2014), pp. 27-39, pp. 30-31.; PAVONE, Ilja Richard: op. cit., p. 308 y ss.

⁵⁵ La última década ha visto más vetos (31) que el total de las dos anteriores sumadas (23).

Así, la cooperación multilateral en organismos de toma de decisiones más democráticos, como la OMS, más el liderazgo de la AG, no obstante la falta de obligatoriedad de sus decisiones, aparecen como la mejor –sino la única– alternativa en estos complejos tiempos de crisis, incluso pese a las críticas de líderes irresponsables.