THĒMIS

Revista de Derecho

Derecho, Políticas Públicas y COVID-19
1965 - 2021

THĒMIS
desde 1965

© Asociación Civil THĒMIS, 2021
Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica del Perú
editor@themis.pe
themisconsejoeditorial@gmail.com
cceethemis@gmail.com
www.themis.pe
www.revistas.pucp.edu.pe/themis

80

Editor: Franco Arce Saldarriaga
Coordinadores: Eduardo Dargent y Juana María Ibañez
Diseño y diagramación: Mario Popuche Llontop

El contenido de los artículos publicados en **THĒMIS-Revista de Derecho**, así como las opiniones y posturas vertidas en ellos, son de responsabilidad exclusiva de los autores.

THĒMIS autoriza la reproducción parcial o total del contenido de esta publicación, siempre que se cite la fuente y utilice para fines académicos.

Primera edición: Julio 2022
Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú: 2000-0958
ISSN: 1810-9934 (Impreso)
ISSN: 2410-9592 (En línea)
Registro de Proyecto Editorial: 31501012200301
THĒMIS-Revista de Derecho 80. ISSN: 1810-9934 (Impreso)
Año LVII - Número 80

Editado por:
Asociación Civil THĒMIS, 2021
Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú
Domicilio legal: Calle Santa Honorata 384, Piso 3, Lima 01, Perú
Teléfono: 626-2000, anexo 5391

Impreso por:
Tarea Asociación Gráfica Educativa
Pasaje María Auxiliadora 156 Breña
tareagrafica@tareagrafica.com
Lima - Perú

PRESENTACIÓN

Tras 56 años de trayectoria, y con el ánimo de continuar con nuestra misión de difusión de la cultura jurídica en nuestro país y en el mundo, THĒMIS-Revista de Derecho se complace de presentar su nuevo número dedicado al Derecho, Políticas Públicas y COVID-19. Esta edición 80 no solo representa un número especial para THĒMIS-Revista de Derecho, sino que a su vez encarna el esfuerzo y arduo trabajo que las diversas generaciones de estudiantes del Consejo Ejecutivo han llevado a cabo a lo largo de sus 80 números para brindar un producto de excelente calidad académica.

Continuando esta tradición, THĒMIS-Revista de Derecho ha buscado presentar una edición que aborde las distintas temáticas actuales y permita plasmar las diversas discusiones que continúan presentándose ante los efectos de la pandemia del COVID-19. En efecto, el año 2020 trajo consigo muchos retos para todos los países del mundo. La irrupción de una pandemia de exorbitante magnitud desafió las administraciones. El fenómeno del COVID-19 significó la amenaza a muchos derechos: salud, educación, libertad, y un algo etcétera; generando así opiniones doctrinales y posturas jurídicas diversas en torno a lo que suponía la prioridad de unos sobre otros.

La edición 80 de THĒMIS-Revista de Derecho recoge estas diversas críticas y posiciones respecto a las pruebas a las cuales tuvieron que enfrentarse las poblaciones. De igual manera, expone artículos en torno a retos que ya existían desde mucho antes en el país, pero que con la coyuntura experimentaron un mayor declive. Esta edición posee temas de derecho administrativo, derecho constitucional, derecho urbanístico y más. En ese sentido, en las páginas siguientes, nuestros lectores encontrarán artículos que abordan los complejos efectos de la emergencia sanitaria sobre las distintas políticas públicas; así como los distintos desafíos pendientes que debemos enfrentar como nación.

Como miembros del Consejo Ejecutivo, nos sentimos orgullosos de presentar un número de gran calidad académica y que continúa reafirmando el compromiso original que se asumió 56 años atrás: difundir la cultura jurídica, desde la labor estudiantil. Confiamos en que la presente edición contribuye a realizar el sueño de nuestros antecesores. Dicho ello, este logro no hubiera sido posible sin el férreo esfuerzo invertido por cada uno de los miembros del Consejo Ejecutivo; así como de nuestros coordinadores, asesores temáticos, árbitros y autores, quienes con sapiencia y ardua dedicación aportaron sus conocimientos.

Finalmente, luego de 80 ediciones nos complace apreciar la inmutable responsabilidad que se ha asumido en cada número de THĒMIS-Revista de Derecho. Manifestamos nuestro más sincero deseo de que nuestras futuras generaciones de editores continúen y mejoren la labor esbozada por nosotros y quienes nos precedieron, dejando siempre en alto nuestro lema: **Innovar es nuestra tradición**.

Lima, mayo de 2022

EL CONSEJO EJECUTIVO

Reseña sobre la Pintura

THĒMIS-Revista de Derecho tiene el agrado de presentar como portada de su edición 80 el panel central del óleo "El jardín de las delicias", c. 1490-1500, de Jheronimus Bosch (el Bosco) (1450-1516). Este panel, que otorga la denominación a la obra, corresponde a la representación del mundo terrenal, al que simbólicamente se le denomina "el jardín de las delicias". En este se representan animales, plantas y frutas con dimensiones anormales. Además, se aprecian personas totalmente desnudas que están distraídas mientras disfrutan de toda clase de placeres, especialmente sexuales. No hay duda de que, en esta tabla, se representa al mundo entregado al pecado, representando hombres y mujeres desnudos manteniendo relaciones, con una fuerte carga erótica o sexual alusiva al tema dominante en esta obra, el pecado de la lujuria.

THĒMIS

Revista de Derecho

Publicación semestral editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

2021-1

CONSEJO DIRECTIVO

Daniel Rodríguez Tamo (Actualidad Jurídica)
Sebastián Morello Montes (Administración)
Chiara Lucía Jacob Camaiora (Contenido)
Miguel Rosas Ramírez (Cursos & Capacitaciones)
Aixa Cristoval Solorzano (Desarrollo Social)
Steven Hu Huang (Financiamiento)
Romina Alarcón Bonilla (Imagen Institucional)
Nicole Cristina Velazco Velazco (Recursos Humanos)
Angela Romero Carranza (Seminarios)

MIEMBROS ACTIVOS

Actualidad Jurídica
Adriana Chávez Copa
Valeria Aguado Arauco
Piero Vivar Pajuelo
César Eduardo Véliz Nuñez
Rossmery Flórez Huacasi
Nadia Cautivo Padilla
Alfredo Huamaní Romero

Administración
Diana Salazar Pérez
Alexis Salinas Temoche
Rodrigo Falla Valdez
Mariana Gálvez Zárate

Contenido
Joyce Uriol Quiroz
Franco Arce Saldarriaga
Katherine Larios Pulido

Cursos & Capacitaciones
Vivian Bustamante Yabar
Esther Fiorella Zamora
Alejandra Podestá Gutarra

Desarrollo Social
Alvaro Peña Villanueva
Cristina Phicihua Aliaga
Maria Paz Rodríguez Galiano
Maricielo Ríos García

Financiamiento
Lucía Cuglievan Blume
Alisson Rivera Untiveros
Mateo Valdez Alcazar

Imagen Institucional
Gabriela Alexandra Herbozo Villayzán
María Fernanda Villanueva Ruete
Angie Yman Palomino
Ciomar Levano Via
Naried Mansilla Lingán
Alessandra García Rojas

Publicaciones
Maria Paula Ruiz Coral
Hernan Nieves Ferry

Recursos Humanos
Gabriel Cayani Banda
Nicole Velazco Velazco

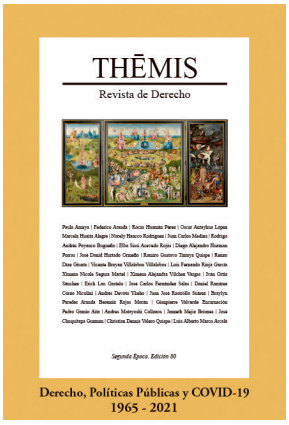
Seminarios
Alexandra Aguirre Sumarriva
David Rubio Alcántara
Arisa Campos Ramírez

CONSEJO CONSULTIVO

Alfredo Bullard González (PUCP)
Guido Calabresi (U. de Yale)
Robert D. Cooter (U. de California, Berkeley)
Javier de Belaúnde López de Romaña (PUCP)
Fernando de Trazegnies Granda (PUCP)
Carlos Fernández Sessarego † (UNMSM)
Baldo Kresalja Roselló (PUCP)
César Landa Arroyo (PUCP)
Javier Neves Mujica (PUCP)
Javier Pazos Hayashida (PUCP)
Richard A. Posner (U. de Chicago)
George L. Priest (U. de Yale)
José Daniel Amado Vargas (PUCP)

Asociación Civil THĒMIS
Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú
Teléfono: 626-2000 anexo 5391
Correo electrónico: themisconsejoeditorial@gmail.com
www.themis.pe

THĒMIS - Revista de Derecho 80



Editor General
Franco Arce Saldarriaga, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú

Consejo Editorial de THĒMIS-Revista de Derecho
Elvira Méndez Chang, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
Ana Teresa Revilla Vergara, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
Fernando Cantuarias Salaverry, Universidad del Pacífico, Perú
Cecilia O'Neill de la Fuente, Universidad del Pacífico, Perú
Carlos Zelada Acuña, Universidad del Pacífico, Perú
José Manuel Álvarez Zárate, Universidad Externado de Colombia, Colombia
Rémy Cabrillac, Université de Montpellier, Francia
Michele Taruffo, Università degli Studi di Pavia, Italia
Carlos Moreiro González, Universidad Carlos III de Madrid, España
Daniel Francisco Mitidiero, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil
Antonio Saccoccio, Università degli Studi di Brescia, Italia
René Provost, McGill University, Canadá
Manuel Atienza Rodríguez, Universidad de Alicante, España
Luiz Guilherme Marinoni, Universidade Federal do Paraná, Brasil

Consejo Consultivo de THĒMIS-Revista de Derecho
Alfredo Bullard González, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
Guido Calabresi, Universidad de Yale, Estados Unidos
Robert D. Cooter, Universidad de California - Berkeley, Estados Unidos
Javier de Belaúnde López de Romaña, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
Fernando de Trazegnies Granda, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
Carlos Fernández Sessarego†, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú
Baldo Kresalja Roselló, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
César Landa Arroyo, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
Javier Neves Mujica†, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
Javier Pazos Hayashida, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
Richard A. Posner, Universidad de Chicago, Estados Unidos
George L. Priest, Universidad de Yale, Estados Unidos
José Daniel Amado Vargas, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú

Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho
Chiara Lucía Jacob Camaiora, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
Joyce Alexandra Uriol Quiroz, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
Maria Fernanda Sanabria Gamboa, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
Katherine Nicole Larios Pulido, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
Iñigo Carrión Marsano, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
Ariana Valeria Chávez Cortez, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú.
Liz Ana María Cachi Delgado, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú

THĒMIS-Revista de Derecho es una publicación semestral, editada y publicada, en formato impreso y electrónico, por la Asociación Civil THĒMIS, conformada enteramente por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. La revista fue fundada en 1965 y viene siendo publicada de manera ininterrumpida desde 1984. El contenido de la revista versa sobre temas relacionados al Derecho y la cultura jurídica en general, estando dirigida a un público de académicos, abogados y estudiantes de Derecho. Los artículos publicados en THĒMIS-Revista de Derecho constituyen una fuente de consulta tanto para profesionales como estudiantes, siendo una fuente importante de doctrina jurídica en el ámbito nacional. THĒMIS-Revista de Derecho es una Revista arbitrada que se encuentra oficialmente indizada en Latindex y Clase, Directory of Open Access Journals (DOAJ), sistemas de información de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), y en Dialnet, catálogo de la Universidad de La Rioja, España. Asimismo, THĒMIS-Revista de Derecho puede ser ubicada en el Repositorio digital de la Biblioteca de la Pontificia Universidad Católica del Perú, y en los agregadores Ebsco y vLex. De igual forma, THĒMIS-Revista de Derecho se encuentra anexada a los portales web internacionales de recepción de artículos ExpressO y Scholastica. Los estándares académicos y calidad editorial de nuestra revista se encuentran certificados internacionalmente. THĒMIS-Revista de Derecho, se encuentra en constante convocatoria abierta para recepción de artículos relativos al tema central que el Consejo Ejecutivo elija o a cualquier otro tema relacionado a la disciplina del Derecho.

ÍNDICE 80

TEMA CENTRAL: Derecho, Políticas Públicas y Covid-19

Derecho público y emergencia sanitaria

Paula Amaya y Federico Aranda 13
Régimen municipal y gestión local: análisis de las capacidades de los gobiernos del conurbano bonaerense en el contexto de la pandemia de COVID-19
Municipal regime and local management: analysis of the conurbano bonoarense's governments in the COVID-19 pandemic

Rocío Huamán Pérez y Oscar Antayhua López 31
Análisis de las condiciones de competencia en el mercado de producción del oxígeno medicinal peruano en el contexto de la emergencia sanitaria y políticas públicas pendientes
Analysis of the conditions of competition in the Peruvian medical oxygen production market in the context of the health emergency and pending public policies

Marcela Huaita Alegre y Norely Hancco Rodríguez 49
La implementación de las políticas públicas adoptadas por el Estado peruano frente al impacto del COVID-19 en la violencia contra las mujeres e intrafamiliar
The implementation of public policies by the Peruvian state to face the impact of COVID-19 on violence against women and domestic violence

Juan Carlos Medina 75
La colaboración entre las entidades y los proveedores en las contrataciones del Estado: una necesidad puesta en evidencia por la pandemia del COVID-19
Collaboration between entities and suppliers in state contracting: a need highlighted by the COVID-19 pandemic

Rodrigo Andrés Poyanco Bugueño 93
COVID-19 y libertad de culto de Chile: la jurisprudencia de la Corte Suprema
COVID-19 and freedom of worship in Chile: the jurisprudence of the Supreme Court

Elba Sissi Acevedo Rojas, Diego Alejandro Huaman Porras, José Danid Hurtado Ormeño y Ramiro Gustavo Tintaya Quispe 111
Perú: elecciones 2021 en el contexto de la pandemia de COVID-19
Peru: 2021 elections in the context of COVID-19 pandemic

Renzo Díaz Giunta 137
Derecho a la salud y pandemia: análisis a la constitucionalidad del pasaporte sanitario
Right to health and pandemic: analysis of the constitutionality of the health passport

Derecho y contextos urbanos

Vicente Brayan Villalobos Villalobos 155
El desarrollo urbano sostenible en el bicentenario del Perú independiente: un asunto prioritario en la agenda política 2021-2026
Sustainable urban development on the bicentennial of independent Peru: a priority issue on the 2021-2026 political agenda

Luis Fernando Rioja García, Ximena Nicole Segura Martel, Ximena Alejandra Vílchez Vargas, Iván Ortiz Sánchez, Erick Lau Gastelo, José Carlos Fernández Salas, Daniel Ramírez Corzo Nicolini y Andrés Devoto Ykeho 193
El 'derecho a la ciudad' y su reconocimiento dentro del ordenamiento jurídico peruano
The 'right to the city' and its recognition in the Peruvian legal system

Perú: legislación pendiente

Juan José Rastrollo Suárez 209
Talentos y virtudes: la necesidad de profesionalización del servicio civil en el Perú
Talents and virtues: the need to professionalize the civil service in Peru

Braylyn Paredes Aranda, Beremiz Rojas Morán y Gianpierre Valverde Encarnación 225
Aproximaciones a la viabilidad jurídica y económica de la aplicación del consentimiento presunto como política pública de fomento y promoción de la donación de órganos y tejidos en el Perú
Approach to the legal and economic viability of the application of presumed consent as a public policy for the encouragement and promotion of organ and tissue donation in Peru

Pedro Gamio Aita 257
La reforma pendiente de energía: generación distribuida
The pending energy reform: distributed energy

ARTÍCULOS GANADORES: CONCURSO GENERACIÓN DEL BICENTENARIO

Andres Matayoshi Collazos, Janneth Mejia Briones y José Chuquitapa Guzman 279
Deconstruyendo el derecho al agua potable en el Perú: nuevos retos a nuestros doscientos años como República
Deconstructing the right to safe drinking water in Peru: new challenges at our two hundred years as a Republic

Christian Dennis Valero Quispe 295
Vacuna contra el COVID-19: ¿el ordenamiento jurídico peruano permite su aplicación obligatoria?
Vaccine against COVID-10: does the Peruvian legal system allow its mandatory application?

MISCELÁNEAS

Luis Alberto Marco Arcalá 313
La documentación en el contrato de transporte aéreo de personas y de mercancías
Documents in contracts of air carriage of passengers and goods

Coordinadores Generales

Eduardo Hernando Dargent Bocanegra

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Máster en Filosofía Política por la Universidad de York (Reino Unido). Doctor en Ciencia Política por la Universidad de Texas (Estados Unidos).

Actualmente, se desempeña en el cargo de director académico de Relaciones Institucionales de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Ha sido director de la maestría en ciencia política y es docente por la misma universidad formando parte del Departamento de Ciencias Sociales.

Ha publicado en diversas revistas especializadas como Comparative Politics, Journal of Democracy, Journal of Latin American Studies, entre otras. En el 2009 publicó Demócratas Precarios; en el 2016, Technocracy and Democracy: The Experts Running Government y en el 2021, El Páramo Reformista.

Lawyer by the Pontifical Catholic University of Peru (PUCP). Has a Master's degree in Political Philosophy by the University of York (United Kingdom). Doctor in Political Science by the University of Texas at Austin (Unites States).

He works as the academic director of Institutional Relations at Pontifical Catholic University of Peru (PUCP). He has been director of the master's degree in political science and works as a professor at Department of Social Sciences.

He has published in various specialized journals, such as Comparative Politics, Journal of Democracy, Journal of Latin American Studies, among others. In 2009, he published Precarious Democrats; in 2016, Technocracy and Democracy: The Experts Running Government and in 2021, The Reformist Wasteland.

Juana María Ibáñez Rivas

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Máster en Derechos Humanos por la Universidad de Nanterre (Francia). Diplomada del Postítulo en Derechos Humanos y Procesos de Democratización por el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile (Chile) y The International Center for Transitional Justice. Candidata a doctora en Derecho Internacional y Europeo por la Universidad de Paris 1 Panthéon-Sorbonne (Francia).

Es consultora especialista en Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. Asimismo, se ha desempeñado como investigadora del Grupo de estudios de derecho internacional y latinoamericano de La Universidad La Sorbona (GEDILAS-IREDIES) y miembro de la Sociedad francesa de derecho internacional. Previamente se desempeñó como abogada en la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y como responsable de programa del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR).

Lawyer by the Pontifical Catholic University of Peru (PUCP). Has a Master's degree in Human Rights by the University of Nanterre (France). Graduate from de specialization of Human Rights and Democratization Processes by the Human Rights Center of the Law School of the University of Chile (Chile) and The International Center for Transitional Justice. She is a PhD candidate in International and European Law from the University of Paris 1 Panthéon-Sorbonne (France).

She is a specialist consultant in International Human Rights Law and International Humanitarian Law. She has also served as a researcher for the International and Latin American Law Research Group of the Sorbonne University (GEDILAS-IREDIES) and a member of the French Society of International Law. She previously worked as a lawyer at the Inter-American Court of Human Rights (CIDH) and as a program manager for the International Committee of the Red Cross (CICR).

Asesores Temáticos

Betzabé Xenia Marciani Burgos

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Doctora en Derecho por la Universidad de Castilla – La Mancha (España). Directora del Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica (CICAJ) del Departamento de Derecho de la PUCP y profesora principal de dicha universidad.

Lawyer by the Pontifical Catholic University of Peru (PUCP). Doctor of Laws by the University of Castilla – La Mancha (Spain). Director of the Center for Research, Training and Legal Advice (CICAJ) of the Department of Law of the Pontifical Catholic University of Peru (PUCP) and principal professor of the aforementioned university.

Miguel Ángel Pacheco Rodríguez

Doctor en Derecho por la Universidad de Castilla – La Mancha (España). Profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo y Director Académico del Vicerrectorado de Estudiantes de la Universidad de Castilla – La Mancha (España).

Doctor of Laws by the University of Castilla – La Mancha (Spain). Professor at the Department of Legal and Social Sciences of Toledo and Academic Director of the Vicerectorate of Students at the University of Castilla – La Mancha (Spain).

DERECHO, POLÍTICAS PÚBLICAS Y COVID-19

10.18800/themis.202102.001

RÉGIMEN MUNICIPAL Y GESTIÓN LOCAL: ANÁLISIS DE LAS CAPACIDADES DE LOS GOBIERNOS DEL CONURBANO BONAERENSE EN EL CONTEXTO DE LA PANDEMIA DE COVID-19

MUNICIPAL REGIME AND LOCAL MANAGEMENT: ANALYSIS OF THE CONURBANO BONAERENSE'S GOVERNMENTS IN THE COVID-19 PANDEMIC

Paula Amaya*
Sistema de Información, Evaluación y Monitoreo de Programas Sociales (SIEMPRO)
Federico Aranda**
Universidad Nacional Arturo Jauretche

Three decades ago, following a constitutional reform, municipalities in Argentina went from being administrative delegations to enjoying full autonomy. With the passage of time, the lack of modernization at the local level and the arrival of the pandemic caused by COVID-19 have led to the emergence of new demands and social expectations. In this scenario, the analysis of the management and restructuring of municipal government priorities is of vital importance.

In this article, the authors analyze, on the basis of a field research carried out during the second semester of 2020 and the first semester of 2021, the management of four municipalities in the south of the Buenos Aires conurbation. To this end, they base their analysis, among other criteria, on the planning and evaluation of results; the design of organizational structures; and the definition of priorities, sectoral objectives and tasks in terms of public employment. In addition, they reflect on possible alternatives to improve the institutional capacity of these governments and question the structural limits that operate as a barrier to such improvement.

Keywords: Buenos Aires's conurbation; local governments; COVID-19; institutional capacity; public policies.

Desde hace tres décadas, a raíz de una reforma constitucional, los municipios en Argentina pasaron de ser delegaciones administrativas a gozar de plena autonomía. Con el paso del tiempo, la falta de modernización a nivel local y la llegada de la pandemia causada por el COVID-19 han hecho florecer nuevas demandas y expectativas sociales. En este escenario, el análisis de la gestión y la restructuración de prioridades de los gobiernos municipales resulta de vital importancia.

En el presente artículo, los autores analizan, sobre la base de una investigación de campo realizada durante el segundo semestre del 2020 y el primero del 2021, la gestión de cuatro municipios del sur del conurbano bonaerense. Para ello, basan su análisis, entre otros criterios, en la planificación y evaluación de resultados; el diseño de estructuras organizativas; y la definición de prioridades, objetivos sectoriales y tareas en materia de empleo público. En adición, reflexionan sobre posibles alternativas para mejorar la capacidad institucional de estos gobiernos y cuestionan los límites estructurales que operan como barrera para dicho mejoramiento.

Palabras clave: Municipios sureños del conurbano sur; gestión municipal; COVID-19; capacidad institucional; políticas públicas.

* Licenciada en Ciencias de la Educación. Magíster en Gobierno y Desarrollo por la Universidad Nacional de San Martín, y Doctora en Políticas Públicas y Transformación Social por la Universidad Autónoma de Barcelona. Docente y directora del Programa de Gobierno, Políticas Públicas y Transformación Social de la Universidad Nacional Arturo Jauretche. Directora Nacional del Sistema de Información, Evaluación y Monitoreo de Programas Sociales (SIEMPRO) (Buenos Aires, Argentina). Contacto: pamaya@siempro.gob.ar

** Politólogo. Magíster en Ciencia Política y Sociología por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. Docente e investigador de la Universidad Nacional Arturo Jauretche (Buenos Aires, Argentina). Contacto: federicoaranda06@gmail.com

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 2 de agosto de 2021, y aceptado por el mismo el 5 de enero de 2022.

I. INTRODUCCIÓN

Los gobiernos locales conviven en la República Argentina de muy diferentes maneras, con estructuras jurídicas tan heterogéneas como heterogéneas son sus capacidades estatales[1].

Según la definición de Bertranou (2015), la capacidad estatal se entiende como la actitud de los agentes estatales para cumplir los fines planteados. Esta capacidad se desprende del accionar conjunto de sus planteles en el marco de competencias legitimadas y del uso de recursos y acción interorganizacional. Asimismo, podemos agregar que la capacidad estatal se conforma a través de diferentes sentidos o niveles que confluyen en los resultados efectivos alcanzados por las instituciones públicas, siendo el desempeño y actitud de los trabajadores una de las variables que inciden en el cumplimiento de los fines pautados (Amaya, 2015). Finalmente, la capacidad institucional puede valorarse como la aptitud de las organizaciones para lograr una efectiva mejora en las condiciones de vida de la población.

En este artículo se exponen, por primera vez y de manera resumida, los resultados de una investigación realizada durante el segundo semestre del año 2020 y el primero del año 2021. El estudio se enfocó en un grupo particular del heterogéneo conjunto de instituciones locales de la Argentina: los municipios del sur del conurbano bonaerense[2].

El objetivo de la investigación fue conocer el estado de situación de este grupo de municipios respecto de las capacidades institucionales presentes en ciertas dimensiones identificadas como claves, orientando este conocimiento a la construcción de un análisis comparativo que permita aportar al debate respecto de los actuales desafíos en el nivel local de gobierno. En esta tarea se buscó distinguir los componentes propios de las realidades de cada gestión municipal de aquellas cuestiones estructurales que nacen del particular ordenamiento jurídico del municipalismo argentino. Asimismo, se pretendió observar la forma en que la pandemia del COVID-19 afectó el diseño, la implementación y la evaluación de diferentes políticas públicas locales.

La complejidad constitutiva de las situaciones sociales, de las cuales estos gobiernos locales forman parte, planteó la necesidad de triangular tanto las fuentes seleccionadas como las estrategias técnico-metodológicas de dicha investigación[3].

La investigación se llevó a cabo, en primer lugar, a través de un análisis documental que permitió integrar la bibliografía orientada a comprender y caracterizar a las municipalidades del conurbano con los desarrollos teóricos recientes en la cuestión del gobierno de las ciudades. Luego, se abordó la reconstrucción de ciertos conceptos claves: capacidad institucional, gobiernos locales, autonomía municipal, empleo público, nuevas tecnologías y gestión asociativa, entre otros.

El trabajo de campo se centró en cuatro municipios del sur del conurbano bonaerense: Almirante Brown, Berazategui, Florencio Varela y Quilmes. La selección de este grupo de municipios obedeció a una serie de criterios que contemplaron principalmente la comparabilidad de los datos y la posibilidad de contrastar la información obtenida[4]. Se

---

1 Según datos del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC), existen 2391 gobiernos locales, siendo 1129 municipalidades y 1262 gobiernos locales sin jerarquía municipal (comisiones de fomento, juntas rurales, juntas de gobierno, comisiones municipales, delegaciones de fomento y comunas). Estos gobiernos locales representan una institución autónoma en un territorio particular y no se encuentran subordinados jurídicamente respecto de otras municipalidades (Cravacuore, 2007).

2 Bajo la denominación genérica de conurbano bonaerense se comprenden más de treinta municipios de la provincia de Buenos Aires que rodean a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (junto a la que conforman la denominada Área Metropolitana de Buenos Aires). Más de un tercio de la población del país se encuentra radicada en esta zona geográfica.

3 Tal como indica Muller (2000), no existe un marco metodológico estándar para el análisis de las políticas públicas. En efecto, el diseño metodológico de la investigación realizada pretendió lograr estándares de validez, confiabilidad, oportunidad y creatividad que colaboraran en el desarrollo de una investigación original y de utilidad, tanto teórica como empíricamente.

4 En ese sentido, se buscó que los municipios que integraran el análisis compartieran sus características geográficas y demográficas generales. Integran el grupo de los municipios con mayor población de la provincia, pues los cuatro poseen más de 300,000 habitantes e integran el denominado segundo cordón del conurbano sur. Los cuatro municipios presentan una densidad poblacional similar (1000-5000 hab/km^2), siendo mayor al de municipios del denominado tercer cordón, como Presidente Perón y San Vicente, y menor al de otros municipios cercanos que integran el primer cordón, como Avellaneda, Lomas de Zamora (5000-8000 hab/km^2) o Lanús (8000-15000hab/km^2). Sin embargo, debemos señalar que dentro de este grupo los indicadores socioeconómicos no son homogéneos: Quilmes y Berazategui cuentan con una relativa ventaja en términos de necesidades básicas satisfechas, niveles de ingresos y diversos indicadores con los que el Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento (CIPPEC) construyó un Índice de Progreso Social del Conurbano Bonaerense (2018). No obstante, consideramos que la complejidad constitutiva de las problemáticas sociales que enfrentan y la dimensión de las estructuras organizativas que requiere la gestión de gobierno vuelve posible su comparación.

realizaron entrevistas a funcionarios municipales a cargo de áreas con una jerarquía no menor a la dirección general[5]. A todos los entrevistados se les realizó una entrevista basada en la misma guía de preguntas, las cuales se focalizaron en los diferentes ejes temáticos que señalaremos a continuación.

Desde el abordaje metodológico señalado, se propuso avanzar en términos de construcción de conocimiento para dar respuesta a preguntas como: ¿cuál es el estado de situación de la capacidad institucional de las municipalidades del conurbano?, ¿cuáles han sido los avances realizados en los últimos años?, ¿cuáles son las principales discusiones relacionadas con la temática?, ¿qué ha sucedido con la estructura de empleo público en los gobiernos locales?, ¿cuáles han sido los avances respecto de la autonomía municipal?, ¿cuáles son las estrategias necesarias a ejecutar para mejorar la articulación entre los gobiernos locales y las demás organizaciones de la sociedad civil?, ¿qué competencias deben fortalecerse para liderar la transformación de las ciudades y orientar los cambios desde una perspectiva de desarrollo social con inclusión?, ¿cuáles fueron las capacidades institucionales de las gestiones municipales para adaptar los planes de gestión a la situación de emergencia producida a raíz de la pandemia del COVID-19?

Así, se pretende identificar los avances realizados y los problemas priorizados en términos de gestión para proponer una reflexión respecto de las condiciones de viabilidad, con el objetivo de fortalecer la capacidad institucional de los municipios.

En primer lugar, realizaremos un recorrido descriptivo general sobre los gobiernos locales argentinos. Haremos referencia a la normativa central que involucra esta temática, mencionando los debates doctrinarios y jurisprudenciales, así como las reformas que dieron forma al sistema municipal argentino. Asimismo, nos enfocaremos en los diversos gestores políticos que hoy en día ejercen responsabilidades institucionales. Consideramos que estos últimos son quienes, desde su rol de hacedores, aportan elementos para reflexionar sobre la forma efectiva de mejorar y aumentar las capacidades de las propias gestiones municipales analizadas.

Partimos del hecho de que definir qué es un municipio en Argentina conlleva ciertas dificultades: el mismo término asume diferentes significaciones según se haga referencia a esa unidad en una provincia o en otra (Rosatti, 2006). Justamente de esos diferentes significados, no explicitados ni definidos claramente, derivan complicaciones prácticas y cotidianas para los gobiernos municipales, como, por ejemplo, la cuestión central sobre la autonomía o la asignación y manejo de fondos propios.

Intentando acercarnos a la realidad de los gobiernos locales, resulta conveniente analizar dos tipos de definiciones señaladas por Arraiza (2016). La primera de ellas, enfocada en la esencia de estas unidades territoriales, nos aporta una idea general y aplicable a todos los municipios de la Argentina, independientemente del tamaño, dimensión o categoría. La segunda, más que una definición, reporta a la enumeración de los elementos constitutivos de los municipios.

II. HACIA UNA DEFINICIÓN DE MUNICIPIO

A. Elementos componentes del estado municipal

Apartándonos de la discusión que nos invita a reflexionar sobre la naturaleza de los gobiernos locales, podemos señalar cuatro componentes esenciales de todo municipio (Abalos, 1995; 2003; Arraiza, 2016):

a) **El gobierno municipal:** este se construye con la suma de las instituciones o poderes que estén en condiciones de dirigir, mandar, guiar a una comunidad hacia el logro de sus objetivos últimos; por ejemplo, el bien común de la comunidad que gobierna.

b) **La administración municipal**: esta deberá poner su foco en la ejecución o implementación de las decisiones del gobierno, a través de los recursos disponibles.

c) **El espacio o territorio:** este se refiere, en el caso del municipio, a la idea del espacio vital. Es decir, el ámbito territorial que necesitan las comunidades para desarrollarse.

[5] Se realizaron un total de trece entrevistas distribuidas de la siguiente manera: En la Municipalidad de Berazategui se entrevistó a la Subsecretaria de la Mujer, Subsecretario de Relaciones Sindicales, Subsecretario de Trabajo y Empleo, Director Ejecutivo del Sistema de Planeamiento "Berazategui 2050"; en la Municipalidad de Quilmes, a la Subsecretaria de Políticas de Géneros, Secretaria de Desarrollo Urbano y Obra Pública, Subsecretaria de Gestión de Gobierno y Modernización; en la Municipalidad de Almirante Brown, al Subsecretario de Recaudación; Subsecretario de Modernización y Gestión Pública; en la Municipalidad de Florencio Varela, al Director General Operativo de la Secretaria de Ambiente y Desarrollo Sustentable, Secretaria de Coordinación Técnico Jurídica, Subsecretario de Gobierno y la Jueza de Faltas - Juzgado 3.

d) **La sociedad:** esta hace referencia a las personas que, grupalmente consideradas, en todas sus formas, habitan en el territorio comprendido por el municipio. Ahora bien, la mayoría de las normas que rigen la vida en sociedad son emitidas por niveles de gobierno superiores al municipio, pese a que gran parte de los aspectos de la vida cotidiana de los habitantes del municipio los determina el gobierno local.

Hasta el momento, hemos desarrollado los componentes clásicos del estado municipal. Nosotros proponemos incorporar un quinto elemento: **la densidad**. La densidad es definida como la relación entre la masa de un cuerpo y el volumen que ocupa en el espacio. En el sentido que planteamos emplearla, podemos identificar la densidad con la cultura. Ciudad y cultura, dos elementos que se conjugan en un espacio donde ocurre todo (Subirats, 2018).

B. Los municipios en el marco del régimen federal argentino

El régimen federal argentino prevé la organización interna de cada provincia según las constituciones dictadas por ellas, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías acordados en la Constitución de la Nación Argentina[6][7]. En ese sentido, el artículo 5 de la Carta Magna señala que las constituciones provinciales deben asegurar un **régimen de municipal**[8]. Asimismo, el Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN), en su artículo 146, reconoce a los municipios como **persona jurídica pública**[9].

La determinación de los alcances de la norma constitucional referida a la institución municipal evolucionó desde su sanción en 1853 y requirió la intervención de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN) en diversas ocasiones[10]. Recién en 1989, la CSJN en el fallo del caso *Rivademar, Angela Digna Balbina Martínez Galván de c. Municipalidad de Rosario* estableció como criterio jurisprudencial que los municipios son órganos de gobierno, con límites territoriales y funcionales, y no meras delegaciones administrativas (criterio sostenido desde comienzos del siglo XX hasta ese momento)[11].

La posterior reforma constitucional del año 1994 receptó estos debates sintetizándolos en su artículo 123, el cual declara que "Cada provincia dicta su propia constitución, conforme a lo dispuesto por el art. 5 asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero"[12] (Constitución de la Nación Argentina, 1994).

Sin embargo, pese a los años transcurridos desde dicha reforma, cuyo principal avance fue consagrar la autonomía municipal, las provincias de Buenos Aires, Mendoza y Santa Fe siguen sin adaptar sus constituciones provinciales a lo determinado por el artículo 123, imposibilitando que sus municipios alcancen la autonomía real (Arraiza, 2016, p. 27)[13].

Las municipalidades en Argentina son el nivel de gobierno que mayor esfuerzo requiere en relación al fortalecimiento de las capacidades de gobierno y de gestión. Su nacimiento y formación, producto del devenir histórico y, fundamentalmente, del proceso de consolidación del Estado Nación, ha delineado a los gobiernos locales con características muy propias. Como mencionamos, no contamos hasta la fecha con un número con-

---

6 Para un profundo análisis del sistema federal previo a la reforma de 1994, véase Frías (1980).

7 Para un análisis del federalismo argentino actual, véase Gelli (2004), Gargarella (2010) y Rosatti (2017).

8 La Constitución de la Nación Argentina establece lo siguiente

> Artículo 5.- Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo de estas condiciones el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones (1994).

9 Artículo 146.- Personas jurídicas públicas

> Son personas jurídicas púbicas:
>
> a) el Estado nacional, las Provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los municipios, las entidades autárquicas y las demás organizaciones constituidas en la República a las que el ordenamiento jurídico atribuya ese carácter [...] (Código Civil y Comercial de la Nación, 2014).

10 Para un recuento de esta evolución, véase Rosatti (2006; 2017).

11 Para mayor información, véase el Fallo 312:326 (CSJN, 1989).

12 Para mayor información sobre la redacción y el contenido de este artículo, véase Spota (2001).

13 Debemos señalar que la provincia de La Pampa reformó su Constitución en 1994 y otorgó reconocimiento a la autonomía de sus municipios, pero no prevé la posibilidad de que estos se den a sí mismos sus propias cartas orgánicas. Por su parte, la provincia de Tucumán reconoció la autonomía a sus municipios en la reforma constitucional realizada en el año 2006. Sin embargo, la ley que debe regular las convenciones municipales aún no ha sido sancionada por la legislatura provincial, por lo que ningún municipio tucumano cuenta con carta orgánica.

solidado de gobiernos locales en la Argentina, entre los que poseen estrictamente características de municipio y los que representan otras formas de gobierno local. Esto se debe a múltiples razones entre las que encontramos, justamente, cierta debilidad en las capacidades institucionales de este nivel de gobierno.

Recapitulando, podemos remarcar como característica central del sistema municipal argentino su heterogeneidad (Iturburu, 2000), la cual dificulta el estudio de los gobiernos locales en un esquema constitucional federal. La Constitución de 1994 es muy clara cuando ordena a las provincias diseñar o darse su propio régimen municipal, pero no otorga a los constitucionalistas provinciales elementos específicos sobre los criterios o diseños institucionales a establecer. Esto ha generado que hoy podamos afirmar que existen 23 tipos de gobiernos locales en la Argentina, más la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cuyos indicadores permiten compararla con una provincia más que con un gobierno local.

Podemos observar diversas formas de gobiernos locales, donde no todos constituyen municipios, con una importante heterogeneidad desde el punto de vista de su propia naturaleza, con diversos grados de autonomía o autarquía de las organizaciones locales, con grandes diferencias poblacionales y enormes desequilibrios en los ingresos y los presupuestos municipales, entre otras cuestiones a analizar.

Durante la segunda mitad del siglo XX y en adelante, las ciudades, al ritmo de los procesos que han complejizado la economía en el mundo occidental, ven modificados y aumentados sus problemas sociales (Subirats, 1992); mientras que la irrupción del neoliberalismo va a producir importantes cambios en sus competencias (García Delgado, 2003; Cravacuore, 2007), los cuales llegan para quedarse.

Este cambio en las competencias de los gobiernos locales será un enorme desafío para las autoridades, principalmente para los responsables políticos y especialmente para los intendentes, quienes deberán afrontar las nuevas demandas y desafíos con una acuciante y escasa asignación de recursos (Cao & García Delgado, 2015)[14].

Nuevas tareas, nuevos reclamos y nuevas necesidades que generan que las organizaciones locales deban afrontar el rediseño de sus propias gestiones públicas: diseño de estructuras, políticas de empleo, inclusión de las nuevas tecnologías y participación ciudadana, entre otras cuestiones (Badía, 2003; López & Zeller, 2015; Bernazza, 2004, 2005), hacen de las municipalidades instituciones desafiantes, tanto en el plano teórico como en la praxis.

El inicio del siglo XXI encontró a la mayoría de los países de América Latina atravesando procesos de colapso institucional y económico, producto de la aplicación de planes y políticas de gobierno socialmente insostenibles. En la Argentina, la crisis de 2001 representó el estallido de esta situación que, como no podía ser de otra forma, produjo grandes cambios en los gobiernos locales. Las resoluciones políticas de estos escenarios permitieron en muchos países la superación de la crisis y el tránsito a un período virtuoso de desarrollo del entramado social y productivo. Durante este tiempo, se intentará nivelar y mejorar las enormes inequidades de nuestras comunidades. Esos intentos tendrán como actor protagonista al territorio y a los municipios.

C. Los municipios en el contexto bonaerense

La provincia de Buenos Aires se extiende en un vasto territorio, teniendo una superficie de 307.571 km^2 que equivale al 8,1% del territorio nacional argentino. Las cifras relevadas en diferentes censos arrojan números que dan cuenta de su colosal diferencia frente al resto de las provincias del país. Actualmente 135 municipios constituyen la división política territorial de la provincia. El volumen de gastos de todos ellos supera en conjunto al gasto público individual de varias provincias argentinas. En efecto, constituye el tercer gasto público principal, luego del gasto nacional y del de la propia administración bonaerense (Bastons *et al*., 2011).

Sin embargo, es inevitable distinguir que al interior de la provincia de Buenos Aires conviven realidades municipales sumamente diversas. El conurbano bonaerense se recorta con nitidez del resto del espacio provincial comúnmente definido como **el interior de la provincia**. Pese a esta distinción, habitualmente sostenida por la mayoría de los actores estatales y sociales, tanto el conurbano como **el interior** no son territorios homogéneos en cuanto a la distribución de la dotación de recursos (Pereyra, 2016; López Accoto & Pereyra, 2002).

La enorme complejidad del entramado productivo y social de la provincia de Buenos Aires la transfor-

[14] Por supuesto, los problemas vinculados con la distribución de recursos también (y especialmente) atañen al nivel provincial. Como ha señalado Frías (2008), el régimen argentino presenta un 'unitarismo fiscal' (p. 45).

mó en uno de los lugares donde las políticas económicas de corte neoliberal aplicadas desde fines de la década del setenta, y profundizadas durante la década del noventa, tuvieron un mayor impacto, particularmente en los municipios del conurbano. Esto no solo por las consecuencias que el diseño macroeconómico tuvo sobre los sectores industriales de la región metropolitana, sino también por el enorme afluente de migrantes internos provenientes de distintas provincias cuyas realidades se vieron igualmente afectadas (Basualdo, 2006; Bayer *et al*., 2010).

Con el escenario político emergido luego de la crisis de 2001, la nueva gestión de gobierno enfocó gran parte de sus políticas sociales y económicas a paliar la grave situación en la que se encontraban los municipios del conurbano. Para ello se comenzó a implementar una serie importante de políticas públicas que incluyeron modificaciones en el campo de la salud, la vivienda, el acceso a la educación y al trabajo. Este conjunto de políticas públicas virtuosas se transformaron en acciones concretas que mejoraron la vida cotidiana de millones de argentinos.

Este proceso se vio interrumpido en el año 2015, cuando se produjo nuevamente el cambio de rumbo de las acciones gubernamentales. Asistimos a la disminución de la lista de programas y proyectos sociales, a la reformulación del rol del Estado frente a la ciudadanía y a un notable proceso de endeudamiento. Como consecuencia de esto se produjo un derrumbe abrupto de todos los indicadores sociales y económicos, que traducen a estadísticas el real empobrecimiento de la mayoría del pueblo argentino. La evidente contracara de este proceso de distribución regresiva del ingreso está representada por sus beneficiarios, es decir, los actores económicos relacionados principalmente al sector financiero y a capitales transnacionales.

D. Municipios del conurbano

Una vez más debemos destacar que los municipios bonaerenses también viven realidades heterogéneas. Dentro de esta heterogeneidad las diferencias no son solo geográficas o demográficas, sino que también pesan los criterios institucionales públicos y privados de cada municipio, dado que no es lo mismo contar o carecer de hospitales públicos municipales, cooperativas eléctricas, servicio educativo, justicia de faltas, entre otros.

Cómo señala Subirats (1992, p. 10), hoy en día la legitimidad de la acción de los poderes públicos se basa, en mayor medida, en su capacidad de dar respuesta a las demandas de los sectores implicados en sus ámbitos de actuación, más que en su teórica legitimidad ideológica o constitucional. Si ello es así, quiere decir que el centro de atención de los poderes públicos se ha desplazado de la legitimidad formal de la actuación de los poderes públicos a la capacidad de saciar demandas que de manera creciente se les dirigen desde todos los sectores y esferas de la sociedad. El acento deberá situarse, pues, en la mejora de esa capacidad, que en última instancia dará legitimidad a la acción de gobierno.

En este sentido, los municipios argentinos —y principalmente los del conurbano— han sido y son la primera caja de resonancia de los problemas de la sociedad argentina, de la falta de empleo, de las problemáticas asistenciales, del estado de los servicios públicos, entre otros. Esta relación de inmediatez existente entre una ciudadanía cada vez más vulnerada en sus derechos y el nivel de gobierno municipio municipal vuelve imperiosa la necesidad de avanzar en el fortalecimiento de las capacidades estatales locales.

II. EJES TEMÁTICOS Y RESULTADOS OBTENIDOS

Como anticipamos, el trabajo de campo realizado en el marco de la investigación desarrollada tuvo como objetivo conocer el estado de desarrollo de las capacidades institucionales, en interacción con los propios actores territoriales, para poder proponer análisis y reflexiones que pudieran ser utilizadas para el desarrollo de mejores estrategias de gobierno. Esto sin perder de vista las dificultades atribuibles a la configuración institucional del régimen municipal argentino en general y bonaerense en particular.

Se definió focalizar el análisis de las capacidades de los municipios a partir de las siguientes siete áreas temáticas, las cuales sintetizan aspectos centrales de las capacidades institucionales:

- Modalidades de planificación y evaluación de resultados
- Criterios para el diseño de estructuras organizativas
- Objetivos y prioridades en políticas sectoriales
- Formas de organización de la justicia de faltas
- Modalidades de empleo público
- Mejora de procesos administrativos
- Estrategias de participación ciudadana

Partimos de conceptos claves para entender y aprender la lógica de funcionamiento de los municipios. A su vez, estas dimensiones nos permiten analizar puntos críticos que exceden el ámbito propio de las prácticas de gestión de los gobiernos locales y se constituyen en problemas vinculados al particular ordenamiento jurídico que configura el municipalismo bonaerense.

A continuación, se realiza una síntesis teórica de las diferentes dimensiones junto con los principales hallazgos obtenidos por cada una de ellas:

A. Modalidades de planificación y evaluación de resultados

En sentido estricto, planificar se puede entender como la acción de utilizar un conjunto de procedimientos mediante los cuales se introduce cierta racionalidad y organización a las intervenciones públicas que, previstas anticipadamente, tienen el propósito de alcanzar determinados objetivos a través del uso de medios y recursos escasos o limitados. En esta misma línea, evaluar implica construir información que permita valorar tanto la implementación como el alcance de los objetivos propuestos y los cambios promovidos que se encuentran relacionados con las intervenciones públicas.

Hasta el momento, dos definiciones básicas sobre las cuales seguramente encontraremos cierta aceptación en la comunidad, tanto de investigación como de gestión pública. La cuestión es que, sobre aspectos claves, tanto de la planificación como de la evaluación, podemos encontrar muy disimiles desarrollos teóricos que influyen y se relacionan con múltiples y disimiles prácticas llevadas a cabo bajo el mismo título **planificación y o evaluación**.

Dado que no resulta posible recrear en este artículo las principales líneas de discusión sobre estas temáticas, nos limitaremos a enunciar la adhesión a las perspectivas de planificación situadas y estratégicas (Matus, 1987; Bernazza, 2004), que comprenden la complejidad de la acción de planificar, la constante transformación social y contraposición de intereses de grupos y personas, y la importancia de la flexibilidad en los procesos de planificación y centralidad de la participación a la hora de planificar.

Respecto de la evaluación, entendemos que resulta central comprender su carácter estratégico e integral (Amaya, 2016) y su constitución como situación de aprendizaje, sobre la formulación e implementación de las políticas, centrándose en la construcción de información que incida en la toma de decisiones y la mejora de la gestión.

En relación con esta primera dimensión de análisis, en las entrevistas realizadas se expresa que las problemáticas se plantean y tratan de manera grupal entre los miembros del gabinete, y que junto al intendente se realiza la planificación de cada secretaría. La diversidad de situaciones que abarca la gestión local aparece como una variable que incide en la práctica de la planificación.

El seguimiento de las acciones planificadas en las municipalidades es realizado habitualmente por la jefatura de gabinete. En la mayoría de los casos, se encuentran dinámicas de planificación conjunta lideradas por la máxima autoridad, con un seguimiento de los avances a cargo de la jefatura del gabinete. Habitualmente estos procesos tienen registros disímiles o no se registran formal ni sistemáticamente:

> Desde nuestra área, generalmente como se hace en todo el municipio tenemos reuniones quincenales con los coordinadores de cada una de estas áreas para que nos vayan haciendo un registro de las acciones que se van desarrollando y de las metas que quedan. Posteriormente, en diciembre hacemos un recordatorio de que los primeros días de enero tienen que estar las planificaciones de cada una de esas áreas (Subsecretario de Trabajo y Empleo de Berazategui, comunicación personal, 25 de marzo de 2021).

Es frecuente la referencia a 'reuniones' de planificación y seguimiento. Es posible inferir que las dinámicas de programación y monitoreo son 'habladas', acordadas de manera verbal, registradas por escrito con diversos grados de sistematización y escasos parámetros 'comunes':

> No hay una sistemática, pero sí hay la percepción de la necesidad de planificación. Las secretarías están ocupadas por personas que saben sobre sus propios temas, que son muy diversos entre sí. Estas personas tienen diferentes construcciones de lo que se pretende lograr a mediano y largo plazo, pero hay que "permitir" una mirada un poco más estratégica y sobre todo porque las áreas están muy vinculadas a la problemática social por estos años que han sido tan se ha deteriorado de manera tan profunda que les resulta difícil salir de ese día a día (Subsecretario de Modernización y Gestión Pública de Almirante Brown, comunicación personal, 15 de octubre de 2020).

> Tenemos, sobre todo, ejes de trabajo. Pero también tenemos indicadores, referenciamos el funcionamiento y el movimiento de los recicladores urbanos y la cantidad de micro basurales que tenemos, así como la amplitud que tiene cada uno de ellos. Y en función de eso

> también se puede planificar para el próximo año o muchas veces han pasado cuestiones que nos han dicho paso tal problema en tal barrio como están planificado como lo llevamos a lo material (Director General Operativo de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de Florencio Varela, comunicación personal, 18 de marzo de 2021)

En algunos casos la práctica de la planificación es más 'sistemática': "En principio hay dos tipos de planificaciones. La planificación anual que obedece estrictamente a la gestión cotidiana y al presupuesto de cada año, y la planificación que podríamos denominar de mediano y largo plazo" (Director Ejecutivo del Sistema de Planeamiento "Berazategui 2050", comunicación personal 24 de marzo de 2021).

La continuidad de un proyecto político es visto como un factor positivo a la hora de fortalecer la planificación de mediano y largo plazo, el crecimiento y el desarrollo del distrito.

Se encuentran, de manera extendida, experiencias de planes sectoriales. Estas se expresan en algunos casos como **'planes maestro'**: de agua, de transporte, de cloacas, entre otros. Existen áreas más propensas o con más referencias de planificación y seguimiento, como son las áreas de obras públicas, salud o defensa civil.

Podría decirse que la expresión de proyectos en diferentes materias (ordenamiento, infraestructura, desarrollo económico, protección ambiental, entre otras) se asocian con la construcción de la ciudad, pero tienen por separado un grado de desarrollo y tratamiento relativamente mayor al ejercicio articulado entre esas partes para constituir efectivamente un único proyecto sobre el territorio.

Otra dinámica visualizada son los observatorios. A través de ellos se realizan relevamientos, se organizan áreas temáticas y se proponen acciones, metas y resultados esperados. La participación y responsabilidad compartida entre gobierno y comunidad sobre la construcción de la ciudad es enunciada y destacada en los casos analizados con diferentes énfasis, pero se encuentra presente en cada uno de ellos.

Se reconocen algunas experiencias de institucionalización de la planificación, por ejemplo, en ordenanzas municipales. Es el caso del Sistema de Planificación Estratégico Participativo Local 'Berazategui 2050'[15] o de los compromisos de gestión del Municipio de Quilmes[16].

La voluntad de la máxima autoridad de gobierno, expresada en el seguimiento de la planificación y resultados alcanzados en los ejes propuestos, aparece como una variable central de impulso y fortalecimiento de la práctica de planificación y evaluación.

> Hay 22 compromisos de gestión que permiten medir de forma concreta los avances y los resultados en diferentes áreas de gobierno. Los compromisos son los grandes puntos o metas de gestión que involucran a todas las áreas del municipio. En la página web del municipio se puede acceder a cada uno y ver las proyecciones, los avances y los logros por cada tema. Cada secretaría además piensa, diseña y ejecuta políticas públicas específicas, que respondan a una necesidad particular de los vecinos, a la planificación del funcionario a cargo o a la decisión política que determine de la intendenta. Estas propuestas particulares del equipo de cada una de las áreas de gobierno son llevadas adelante y controladas por cada una de las secretarías, a diferencia de los 22 compromisos que son monitoreados de manera constante por el centro de gobierno del municipio, que es la Jefatura de Gabinete (Subsecretaría de Gestión de Gobierno y Modernización de Quilmes, comunicación personal, 26 de marzo de 2021).

Respecto del uso de tecnologías para la gestión de demandas, se advierten iniciativas que se multiplican en las últimas décadas. Hay diferencias en los casos respecto de la modernización, con distintas características, pero es compartido el diagnóstico de un avance en el uso de nuevas tecnologías para la sistematización de demandas, organización de tareas y control de respuesta a reclamos.

En algunos de los casos analizados se utilizan tableros de control y seguimiento de avance de obras asociados además a la asignación de presupuesto. El control de vehículos de seguridad, cámaras en la vía pública, control de entrega de bolsones de alimentos aparecen como algunos de los ejemplos más comunes.

Las **pantallas** con control de indicadores en los despachos de las intendencias analizadas son comunes. En ellas se proyecta el estado de situación de diferentes indicadores seleccionados por la máxima autoridad del gobierno: "En términos de

[15] Para mayor información, véase Berazategui 2050 (s.f.).

[16] Para mayor información, véase Quilmes Gobierno (s.f.).

indicadores la mayoría de los proyectos que lleva adelante el municipio son fácilmente medibles desde el punto de vista de los resultados proyectados/obtenidos, por ejemplo, cantidad de cámaras instaladas, cantidad de cuadras de asfalto, cantidad de escuelas refaccionadas, etc." (Subsecretaria de Gestión de Gobierno y Modernización de Quilmes, comunicación personal, 26 de marzo de 2021).

Las prácticas de planificación y evaluación en las municipalidades también aparecen influenciadas por la relación de subordinación respecto a los otros niveles de gobierno. La planificación de todas aquellas intervenciones que implican la implementación de planes provinciales o nacionales, y que están pautadas por el nivel de gobierno correspondiente, impacta directamente en las acciones del gobierno local.

En relación con la evaluación, algunas están impulsadas por la demanda de información de parte de niveles superiores de gobierno hacia las municipalidades, asociadas a la distribución de recursos. La existencia de normativa que condiciona el desembolso de recursos provinciales o nacionales a la rendición de cuentas es considerada un elemento que genera cierta compulsión para la elaboración de informes, recolección de estadística y presentación de resultados.

Es frecuente referir la falta de datos como un problema a la hora de planificar. Al momento del establecimiento de metas, se mencionó la utilización de criterios comparativos respecto a municipios vecinos. Por ejemplo, cantidad promedio de pavimento construido en determinado periodo de tiempo para la planificación del trabajo y la fijación de compromisos. En otros casos, para suplir debilidades en cuanto al diagnóstico o las problemáticas a atender, se buscó complementar los datos de los organismos, agencias u oficinas responsables de proveerlos mediante mecanismos de contacto directo con los actores territoriales. En este sentido, se hace referencia a instancias de planificación participativa en la construcción de planes de gobierno antes de asumir la gestión. Esos acuerdos o compromisos sí se documentan y socializan con el formato de **plan de gobierno**. Otra práctica de participación se da en las llamadas **mesas de gestión descentralizadas.** Estas dinámicas inciden tanto en la articulación como en la revisión o modificación de objetivos pautados dentro de los equipos responsables.

Aparecen referencias a los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) como disparadores de instancias de planificación y evaluación. En algunos casos aparece la referencia a tipos de planificación que inciden en perspectivas e iniciativas en la construcción de información:

> Nosotras desde la subsecretaría tenemos como un marco teórico de planificación estratégica con perspectiva de género de las políticas públicas. A partir también de la creación de la secretaría se formó un observatorio con perspectiva de género en el cual tratamos de acumular la mayor información posible tanto de datos" (Subsecretaría de Políticas de Géneros de Quilmes, comunicación personal, 30 de marzo de 2021).

El seguimiento y evaluación se realizan con frecuencia variada, sobre todo a través de 'consultas sobre cómo van las áreas' o reuniones similares a las enunciadas para acordar líneas de acción. En este sentido, una de las personas entrevistadas afirma que: "cada secretaria tiene sus datos, sus estadísticas. Cantidad de escuelas o chicos alcanzados. Si voy al área de Gobierno, en inspección, cantidad de negocios clausurados, por ejemplo. Son datos estadísticos que están informatizados" (Secretaria de Coordinación Técnico Jurídica de Florencio Varela, comunicación personal, 16 de marzo de 2021)

El informe que se realiza para el discurso de apertura de las sesiones del Consejo Deliberante funciona como oportunidad para la elaboración de síntesis, recapitulaciones, sistematizaciones y balances de gestión que de manera primaria se acercan a la práctica de la evaluación. En relación a lo anterior, una de las personas entrevistadas señala que:

> La apertura de las sesiones del HCD [Honorable Consejo Deliberante] es el contrato que el intendente tiene con los vecinos. Cada una de las áreas, envía al intendente las metas y objetivos. Además, en el presupuesto, cuando el ejecutivo lo manda para su tratamiento, ahí van todas las políticas de cada área. Programas, proyectos, planes con este alcance, con estos objetivos, con determinados recursos. Luego se hace la revisión de cuentas de todo ello. Son momentos públicos importantes para dar conocimiento de las políticas del ejecutivo (Subsecretario de Gobierno de Florencio Varela, comunicación personal, 11 de marzo de 2021).

Se encuentran extendidas referencias a procesos de reflexión y transformación de las formas de comunicación de la gestión con la ciudadanía. En ese campo se advierte una intensidad particular en la actualización de mecanismos, medios y estrategias.

Hemos encontrado referencias respecto a la relación entre la planificación y la escasez de recur-

sos que caracteriza a las gestiones municipales. Como mencionamos, la legislación distribuye de manera desequilibrada las competencias y el presupuesto. Desde el punto de vista de los gobiernos locales, esto impacta de forma directa sobre este eje temático, al promover ejercicios de planificación 'casi obligados' porque 'la frazada es corta y si no hay articulación con otras áreas se hace muy difícil'.

Es importante destacar que no se han registrado referencias respecto de la asignación presupuestaria para acciones de planificación y evaluación.

A su vez, en todos los casos, la pandemia causada por el COVID-19 es mencionada como un factor que obligó a la replanificación en términos de asignación de los recursos disponibles. En algunos casos motivó la elaboración de indicadores locales que permitieran evaluar en tiempo real la situación sanitaria, lo que podemos considerar como una mejora en las prácticas de construcción y análisis de información que puede sostenerse de cara al futuro.

B. Criterios para el diseño de estructuras organizativas

Existe una amplia bibliografía en materia de estructuras organizativas, aunque la mayor parte de ellas se refieren a las empresas privadas. En consecuencia, fue difícil hallar investigaciones referidas específicamente al ámbito estatal nacional, y más aún cuando nos enfocamos al diseño de estructuras organizativas de los gobiernos locales en la Argentina[17].

Por consiguiente, fue necesario realizar una adecuación de los conceptos teóricos a las realidades locales y enriquecerlos con las prácticas políticas y profesionales.

El trabajo de Oscar Oszlak nos invita a pensar la burocracia estatal como sistema cuyas unidades se encuentran vinculadas por una densa red de interacciones, que genera que el comportamiento de cada unidad se supedite, de algún modo, al comportamiento de las restantes. Según este autor, de las diversas modalidades de interacción surgen distintos flujos de recursos fundamentales que dan vida a la organización (flujos de bienes materiales y financieros, de información y de autoridad) y que permiten reconocer tres tipos de interdependencias: interdependencias materiales y presupuestarias; interdependencias funcionales e interdependencias jerárquicas (1980).

Argentina no cuenta con normativa que unifique los criterios para el diseño de estructuras organizativas. La provincia de Buenos Aires no escapa a esta realidad. La Ley Orgánica de Municipalidades, aprobada por el Decreto Ley 6769/1958, no impone lineamientos al respecto, generando un contexto donde los 135 municipios bonaerenses tienen sus propios criterios para realizar esta importante tarea.

La cuestión del diseño de la estructura organizativa en el gobierno local está estrechamente ligada a la planificación estratégica estatal. Nos preguntamos sobre nuestro proyecto de gobierno, sobre la planificación estratégica situada en la realidad del territorio que nos ocupa, para luego diseñar las unidades orgánicas necesarias que contribuyan al logro de los objetivos y metas planteadas. Esta es la secuencia lógica e ideal que mejoraría la capacidad institucional del municipio. Sin embargo, sabemos que rara vez ocurre de esta forma lineal, y que, si miramos el organigrama de un estado municipal, veremos una estructura tal vez desprolija, con unidades que responden a, por ejemplo, compromisos políticos electorales del gobierno en un período determinado, o, a la necesidad del intendente de premiar a algún trabajador con un mejor salario.

En gran parte aquello fue lo observado al momento de sistematizar la información obtenida sobre esta segunda dimensión de análisis. Sobre este punto se encontraron, principalmente, referencias generales como las siguientes: 'estructuras que se adapten a los requerimientos actuales', 'es importante ser austeros con las estructuras', entre otras.

En todos los casos las gestiones nuevas realizan modificaciones en las estructuras, adaptándolas a los objetivos, 'improntas' y jerarquizaciones propias de las temáticas.

También se observaron referencias al carácter **'vivo'** de las estructuras respecto de la necesidad de que puedan adaptarse a las voluntades y prioridades políticas de los grupos gobernantes.

Se hace notar que dos de los municipios analizados crearon recientemente áreas de género, mujeres y diversidad. La emergencia sanitaria producto del COVID-19 no tuvo impacto directo sobre esta dimensión, siendo nulos los cambios de estructura vinculados con este evento.

Es claro que con respecto a este componente hay mucho que trabajar, ordenar y repensar en el camino hacia una gestión coherente, ordenada y

[17] Para mayor información, véase Iturburu (1999).

transparente, que posibilite un impacto efectivo de los planes de gobierno[18].

C. Objetivos y prioridades en políticas sectoriales

La definición de prioridades y objetivos sectoriales desde el ámbito municipal, tales como salud, educación, cultura, ambiente, empleo, producción, transito, hábitat y espacios públicos, entre otros, estará claramente delimitada por las competencias propias que el ordenamiento jurídico nacional y provincial otorgan a dicho nivel de gobierno.

A la luz de las nuevas realidades que deben enfrentar los gobiernos locales, podemos distinguir entre las **competencias tradicionales** y las **nuevas competencias**. Dentro de las primeras encontramos la gestión administrativa y del personal; el desarrollo urbano (incluyendo el planeamiento y obra pública); el catastro y el ejercicio del poder regulatorio sobre las obras civiles; la prestación de servicios públicos (en algunos municipios) y la regulación de la vida comunitaria: abastecimiento urbano, control de la salubridad y seguridad de comercios e industrias, transito urbano; entre otras .

Dentro del ámbito de las segundas competencias, resalta el rol del municipio como agente de promoción económica, lo que incluye: la tarea de política arquitectónica del desarrollo local; la gestión de la imagen territorial; la identificación, ampliación y respaldo de los núcleos de fortaleza sectorial para fomentar agrupamientos concentrados geográficamente; la vinculación del sistema educativo con el sistema productivo; la facilitación de procesos de coordinación e innovación empresarial; el agrupamiento de sectores productivos; el mejoramiento de las condiciones de presión y estimulo de la demanda local; la recolección, preparación y transmisión de información para el cambio, la incorporación de criterios de calidad en el sector privado; la articulación de relaciones intracomunitarias y con actores extracomunitarios; y la provisión de terrenos para actividades productivas, promoción y especialización productiva.

También, resalta el papel activo en la política del desarrollo social: detectar los requerimientos sociales e inscribirlos en la agenda política, coordinar los estudios técnicos y las deliberaciones públicas, intervenir en las decisiones ejecutivas, conducir la ejecución de proyectos, intervenir en la evaluación de los resultados y ser un permanente comunicador social de la dinámica municipal; la atención de grupos sociales y etarios, la organización de actividades deportivas y de recreación asegurando en todos los casos la competencia entre proveedores alternativos, así como el cuidado del ambiente y el mejoramiento de la calidad ambiental, la defensa de la competencia y del consumidor, la calidad en los bienes y servicios, que se suma al tradicional ejercicio de la autoridad o poder regulatorio en el ámbito local; la fijación de políticas de salud en el ámbito local (fomento, protección, recuperación y rehabilitación; el reconocimiento y evaluación de las necesidades y demandas de los conjuntos sociales más afectados; la promoción de la participación social en programas y acciones colectivas de higiene y salubridad, y de seguridad ciudadana (Iturburu, 1999).

En relación al diseño y ejecución de las políticas sectoriales, otra vez debemos remitirnos al proyecto de gobierno y la capacidad de planificar los cursos de acción necesarios para el logro de los objetivos y metas que tenga el grupo gobernante. Las mejores prácticas en cada una de las tareas sectoriales ordenadas estratégicamente y pensadas desde la realidad del territorio, mejora sin dudas la capacidad de hacer verdaderamente la labor estatal en beneficio de los vecinos del territorio.

En los casos analizados, los objetivos y prioridades políticas sectoriales se identifican claramente en cada entrevista, lo mismo que las referencias al liderazgo que ejerce en su definición la autoridad máxima del gobierno local.

Las expectativas sociales aparecen marcando el sentido de las decisiones de los ejecutivos municipales, receptadas de diferentes maneras. A su vez, aquellos funcionarios que tuvieron funciones de gestión durante la etapa 2015-2019, señalaron el impacto que los acuerdos fiscales realizados con el gobierno provincial, que representaron un límite respecto al gasto, tuvieron sobre los objetivos estimables. Nuevamente la jurisdicción desequilibrada (competencias/recursos) se presenta como un factor determinante en esta dimensión.

Se destacan prioridades en el campo de la obra pública y la infraestructura, cuestiones estructurales, competencias clásicas como la recolección de basura y temáticas que no son responsabilidades exclusivas de las municipalidades como la mejora de los sistemas de salud y seguridad, el empleo, la promoción social y la erradicación de las violencias por motivo de género, la mejora de diferentes servicios y controles, entre otros.

[18] Sobre el particular, véase el interesante trabajo de Mariano Talanchuk sobre el diseño de las estructuras organizativas para los municipios de la provincia de Buenos Aires publicado en Bastons *et al*. (2011).

En todos los casos, es notable la importancia del factor inmediación que distingue al nivel de gobierno local respecto a los niveles provinciales y nacional: se destaca un profundo conocimiento del territorio y sus necesidades.

Se identifican formas rudimentarias de priorizar como 'X cantidad de compromisos', 'X ejes centrales', 'X obras de infraestructura' para organizar y socializar los objetivos de gobierno.

Como se podía anticipar, en todos los casos la emergencia sanitaria obligó a los municipios a colocar entre las áreas prioritarias la atención primaria de salud y el efectivo cumplimiento de las disposiciones adoptadas por el gobierno nacional y provincial.

D. Formas de organización de la justicia de faltas

Uno de los campos en que se visualiza con más claridad la limitación del estado provincial sobre la autonomía de los municipios bonaerenses es el Decreto Ley 8751, el cual aprueba el Código de Faltas Municipales. La norma regula las sanciones que se aplicarán por la Justicia Municipal de Faltas, sus tipos y características, así como los órganos que tendrán a cargo el juzgamiento y el procedimiento[19].

No cabe duda de que constituye una intromisión carente de fundamentos constitucionales. Como exponen Atela y Caputo (2015, pp. 321-322), dentro del propio ordenamiento municipal bonaerense, los jueces de falta se encuentran revestidos de ciertas garantías que son propias de los magistrados *strictu sensu*[20], lo que sumado al deber constitucional de adoptar la forma republicana de gobierno en el ámbito municipal, permite afirmar que la Justicia Municipal de Faltas debería estar constituida como el Poder Judicial correspondiente al nivel local.

Asimismo, la norma referida limita la capacidad de cada localidad de determinar que considera falta o agravio. Esta norma fue posteriormente consagrada como la Ley 10269 (1985), ley que modifica el Código de Faltas Municipal, la cual nos viene a demostrar que en períodos democráticos los criterios provinciales no han cambiado.

En materia ambiental, la Justicia de Faltas se rige, en parte, por la Ley 11723 (1995), la cual regula el régimen de control y sanciones administrativas. Nuevamente, vemos vulnerada la autonomía municipal.

Con relación a esta tercera dimensión de análisis el dato que resulta llamativo es que la mitad de los funcionarios entrevistados prefirieron no responder sobre este punto por considerarlo ajeno o distante de sus competencias.

Quienes sí respondieron destacan diferentes cuestiones como la necesidad de modernizar la gestión administrativa de los juzgados, los resultados que se alcanzan, la agilización de trámites como, por ejemplo, el pago de multas.

Con excepción de uno de los municipios donde sus funcionarios hicieron mención de los cambios en la organización estructura de la justicia de faltas del municipio (destinados a ampliar el número de juzgados de acuerdo a diferentes materias), las respuestas de la mayoría de los entrevistados que hicieron referencia al tema reflejan que, no obstante haber expresado la voluntad de avanzar en dichos procesos de mejor/modernización, la temática no constituye una de las prioridades de las gestiones de gobierno en relación con las demandas inmediatas de la ciudadanía.

Finalmente, debe señalarse que de las respuestas de los entrevistados no se observa un impacto específico de la pandemia del COVID-19 sobre esta dimensión de análisis.

E. Modalidades de empleo público

Una difícil tarea tienen los municipios bonaerenses en materia de empleo público. En esta materia, tan sensible, la provincia ha derogado todos los estatutos escalafones de todos los municipios, y los suplantó primero por la Ley 11757 y, luego, por la Ley 14656. Si bien la ley vigente mejora importantes aspectos de la relación de empleo entre los trabajadores municipales y el municipio como empleador, aún quedan por resolver aspectos de precarización y desigualdad.

La Ley 14656 otorga a los municipios bonaerenses una importantísima herramienta en este campo,

[19] El Código de Faltas Municipales establece que la Justicia Municipal de Faltas es competente respecto "al juzgamiento de las normas municipales dictadas en el ejercicio del poder de policía, y a las normas provinciales y federales cuya aplicación corresponda a las Municipalidades" (1997, art. 1). Actualmente, dicha competencia recae en materia de tránsito, salubridad, espectáculos, edilicia, derecho consumidor, etc.

[20] Los magistrados *strictu sensu* se caracterizan por su designación por el Intendente con previo acuerdo del Concejo Deliberante; inamovilidad en el cargo; intangibilidad de las remuneraciones; procedimiento verbal, sencillo y actuado; y por ser órgano *ad hoc* y específico para su remoción.

como lo es la posibilidad de realizar negociaciones colectivas a nivel local (2014, art. 48). Esto posibilita poder conveniar una amplia gama de temas de aquella relación laboral, entre los trabajadores representados por sus gremios y el municipio. El ejercicio de la negociación colectiva debería finalizar con la firma de un convenio colectivo, que rija, en un período determinado, una amplia agenda de temas. Hasta la actualidad, conocemos la existencia de 62 convenios firmados en el territorio de la provincia.

En relación con esta dimensión, la investigación realizada permite destacar diferentes iniciativas y posturas que demuestran un interés particular por la temática: concursos, fortalecimiento de la carrera, mejoras en las condiciones de trabajo, revisión de formas precarias de empleo y planes de capacitación, entre otras cuestiones. En todos los casos se manifiesta un interés por profesionalizar la gestión y promover saberes vinculados al uso de las nuevas tecnologías.

En este proceso la mayoría de los funcionarios entrevistados destacaron la existencia y la importancia de planes de capacitaciones provistos por organismos provinciales y nacionales, principalmente por el Instituto Provincial de la Administración Pública (IPAP) y el Instituto Nacional de la Administración Pública (INAP), o realizados en articulación con universidades nacionales. De igual forma que en la dimensión anterior, la pandemia del COVID-19 no parecer haber generado efectos concretos sobre este eje de análisis.

F. Mejora de procesos administrativos

Pensar las mejores formas de modificar los procedimientos administrativos en los municipios bonaerenses, paralelamente a democratizarlos y transparentarlos, nos remite a múltiples tareas que deberían reprogramarse en los circuitos burocráticos y que incluirán, necesariamente, nuevas propuestas con respecto al gobierno abierto, esto es, el uso de la tecnología al servicio de la mejora continua en las capacidades institucionales de los municipios.

Esta tarea demanda un conocimiento específico y el trabajo conjunto con aquellos agentes estatales protagonistas de los procesos de formulación e implementación de políticas públicas. Como sostiene Pereyra, "se ha configurado una burocracia frondosa y altamente estratificada cuyas prácticas y cultura organizacional además de presentar los sesgos propios de los diversos campos de actuación profesional, tienen las marcas de la historia" (2016, p. 65).

La investigación realizada arrojó los siguientes resultados asociados a esta dimensión. Aparecieron reiteradas referencias que presentan una idea en común: es necesario agilizar y modernizar los procedimientos y la relación de la municipalidad con los vecinos, priorizando la simplificación de la realización de trámites.

Por ejemplo, podemos referirnos a la firma digital, 'el 0800', las plataformas de expedientes electrónicos, la armonización de bases de datos del municipio, la digitalización de la información, expedientes, decretos, habilitaciones comerciales, ordenanzas. Así, se advierte coincidentemente en que la pandemia causada por el COVID-19 y las medias de aislamiento forzaron o aceleraron el avance de muchos de estos procesos:

> Durante 2020 creamos la plataforma de habilitaciones web donde la gente ya no tiene que ir más que a firmar algunas cuestiones y pueden cargar toda su documentación. Ahí tiene toda la documentación que necesita, la llena, la descarga y ahí la plataforma te dice 'está todo ok' o 'te falta esto'. Entras a habilitaciones web y te redirecciona ahí (Subsecretario de Trabajo y Empleo de Berazategui, comunicación personal, 25 de marzo de 2021).

La mejora de la coordinación entre áreas claves del municipio aparece como requisito para lograr municipios más **amigables** y lograr mejores resultados en materia de inclusión. Se reconocen mejoras de los centros de gestión y participación ciudadana en los barrios para facilitar el acceso a diferentes trámites:

> En la página del municipio hay una nueva guía de trámites disponible. Hoy en día casi en todos los trámites hay instancias digitales. El 80% de los trámites que se gestionan de manera digital son por renovación de licencia de conducir, o similares, y se facilita paso a paso el trámite para lograr que esos canales de gestión sean conocidos y utilizados por la mayor cantidad posible de vecinos (Subsecretaría de Gestión de Gobierno y Modernización de Quilmes, comunicación personal, 26 de marzo de 2021).

G. Estrategias de participación ciudadana

La producción de políticas públicas nunca es el resultado de la acción estatal autónoma. Por la propia naturaleza del proceso político, se generan interacciones, más o menos conflictivas, entre el Estado y diversos actores o fuerzas sociales que intervienen directa o indirectamente en el diseño y la implementación de las acciones de gobierno. En esta perspectiva interactiva los actores no estatales condicionan la producción de

políticas en el marco de un conjunto de alianzas o conflictos que los liga al Estado (Bertranou & Isuani, 2016, p. 100).

Cuando nos referimos a la participación ciudadana, seguimos la idea de que se entiende a esta como intrínsecamente 'buena', en el sentido de la valoración positiva que se le atribuye a las 'buenas causas' o 'buenas acciones' (Belmonte *et al.*, 2009, p. 16). Se ha generado un paradójico lugar de consenso desde diferentes vertientes ideológicas, al surgir como recomendación de organismos internacionales de crédito y de agencias estatales, a la vez que constituye una demanda de las organizaciones de la sociedad civil y de los ciudadanos. Como afirma Pagani (2007), también se escuchan fuertes voces críticas cuando se analizan efectos negativos al argumentar que el uso de este tipo de herramientas participativas traslada la responsabilidad del Estado a la sociedad. Asimismo, se destaca la existencia de manipulaciones políticas, construyendo artificialmente consensos que no son tales.

Los procesos participativos siempre son complejos y dependen, para sus fundamentos, diseños y efectos, del contexto en los que ellos se desarrollan y se implementan, a que niveles se los promueve, con qué metodologías y con qué actores. Al igual que la planificación estratégica, los procesos de participación ciudadana promovidos desde el Estado municipal, no son ni buenos ni malos, ni virtuosos o nocivos. Dependerá primordialmente de cómo se utilice esa herramienta, desde donde, para qué y con quienes.

Existe gran cantidad de registros de buenas prácticas resultantes de la utilización de formas participativas que han generado, en muchos casos, el mejoramiento de las capacidades institucionales, en tanto rediseño de estructuras, incorporación de nuevas competencias del gobierno municipal y fortalecimiento del grupo político que las incorpora.

Al momento de sistematizar la información obtenida a partir de los casos estudiados, puede observarse en las entrevistas referencias a instancias de planificación, coordinación y gestión, tanto con organizaciones sociales como empresariales. También con grupos poblacionales específicos, como jóvenes y mujeres, se comparten experiencias concretas de planificaciones por barrios, mesas locales y barriales, unidades de gestión local, foros de gestión ciudadana, proyectos participativos de mejoras en temáticas específicas como el cuidado del ambiente, organizaciones en los barrios para mejorar cuestiones como la limpieza de arroyos, el tratamiento de la basura, la seguridad, entre otros.

Se mencionó como una dificultad propia de los espacios de participación la convocatoria de aquellos vecinos que no se encuentran vinculados a organizaciones sociales o instituciones del territorio, como también la complejidad de desarrollar prácticas participativas sobre aquellos temas del municipio que exceden los límites de lo **barrial**.

También, se hizo referencia a que el desarrollo de instancias virtuales de participación, las cuales se transformaron en la modalidad obligatoria producto de los efectos de la pandemia generada por el COVID-19, ello brinda nuevas posibilidades para el diseño e implementación de este tipo de prácticas.

En esta dimensión puede observarse el potencial de innovación de la gestión local respecto a los niveles nacional y provincial. En efecto, tanto el diseño constitucional nacional como el bonaerense no se caracterizan por la presencia de mecanismos significativos que promuevan la participación ciudadana[21].

IV. CONCLUSIONES

Los resultados de la investigación realizada muestran que los gobiernos locales planifican, hacen seguimiento y evalúan sus políticas. Principalmente, estas prácticas están asociadas a temáticas o áreas específicas, advirtiéndose la necesidad de fortalecer la articulación entre ellas y las perspectivas integradoras.

Las metodologías de la planificación y la evaluación suelen ser disímiles y presentan diferentes grados de sistematización. En este punto, la diversidad de temáticas y escasez de recursos aparecen como variables que inciden en ambas instancias. Consideramos que la formación específica sobre estos temas resulta un desafío a abordar. A su vez, inferimos la necesidad de fortalecer tanto las perspectivas integradoras de la práctica de la planificación y la evaluación, así como el abordaje metodológico y la sistematización de las mismas. Tener presente estas cuestiones aparece como una condición central para mejorar las capacidades institucionales de las municipalidades.

[21] La reforma de la Constitución Nacional de 1994 incorporó dos institutos pensados con el objetivo de promover la participación política de la ciudadanía: (i) la iniciativa popular, la cual yace en el artículo 39 del texto constitucional; y (ii) la consulta popular, la cual se establece en el artículo 40 del mismo texto. Sin embargo, desde su sanción la utilización de ambos mecanismos constitucionales ha sido prácticamente nula.

Otra cuestión a tener en cuenta es la necesidad de mejorar las estrategias y metodologías de construcción de información sobre las características demográficas del territorio, la cobertura y relación de programas sociales, y su impacto en los distintos aspectos y sectores sociales. Lograr mejores procesos de construcción y sistematización de información social aparece como un objetivo pertinente para avanzar hacia la consolidación de gobiernos locales más capaces.

La evaluación y la participación ciudadana aparecen como estrategias necesarias de ser fortalecidas. El abordaje asociado a ambas —evaluación y participación—, así como la capacitación para llevar a cabo prácticas, en este sentido, también resultan un aspecto clave del fortalecimiento de las capacidades institucionales.

La participación ciudadana aparece como un valor y un ejercicio en crecimiento, sobretodo asociado a instancias de construcción de los planes de gobierno. Asumen diferentes modalidades e institucionalidades. La organización de actores territoriales por barrios o sectores y su **diálogo** con las municipalidades es una práctica frecuente.

Respecto de la mejora de la gestión, aparece como posible recomendación sistematizar y compartir las experiencias de **modernización** de la administración y los resultados concretos que tienen efectivamente las diferentes iniciativas existentes bajo la misma denominación en las capacidades municipales. La **modernización**, digitalización y simplificación de trámites es un desafío presente y actual que se asumen en todos los casos analizados. Resta conocer los efectos concretos que estas iniciativas tienen, su socialización, mejora y sostenimiento.

En lo referido a la modernización, la mejora de las condiciones de empleo público sigue siendo materia pendiente en los niveles locales de gobierno.

Mayores instancias de articulación; fortalecimiento del liderazgo de las máximas autoridades y sus equipos en la incidencia de la planificación sobre el desarrollo territorial; mejora de las herramientas utilizadas y sistematización de prácticas que existen resultan aspectos relevantes para fortalecer en futuras investigaciones académicas. Estas últimas siguen teniendo mucho que aportar a la mejora de las capacidades institucionales en todos los niveles de la administración pública.

No obstante, se reconoce como un límite estructural para cualquier proyecto de gestión municipal los desequilibrios producidos por la estructura normativa nacional y provincial, específicamente la forma en que el ordenamiento jurídico (constituciones, leyes, decisiones administrativas) distribuye competencias y recursos.

Fortalecer el gobierno y las capacidades institucionales de los gobiernos locales implica acordar y socializar valores comunes sobre el desarrollo entre los distintos actores y organizaciones presentes en los territorios; así como fortalecer la relación con las instancias superiores de gobierno y seguir apostando por la mejora de las capacidades institucionales expresadas en la construcción de información social, la planificación, monitoreo, gestión y evaluación de las políticas, y en las mejoras de cada una de las estrategias y tecnologías de gestión.

REFERENCIAS

Abalos, M. G. (1995). Reflexiones sobre el régimen municipal en la Constitución Nacional. En D. Pérez Guilhou & F. Seisdedos (eds.), *Derecho constitucional de la reforma de 1994* (pp. 403-420). Depalma.

Abalos, M. G. (2003). El régimen municipal argentino, después de la reforma nacional de 1994. *Cuestiones Constitucionales*, (8), 3-45. http://dx.doi.org/10.22201/iij.24484881e.2003.8.5661

Amaya, P. (2015). *La evaluación de las políticas públicas y su incidencia en la articulación de la acción estatal para la transformación social: el programa conectar igualdad en Florencio Varela.* https://unlp.edu.ar/frontend/media/79/19879/730c5ccc1246879d4bd27eca369c456b.pdf

Amaya, P. (2016). *Evaluación de políticas y programas públicos: un aporte al fortalecimiento del Estado* (tesis doctoral). Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, España.

Arraiza, E. (comp.) (2016). *Manual de gestión municipal*. Konrad Adenauer Stiftung.

Atela, V. S., & Caputo, J. M. (2015). La justicia municipal de faltas en la provincia de Buenos Aires. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de la Plata*, *12*(45), 315-328.

Badía, G. (2003). Aproximándonos a la Región Metropolitana de Buenos Aires como sistema político. En G. Badía & E. Pereyra (eds.), *Aportes a la cuestión del gobierno en la Región Metropolitana de Buenos aires* (pp. 115-160). Ediciones al Margen-UNGS.

Bastons, J. L., Andrieu, M., Elíades, A., Montero, R. L., & Talanchuk, M. (2011). *El Municipio bonaerense*. Editorial Scotti.

Basualdo, E. (2006). *Estudios de historia económica argentina: Desde mediados del siglo XX a la actualidad*. Siglo XXI.

Bayer, O., Borón, A., & Gambina, J. (2010). Apuntes sobre su historia y sus consecuencias. En Instituto Espacio para la Memoria, *El terrorismo de Estado en la Argentina* (pp. 15-235). Instituto Espacio para la Memoria.

Belmonte, A., Braunbel, M., Camerano, A., Camuña, P., Caramuto, M., Carbajal, M., Carné, M., Chémez, D., Esteves, J., Ford, A., González, S., Harris, G., Iturburu, M., Kohanoff, R., Laub, C., Narvarte, M., Oyhanarte, M., Oszlak, O., Pulido, N., & Stalker, G. (2009). *Construyendo confianza: hacia un nuevo vínculo entre estado y sociedad civil* (Vol. 2). Fundación CIPPEC.

Berazategui 2050 (s.f.). *Inicio*. Berazategui 2050. https://quilmes.gov.ar/compromisos/index.php

Bernazza, C. (2005). Los municipios en la Argentina: mitos, realidades y desafíos institucionales pendientes. En Pereyra, J. C. (comp.), *En busca del Desarrollo Humano* (pp. 81-94). Editorial de la Universidad Nacional de la Plata.

(2004). El paradigma del desarrollo local: virtudes y contradicciones del modelo municipal de los noventa. *Rap Bs. As.,* (32), 5-13.

Bertranou, J. (2015). Capacidad estatal: revisión del concepto y algunos ejes de análisis y debate (dossier). *Revista Estado y Políticas Públicas,* (4), 37-59.

Bertranou, J., & Isuani, F. (2016). Elementos para la caracterización del patrón de producción de políticas públicas. En J. Bertranou, F. Isuani, & E. Pereyra (eds.), *¿Unidad en la diversidad?: Estudios sobre política pública en la provincia de Buenos Aires* (pp. 85-122). Universidad Nacional de General Sarmiento.

Cao, H., & García Delgado, D. (2015). Desarrollo regional, recursos naturales y organización federal. *Realidad Económica*, (292), 10-28.

Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento [CIPPEC] (2018). *Índice de Progreso Social en el Conurbano Bonaerense*. https://www.cippec.org/wp-content/uploads/2018/11/Doc-Final-1.pdf

Cravacuore, D. (2007). Los municipios argentinos (1990-2005). En D. Cravacuore, & R. Israel (comps.), *Procesos políticos municipales comparados en Argentina y Chile* (1990-2005) (pp. 25-49). Universidad Nacional de Quilmes y Universidad Autónoma de Chile.

Frías, P. J. (1980). *El federalismo argentino. Introducción al Derecho Público Provincial*. Depalma.

(2008). Unitarismo fiscal. En A. Hernández (dir.), *Aspectos fiscales y económicos del federalismo argentino* (pp. 25-36). Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba

García Delgado, D. (2003). Desarrollo local y reconstrucción del país. *Revista del Centro de Investigación y Acción Social*, *52*(525), 359-368.

Gargarella, R. (2010). *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*. Abeledo-Perrot.

Gelli, M. A. (2004). *Constitución de la Nación Argentina: comentada y concordada*. La Ley.

Iturburu, M. (2000). *Municipios argentinos. Fortalezas y debilidades de su diseño institucional*. https://ipdrs.org/images/en_papel/archivos/municipios.argentina.pdf

(1999). *Municipios argentinos: Potestades y Restricciones Constitucionales para un Nuevo Modelo de Gestión Local*. http://municipios.unq.edu.ar/modules/mislibros/archivos/municipios_argentinos.pdf

López Accoto, A., & Pereyra E. (2002). La heterogeneidad del gasto público en el Área Metropolitana de Buenos Aires. En A. F. Sabaté (comp.), *Economía y sociedad en la Región Metropolitana de Buenos Aires*. Ediciones Al Margen.

López, A., & Zeller, N. (2015). El empleo público en el Estado Nacional (1983-2012): Continuidades y rupturas con el paradigma neoliberal. *Revista Perspectivas de Políticas Públicas*, *4*(8), 27-47.

Matus, C. (1987). *Política, planificación y gobierno*. Altadir.

Muller, P. (2000). Elementos para una estrategia de investigación sobre políticas públicas. *INNOVAR Revista de ciencias administrativas y sociales*, (16), 49-54.

Oszlak, O. (1980). Políticas Públicas y Regímenes Políticos: Reflexiones a partir de algunas experiencias Latinoamericanas. *Cedes, 3*(2), 5-58.

Pagani, M. L. (2007). El gobierno local como promotor de políticas de participación ciudadana. Aprendizajes y dificultades en dos experiencias municipales. *Cuestiones de Sociología*, (4), 78-101.

Pereyra, E. (2016). La provincia de Buenos Aires rasgos estructurales e históricos. En J. Bertranou, F. Isuani, & E. Pereyra (eds.), *¿Unidad en la diversidad?: Estudios sobre política pública en la provincia de Buenos Aires* (pp. 21-84). Universidad Nacional de General Sarmiento.

Quilmes Gobierno (s.f.). *Compromisos con la comunidad*. Quilmes Gobierno. https://quilmes.gov.ar/compromisos/index.php

Rosatti, H. D. (2006). *Tratado de Derecho Municipal* (Tomo I). Rubinzal-Culzoni Editores.

(2017). *Tratado de Derecho Constitucional*. Rubinzal Culzoni Editores.

Spota, A. A. (2001). *Ensayo sobre el artículo 123 de la Constitución Nacional y la autonomía de los municipios*. La Ley.

Subirats, J. (1992). *Análisis de políticas públicas y eficacia de la administración*. Ministerio para las Administraciones Públicas.

(2018). *Ciudad, Cultura y Política* [inédito]. Programa de investigación Gobierno, Políticas Públicas y Transformación Social - UNAJ "Gobernar para el ejercicio de derechos: Desafíos y estrategias 2020"

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Constitución Nacional [Const. Nac.], 23 de agosto de 1994, B.O. (Arg.).

Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN], 21 de marzo de 1989, Rivademar, Ángela Digna Balbina Martinez Galván de c. Municipalidad de Rosario, Fallos 312-326 (Arg.).

Decreto Ley 8751/1977, Código de Faltas Municipal, Bs. As., 11 de abril de 1977, B.O. (Arg.).

Decreto Ley 6769/1958, Ley Orgánica de Municipalidades, Bs. As., 30 de abril de 1958, B.O. (Arg.).

Ley 10269, Ley que modifica el Decreto Ley 8751/1977, Código de Faltas Municipal, Bs. As., 17 de enero de 1985, B.O. (Arg.).

Ley 11723, Ley Integral del Medio Ambiente y los Recursos Naturales, Bs. As., 22 de diciembre de 1995, B.O. (Arg.).

Ley 11757, Estatuto para el personal de las municipalidades, Bs. As., 2 de febrero de 1996, B.O. (Arg.).

Ley 14656, Estatuto para el personal de municipalidades, Bs. As., 6 de enero de 2015, B.O. (Arg.).

Ley 26994, Código Civil y Comercial de la Nación, 8 de octubre del 2014, B.O. (Arg.).

Hugo Sologuren Calmet

Arbitro - Abogado

Adjudicador-JRD

10.18800/themis.202102.002

ANÁLISIS DE LAS CONDICIONES DE COMPETENCIA EN EL MERCADO DE PRODUCCIÓN DEL OXIGENO MEDICINAL PERUANO EN EL CONTEXTO DE LA EMERGENCIA SANITARIA Y POLÍTICAS PÚBLICAS PENDIENTES

ANALYSIS OF THE CONDITIONS OF COMPETITION IN THE PERUVIAN MEDICAL OXYGEN PRODUCTION MARKET IN THE CONTEXT OF THE HEALTH EMERGENCY AND PENDING PUBLIC POLICIES

Rocío Huamán Pérez*
Lima Airport Partners S.R.L.
Oscar Antayhua López**
Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

The Political Constitution of Peru in its article 61 regulates the duty of the State to facilitate and monitor free competition, combating those practices that limit it and the abusive exercise of monopolistic or dominant positions. However, not all markets present conditions of perfect competition, as in the case of the medical oxygen production market in Peru, which is characterized by being oligopolistic, specifically a duopoly. This situation leads us to reflect on the role of State in economic matters.

In this article, the authors analyze the characteristics of the oxygen market in Peru, with special emphasis on oxygen production, existing suppliers and barriers to market entry. Likewise, the relevance and necessity of the policies arranged by the State in order to face the health crisis and allow a distribution of medicinal oxygen that can satisfy the population's demand is evaluated.

Keywords: Public policies; antitrust law; oxygen market; control of anticompetitive conduct; business mergers.

La Constitución Política del Perú en su artículo 61 regula el deber del Estado de facilitar y vigilar la libre competencia, combatiendo aquellas prácticas que la limiten y el ejercicio abusivo de posiciones monopólicas o dominantes. Sin embargo, no en todos los mercados se presentan condiciones de competencia perfecta, como en el caso del mercado de producción de oxígeno medicinal en el Perú, que se caracteriza por ser oligopólico, en específico un duopolio. Esta situación lleva a reflexionar sobre el rol del Estado en materia económica.

En el presente artículo, los autores analizan las características del mercado del oxígeno en Perú, con especial énfasis en la producción del oxígeno, los proveedores existentes y las barreras de entrada al mercado. Asimismo, se evalúa la pertinencia y necesidad de las políticas dispuestas por el Estado a fin de afrontar la crisis sanitaria y permitir una distribución del oxígeno medicinal que pueda satisfacer la demanda de la población.

Palabras clave: Políticas públicas; libre competencia; mercado de oxígeno; control de conductas anticompetitivas; concentraciones empresariales.

* Abogada. Magíster en Regulación y Gestión de Servicios Públicos por la Universidad del Pacífico. Abogada Senior de la Gerencia de Regulación y Asuntos de Lima Airport Partners S.R.L. (Lima, Perú). Contacto: rociohuaman@gmail.com

** Abogado. Magíster en Regulación y Gestión de Servicios Públicos por la Universidad del Pacífico. Experto Legal para la Oficina de Gestión de Inversiones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (Lima, Perú). Contacto: oantayhua@gmail.com

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 5 de agosto de 2021, y aceptado por el mismo el 16 de marzo de 2022.

I. INTRODUCCIÓN

En el contexto de pandemia, como consecuencia de la propagación del COVID-19, el oxígeno medicinal se ha configurado como medicamento esencial para el tratamiento de los pacientes que presentan dificultades respiratorias. Por su importancia, los centros de salud pertenecientes al sistema de salud peruano lo adquieren en estado líquido criogénico o en estado gaseoso, envasado en balones a las empresas que se dedican a fabricar, importar o envasar dicho producto. En efecto, para la Organización Mundial de la Salud (en adelante, OMS) el oxígeno medicinal es un medicamento esencial para el tratamiento del COVID-19, por lo que recomienda que los países aumenten su inversión en estas infraestructuras (Alcalá, 2021).

Considerando la necesidad del oxígeno medicinal en el marco de la pandemia (incluyendo la tercera ola que ha impactado en Perú), se puede concluir que este bien corresponde a un mercado con una demanda inelástica, esto es, se ha mostrado poco o nada sensible ante el aumento en su precio y los consumidores se han visto obligados a pagar fuertes sumas de dinero por él. Tal como señala la Defensoría del Pueblo, a nivel de la comercialización, los balones de oxígeno tienen en promedio los siguientes costos: S/ 3.500 el balón con oxígeno de $5m^3$ y S/ 6.000 el de $10m^3$ (2020, p. 5).

De acuerdo con los expertos en salud pública, "el estado de servicio de salud y la escasez de oxígeno potenciaron el efecto sobre la tasa de mortalidad por COVID-19" (Blas Arias & Medina Condor, 2021, p. 35). Asimismo, la Defensoría del Pueblo concluyó que, al año 2020, el Perú atravesaba una crisis en la cadena de suministro del oxígeno medicinal por la carencia de este medicamento y de otros suministros requeridos por los hospitales a nivel nacional (2020). Tal escenario se ve agravado por el hecho que, como detallaremos en el presente artículo, se trata de un duopolio, de tal manera que los consumidores (incluyendo al propio Estado, en su calidad de comprador del oxígeno) se encuentran en una posición de clara desventaja en el contexto de la pandemia.

Frente a este panorama, cabe plantearnos si el Estado puede adoptar políticas públicas para optimizar las condiciones de este mercado, considerando que nos encontramos en la coyuntura de un estado de emergencia. Al respecto, Mankiw, al detallarnos los 'Diez Principios de la Economía', nos indica que "los gobiernos pueden mejorar a veces los resultados del mercado" (2012, p. 362). Posteriormente, manifiesta que "este principio aplica directamente a los mercados oligopólicos" (2012, p. 362), los cuales incluyen a los duopolios.

Para efectos de responder la interrogante antes planteada, analizaremos a detalle las características del mercado de oxígeno medicinal en el Perú a la luz de los conceptos del Derecho de Libre Competencia y las políticas que han sido ya adoptadas por el Estado. Dada la complejidad del mercado del oxígeno, nos enfocaremos principalmente en la producción del oxígeno y el abastecimiento al Estado peruano.

A efectos de determinar las políticas públicas que se pueden adoptar u optimizar, se expondrá una visión general de los problemas en la producción del oxígeno medicinal para cubrir la demanda del país, que se incrementa especialmente cuando hemos afrontado nuevas olas o picos de la epidemia. Para ello, se examinarán con profundidad los factores endógenos y exógenos que han impedido que se logre una suficiente cobertura de este bien, con facilidad de acceso a los hospitales, clínicas y población en general y con precios razonables.

De acuerdo con nuestro enfoque, un factor importante se ha debido a las concentraciones empresariales ocurridas a nivel internacional, motivo por el cual también analizaremos la reciente normativa relacionada al control de fusiones en el Perú para determinar si esta podría tener alguna incidencia en el mercado del oxígeno; si cabe realizar algún control *ex ante* en dicho mercado; o si es que, más bien, la solución o mejoras a implementar radican en el levantamiento de las barreras burocráticas, entre otras medidas.

II. CUESTIÓN PRELIMINAR: CONDICIONES PARA LA COMPETENCIA PERFECTA, FALLAS DE MERCADO Y CONCENTRACIONES EMPRESARIALES

En un mercado que funciona bajo los principios de la libre competencia, como es el caso del Perú, de acuerdo con el artículo 61 de nuestra Constitución Política (1993), las condiciones de venta como el precio, la cantidad, la calidad, los servicios pre y postventa, entre otras, se determinan como resultado del encuentro entre: (i) la demanda de los bienes o los servicios ofertados en un mercado determinado; y (ii) la oferta de los proveedores de dichos bienes o servicios. Ahora bien, los mercados responden a diferentes estructuras, de las cuales la más idónea es la denominada competencia perfecta.

Así, en competencia perfecta, las empresas actúan como 'tomadoras de precios', pues dada la variada competencia existente, las empresas se preocupan por ofrecer mejores condiciones para que su oferta sea suficientemente atractiva para los

compradores o consumidores. Caso contrario, éstos optarían por adquirir los bienes o servicios de otros competidores.

El modelo de competencia perfecta necesita de las condiciones esenciales detalladas en la Tabla 1 para poder operar.

Tabla 1: Condiciones para la competencia perfecta

Productos homogéneos	Todos los bienes ofertados deben tener características idénticas o muy similares.
Gran número de vendedores y compradores	Las compras y ventas se producen entre una vasta cantidad de proveedores y clientes, con lo cual las cantidades involucradas en cada transacción son muy pequeñas como para impactar en las condiciones del mercado.
Información perfecta	Todos los participantes en el mercado deben tener información completa y simétrica sobre las características y calidad de los productos.
Ausencia de barreras importantes de acceso al mercado	La posibilidad de entrada y salida de empresas en el mercado debe ser libre, es decir, no deben existir mayores obstáculos o costos que inhiban la decisión de cualquier empresa o inversionista de entrar en una determinada actividad económica e irse del mercado de forma casi inmediata, si lo consideran convenientes a sus intereses.

Fuente: Elaboración propia a partir del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, Indecopi) (2013, pp. 14 y 15)

Si bien esta explicación resulta satisfactoria desde el punto de vista teórico, en el plano fáctico se puede observar que los mercados no funcionan en absoluta competencia (competencia perfecta), debido a que las condiciones reseñadas con anterioridad no se presentan por completo y de forma concurrente. Esto, a su vez, se explica en la existencia de las denominadas fallas de mercado.

Como explica Barrantes (2018, p. 19), las fallas ocurren cuando alguno de los supuestos mencionados, acorde con el modelo de competencia perfecta, no rigen su comportamiento; por lo que el mercado, dejado a su suerte, arrojará un resultado que genera pérdida de eficiencia social (conocida como PES en economía). Para mayor precisión, dicha autora explica que las fallas de mercado se dan en las siguientes circunstancias:

a) Cuando algunos agentes cuentan con la capacidad de influir en el precio o en la cantidad de equilibrio. Esto acaece en el caso de que algún productor provea una proporción suficientemente grande de la producción total del mercado, o que algún comprador decida sobre una cantidad significativa de la demanda, por lo que sus decisiones influyen en la determinación del precio de mercado. Esta falla de mercado suele expresarse como poder de mercado.

b) Cuando el producto sea heterogéneo.

c) Por la presencia de barreras de entrada y salida del mercado. Esto significa que hay costos, diferentes al costo de producción, que dificultan la entrada de una nueva empresa a la industria o la salida de una empresa si ya no puede obtener beneficios. Un ejemplo de costos que afectan el costo de entrada pueden ser las patentes en el mercado farmacéutico; o los costos de publicidad para un nuevo proveedor. Un ejemplo de costo de cambio de proveedor para un consumidor es cuando tiene la obligación de cambiar de número telefónico cuando cambia de empresa operadora de telecomunicaciones.

d) Cuando la información es imperfecta, incompleta y asimétrica. Esto se presenta en el caso de que los agentes económicos no cuentan con la misma información, o no la comparten, la cual resulta relevante para tomar decisiones de producción, compra y venta (Barrantes Cáceres, 2018, p. 25).

Cuando se presentan estas fallas en el mercado, este no puede funcionar en competencia perfecta. Así, en total contraposición a la competencia perfecta, existe la estructura de mercado definida como monopolio, donde solo existe un proveedor. Por su parte, modelos intermedios a la competencia perfecta y al monopolio son los oligopolios (en donde hay pocos competidores relevantes, de tal manera que cada uno de ellos pueden influir en el precio) y los monopsonios (modelo con único comprador).

A la luz de lo antes expuesto, al analizar las características del mercado de oxígeno medicinal identificaremos las fallas existentes, teniendo en cuenta que las más notables son: (i) el poder de mercado que ejercen los productores del oxígeno medicinal; y (ii) los costos de entrada al mercado, incluyendo la presencia de barreras burocráticas.

En lo que toca al poder de mercado, existe una relación funcional entre este, las cuotas de mercado, la elasticidad de la demanda y la elasticidad de la oferta (Landés & Posner, 2003, p. 137). Por tal motivo, para el caso del mercado de producción de oxígeno procederemos a analizar cada uno de estos factores; es decir, la concentración del mercado y sus respectivas elasticidades, esto con la finalidad de identificar qué políticas públicas se han implementado para cada caso, con miras a que

el mercado se pueda aproximar a condiciones de competencia para beneficio de los consumidores.

En el mismo sentido, se procederá a exponer las acciones conducentes a incrementar la provisión de oxígeno medicinal en la red de centros de salud.

III. EL PODER DE MERCADO DE LOS PRODUCTORES DEL OXÍGENO MEDICINAL

A. La naturaleza oligopólica del mercado de producción de oxígeno medicinal en el Perú: problemática identificada

En aquellos mercados donde los vendedores o los ofertantes son pocos, se pueden presentar ciertos problemas propios de la presencia de oligopolios, producto de la constante confrontación entre la cooperación y el interés propio. Bajo este escenario, las empresas oligopólicas se benefician si cooperan y actúan produciendo una pequeña cantidad de productos y estableciendo un precio por encima del costo marginal. No obstante, "como cada empresa oligopólica se preocupa sólo por su propio beneficio, existen fuertes incentivos en acción que dificultan que el conjunto de empresas mantenga el resultado obtenido en cooperación" (Mankiw, 2012, p. 350).

La Defensoría del Pueblo advirtió que el mercado de oxígeno en el Perú se encuentra altamente concentrado, pues solo son dos compañías que se reparten la mayoría de la producción de oxígeno de alta pureza (con lo cual se trata de un duopolio), estas son el Grupo Praxair Perú (que tiene entre el 82% y el 85% de producción) y el Grupo Air Products Perú (que tiene entre el 15% y 18%) (2020, p. 10). Asimismo, tal como revela la información recopilada por la Defensoría del Pueblo, estas "son las empresas matrices de los mayores abastecedores de oxígeno medicinal al Estado, según información del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado" (2020, p. 10).

Hay que tomar en cuenta que, en el 2019, la empresa alemana Linde culminó su fusión con Praxair INC de Estados Unidos, luego que en el año 2018 la Comisión Federal de Comercio de Estados Unidos le otorgó el permiso. Para tal efecto, la Comisión Federal requirió la venta de activos en nueve mercados de gas industrial para atender adecuadamente los problemas de competencia, además de la venta de Linde de la mayor parte de su negocio de gas en Norteamérica y parte de Sudamérica por US$ 3.300 millones a un consorcio formado por Messer y otra empresa. Como consecuencia de esta operación, en la actualidad dicho grupo integra la lista Forbes como una de las mayores compañías del mundo (Zapata *et al.*, 2020).

Siendo así, en el Perú, el Grupo Praxair Perú está integrado por Praxair Perú S.R.L., Linde Perú S.R.L. y Tecnogas S.A.; y de otro lado el Grupo Air Products Perú está integrado por Air Products Perú S.A. (antes Messer Gases del Perú) e Indura Perú S.A.

Tenemos entonces que, a consecuencia de operaciones de concentración empresarial que han ocurrido fuera de Perú, el mercado peruano del oxígeno se caracteriza por ser uno oligopólico y, más específicamente, un duopolio (esto es, el tipo más simple de oligopolio).

En cuanto a los porcentajes de repartición del mercado, el Grupo Praxair Perú tiene entre el 82% al 85% de producción, mientras que el Grupo Air Products Perú tiene entre el 15% y 18%. En la Tabla 2 se muestran las principales empresas que proveen de oxígeno medicinal al sector salud.

Tabla 2: Principales grupos de oxígeno en el Perú

Grupo internacional	País del grupo	Empresa peruana	Contratos (millones de soles)	Periodo del contrato	Sector contratante del estado
Grupo Linde	Alemania	Praxair Perú S.R.L.	180	2008-2020	MINSA, EsSalud y gobiernos regionales
Grupo Linde	Alemania	Linde Gas Perú S.A.	67	2008-2020	MINSA, EsSalud y gobiernos regionales
Grupo Linde	Alemania	Tecnogas S.A.	35	2008-2020	MINSA y EsSalud
Air Products	EE.UU.	Air Products Perú S.A, (Ex Messer Gases del Perú)	57	2008-2020	MINSA, EsSalud y gobiernos regionales
Air Products	EE.UU.	Indura Perú S.A.	30	2008-2020	MINSA y EsSalud
Oxyman	Perú	Oxyman Comercial S.A.C.	13	2008-2020	MINSA, EsSalud y gobiernos regionales

Fuente: Zapata *et al*. (2020).

Teniendo en consideración este panorama en el mercado de oxígeno medicinal en el Perú corresponde recordar que *prima facie* la concentración empresarial no es un fenómeno negativo. El problema surge cuando la estrategia de estas organizaciones no es la mera reducción de costos de financiamiento y de transacción y expandir sus líneas de negocios, sino instrumentalizar el mercado para adquirir una posición dominante al punto de convertirse en un apoderamiento hostil. Al respecto, Tania Zúñiga destaca la siguiente idea:

> La concentración en sí misma no es un problema para el desarrollo del proceso competitivo. Afirmar a priori que toda concentración afecta negativamente el desarrollo de la libre competencia en los mercados sería negar libertades fundamentales, como la libertad de empresa y el libre acceso a los mercados, por un lado, y por otro, desconocer las garantías que prevalecen en un Estado de Derecho, precisamente a través de la intervención del Estado en la economía, delimitada por la Constitución y la ley.
>
> Sin embargo, las concentraciones conducen a la creación o fortalecimiento de la posición de dominio en el mercado transformando la estructura del mercado, y pueden limitar, restringir o impedir la competencia efectiva en los mercados, es decir, algunas concentraciones pueden plantear un problema para la libre competencia en los mercados y es por ello que se justifica la intervención del Estado a través del procedimiento de evaluación previa de concentraciones (Alfageme Rodríguez *et al.*, 2021, p. 294).

A fin de poder ahondar en las principales implicancias de las concentraciones empresariales, cabe mencionar que los tipos de concentraciones se pueden diferenciar, desde el punto vista de la operación que diseñen las empresas, según lo que detallamos en la Figura 1:

Figura 1: Tipos de concentraciones empresariales

Horizontales (*horizontal mergers*)	**Verticales (*vertical mergers*)**	**De conglomerado (*conglomerate mergers*)**
Concentración de varias unidades empresariales que desarrollan o pueden desarrollar una actividad similar en un mercado de producto. Básicamente la horizontalidad de la concentración está definida por el producto a comercializar y en el mercado de dicho producto se incluyen también aquellos que tienen algún matiz que permite la razonable sustitución.	Procura la integración de la empresa con otras que se encuentren en etapas diversas de dicha cadena productiva. Es decir, procura la concentración entre los agentes hasta el abarcamiento de puntos productivos claves, sobre todo en determinadas materias primas cuyos costos de adquisición pueden alterar notablemente la ecuación económica del productor.	Abarca toda integración que no tenga carácter netamente vertical u horizontal; la concentración debe ser de núcleos económicos que abarquen actividades distintas y que no tengan relación económica que afecte (positiva o negativamente) la actividad.

Fuente: Elaboración propia a partir de Molina (2011, p. 336 y ss.).

En el caso de las concentraciones verticales, los referidos autores nos comentan que la empresa concentrada puede contar con los insumos necesarios a un precio más accesible porque ella misma los produce. Esto tiene como resultado que se excluya a las demás empresas, quienes deberán obtener los insumos a un precio más elevado.

En cuanto a las concentraciones horizontales, un efecto negativo que puede originar es:

> Que la empresa resultante de la concentración obtenga una posición dominante que conlleve a abusos de posición de dominio; por ejemplo, la reducción de su producción y el aumento del precio por encima de los competitivos y, por otro lado, la posibilidad de que, en el mercado, se cree una estructura oligopólica (Vigo Chafloque, 2019, pp. 6-7).

La situación previamente descrita podría llevar la coordinación de comportamientos (mediante colusiones expresas o tácitas) o la minimización de los efectos de diferenciación de productos entre competidores. Por estos motivos, Caviedes refiere que "este tipo de concentración demanda un mayor cuidado, ya que tiene la potencialidad de ocasionar mayor peligro anticompetitivo" (2012, p. 9).

Entonces, si bien los monopolios no pueden prohibirse, como sucedía en la Constitución de 1979, es deber del Estado, a través de la autoridad de competencia, analizar los efectos anticompetitivos de las concentraciones empresariales para poder adoptar las respectivas soluciones regulatorias y especialmente prestar mucha atención a la prevención de colusiones entre empresas, incluyendo posibles concertaciones de precios.

Lo antes indicado es especialmente relevante en el mercado de oxígeno medicinal peruano puesto que, como procederemos a detallar a continuación, ya se han dado casos de concertación de precios entre competidores.

B. Antecedente de concertación de precios en las licitaciones públicas para abastecer el sistema nacional de salud. Criterios de evaluación del Indecopi

En el 2008, el Indecopi dio inicio a un proceso administrativo sancionador contra Praxair Perú, AGA (en la actualidad ambas forman parte del Grupo Praxair) y Messer Gases del Perú S.A. (adquirida por Air Products Perú el 2018) imputándoles la realización de prácticas restrictivas de la competencia en la modalidad de reparto de mercado, en los procesos de selección convocados por el Seguro Social de Salud (en adelante, EsSalud). Al respecto, Indecopi llegó a verificar la concertación de precios mediante Resolución 051-2010/CLC-INDECOPI del 13 de agosto de 2010, confirmada por la Resolución 1167-2013/SDCINDECOPI, en donde se resuelve que:

> Las empresas Messer Gases del Perú S.A, Linde Gas Perú S.A. y Praxair Perú S.C.R.L. incurrieron en prácticas restrictivas de la competencia, en la modalidad de reparto de mercado, en los procesos de selección convocados por EsSalud, para la adquisición de oxígeno medicinal líquido y gaseoso, de nivel nacional, durante el periodo enero de 1999 y junio de 2004 (Resolución 1167-2013/SDC-INDECOPI, 2013, sumilla).

Así, se impuso una sanción para las tres empresas proveedoras ascendente a S/ 24.160.840.00. Agotada la vía administrativa, los denunciados iniciaron en contra del Indecopi el:

> Proceso Judicial 07766-2013-0-1801-JR-CA-25, en materia de Nulidad de la Resolución 1167-2013/SDC-INDECOPI, que confirmó la Resolución 051-2010/CL-INDECOPI […]. El 9 de noviembre de 2015, el Vigésimo Quinto Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo de Lima emitió sentencia declarando infundada la demanda, señalando fundamentalmente que, las empresas antes señaladas, presentaron un patrón de comportamiento, identificado a lo largo de los procesos de selección, que demostraría la existencia de una determinación inicial. Siendo el patrón de comportamiento los siguientes hechos:
>
> – Obtener la Buena Pro en las mismas zonas desde la Licitación Pública 018-IPSS-98 de 1999, hasta las Adjudicaciones de 2003-2004;
>
> – Ofertar precios por encima del máximo permitido (110% del valor referencial), o no participar en los procesos de selección en zonas distintas a las que tradicionalmente abastecían; y,
>
> – Ofertar precios elevados desde la Licitación Pública 018-IPSS-98, de 1999, hasta las Adjudicaciones de 2001-2002, y precios bajos en la Licitación Pública 0199L00052, de 2002-2003, y en las Adjudicaciones de 2003-2004, conservando cada empresa investigada la zona que tradicionalmente había venido abasteciendo desde la LP 018IPSS-98, de 1999 (Comisión especial de seguimiento a emergencias y gestión de riesgo de desastres del Congreso de la República, 2020, p. 15).

La sentencia fue apelada, y mediante sentencia de vista del 4 de enero de 2017, la Quinta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de Lima confirmó la misma, al concluir que existió concentración en el poder de la oferta (Comisión especial de seguimiento a emergencias y gestión de riesgo de desastres del Congreso de la República, 2020, p. 16).

Culminando el proceso, a través de la Casación 7634-2017-Lima (2019), se emitió Ejecutoria, publicada el 16 de junio de 2020, la cual declaró infundados los recursos de casación. Los magistrados declararon que se evidencia la existencia de colusión en los procesos de licitación de compra de oxígeno medicinal, al advertirse la existencia de concentración de las empresas demandantes con el propósito de realizar prácticas que afectan la competencia en el mercado. No obstante, no se ha cumplido con el pago de la multa por parte de las empresas denunciadas[1].

Desde aquel entonces, si bien no se ha iniciado un nuevo procedimiento administrativo sancionador contra las empresas que forman parte del oligopolio del mercado de oxígeno medicinal, la concentración actual del mercado es mayor a la que existió en los años que se sancionó a las referidas empresas por la repartición del citado mercado nacional en las licitaciones de EsSalud. Ante esta

[1] Es pertinente indicar que:

> Conforme a lo expuesto por el Director General de Operaciones en Salud (DGOS), Bernardo Ostos, en su participación en la Novena Sesión Extraordinaria de la Comisión especial de seguimiento a emergencias y gestión de riesgo de desastres del Congreso de la República, de fecha 17 de julio de 2020, informando que empresas como Praxair Perú S.R.L, LINDE GAS PERU S.A. y AIR PRODUCTS PERU S.A., continúan siendo proveedores en aproximadamente 17 regiones y total de 121 establecimientos de salud, a nivel nacional, demostrando que el oligopolio advertido desde el año 1999, aún sigue latente en nuestro país. (Comisión especial de seguimiento a emergencias y gestión de riesgo de desastres del Congreso de la República, 2020, p. 16).

situación, corresponde analizar las políticas públicas que pueden ser aplicables para prevenir el abuso de posición de dominio.

C. Políticas públicas que pueden implementarse en cuanto al control de concentraciones: aplicabilidad al caso del oxígeno medicinal peruano

En tanto que las concentraciones pueden dar origen a las fallas de mercado que hemos desarrollado, en la legislación comparada existen dos mecanismos para cautelar la libre competencia. El primero es el control de fusiones y el segundo es el control de conductas.

1. Control de fusiones (control *ex ante*)

El primer mecanismo, el control de estructuras o de fusiones, es un instrumento de intervención *ex ante* que tiene como objeto evitar que se generen estructuras de mercados proclives a comportamientos anticompetitivos. Con este control de estructuras, se busca prevenir futuras restricciones a la competencia (Bullard Gonzáles *et al*., 2012, p. 87), promoviéndose así la competencia efectiva y la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores.

Para ello, se dictan normas que establecen un procedimiento que debe ser tutelado por la autoridad estatal para aprobar las operaciones de concentración de empresas, ya sea antes o después que se lleven a cabo los actos requeridos para la ejecución de tales operaciones. Por ende, a partir de este procedimiento, la autoridad analizaría los alcances de la operación de concentración, definiendo, de forma anticipada, cuáles pueden ser sus efectos sobre la competencia en el mercado respectivo y, en correspondencia con lo anterior, concluir si corresponde o no aprobar la operación. Este sistema no contrarresta las operaciones de concentración, solo de forma excepcional los casos más serios.

En el Perú, este control previo de operaciones de concentración empresarial se encuentra previsto en la Ley 31112 (2021). Este texto legal ha sido reglamentado mediante el Decreto Supremo 039-2021-PCM, siendo que la normativa reglamentaria y sus normas complementarias han entrado en vigor el 14 de junio del 2021[2]. En orden de lo anterior, el Perú entra al grupo de países que cuenta con este mecanismo de control *ex ante* para custodiar la libre competencia en los mercados de todas las actividades económicas. En este sentido, la citada ley apunta en su artículo 2 que en su ámbito de aplicación se encuentran:

> 1. Los actos de concentración empresarial, conforme a los umbrales previstos en la presente ley, que produzcan efectos en todo o en parte del territorio nacional, incluyendo actos de concentración que se realicen en el extranjero y vinculen directa o indirectamente a agentes económicos que desarrollan actividades económicas en el país (2021).

Ahora bien, para que, conforme a lo señalado por la Ley 31112, una operación de concentración empresarial esté sujeta al procedimiento de control previo se debe cumplir lo siguiente, basándose en las unidades impositivas tributarias (en adelante, UIT):

> a) La suma total del valor de las ventas o ingresos brutos anuales o valor de activos en el país de las empresas involucradas en la operación de concentración empresarial haya alcanzado durante el ejercicio fiscal anterior a aquel en que se notifique la operación, un valor igual o superior a 118 000 Unidades Impositivas Tributarias (UIT).
>
> b) El valor de las ventas o ingresos brutos anuales o valor de activos en el país de al menos dos de las empresas involucradas en la operación de concentración empresarial hayan alcanzado, durante el ejercicio fiscal anterior a aquel en que se notifique la operación, un valor igual o superior a 18 000 unidades impositivas tributarias (UIT) cada una (2021, art. 6.1).

La aprobación de esta normativa representa un hito importante para el país; sin embargo, como es evidente, no tiene aplicación retroactiva, lo cual está recogido en su segunda disposición complementaria. Esta disposición establece que no son objeto de notificación aquellas operaciones de concentración que antes de la fecha de entrada en vigor de la citada ley hayan concluido con los actos

[2] La duodécima disposición complementaria final de la Ley 31112 (2021) dispuso que dicha norma entraría en vigencia a los quince (15) días calendario contados a partir de la adecuación de las normas que rigen la organización, estructura orgánica y funciones del Indecopi, a lo establecido en dicha norma. En ese contexto, el 27 y 30 de mayo de 2021, se publicaron el Decreto Supremo 104-2021-PCM y la Resolución 000060-2021-PRE/INDECOPI, respectivamente, mediante las cuales se aprobaron la secciones primera y segunda del Reglamento de Organización y Funciones (ROF) del Indecopi, las cuales tienen por finalidad adecuar la organización, estructura orgánica y funciones del Indecopi a lo establecido en la Ley 31112 (2019).

de cierre necesarios para hacer efectiva la transferencia o cambio de control[3].

Siendo así, la ley citada es inocua para efectos de las fusiones consumadas a la fecha, las cuales originaron el oligopolio que rige el mercado de producción del oxígeno medicinal. Ante esta conclusión, procedemos a examinar el control de conductas ex post ante eventuales casos de abuso de posición de dominio, como es el caso de las concertaciones que ya se han presentado anteriormente en el mercado de oxígeno medicinal.

2. Control de conductas (control *ex post*)

Este segundo mecanismo implica la aprobación de normas que prohíban determinados comportamientos de aquellos agentes económicos que, de forma inválida, restrinjan la competencia en perjuicio del consumidor, del proceso competitivo y, en términos más generales, del mercado en sí mismo.

Como regla general, el control de conductas opera luego que la conducta prohibida se haya realizado en el mercado; es decir, funciona como una evaluación *ex post* del comportamiento de las empresas, identificando si las prácticas corporativas se han realizado conforme al marco legal o si han incurrido en una actuación prohibida. Por lo tanto, las normas de control de conductas buscan inhibir y, de ser necesario, sancionar las prácticas restrictivas de la competencia realizadas por las empresas o los agentes económicos.

Considerando que el control *ex ante,* previsto en la Ley 31112 (2021) no tiene aplicación retroactiva, por lo que no es aplicable para supervisar las operaciones de concentración ocurridas antes de su vigencia (como las que tuvieron lugar en el mercado del oxígeno medicinal), resulta indispensable que el Indecopi fortalezca sus facultades de supervisión y fiscalización ante posibles hechos de concertación o colusión.

Teniendo en cuenta que el Indecopi tiene las facultades a través de su Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia de iniciar de oficio investigaciones sobre probables indicios de realización de conductas anticompetitivas, debería contrastar información reciente para verificar que similares conductas no se estén repitiendo en estos años, más aún cuando en el actual contexto de pandemia el oxígeno medicinal deviene en un medicamento esencial para la supervivencia de la población. En ese mismo sentido, se deben hacer los esfuerzos necesarios para supervisar ese mercado y descartar posibles conductas de abuso de posición de dominio, máxime si se tiene en cuenta que antes que tenga lugar la concentración que dio origen al actual duopolio se dio una concertación de precios que fue sancionada.

Habiendo hasta aquí analizado al duopolio y el poder de mercado que este genera, como la principal falla del mercado que se manifiesta en el mercado de producción del oxígeno medicinal peruano, a continuación, procederemos a identificar qué otras fallas se presentan en este, qué políticas públicas se han adoptado para eliminarlas, corregirlas o minimizar sus efectos perniciosos.

IV. BARRERAS DE ENTRADA EN EL MERCADO DE OXÍGENO MEDICINAL PERUANO: AVANCES Y RETOS PENDIENTES

A. Demoras administrativas en la aprobación de registros sanitarios

Se han identificado demoras por parte de la Dirección General de Medicamentos, Insumos y Drogas (en adelante, Digemid) en la aprobación del registro sanitario, incluyendo la correspondiente a los concentradores de oxígeno. Al respecto, trabajos de investigación consultados han determinado que existe una barrera burocrática (Blas Arias & Medina Condor, 2021, pp. 82, 96-97), que a su vez representa también una barrera de entrada al mercado.

Frente a ello, se debe implementar un mayor control sobre el cumplimiento de los plazos administrativos específicamente en cuanto a la importación de balones y concentradores.

B. Sobre el porcentaje de pureza del oxígeno requerido al inicio del Estado de Emergencia Sanitaria por COVID-19

El 27 de enero de 2010, mediante Resolución Ministerial 062-2010-MINSA, el Ministerio de Salud (en adelante, MINSA) determinó que los establecimientos del sector salud a nivel nacional obtengan el oxígeno medicinal únicamente con una concen-

[3] Segunda disposición complementaria transitoria:

Operaciones de concentración concluidas antes de la vigencia de la ley

No son objeto de notificación aquellas operaciones de concentración que antes de la fecha de entrada en vigencia de la presente ley, hayan concluido con los actos de cierre necesarios para hacer efectiva la transferencia o cambio de control a que hace referencia el numeral 5.1 del artículo 5 de la presente ley (Ley 31112, 2021).

tración del 99% al 100%, salvo supuestos excepcionales debidamente sustentados y por un plazo determinado (2010). Tal restricción se mantuvo a través de la Resolución Ministerial 599-2012-MINSA, publicada el 21 de julio de 2012, que aprobó el Petitorio Nacional Único de Medicamentos Esenciales (en adelante, PNUME).

En el año 2012, la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas (en adelante, CEB) del Indecopi, mediante Resolución 0334-2012/CEB-INDECOPI, declaró barrera burocrática carente de razonabilidad a dicha exigencia establecida en el PNUME (es decir, que el oxígeno medicinal a utilizarse en el país tenga una concentración de 99% a 100%).

La CEB del Indecopi señaló que la condición impuesta relacionada a la concentración de pureza del oxígeno medicinal constituía:

> una barrera burocrática carente de razonabilidad debido a que el Ministerio de Salud no había presentado información suficiente que demuestre haber evaluado los costos y beneficios que le generaría la exigencia cuestionada en el caso concreto, lo cual resultaba necesario para determinar la proporcionalidad de esta medida (Resolución 0334-2012/CEB-INDECOPI, 2012, sumilla).

A pesar de ello, el 30 de diciembre de 2018, mediante Resolución Ministerial 1361-2018-MINSA, se aprobó el PNUME en el cual nuevamente se estipuló que la concentración de pureza del oxígeno medicinal será de 99% a 100 %. Esto constituía una barrera de entrada al mercado pues solo determinadas tecnologías, con costos elevados, lograban tal grado de pureza en el oxígeno medicinal.

La presencia de esta barrera de entrada al mercado impactó negativamente el acceso al oxígeno medicinal al inicio de la pandemia del COVID-19 puesto que dicho insumo solo se podía adquirir de las empresas que habían adquirido la tecnología (de mayor costo) para obtener el grado de pureza requerido por la normativa vigente a esa fecha, salvo los supuestos excepcionales para los casos particulares según fue previsto inicialmente en la Resolución Ministerial 062-2010-MINSA.

El 4 de junio de 2020 se emitió el Decreto de Urgencia 066-2020, que autorizó de manera excepcional el uso del oxígeno medicinal con una concentración no menor al 93%. Por su parte, el 21 de enero de 2021, mediante Ley 31113 se autorizó el uso de oxígeno medicinal en todas las instituciones prestadoras de servicios de salud (en adelante, Ipress) del sector público, privado o mixto con una concentración no menor al 93% conforme a los estándares internacionales de la OMS (2021, art. 2).

Entonces, se tiene que al momento de inicio del estado de emergencia existía una barrera de entrada al mercado (requisito de que el porcentaje de pureza del oxígeno sea de mínimo 99%), barrera burocrática (como fue declarada en su momento por Indecopi) que a la fecha ha sido eliminada.

Sobre el particular, saludamos esta decisión pues, el Instituto de Evaluación de Tecnologías en Salud e Investigación (en adelante, IETSI) recomendó la fracción de oxígeno inspirado a ser proporcionada al paciente , luego de una verificación de la Guía de la Organización Mundial de la Salud (OMS) para la práctica de cirugía segura del 2009, y de la Sociedad Canadiense de Anestesiólogos del 2016. Asimismo, apuntan que:

> La guía de práctica clínica por Beasley *et al*., 2015 de la Sociedad Torácica de Australia y Nueva Zelanda para el uso agudo de oxígeno en adultos, y la guía de la Sociedad Británica Torácica de Oxígeno de Emergencia; son descritas en la siguiente sección ya que se tratan de guías específicas sobre el uso de oxígeno. Sin embargo, no se encuentran dentro de sus recomendaciones la mención específica del oxígeno 93% o 99% (IETSI, 2017).

No obstante, como procederemos a analizar a continuación, la normativa que modificó el porcentaje mínimo para la pureza del oxígeno estableció requisitos que debían ser cumplidos para garantizar la calidad y óptimas condiciones del suministro, por lo que es importante monitorear la implementación de tales requisitos.

V. MEDIDAS DISPUESTAS COMO POLÍTICAS PÚBLICAS PARA GARANTIZAR LA ADECUADA CALIDAD DE SUMINISTRO DEL OXÍGENO EN PORCENTAJES MENORES AL 99%

El 4 de junio de 2020 se emitió el Decreto de Urgencia 066-2020, que dictó medidas extraordinarias para incrementar la producción y el acceso a sistemas de oxígeno medicinal para el tratamiento del COVID-19 y reforzar la respuesta sanitaria. Este Decreto (que estuvo vigente hasta el 31 de diciembre de 2020) autorizó de manera excepcional el uso del oxígeno medicinal con una concentración no menor al 93%; sin embargo, para ello "los establecimientos de salud deben garantizar el cumplimiento del programa de mantenimiento y calibración del equipo generador, líneas de distribución y almacenamiento del oxígeno, así como el control de calidad y cambio de los consumibles" (Decreto de Urgencia 066-2020, 2020, art. 2).

En ese mismo mes (específicamente, el 30 de junio de 2020), se aprobó la Ley 31026, Ley que declara de urgente interés nacional y necesidad pública la promoción, elaboración, envasado, almacenamiento, distribución y abastecimiento del oxígeno medicinal. En esta ley se dispuso que, en el plazo de siete días, el Ejecutivo debía aprobar:

> El plan de abastecimiento de oxígeno medicinal para los establecimientos de salud del Sistema Nacional de Salud, priorizando […] los departamentos con mayores índices de pacientes infectados con COVID-19 y aquellos en los que exista prevalencia de enfermedades respiratorias agudas, y que así lo requieran (2020, art. 3).

Igualmente, esta ley estableció que el Poder Ejecutivo aprobaría:

> El plan de contingencia para la implementación de plantas generadoras de oxígeno medicinal, considerando la participación de los sectores público y privado. Para este efecto, se fomentaría la más amplia participación de los expertos en la materia, a fin de contribuir con la elaboración técnica del plan (2020, art. 5).

En este contexto, el 21 de enero de 2021 se publicó la Ley 31113, Ley que regula, autoriza, asegura y garantiza el uso de oxígeno medicinal en los establecimientos de salud públicos y privados a nivel nacional, la cual en su artículo 2 autorizó el uso de oxígeno medicinal en todas las Ipress del sector público, privado o mixto con una concentración no menor al 93% conforme a los estándares internacionales de la OMS, siendo que esta disposición deberá ser incluida en el PNUME (2021, art. 2).

Asimismo, se estableció que las Ipress "deben garantizar el cumplimiento del programa de mantenimiento y calibración del equipo generador, líneas de distribución y almacenamiento del oxígeno medicinal, además del control de calidad y cambio de los consumibles" (2021, art. 2). Por su parte, el MINSA realizaría seguimiento al stock y consumo del oxígeno medicinal en los establecimientos de salud en todo el país, además de llevar un registro de proveedores autorizados para su abastecimiento (2021, art. 3).

Con fecha 23 de febrero de 2021, se publicó en la página oficial de Digemid el Comunicado 003-2021-DIGEMID, mediante el cual se informó que se había autorizado de forma excepcional la importación de concentradores o plantas generadoras de oxígeno medicinal tipo PSA[4], considerado dispositivo médico (equipo biomédico), según la OMS y documentos técnicos internacionales armonizados (Dirección General de Medicamentos, Insumos y Drogas [Digemid], 2021). En el comunicado, se incluyó un modelo de declaración jurada en donde el solicitante se comprometía, entre otros, a contar con un programa de mantenimiento preventivo y correctivo, así como a dictar capacitación al personal a cargo de la planta.

Posteriormente, el 27 de febrero de 2021 se reglamentó la Ley 31113, mediante Decreto Supremo 010-2021-SA, encargándose al MINSA la elaboración y aprobación de diversas disposiciones que tienen como objetivo regular la información referida a la disponibilidad, stock, consumo, mantenimiento, calidad y registro de productores y comercializadores del oxígeno medicinal, otorgándole plazos máximos para su aprobación que se vencieron en el mes de abril de 2021. En este contexto, el MINSA, debía aprobar un aplicativo informático para el registro nacional de productores y comercializadores de oxígeno medicinal, el proceso para el registro de los establecimientos farmacéuticos y no farmacéuticos de oxígeno medicinal, la guía técnica para la generación y control de la calidad de oxígeno medicinal en los establecimientos de salud, los lineamientos del plan de mantenimiento de las plantas generadoras de oxígeno, entre otras disposiciones.

Entonces, en el contexto de la segunda ola de la pandemia por el COVID-19 en el Perú, se eliminó la barrera burocrática referida al alto grado de pureza del oxígeno que se requería, pero, para garantizar la calidad del oxígeno medicinal, se emitieron varias disposiciones que son resumidas en la Tabla 3.

---

[4] Artículo 3.1. Definiciones operativas.-

> o) Planta generadora de oxígeno medicinal de tecnología PSA (Pressure Swing Adsorption): Es un dispositivo médico que cuenta con componentes electromecánicos, electrónicos y neumáticos, entre ellos, generador, compresor de aire estacionario, equipo de secado, tanque de almacenamiento de aire comprimido, oxígeno y otros, los mismos que a través de la adsorción por diferentes presiones, toma el aire atmosférico para secarlo y filtrarlo eliminando las partículas en suspensión, humedad y bacterias. Este aire procesado se hace pasar por los generadores de oxígeno dotados con columnas de adsorción formadas por tamices moleculares de zeolita que tienen la particularidad de adsorber el nitrógeno contenido en el aire, recuperar el oxígeno y posteriormente almacenarlo o alimentar un sistema de distribución de red, diseñado para generar oxígeno para uso medicinal con una concentración no menor al 93% de pureza (Decreto Supremo 010-2021-SA, 2021).

Tabla 3. Disposiciones para garantizar la adecuada calidad de suministro del oxígeno

MEDIDA DISPUESTA	IMPLEMENTACIÓN
El Ejecutivo debía aprobar el plan de abastecimiento de oxígeno medicinal, así como un plan de contingencia para la implementación de plantas generadoras de oxígeno medicinal, considerando la participación de los sectores público y privado.	Por implementar
Las Ipress debían de garantizar el cumplimiento del programa de mantenimiento y calibración del equipo generador, líneas de distribución y almacenamiento del oxígeno medicinal, además del control de calidad y cambio de los consumibles	La obligación es exigible en atención al artículo 5 del Reglamento de la Ley 31113 (2021).
El MINSA realizaría seguimiento al stock y consumo del oxígeno medicinal en los establecimientos de salud en todo el país.	Se ha implementado con Resolución Ministerial 935-2021/MINSA del 26 de julio de 2021, que aprueba la Directiva Administrativa 318-MINSA/DIGEMID-2021, que crea el aplicativo informático denominado "RENOXI PERÚ", que tiene como objetivo establecer la trama de datos y el procedimiento de envió de información sobre el stock y consumo del oxígeno medicinal realizadas las distintas Ipress y Unidad de Gestión de Ipress (Ugipress). Aquí se puede registrar información relacionada al registro diario de cilindros de presión o balones, de plantas generadoras, de tanques criogénicos, de concentradores de oxígeno medicinal por cada Ipress. El aplicativo ofrece información que puede ser clasificada por departamentos y regiones, lo que permite estar informado del consumo diario y del stock que queda en cada Ipress, así como en cada zona del país. Con este aplicativo se puede registrar información relacionada a cantidad de balones, cantidad de oxígeno generado por planta generadora, por tanque criogénico, así como por concentrador de oxígeno medicinal; de igual manera, el estado de los equipos, como por ejemplo si están en estado operativo, inoperativo o inoperativo en mantenimiento, o datos sobre capacidad de producción de los equipos.
El MINSA debía aprobar un aplicativo informático para el registro nacional de productores y comercializadores de oxígeno medicinal, el proceso para el registro de los establecimientos farmacéuticos y no farmacéuticos de oxígeno medicinal, y la guía técnica para la generación y control de la calidad de oxígeno medicinal en los establecimientos de salud.	Se ha implementado con la Resolución Ministerial 936-2021/MINSA del 26 de julio de 2021, que aprobó la Directiva Administrativa 319-MINSA/DIGEMID-2021. Este aplicativo informático tiene como finalidad la gestión oportuna del suministro de oxígeno medicinal para los pacientes que lo requieran, a través del Registro Nacional de Productores y Comercializadores, teniendo información actualizada de los productores y comercializadores de oxígeno, en sus distintas categorías, como establecimientos farmacéuticos y no farmacéuticos, así como los que cuentan con registro sanitario, con certificado sanitario y con autorización excepcional. Entre los datos consignados figuran el número de Registro Único de Contribuyente, la razón social, la dirección, la categoría de establecimiento, la actividad que realiza, el público objetivo para la venta, el ámbito de comercialización, entre otros. Asimismo, este aplicativo sirve para reportar datos sobre discontinuación de la actividad sea temporal o definitiva, así como la reactivación de la actividad de ser el caso. Finalmente, en la citada directiva se dispone que solo en el marco del estado emergencia sanitaria, los productores y comercializadores, deben reportar diariamente la disponibilidad de oxígeno medicinal para la entrega a las distintas Ipress (sea pública, privada o mixta) o para usuarios que requieran su adquisición.
Por parte de los privados que soliciten a la Digemid la autorización excepcional para concentradores o plantas generadoras de oxígeno medicinal tipo PSA, estos se comprometían a implementar un programa de mantenimiento preventivo y correctivo, así como a dictar capacitación al personal a cargo de la planta.	Por implementar. La obligación está en el artículo 13 del Reglamento de la Ley 31113 (2021), según el cual las Ipress y Ugipress públicas, privadas y mixtas elaboran el plan de mantenimiento de acuerdo a los lineamientos emitidos por el MINSA. No obstante, hasta la fecha no existen estos lineamientos.
Guía técnica para la generación y control de calidad del oxígeno medicinal en las Ipress	Por implementar

Fuente: Elaboración propia

Sin perjuicio de las medidas pendientes que hemos identificado en el cuadro, cabe mencionar que la Defensoría del Pueblo, mediante Oficio 0107-2021/DP del mes de mayo de 2021 le señaló a la Presidencia del Consejo de Ministros lo siguiente:

> Entre otros aspectos, se requiere información sobre la demanda de oxígeno medicinal actual y futura de los establecimientos de salud [...]. Con relación a la adquisición de plantas de oxígeno, se requiere conocer su capacidad, en dónde serán ubicadas y cuándo; así como, **si las mismas cuentan con un sistema de respaldo ante alguna contingencia**; cuál es la producción nacional y la cantidad de medicamento obtenido mediante importación; así como información actualizada sobre la reducción de la brecha de oxígeno medicinal (2021) [el énfasis es nuestro].

En el mismo comunicado, la Defensoría del Pueblo insistió en la aprobación de los instrumentos normativos previstos en las disposiciones complementarias finales del Reglamento de la Ley 31113 (2021), de los cuales, a la fecha de presentación de este artículo, aún están pendientes tanto la guía técnica para la generación y control de calidad del oxígeno medicinal en las Ipress, como los lineamientos del plan de mantenimiento de las plantas generadoras de oxígeno medicinal de tecnología PSA u otras, concentradores de oxígeno medicinal y tanques criogénicos o isotanques.

Cabe mencionar que la falta de implementación del plan de abastecimiento de oxígeno medicinal y del plan de contingencia para la implementación de plantas generadoras de oxígeno medicinal y demás disposiciones del Decreto Supremo 010-2021-SA que reglamentó la Ley 31113 implica riesgos que ya han sido advertidos por la Contraloría General de la República, como veremos a continuación.

VI. SOBRE CÓMO LA FALTA DE IMPLEMENTACIÓN DE LAS MEDIDAS DISPUESTAS ESTARÍA AFECTANDO A LAS PLANTAS GENERADORAS DE OXÍGENO MEDICINAL

A la fecha, el Perú ya cuenta con más de 500 plantas de oxígeno medicinal (Digemid, 2022), lo cual definitivamente ha sido una salida óptima para afrontar la problemática en el escenario descrito, en el cual no solo existe un fuerte oligopolio, sino que las dos únicas empresas proveedoras que conforman el duopolio no han sido capaces de cubrir toda la demanda necesaria para el manejo de la pandemia.

Sin embargo, la falta de adopción de las medidas que hemos descrito también ocasiona deficiencias en el manejo de estas plantas, situación que ya ha sido advertida por la Contraloría General de la República, entidad que, por ejemplo, se ha pronunciado en el Informe Hito de Control 004-2021-OCI/0667-SCC. Si bien dicho informe se refiere solamente al funcionamiento de las plantas generadoras de oxígeno medicinal ubicadas en el hospital de contingencia de Viñani y centro de salud La Esperanza durante la emergencia sanitaria, tomaremos este caso como representativo para exponer las consecuencias que no se implementen dichas medidas. En el citado informe (2021), la Contraloría principalmente advirtió:

a) De acuerdo con la Ley de productos farmacéuticos, dispositivos médicos y productos sanitarios, Ley 29459 (2009), los establecimientos dedicados a la fabricación, importación, exportación, almacenamiento, distribución, comercialización, dispensación y expendio de estos requieren de autorización sanitaria previa a su funcionamiento. Por su parte, el artículo 4 del reglamento de la Ley 31113, aprobado por Decreto Supremo 010-2021-SA, dispone que el oxígeno medicinal fabricado por establecimientos farmacéuticos debe contar con la autorización sanitaria correspondiente para su fabricación.

   A pesar de ello, solo se había logrado la autorización excepcional para la importación y uso del dispositivo médico de clase III de las plantas generadoras de oxígeno medicinal ubicadas dentro del Hospital Hipólito Unanue de Tacna, mas no para la planta generadora de oxígeno medicinal del Hospital de Viñari.

   Esta advertencia hecha por la Contraloría hace necesario que reiteremos que deben adoptarse medidas urgentes de control sobre Digemid en cuanto a si se están cumpliendo los plazos para evaluar los procedimientos de autorización sanitaria requeridos.

b) Las plantas concentradoras de oxígeno del Hospital de Viñani y el centro de salud La Esperanza no tienen un control de la calidad y pureza de oxígeno a través de medios tecnológicos, situación que podría generar que el oxígeno medicinal entregado a la población afectada con COVID-19 no garantice los estándares de calidad con los que debe cumplir.

c) En las Ipress del Hospital Hipólito Unanue de Tacna y el centro de salud La Esperanza no tienen conformado el equipo multidisciplinario para la gestión de oxígeno medicinal, lo cual conllevaría que no se realice de

manera eficiente las acciones de control, supervisión, planificación y ejecución en la administración de las plantas de oxígeno.

d) El Hospital de Viñani no cuenta con un programa de plan de mantenimiento para su planta concentradora de oxígeno que permita determinar el control y la periodicidad de este, situación que generaría posibles paralizaciones de manera imprevista que afecte la distribución de oxígeno medicinal a los pacientes afectados con COVID-19.

e) Como tema adicional la falta en el etiquetado y lacrado de los balones de oxígenos en el Hospital Hipólito Unanue de Tacna, así como en sus condiciones de almacenamiento, conlleva a que no sea posible verificar las condiciones sanitarias y/o posible contaminación del contenido de los balones de oxígeno.

La Contraloría, mediante Informe de Visita de Control 001-2022-OCI/5762-SVC, también ha realizado hallazgos en el Hospital Santa Rosa de Piura en donde encontró que la planta de oxígeno no había iniciado producción por falta de grupo electrógeno que asegure su funcionamiento (Contraloría General de la República, 2022). En el mismo sentido, se han encontrado fuentes periodísticas (Ccoillo Sandoval, 2021) que también advierten sobre irregularidades en torno a las plantas de oxígeno, como por ejemplo que estas se han instalado en ambientes no techados y sin energía eléctrica.

VII. ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN FRENTE A LA PROBLEMÁTICA PERSISTENTE

De acuerdo con el diagnóstico realizado anteriormente sobre el mercado de oxígeno medicinal en el Perú, resulta claro que este mercado es oligopólico y altamente concentrado. Frente a la existencia de conglomerados económicos, las medidas que deberían aplicarse para fomentar una mejor distribución de este producto en favor de los consumidores, especialmente en circunstancias de emergencia, son las siguientes:

a) **Dinamización del mercado de oxígeno**. Teniendo en cuenta que en esta pandemia se generan incentivos para constituir empresas de producción de oxígeno medicinal, resulta imperativo que el gobierno peruano genere una normativa atractiva no solo para el ingreso de más actores a este mercado, sino que promueva su permanencia en el mismo. Si bien la demanda de oxígeno en algún momento volverá a sus cauces normales, es evidente que, a pesar de los esfuerzos de los estados por vacunar a su población, la pandemia del COVID-19 permanecerá con nosotros muchos años más hasta que el virus sea inocuo al ser humano. Por lo que, si bien es inevitable que la demanda disminuya, esta disminución será gradual.

Estos atractivos para que entren nuevos actores al mercado podrían resumirse en normas que tengan vocación de quedarse un buen periodo, como es el caso de la Ley 31113 y su Reglamento, sin perjuicio que esta podría ser complementada con normativa adicional que custodie el cumplimiento de la finalidad de la referida norma. Otra forma de incentivar la dinamización del mercado sería otorgar beneficios tributarios a algunos actores en atención a su distinta capacidad económica en el mercado analizado.

b) **Eliminación de barreras burocráticas carentes de razonabilidad**. De lo expuesto, se ha determinado que la anterior restricción de acceso al mercado relacionada con la concentración de la pureza del oxígeno ha sido levantada con la publicación de la Ley 31113 (2021), al permitir el abastecimiento de oxígeno medicinal con pureza de concentración desde el 93% en adelante.

A la fecha, ha habido considerables avances en cuanto a la flexibilización para la obtención de los títulos habilitantes que se requieren para operar plantas de oxígeno medicinal, incluyendo las que operan mediante tecnología PSA.

Si bien este es un avance óptimo que se demuestra en la cantidad de plantas que han sido aprobadas a la fecha, debe tenerse en cuenta que, tanto la Contraloría como fuentes periodísticas, han advertido irregularidades en el funcionamiento de las plantas de oxígeno, por lo que es recomendable que se hagan controles posteriores a dichas autorizaciones, a fin de resguardar las condiciones en las que operan tales plantas.

No obstante, en cuanto a la aprobación en sí de los títulos habilitantes, puede continuarse evaluando la simplificación de los procedimientos, por ejemplo, creando ventanillas únicas que aprovechen la coordinación entre entidades públicas e impulsado el uso de tecnologías de la información. Asimismo, deberían revisarse los procedimientos de autorización para productor e importador de oxígeno medicinal por parte del Digemid, con el fin de dar celeridad y eficiencia a estos procedimientos.

c) **Implementar con carácter de urgencia las medidas pendientes dispuestas por el Reglamento de la Ley 31113**, aprobado por Decreto Supremo 010-2021-SA, toda vez que ya se ha advertido que con el incumplimiento de estas se estaría afectando la calidad del suministro del oxígeno y la continuidad de este, constituyéndose como un riesgo para la población que está siendo tratada por la enfermedad del COVID-19.

d) **Reforzar las medidas de supervisión y fiscalización de las autoridades de salud competentes**. Este refuerzo no solo debería incluir la verificación en cuanto al cumplimiento de los plazos para la aprobación de las autorizaciones sanitarias.

Como se ha detallado en el presente artículo, si bien se han implementado varias de las disposiciones establecidas en el Decreto Supremo 010-2021-SA (como es el caso del aplicativo RENOXI), según hemos advertido, aún hay muchas medidas pendientes directamente vinculadas con la calidad del suministro de oxígeno medicinal que es provisto a los pacientes afectados por el COVID-19.

Consideramos que, a pesar de ello, estamos ante una oportunidad de mejora puesto que si el Ejecutivo destina suficientes recursos y personal altamente calificado para supervisar y fiscalizar adecuadamente a las plantas de oxígeno que han obtenido autorización excepcional para operar en porcentaje de pureza menores al 99%, a futuro se podría evaluar si este tipo de plantas (siempre que operen en las condiciones adecuadas) ya no necesiten de autorizaciones excepcionales, sino que la obtención de sus títulos habilitantes pase a ser un procedimiento administrativo regular, en el que se plantee que, por ejemplo, periódicamente remitan la información que acredite que cumplen con su programa de mantenimiento preventivo y correctivo, así como con las capacitaciones al personal a cargo de la planta.

Entonces, estimamos que siempre y cuando haya de por medio una adecuada fiscalización de la calidad de suministro que estas plantas estén brindando, se puede considerar como regla común y no excepcional otorgarles las respectivas autorizaciones.

Esta salida reduciría el gran poder de mercado que, al menos hasta el inicio de la pandemia, ostentaban las empresas que conforman el duopolio del mercado, ya que los consumidores (incluyendo al propio Estado) de manera permanente van a poder acceder a un bien sustituto a menor costo.

En ese mismo sentido, consideramos que es vital que se refuercen los equipos de las entidades competentes del sector salud que están encargadas de realizar acciones de supervisión y fiscalización, de tal manera que se destinen mayores esfuerzos a realizar visitas *in situ*, de ser necesario, a las plantas que han obtenido la autorización excepcional y se verifique que estén cumpliendo con todos y cada uno de los requisitos previstos.

Las fiscalizaciones deben controlar que las Ipress cuenten con los equipos multidisciplinarios especializados previstos en la normativa, implementen el programa de mantenimiento y calibración del equipo, entre otros (como sistemas de respaldo para atender eventuales contingencias), además de condiciones mínimas como contar con grupos electrógenos, considerando que la Contraloría y medios de comunicación ya han advertido que algunas plantas están operando en condiciones no idóneas. No olvidemos que hay lugares en el país en los que la energía eléctrica no es constante debido a problemas relacionados al clima, por lo que algunas plantas requerirían tener un grupo electrógeno al lado para que funcionen de manera constante.

e) **Continuidad de las acciones ejercidas por la Contraloría General de la República y la Defensoría del Pueblo**. También es necesario que tanto la Contraloría General de la República como la Defensoría del Pueblo sigan insistiendo en el control que han venido haciendo al Gobierno para que implemente las medidas faltantes, incluyendo por ejemplo los dispositivos normativos pendientes (guía técnica para la generación y control de calidad del oxígeno medicinal en las Ipress, lineamientos para que las plantas de oxígeno medicinal que operan con tecnología PSA elaboren e implementen programas de mantenimiento preventivos y correctivos, plan de abastecimiento de oxígeno medicinal, y el plan de contingencia para la implementación de plantas generadoras de oxígeno medicinal).

f) **Implementación de una comisión multisectorial**. De ser necesario, estimamos que se puede implementar una comisión multisectorial para que le hagan seguimiento

a detalle de estas medidas pendientes, de tal manera que fijen metas para medir los resultados de mejora en la calidad de suministro del oxígeno medicinal una vez que la entidad a cargo haya hecho suficientes visitas de supervisión y fiscalización a las plantas de oxígeno. Con estas mediciones, se podrá determinar si a largo plazo estas plantas que han obtenido autorizaciones excepcionales podrán ostentar una naturaleza permanente.

VIII. CONCLUSIONES

A partir del examen de la problemática en la distribución y adquisición del oxígeno medicinal durante pandemia, resulta claro que ha habido serias dificultades para abastecer a la población de este bien como consecuencia de una creciente demanda de producción del oxígeno medicinal. En efecto, nuestro sistema de salud ha estado limitado por un conjunto de factores endógenos y exógenos que han impedido que se logre una cobertura suficiente en beneficio de la mayoría de la población con facilidad de acceso a los hospitales, clínicas y precios razonables.

Un factor que ha impedido una distribución más equitativa y eficiente de este producto esencial se debe, de acuerdo con nuestra investigación, a las concentraciones empresariales que afectan las reglas del mercado en general y, en específico, del mercado de oxígeno medicinal. Al respecto, se ha determinado que existe un duopolio conformado por dos grupos empresariales que en años previos cometieron una grave infracción contra las normas de libre competencia, grupos empresariales que han pasado por procesos de reorganización empresarial y luego de ello se han fusionado.

En el Perú, ya se cuenta con una norma que regula y controla las concentraciones empresariales (control *ex ante*), como es la Ley 31112 (2021); sin embargo, como es lógico, esta no tiene efectos retroactivos, por lo que no aplica al caso de la concentración que ha dado origen al referido duopolio, a pesar de la clara posición de dominio existente a la fecha y que juega en contra de los consumidores.

Sin enfocarnos en el mercado de distribución (que se caracteriza por una alta informalidad y donde los consumidores han pagado sumas cuantiosas por balones de oxígeno), dado el antecedente de colusión que ha habido, es mandatorio que se realicen acciones de supervisión constantes para descartar que no haya nuevas colusiones entre los dos grupos que compiten ni que existan abusos de posición de dominio.

De otro lado, existía una barrera burocrática en el ordenamiento, puesto que se exigía que la concentración de pureza del oxígeno medicinal sea de 99% a 100 %, exigencia que se eliminó, lo cual resultó idóneo en tanto se trataba de una barrera de entrada (fallo del mercado).

Sin embargo, la normativa que eliminó dicha barrera dispuso (como una suerte de factor compensatorio) que el Ejecutivo, incluyendo principalmente al MINSA, debía de implementar una serie de medidas, siendo una de las más importantes que se realice el seguimiento al stock y consumo del oxígeno medicinal en los establecimientos de salud a nivel nacional y que se cuente con equipos multidisciplinarios en las Ipress. Sin embargo, tales medidas no han terminado de ser implementadas y a la fecha ya se han advertido informes de la Contraloría en los que se concluye, entre otros aspectos, que algunas plantas no cuentan con los controles necesarios, lo que a su vez ocasiona que el oxígeno medicinal entregado a la población afectada con COVID-19 no tenga garantizado los estándares de calidad con los que debe cumplir y que, asimismo, se puedan generar posibles paralizaciones de manera imprevista que afecten la distribución de oxígeno.

En tal sentido, es necesario que se cumpla con la aprobación del plan de abastecimiento de oxígeno medicinal y el plan de contingencia para la implementación de plantas generadoras de oxígeno medicinal, la guía técnica para la generación y control de calidad del oxígeno medicinal en las Ipress, y los lineamientos para que las plantas de oxígeno medicinal que operan con tecnología PSA elaboren e implementen programas de mantenimiento preventivos y correctivos. Recordemos que se trata de planes y dispositivos normativos cuya función es garantizar los estándares de calidad del suministro del oxígeno medicinal que, asimismo, debe ser controlada por equipos multidisciplinarios en cada Ipress.

No obstante, los retos pendientes no se limitan a la aprobación de los instrumentos pendientes detallados en el párrafo anterior, sino que comprenden la adopción de políticas públicas más detalladas y elaboradas a mediano y largo plazo conducentes a la dinamización del mercado y la continuidad en cuanto a la flexibilización de los títulos habilitantes, tal y como ya se ha venido dando pero sin perder de vista las acciones de control posterior, incluyendo reforzar la supervisión y fiscalización de las plantas de oxígeno por parte de las autoridades de salud competentes.

Consideramos que, si es que se destinan suficientes recursos financieros y humanos en ello, a largo

plazo pueden definirse y garantizarse estándares de calidad de las plantas que han entrado a operar durante la pandemia y, eventualmente, lograr que estas sopesen el gran poder de mercado que ha caracterizado por años al mercado materia de nuestro análisis.

REFERENCIAS

Alcalá, C. (13 de abril de 2021). Covid: la OMS considera el oxígeno medicinal "un medicamento esencial". *Redacción Médica.* https://www.redaccionmedica.com/secciones/tecnologia/covid-oxigeno-medicinal-medicamento-esencial-oms-4373

Alfageme Rodríguez, A., Rebaza Torres, A., & Zúñiga Fernández, T. (2021). Control de fusiones, ¿Una necesidad? *Advocatus,* (36), 291-313.

Barrantes Cáceres, R. (2018). *Material de Enseñanza 4, Teoría de la Regulación*. Departamento de Economía de la Pontificia Universidad Católica del Perú. http://files.pucp.edu.pe/departamento/economia/ME004.pdf

Blas Arias, L., & Medina Condor, J. (2021). *Relación entre la integración de la cadena de suministro y la cultura organizacional de los importadores de gases medicinales en Perú durante el periodo 2020* (tesis para optar el título de Licenciado en Negocios Internacionales). Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Lima, Perú.

Bullard Gonzáles, A., Falla Jara, A., & Roldán Barraza, N. (2012). In God we Trust, all Others Bring Data: ¿Debe haber un control de fusiones empresariales en el Perú? *THĒMIS-Revista de Derecho*, (62), 83-122.

Caviedes Paúl, C. (2012). *Sistemas de Control Preventivo de Fusiones en Derecho Comparado* (tesis para optar el título de magister en Derecho). Universidad de Chile, Santiago, Chile.

Ccoillo Sandoval, M. (19 de diciembre de 2021). Perú cubre la demanda de oxígeno, pero aún hay plantas que no funcionan. *Salud con Lupa*. https://saludconlupa.com/noticias/peru-cubre-la-demanda-de-oxigeno-pero-aun-hay-plantas-que-no-funcionan/

Comisión especial de seguimiento a emergencias y gestión de riesgo de desastres del Congreso de la República (2020). *Oxígeno medicinal: abastecimiento y distribución nacional, en el contexto del Covid-19*. https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/CenDocBib/con5_uibd.nsf/$$ViewTemplate%20for%20Documentos?OpenForm&Db=D51FA92716B91E48052586B00027C5D5&View=yyy

Contraloría General de la República (2021). *Informe de Hito de Control 004-2021-OCI/0667-SCC. Función de las plantas generadoras de oxígeno medicinal ubicadas en el Hospital de contingencia de Viñani y Centro de Salud La Esperanza durante la emergencia sanitaria.* https://apps8.contraloria.gob.pe/SPIC/srvDownload/ViewPDF?CRES_CODIGO=2021CSI066700007&TIPOARCHIVO=ADJUNTO

(2022). *Informe de Visita de Control 001-2022-OCI/5762-SVC. Visita de control Hospital de la Amistad Perú Corea Santa Rosa II-2. Funcionamiento de plantas generadoras de oxígeno medicinal en Hospital de la Amistad Perú Correa Santa Rosa II-2 Piura.* https://apps8.contraloria.gob.pe/SPIC/srvDownload/ViewPDF?CRES_CODIGO=2022CSI576200001&TIPOARCHIVO=ADJUNTO

Defensoría del Pueblo (2020). *Crisis de oxígeno para pacientes de Covid-19: Alternativas de solución - Serie Informes Especiales 017-2020-DP*. https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2020/06/Serie-Informes-Especiales-N%C2%BA-017-2020-DP.pdf

Dirección General de Medicamentos, Insumos y Drogas [Digemid] (2021). Comunicado 003-2021-DIGEMID. https://www.digemid.minsa.gob.pe/comunicados/2021/02/ID=877/comunicado-n-003-2021

(2022). *Relación de Plantas Generadoras de Oxígeno Tipo PSA autorizadas con Autorización Excepcional en el contexto del Covid-19, actualizadas al 03 de febrero del 2022.* https://www.digemid.minsa.gob.pe/upload/uploaded/xls/COVID19/PLANTAS_OXIGENO_PSA.xlsx

Instituto de Evaluación de Tecnologías en salud e investigación [IETSI] (2017). *Uso de oxígeno medicinal al 93 por ciento en pacientes oxígeno requirentes.* https://pesquisa.bvsalud.org/portal/resource/es/biblio-964313

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [Indecopi] (2013). *Análisis de las funciones del Indecopi a la luz de las decisiones de sus órganos resolutivos - Eliminación de Barreras Burocráticas*. https://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/5561/eliminacion_barreras_burocraticas.pdf?sequence=1

Landés, W., & Posner, R. (2003). El poder de mercado en los casos de Libre competencia. *Ius et Veritas*, (26), 136-172.

Mankiw, N. (2012). *Principios de Economía*. Cengage Learning Editores.

Molina Sandoval, C. (2011). El control de concentraciones económicas y fusiones en el régimen competitivo argentino. *Cuadernos De La Maestría En Derecho*, (1), 327-377.

Vigo Chafloque, L. (2019). *Apuntes sobre el control previo de concentraciones empresariales y su posible incorporación al ordenamiento peruano* (tesis para optar el título de abogado). Universidad de Piura, Lima, Perú.

Zapata, R., Tovar, A., Chávez, C., Estrada, M., & Santos, G. (2 de junio de 2020). Dos compañías globales dominan negocio del oxígeno con el sector salud de Perú. *Ojo Público*. *https://ojopublico.com/1842/dos-companias-globales-dominan-negocio-del-oxigeno-en-peru*

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi, 13 de agosto de 2010, Resolución 051-2010/CLC-INDECOPI, Expediente 002-2008/CLC (Perú).

Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Indecopi, 22 de noviembre de 2012, Resolución 0334-2012/CEB-INDECOPI, Expediente 0001512-2010/CEB (Perú).

Decreto de Urgencia 066-2020, Decreto de Urgencia que dicta medidas extraordinarias para incrementar la producción y el acceso a sistemas de oxígeno medicinal para el tratamiento del Coronavirus y reforzar la respuesta sanitaria, en el marco del Estado de Emergencia Nacional por el COVID-19, Diario Oficial *El Peruano,* 4 de junio de 2020 (Perú).

Decreto Supremo 010-2021-SA, Decreto supremo que aprueba el Reglamento de la Ley 31113, Ley que regula, autoriza, asegura y garantiza el uso de oxígeno medicinal en los establecimientos de salud públicos y privados a nivel nacional, Diario Oficial *El Peruano,* 27 de febrero de 2021 (Perú).

Decreto Supremo 039-2021-PCM, Decreto supremo que aprueba el Reglamento de la Ley 31112, Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial, Diario Oficial *El Peruano,* 4 de marzo de 2021 (Perú).

Decreto Supremo 104-2021-PCM, Decreto Supremo que aprueba la Sección Primera del Reglamento de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, Diario Oficial *El Peruano,* 27 de mayo de 2021 (Perú).

Defensoría del Pueblo, 24 de abril de 2021, Oficio 0107-2021/DP (Perú).

Dirección General de Medicamentos, Insumos y Drogas [Digemid], s.f., Directiva Administrativa 318-MINSA/DIGEMID-2021 (Perú).

Dirección General de Medicamentos, Insumos y Drogas [Digemid], s.f., Directiva Administrativa 319-MINSA/DIGEMID-2021 (Perú).

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [Indecopi], 28 de mayo de 2021, Resolución 000060-2021-PRE/INDECOPI (Perú).

Ley 29459, Ley de productos farmacéuticos, dispositivos médicos y productos sanitarios, Diario Oficial *El Peruano*, 26 de noviembre de 2009 (Perú).

Ley 31026, Ley que declara de urgente interés nacional y necesidad pública la promoción, elaboración, envasado, almacenamiento, distribución y abastecimiento del oxígeno medicinal, Diario Oficial *El Peruano*, 30 de junio de 2020 (Perú).

Ley 31112, Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial, Diario Oficial *El Peruano*, 7 de enero de 2021 (Perú).

Ley 31113, Ley que regula, autoriza, asegura y garantiza el uso de oxígeno medicinal en los establecimientos de salud públicos y privados a nivel nacional, Diario Oficial *El Peruano*, 21 de enero de 2021 (Perú).

Quinta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo subespecializada en temas de mercado de la Corte Superior de justicia de Lima, 4 de enero de 2017, Resolución 38, Expediente 07766-2013-0-1801-JR-CA-25 (Perú).

Resolución Ministerial 062-2010-MINSA, Petitorio Nacional único de medicamentos esenciales para el sector salud, Diario Oficial *El Peruano*, 27 de enero de 2010 (Perú).

Resolución Ministerial 599-2012-MINSA, Documento Técnico del Petitorio Nacional único de medicamentos esenciales para el sector salud, Diario Oficial *El Peruano*, 17 de julio de 2012 (Perú).

Resolución Ministerial 1361-2018-MINSA, Documento Técnico del Petitorio Nacional Único de Medicamentos Esenciales para el Sector Salud, Diario Oficial *El Peruano*, 30 de diciembre de 2018 (Perú).

Resolución Ministerial 935-2021-MINSA, Aprueban la Directiva Administrativa que establece la trama de datos y el procedimiento para el envío de información sobre el stock y consumo del oxígeno medicinal realizado por las Ipress y Ugipress públicas, privadas o mixtas, Diario Oficial *El Peruano*, 28 de julio de 2021 (Perú).

Resolución Ministerial 936-2021-MINSA, Aprueban la Directiva Administrativa que establece el procedimiento para registrarse en el Registro Nacional de Productores y Comercializadores de oxígeno medicinal, y la trama de datos y el procedimiento para el suministro de datos sobre la discontinuación y reactivación de la importación, fabricación y comercialización de oxígeno medicinal, Diario Oficial *El Peruano*, 28 de julio de 2021 (Perú).

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 4 de abril de 2019, Casación 7634-2017-Lima (Perú).

Sala especializada en Defensa de la Competencia, 15 de julio de 2013, Resolución 1167-2013/SDC-INDECOPI, Expediente 002-2008/CLC (Perú).

Vigésimo Quinto Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo subespecializado en temas de mercado de la Corte Superior de Justicia de Lima, 9 de noviembre de 2015, Resolución 15, Expediente 07766-2013-0-1801-JR-CA-25 (Perú).

10.18800/themis.202102.003

LA IMPLEMENTACIÓN DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS ADOPTADAS POR EL ESTADO PERUANO FRENTE AL IMPACTO DEL COVID-19 EN LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES E INTRAFAMILIAR

THE IMPLEMENTATION OF PUBLIC POLICIES BY THE PERUVIAN STATE TO FACE THE IMPACT OF COVID-19 ON VIOLENCE AGAINST WOMEN AND DOMESTIC VIOLENCE

Marcela Huaita Alegre*
Pontificia Universidad Católica del Perú

Norely Hancco Rodríguez**
Pontificia Universidad Católica del Perú

In this article, the authors analyze the response of the Peruvian State through the implementation of public policies with the aim of counteracting violence against women and members of the family group, triggered by the context of the COVID-19 pandemic.

Initially, the authors study the measures taken immediately by the Peruvian State during the start of the pandemic and place them in the Latin American context through a comparative perspective. Secondly, these measures are analyzed in detail in order to evaluate the limits and success in the effective implementation of said policies during the first year of the pandemic.

Keywords: Public policies; response to COVID-19; violence against women; domestic violence.

En el presente artículo, las autoras analizan la respuesta del Estado peruano a través de la implementación de diversas políticas públicas con el objetivo de contrarrestar la violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar fortalecida y desencadenada por el contexto de la pandemia del COVID-19.

Primero, las autoras estudian las medidas tomadas de manera inmediata por el Estado peruano durante el inicio de la pandemia y las sitúan en el contexto latinoamericano mediante una perspectiva comparada. En un segundo momento, tales medidas se analizan con el fin de hacer un balance entre los límites y logros en su implementación efectiva durante el primer año de la pandemia.

Palabras clave: Políticas públicas; respuesta al COVID-19; violencia contra las mujeres; violencia familiar.

* Abogada. Docente de la Pontifica Universidad Católica del Perú (PUCP) (Lima, Perú). Investigadora del Instituto de Democracia y Derechos Humanos (IDEHPUCP). Contacto: mhuaita@pucp.edu.pe.

** Estudiante de Derecho de la Pontifica Universidad Católica del Perú (PUCP) (Lima, Perú). Asistente de docencia del curso de Derecho de Familia en la Facultad de Derecho. Contacto: a20163066@pucp.edu.pe.

Las autoras dedican el presente artículo a todas las personas que integran el Sistema Nacional para la Prevención, Sanción y Erradicación de la Violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar que, en el contexto del COVID-19, ofrendaron sus vidas en el cumplimiento de su deber.

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 4 de agosto de 2021, y aceptado por el mismo el 3 de marzo de 2022.

I. INTRODUCCIÓN

La violencia de género tiene como una de sus expresiones más nefastas la violencia contra las mujeres en el entorno familiar[1]. Por ello, desde hace muchos años, se desarrollan respuestas estatales, especialmente en torno a la atención de las víctimas y, en menor medida, en torno a la prevención del fenómeno. Previamente a la adopción de la Convención de Belem do Para en la década de los noventa, en toda Latinoamérica se había aprobado legislación en la materia. A partir de esto, el acceso a la justicia y el rol de los operadores de la misma ha ido *in crescendo* en nuestra región, de manera tal que casi todos los países actualmente cuentan con protocolos para la atención de este fenómeno que deben ser implementados por los distintos actores del sistema: policía, fiscalía, ámbito judicial, etc. Esta actuación es monitoreada por diferentes entidades, tanto de la sociedad civil como de organismos suprarregionales de derechos humanos, como el Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI)[2] o el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer (CEDAW por sus siglas en inglés)[3], entre otros.

La pandemia iniciada en la segunda década de este siglo –sin antecedentes en la región– obligó a los países a confinar a mujeres y niñas en sus hogares junto con sus agresores. Paradójicamente estas medidas fueron tomadas con un objetivo de salud pública, así como para evitar contagios, enfermedades y muerte. En el caso del Perú, a la entrada de las mujeres en cuarentena se le sumó el cierre de los servicios públicos casi en su totalidad. Desde un inicio no se consideraron los servicios para la atención de la violencia intrafamiliar como parte de los servicios prioritarios en la administración de justicia.

A partir de ello, y respondiendo al clamor general de reapertura de servicios, el Estado peruano fue enmendando sus decisiones, no solo organizando servicios de emergencia, sino flexibilizando y adecuando los servicios regulares a las necesidades de las víctimas. No obstante, la respuesta ha sido insuficiente. El fenómeno de la violencia no solo continuó, sino también aumentó –como ocurrió en el caso de la violencia sexual contra niñas y adolescentes–, y discurrió nuevos canales, por ejemplo la violencia *online* o cibernética.

A pesar de ello, resulta importante documentar el esfuerzo tanto del Poder Ejecutivo, como del aparato de justicia en la respuesta organizada frente a este tipo de violencia, no solo por las lecciones que ello nos puede dejar, sino porque es importante dar cuenta de las dificultades que ello supone. Asimismo, se debe resaltar el esfuerzo de las mujeres y hombres que han organizado esta respuesta y que muchas veces tienen que comenzar por dar la lucha al interior de sus instituciones para lograr concertar las respuestas urgentes que la ciudadanía necesita.

En ese marco, el presente estudio analiza, en una primera parte, las medidas tomadas de manera inmediata por el Perú a partir del contexto latinoamericano mediante una perspectiva comparada[4]. En una segunda parte, a partir de un método de análisis y síntesis, se presentan en detalle las medidas adoptadas con el fin de hacer un balance de los límites y logros en su implementación efectiva durante el primer año de la pandemia y las lecciones aprendidas que nos dejan.

II. POLÍTICAS PÚBLICAS ADOPTADAS PARA HACER FRENTE AL INCREMENTO DE LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES E INTRAFAMILIAR EN EL CONTEXTO DE COVID-19: EL PERÚ EN EL CONTEXTO LATINOAMERICANO

Como lo ha señalado la Comisión Interamericana de Mujeres (en adelante, CIM), órgano perteneciente a la Organización de los Estados Americanos (en adelante, OEA), las medidas implementadas por los países para reducir el contagio de COVID-19 han ocasionado inevitablemente un aumento de los casos de violencia contra la mujer, por lo que

---

1 Ello ha sido puesto en relieve en innumerables ocasiones en los informes de Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, incluidas sus causas y consecuencias, cuyo mandato fue constituido en 1994 por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (OHCHR). Véase Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas [OHCHR] (2022a).

2 Fue creado en el 2004 para analizar los avances en la implementación de la Convención por sus Estados parte a través de una metodología de evaluación multilateral sistemática y permanente, fundamentada en un foro de intercambio y cooperación técnica entre los Estados parte de la Convención y un Comité de Expertos. Para consultar sus informes, véase Organización de los Estados Americanos (s.f.).

3 En el marco de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante, ONU), el CEDAW, que es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, desde 1989 debatió acerca de las altas tasas de violencia contra las mujeres, aprobando su primera recomendación general al respecto en 1992, y una segunda en el 2017. Para consultar sus recomendaciones generales, véase Office of the High Commissioner for Human Rights (2022b).

4 Para otros análisis comparados en la materia, véase a Valenzuela Carvajal *et al*. (2021); Hawei Lora (2021); y Seminario Córdova y Paredes Gutiérrez (2021).

resultó necesario que los Estados, a su vez, lleven a cabo medidas específicas para frenar dicho aumento (2020, p. 12). A continuación, realizaremos una revisión de las políticas públicas que en general adoptaron los Estados en América del Sur, el Perú en particular, dando una especial atención a las medidas implementadas en relación al acceso a la justicia.

A. Medidas adoptadas por los Estados: Poder Ejecutivo

Tabla 1: Medidas adoptadas en América Latina (países seleccionados) a nivel de Poder Ejecutivo

Medidas	Declaratoria de esencialidad de los servicios	Fortalecimiento de las líneas telefónicas de emergencia	Alianzas con el sector privado	Permisos de movilidad y desplazamientos en el territorio	Refugios adicionales	Acciones para prevenir la violencia hacia las mujeres
América Latina	Ecuador Argentina	Brasil Chile Colombia Uruguay Bolivia	Brasil Chile Colombia Uruguay Argentina Ecuador	Argentina	Uruguay Colombia Argentina	Guyana Venezuela Uruguay Bolivia Brasil, Chile Paraguay Ecuador Colombia
Perú	X	X	X	-	X	X

Fuente: Elaboración propia a partir de Fiscalía General de la Nación (2020), Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad (s.f.), Ministerio de Desarrollo Social (2020), Ministerio de la Mujer de Paraguay (2020a & 2020b), Ministerio de la mujer, Familia y Derechos Humanos (2020a y 2020b), Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género (2020c, 2020d & s.f.), Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (2020) y Secretaría de Derechos Humanos de Ecuador (2020a & 2020b).

Los servicios frente a la violencia contra la mujer son diversos, algunos de ellos son prestados desde el aparato de justicia directamente (policía, fiscalía, juzgados), y en otros casos deben ser prestados por diferentes instancias del Poder Ejecutivo. Por ello, en esta parte nos vamos a referir especialmente a las medidas que de manera inmediata se dieron por los mecanismos de la mujer, u otras instancias del gobierno de nivel nacional o subnacional.

1. Declaratoria de esencialidad de los servicios

La declaratoria de estado de emergencia que realizaron los países latinoamericanos a inicios del año 2020 implicó la suspensión de varios de los servicios brindados por el Estado que atendían los casos de violencia contra la mujer. Ante esta inevitable realidad, algunos países decidieron declarar como esenciales ciertos servicios, para así garantizar su continuidad y no dejar en total desprotección a las mujeres en el contexto de emergencia.

Como se puede observar, uno de los países que declaró la esencialidad de algunos de los servicios que atendían a las mujeres, y en general a las víctimas de violencia intrafamiliar, fue el Perú, país en el que mediante la Resolución de Dirección Ejecutiva 020-2020-MIMP-AURORA-DE se estableció –en el artículo 1– que los servicios esenciales de atención de la violencia contra la mujer e integrantes del grupo familiar "son los que se prestan a través de los hogares de refugio temporal, servicio de Línea 100, Servicio de Atención Urgente, y Equipo Itinerante de Urgencia respectivamente" (2020).

Por otro lado, en Argentina, mediante la Decisión Administrativa 524/2020, se estableció, en su artículo 1, una lista de servicios que se exceptúan del cumplimiento del aislamiento social, preventivo y obligatorio, entre los cuales están los establecimientos que sirven para la atención de personas víctimas de violencia de género.

De lo anterior se aprecia que, a diferencia del Perú, Argentina no estableció una lista determinada de cuáles serían los servicios declarados como esenciales. Consideramos que fue adecuado en el caso peruano precisar desde un primer momento qué servicios estarían habilitados para seguir con la continuidad de la atención, dando esta certeza tanto a quienes brindan los mismos como a la ciudadanía.

2. Fortalecimiento de las líneas telefónicas de emergencia

Durante el periodo de emergencia, uno de los canales de atención al que mayor cantidad de mujeres recurrieron fueron las líneas telefónicas de emergencia, lo cual puede darse por diversas razones, por ejemplo, por el hecho de que en algunos Estados se restringió más rígidamente los permisos excepcionales para circular por las calles.

Así, en Argentina, según el Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad (en adelante, MMGyD), las llamadas de emergencia a la línea 144 crecieron en un 39% durante la pandemia (Organización de las Naciones Unidas [ONU], 2020). En Colombia, según el Observatorio Colombiano de las Mujeres, hasta abril del 2020 se recibió un 91% de llamadas más que en el año anterior a la línea 155, la cual brinda atención para orientar y asesorar a las mujeres víctimas de violencia (Pantzer, Forero & Kopittke, 2020). En Perú, un reporte realizado por el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (en adelante, MIMP) indica que a partir de la medida de aislamiento social obligatorio también se evidenció un incremento de las consultas en la Línea 100 (2020, p. 18).

Al igual que en estos países, en varios otros se visibilizó dicho incremento en las líneas de emergencia, lo cual volvió necesario que los Estados respondieran con un fortalecimiento de las líneas telefónicas de emergencia, capacitación a su personal, aumento de turnos y mayor difusión. De esta manera, en Chile, el Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género desarrolló un Plan de Contingencia para resguardar a las mujeres que pudieran ser víctimas de violencia, en el cual se fortaleció la línea 1455 mediante un "reforzamiento de turnos, coordinación y supervisión que asegurara la atención y orientación 24/7 de las usuarias y una comunicación sobre los protocolos establecidos ante la contingencia" (Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género [MMEG], s.f.). En Argentina, de acuerdo con la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (en adelante, CEPAL), "el Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad logró reforzar la difusión de la Línea 144 e incrementó el personal especializado y los recursos tecnológicos para la atención de la línea" (2020, p. 4). Tal como estos países, Brasil, Colombia, Perú, Uruguay, Ecuador y Bolivia también reforzaron sus líneas telefónicas, ya sea mediante una mayor difusión y/o una ampliación de los turnos de atención.

3. Alianzas con el sector privado

Para hacer frente al preocupante aumento de los casos de violencia en el contexto del COVID-19, se necesitó una respuesta más integral que permitiera tener un mayor alcance en la población, por lo que en algunos países latinoamericanos se dieron alianzas con el sector privado para prevenir y atender los casos de violencia contra la mujer.

Mediante una revisión de las alianzas con el sector privado, se puede observar que una de las estrategias que resultó de mayor impacto fue la coordinación con las farmacias. Así, por ejemplo, el Estado argentino en conjunto con la Confederación Farmacéutica Argentina,

> lanzó la campaña solidaria "Barbijos Rojos" para poner a disposición las farmacias como espacios donde las mujeres y población LGBTI+ en situación de violencia puedan acudir para solicitar asistencia y ponerse en contacto directo con la Línea 144, así, mediante esta iniciativa se distribuyó una guía de actuación con pautas y criterios para que lo/as farmacéutico/as puedan actuar ante la solicitud de personas en situación de violencia por motivos de género, dada la dificultad de las personas que conviven con sus agresores (Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad [MMGyD], 2020, p. 84).

Colombia, por su parte, logró también una articulación con el sector privado, puesto que,

> La Secretaría Distrital de la Mujer, en articulación con la Federación Nacional de Comerciantes (FENALCO), las tiendas D1, Justo&Bueno, Farmatodo, Terpel, Tostao, Movistar, Las Gatas, Jumbo y Metro, creó la estrategia "Espacios seguros. A la vuelta de la esquina", mediante la cual 9 aliados comerciales en más de 1.014 puntos en toda la ciudad ponen a disposición como canales de información y de activación de la Ruta Única de Atención a Mujeres Víctimas de Violencias y en Riesgo de Feminicidio (Secretaría Distrital de la Mujer de Colombia, s.f., párr. 1).

Por su parte, en materia de prevención, el Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género de Chile logró consolidar una alianza con la Confederación de la Producción y del Comercio con el objetivo de prevenir la violencia contra las trabajadoras durante y post crisis sanitaria mediante un acompañamiento a las víctimas, la distribución de material informativo y un kit de sensibilización de violencia (MMEG, 2020c). En el Perú, el esfuerzo privado fue de menor envergadura:

> el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables con apoyo del PNUD impulsó la campaña "No estás sola" con el fin de sensibilizar a la población sobre la problemática de la violencia contra las mujeres y difundir los canales de atención a los que se pueden recurrir, para esto se contó con el apoyo de alrededor 59 empresas aliadas que brindaron sus establecimientos y canales de comunicación a nivel nacional para la difusión de los mensajes (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo [PNUD], 2020).

4. Permisos de movilidad y desplazamientos en el territorio

Otras de las medidas tomadas para frenar la violencia en el contexto del COVID-19 se observó

en Argentina, en donde se dictaron permisos de movilidad durante la cuarentena. Así, mediante el artículo 6.6 del Decreto 297/2020, se dispuso que:

> quedaban exceptuadas del cumplimiento del 'aislamiento social, preventivo y obligatorio' y de la prohibición de circular, las personas afectadas a las actividades y servicios declarados esenciales en la emergencia tal como las personas que deban atender una situación de fuerza mayor (2020).

A su vez, mediante la Resolución RESOL-2020-15-APN-MMGYD se señaló que:

> resulta imperativo aclarar que dentro de las situaciones de fuerza mayor se encuentran todas aquellas por las cuales las mujeres y las personas LGTTBI solas o junto con sus hijos e hijas requieran salir de sus hogares en razón de realizar las pertinentes denuncias penales o pedir auxilio, asistencia o protección a organizaciones en virtud de la situación de violencia que se encuentra transitando (2020).

De esta manera, cabe destacar que el Estado argentino es uno de los pocos países que puso énfasis especial en la violencia que sufren las personas LGBTI, teniendo en cuenta el especial riesgo que pueden padecer cuando hay control policial estricto en la vía pública, como en el caso bajo análisis.

5. Refugios adicionales

En búsqueda de una atención integral para los casos de violencia de género, en algunos casos más críticos se vuelve necesario brindar una opción de 'lugar seguro' para que la ausencia de estos no se vuelva un impedimento para las mujeres que tienen la intención de realizar denuncias de agresión. En este sentido, el gobierno de Uruguay dispuso la ampliación de cupos para sus cuatro centros de refugios que atienden las 24 horas del día, dando especial atención para los casos en los que, por disposición de la justicia, las víctimas deban abandonar sus hogares (Comisión Económica para América Latina y el Caribe [CEPAL], 2020, p. 6). Por su parte, el MMGyD de Argentina innovó en su respuesta y articuló coordinaciones junto con

> organizaciones sindicales y universitarias para la puesta a disposición de hoteles y otros lugares de alojamiento para ser utilizados por personas en situaciones de violencias extremas por motivos de género que debían dejar sus hogares durante el aislamiento social; asimismo, se dispuso canales de contacto específicos para la vinculación directa con gobiernos provinciales, locales y con las organizaciones de la sociedad civil, comunitarias y territoriales a fin de fortalecer los hogares de protección integral y gestionar los recursos necesarios (2020, p. 84).

Otro de los países que también apostó por brindar una mayor disponibilidad de refugios fue Colombia, que sobre la base de un trabajo conjunto entre

> la Vicepresidencia de la República y la Sociedad de Activos Especiales ante el alarmante aumento de número de llamadas de emergencia, se dispuso destinar 65 inmuebles en Bogotá y en 15 departamentos del país para que sean utilizados como refugios para mujeres víctimas de violencia en medio de la emergencia del Covid-19 (Sociedad de Activos Especiales [SAE], 2020).

En el caso del Perú, la Municipalidad de Lima Metropolitana acondicionó dos Hogares de Refugio Temporal (en adelante, HRT) en los meses de mayor restricción de la pandemia (Gob.pe, 2020a & 2020b), que incluso llegaron a atender a población migrante venezolana, lo que resulta especialmente importante por la ausencia de redes de apoyo de estas mujeres y sus hijos que son víctimas de violencia.

6. Acciones para prevenir la violencia hacia las mujeres

Si bien el plan de respuesta ante los casos de violencia resulta importante para atacar la problemática, no es menos relevante la implementación de políticas públicas que se enfoquen en la prevención de situaciones de violencia que puedan sufrir las mujeres. El contexto del COVID-19 ha reflejado en muchos países, por ejemplo, la falta de concientización que existe tanto de hombres como de mujeres sobre las manifestaciones de la violencia de género, así como de los canales de denuncia, por lo que estos puntos, entre otros, debieron ser priorizados.

En casi la totalidad de países latinoamericanos se cuentan con políticas públicas que abordan acciones preventivas referentes a la violencia de género. De esta manera, tenemos que la estrategia mayormente implementada por los gobiernos han sido las campañas de difusión tanto de información sobre la violencia de género, como de los canales disponibles a los que pueden recurrir las víctimas.

En Venezuela, el Ministerio del Poder Popular para la Mujer y la Igualdad de Género impulsó a finales de marzo la campaña 'Cuarentena Libre de Violencia':

> la cual fue difundida mediante las redes sociales con mensajes de prevención de la violencia

> de género, información sobre la línea telefónica VE-911 e información sobre las Casas de Abrigo que funcionan como refugios para las mujeres en estado de riesgo de violencia (Centro de Justicia y Paz [CEPAZ], 2020, p. 5).

Por otro lado, una campaña que se ha enfocado más en impulsar el rol activo de la comunidad es la propuesta por el MMEG en Chile titulada 'En esta comunidad no entra la violencia contra la mujer'. Esta campaña invita a los vecinos a elaborar un plan de acción frente a un episodio de violencia contra la mujer, así como a difundir el afiche con información de los números de atención para los casos de violencia que puedan ocurrir en el periodo de emergencia (MMEG, 2020c). En Ecuador, el Fondo de Población de las Naciones Unidas apoyando la Secretaría de Derechos Humanos, realizó la campaña '#MujerEcuadorTeAcompaña', la cual busca prevenir la violencia de género que sufren las mujeres, incluyendo a las personas en movilidad humana (UNFPA, 2020, p. 6).

Otra de las medidas implementadas por los Estados, diferente a la realización de campañas de difusión, es la elaboración de protocolos o planes de acción que desarrollen tanto las medidas de respuesta ante los casos de violencia como las acciones de prevención. En este sentido, en Paraguay el Ministerio de la Mujer desarrolló el protocolo de prevención y atención a mujeres víctimas/sobrevivientes ante la situación de emergencia del COVID-19, el cual "formula lineamientos mínimos de actuación y coordinación interinstitucional en la rápida atención y protección de las mujeres víctimas de violencia y aislamiento como eje central" (2020b, p. 2). De igual manera, en Chile se elaboró el Plan de Contingencia de atención, protección y reparación ante los efectos del coronavirus, el cual desarrolla tanto acciones de protección como acciones de prevención para velar por el bienestar de las mujeres que puedan o estén en riesgo de sufrir violencia (MMEG, s.f.).

Algunos países decidieron realizar capacitaciones referentes a la violencia de género. Este es el caso de Argentina, donde el MMGyD difundió el programa 'El Barrio cuida al Barrio', donde

> se buscó propiciar un espacio de reflexión grupal en relación a la violencia de género estructural, por lo que en cada taller se realizaron capacitaciones de sensibilización y prevención de las violencias por motivos de género y se trabajaron las "Señales tempranas" con el objetivo de generar mecanismos con las redes comunitarias que faciliten la detección temprana de situaciones de violencia por motivos de género; asimismo, se realizaron diversas actividades que buscaban la difusión de la Línea 144 en las postas comunitarias (2020, p. 91).

En el Perú también se llevaron a cabo acciones preventivas, como el desarrollo de capacitaciones virtuales para fortalecer la autoestima y autonomía de las participantes, factores importantes para la toma de decisiones ante los casos de violencia de género que puedan sufrir (Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables [MIMP], 2021, p. 41). Asimismo, se vienen utilizando los canales virtuales de la Comisión de Justicia de Género, tales como Facebook o Twitter, para poder:

> difundir e informar a las mujeres y población en general respecto a, recomendaciones de cuidados luego de la declaración de emergencia sanitaria a causa del COVID-19, los servicios de justicia que se encuentran en funcionamiento, la vigencia de las normas que viabilizan la atención en casos de violencia hacia las mujeres e integrantes del grupo familiar (Comisión de Justicia de Género del Poder Judicial, s.f., p. 4).

Entonces, se puede afirmar que, durante el aislamiento social obligatorio, los gobiernos se han visto confrontados y obligados a aumentar el personal, turnos y capacidad de las líneas telefónicas de emergencia que estaban habilitadas ante el incremento de las llamadas en búsqueda de ayuda por parte de víctimas de violencia. Asimismo, se ha visibilizado que existen algunas medidas implementadas que son comunes en varios países, tales como el reforzamiento de la atención por vías virtuales o las campañas de prevención de la violencia contra la mujer. No obstante, también se han implementado medidas innovadoras, tales como la excepción de movilidad en Argentina durante el aislamiento social obligatorio para las personas LGBTI o la destinación de inmuebles provenientes de embargos por delitos para que sean utilizados como refugios para las mujeres víctimas de violencia en el periodo de emergencia.

Es importante señalar que el mapeo de las medidas ha visibilizado, a su vez, que para garantizar una protección integral se requiere de un trabajo conjunto no solo de las instituciones del Estado que brindan sus servicios para la atención de las víctimas de violencia, sino también son necesarias articulaciones entre sector público y privado, para tener un mayor alcance en la población. En esa línea, si bien en el Perú se dieron algunas iniciativas, los esfuerzos de articulación público-privada y la ampliación de la oferta de camas en refugios estuvo entre las acciones menos desarrolladas, en comparación con otros países de la región.

B. Medidas adoptadas por los Estados: acceso a la justicia

Tabla 2: Medidas adoptadas en América Latina (países seleccionados) en el marco del Sistema de Justicia

Medida	Extensión de medidas de protección o cautelares	Interoperabilidad de sistemas	Uso de tecnología para dictar medidas de protección	Equipos itinerantes	Monitoreo de la policía
América Latina	Argentina Chile Paraguay Uruguay	Brasil Chile Colombia	Argentina Brasil Bolivia	-	Uruguay
Perú	-	X	X	X	X

Fuente: Elaboración propia a partir de Fiscalía General de la Nación (2020), Ministerio de la Mujer (2020a), Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad (2020), Ministerio de la Mujer, Familia y Derechos Humanos (2020a), Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género (2020a), Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (2020) y Poder Judicial (2020).

1. Extensión de medidas de protección y cautelares

Durante el aislamiento social obligatorio, muchas de las medidas de protección y cautelares dictadas en favor de mujeres víctimas de violencia estaban a punto de ver vencido el plazo otorgado, por lo que se visibilizó la necesidad de extenderlas en pro de brindar un mayor resguardo ante la situación de confinamiento.

En este sentido, el Poder Judicial de Argentina dispuso a inicios de marzo que las medidas cautelares judicialmente decretadas de exclusión del hogar, prohibición de acercamiento y contacto, otorgamiento de dispositivos de alertas o cualquier otra medida de protección dictadas dentro de los procesos de violencia familiar, incluyendo aquellas vencidas dentro de los últimos 40 días, se las considerará prorrogadas por el plazo de 60 días (Centro de Información Judicial, 2020). En un mayor plazo, en Uruguay, mediante Resolución 21/2020, se dispuso la prórroga automática por 60 días de las medidas cautelares para víctimas de violencia de género que vencieron en los últimos 40 días o que vencerán dentro del periodo de la cuarentena.

En el caso de Chile y Paraguay se observa que la extensión de las medidas de protección es una solicitud que realizan ministerios o instituciones. En Paraguay, por ejemplo, la ministra de la Mujer es quien solicita mediante Nota 145/2020 a la Corte Suprema de Justicia:

> como medida de alcance general la prórroga automática de las medidas de protección judicialmente decretadas en favor de las víctimas de violencia, cuyos plazos se encuentran cumplidos o que se cumplirán durante el periodo de cuarentena ante el contexto del Covid-19, garantizando así la protección de las víctimas y el acceso a la justicia (2020).

Cabe señalar que el pedido fue estimado, otorgándose una prórroga automática de 60 días. En el caso de Perú no se tomó una decisión expresa para la extensión de las medidas de protección y cautelares, probablemente porque en nuestro país, tal como se desprende de los artículos 40 y 41 del Reglamento de la Ley 30364 (Decreto Supremo 009-2016-MIMP, 2016), estas medidas no suelen tener un plazo máximo de vigencia, sino que ello es evaluado por el juzgado en cada caso.

2. Interoperabilidad de sistemas

Para una mejor respuesta a la violencia que sufren las mujeres, es necesario que se refuerce la interoperabilidad de sistemas, lo cual implica un intercambio de información entre las diversas instituciones públicas.

En Perú, aunque con dificultades, se implementó el proyecto de interoperabilidad entre el Poder Judicial y la Policía Nacional del Perú (en adelante, PNP) para el caso de denuncias por violencia familiar:

> permite el envío del expediente policial (denuncia y la ficha de valoración de riesgo [FVR]) a través de la plataforma de interoperabilidad al PJ (documentos digitalizados y firmados digitalmente, ingresados electrónicamente a la mesa de partes electrónica del PJ). En respuesta, la PNP obtiene la metadata en la bandeja de medidas de protección del Sistema de Denuncias Policiales (MIMP, 2020, p. 38).

Asimismo, se observa que se ha llegado a crear el Plan de Contingencia de Actuación Policial, el cual implementaba la interoperabilidad en 12 de las 20 comisarías del Distrito Judicial de Lima Norte (MIMP, 2020, p. 39).

3. Uso de tecnología para dictar medidas de protección y cautelares

Con el fin de brindar una protección más integral a las víctimas de violencia, una de las materias en las que se vio necesario recurrir a la tecnología es en el dictado de medidas de protección y cautelares, lo cual se convertiría en una herramienta útil tanto en el periodo de pandemia como en el periodo post pandemia.

En este sentido, Brasil, mediante la Ley 14022, estableció que los organismos deben proporcionar canales de comunicación que garanticen la interacción simultánea, incluida la posibilidad de compartir documentos, siempre que sean gratuitos y puedan ser utilizados en dispositivos electrónicos, como teléfonos celulares y computadoras, para la asistencia virtual en situaciones que involucren violencia contra las mujeres (2020, art. 4). No obstante, en la ley señalada se hace la precisión de que la disponibilidad de canales virtuales de atención no excluye la obligación del Estado de mantener la atención presencial a las mujeres en situación de violencia intrafamiliar.

Por su parte, en el Perú, mediante el artículo 2 de la Resolución Administrativa 000140-2020-CE-PJ se dispone:

> la implementación de líneas telefónicas móviles para usar el aplicativo WhatsApp para la recepción de denuncias por violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar, en la cual se señala se podrá adjuntar documentos, audios e imágenes y la remisión de las medidas de protección y medidas cautelares. Asimismo, señala la norma, se puede utilizar el aplicativo Camscanner o similar, y videoconferencia mediante Google Hangouts Meet (2020).

De igual manera, países como Argentina y Bolivia "han habilitado tanto números de Whatsapp como correos electrónicos para facilitar la comunicación a las mujeres víctimas de violencia que puedan encontrarse aisladas" (Hernández Breña, 2020, párr. 26).

4. Equipos itinerantes

Para contrarrestar las restricciones de movilización y el cierre de locales que brindaban atención a los casos de violencia de género que impedían que las mujeres que sufrían algún tipo de violencia pudieran recibir la atención adecuada, se dispuso el funcionamiento de equipos itinerantes, los cuales estaban constituidos por diversos profesionales que se dirigen al lugar donde se encuentra la víctima.

En esta línea, en el Perú, el Decreto Legislativo 1470 del 27 de abril de 2020 estableció que "cuando no sea posible habilitar recursos tecnológicos, se debe disponer el traslado de jueces y juezas a las comisarías para el inmediato dictado de estas medidas, tomando las medidas de bioseguridad necesarias" (art. 4.1). De igual manera, mediante Resolución de Dirección Ejecutiva 020-2020-MIMP-AURORA-DE, se comprendió a los Equipos Itinerantes de los Centros Emergencia Mujer (en adelante, CEM) y al Servicio de Atención Urgente (en adelante, SAU) como servicios esenciales a ser prestados durante el estado de emergencia nacional.

5. Monitoreo de la policía

La actuación conjunta entre el Poder Judicial y la PNP resulta relevante, ya que esta última vela tanto por ayudar a las víctimas de violencia a poder realizar adecuadamente sus denuncias, como por hacer cumplir lo dispuesto por los jueces. De esta manera, en el Perú, según la información remitida por la División de Protección contra la Violencia Familiar obtenida del Informe 944-2020-DIRNOS PNP/DIRSCPC-DIVPCVF-SEC18:

> Se ha priorizado el patrullaje focalizado, motorizado o a pie, a víctimas de riesgo severo con medidas de protección dictadas antes de la emergencia sanitaria […] Se ha realizado control y monitoreo telefónico u otro similar a las víctimas con medidas de protección, de acuerdo a la accesibilidad que esta tenga a las tecnologías de la información (Defensoría del Pueblo, 2020a, p. 21).

Uruguay, por su parte, recurriendo a la tecnología, destinó un mayor presupuesto para reforzar el sistema de tobilleras electrónicas que se le instala tanto a la víctima como al agresor para que el dispositivo pueda enviar una alerta en caso de que el agresor intente acercarse más de lo permitido (Cifuentes, 2020, p. 14).

Una vez realizada la revisión de las medidas tomadas de forma urgente en el sistema de justicia, podemos concluir que en la región los Estados se han esforzado por brindar una respuesta acorde al aumento de los casos de violencia contra la mujer en el periodo de emergencia por el COVID-19. Sin embargo, ello ha enfrentado complicaciones previas como la falta de sistemas integrados interoperables que permitiesen contar con expedientes electrónicos en todas las circunscripciones, o la insuficiencia de personal para garantizar la efectividad de las medidas de protección.

No obstante, a pesar de que el Perú no se ha quedado atrás en la implementación de medidas

innovadoras en relación con el acceso a la justicia de víctimas de violencia, las limitaciones previas de los propios sistemas han hecho que dichas medidas resulten insuficientes, como se analizará más adelante.

Dicho esto, en la segunda parte abordaremos en detalle para el caso peruano, los logros y las limitaciones en el esfuerzo de la implementación de estas medidas por las diversas instituciones a cargo durante el primer año de la pandemia.

III. LA IMPLEMENTACIÓN DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS EN PERÚ PARA CONTRARRESTAR LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES EN EL CONTEXTO DE LA PANDEMIA DE COVID-19

Cuando analizamos las responsabilidades del Estado frente a la lucha contra la violencia hacia la mujer, pocas veces nos hacemos la pregunta sobre cuáles son los arreglos estatales e institucionales que se deben tener en cuenta para que la ruta prevista funcione. En las siguientes líneas se pretende reflexionar sobre los retos que la pandemia producida por el COVID-19 le ha impuesto al Estado peruano y cómo se ha podido responder frente a ellos. De manera simplificada podemos identificar en esta ruta varios sectores e instituciones como:

- El Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP), quien tiene a su cargo los Centros Emergencia Mujer (en adelante, CEM), Línea 100 y Chat 100, el Servicio de Atención Urgente (SAU), entre otros.
- El Ministerio del Interior (MININTER), de quien depende la Policía Nacional del Perú (PNP) y en particular las comisarías.
- El Poder Judicial (PJ), de quien dependen los juzgados.
- El Ministerio Público (MP), de quien dependen las fiscalías y el instituto de medicina legal.
- Los Gobiernos Regionales, de quien dependen los centros de salud.
- Los Gobiernos Municipales, de quien dependen las Defensorías Municipales de Niños, Niñas y Adolescentes (DEMUNAS) y Hogares de Refugio Temporal (HRT).

Cuadro 1: Ruta de atención contra la violencia hacia la mujer e integrantes del grupo familiar (Ley 30364)

Búsqueda de orientación	Denuncia	Etapa de protección	Etapa de sanción	Fin del proceso
• Pide orientación a familiares o vecinas. • Llama a la línea 100 para pedir orientación (MIMP). • Acude al CEM. • Acude al centro de salud u otra institución (DEMUNA). • Busca refugio.	• Comisaría • Policía • Juzgado	• Juzgado de Familia o mixto, juzgados de paz letrado o no letrado, luego de la evaluación dicta medidas de proteción (por ejemplo, retiro del agresor, impedimento de acercamiento, prohibición de uso de armas, etc.) y/o medidas cautelares (por ejemplo,alimentos, tenencia, bienes, acogimiento familiar, etc.).	• Fiscalía abre investiagación. • Si hay pruebas suficientes: formaliza la denuncia penal. • Si no hay pruebas suficientes se archiva en la Fiscalía.	• Juzgado penal, mixto, juzgados de paz letrados evalúa pruebas y condena o absuelve. • Si hay condena, se debe ejecutar la sentencia.

Fuente: Elaboración propia a partir de la Ley 30364 (2015).

Lo primero que salta a la vista es que la respuesta a la violencia no depende de un solo sector, ni siquiera de un solo nivel de gobierno. En circunstancias normales, la respuesta a la violencia requiere de mecanismos de coordinación interinstitucional como la Comisión Multisectorial de Alto Nivel (CMAN) que es el máximo organismo previsto en la Ley 30364 del Sistema Nacional para la Prevención, Sanción y Erradicación de la Violencia contra las Mujeres e Integrantes del Grupo Familiar, tanto a nivel nacional como descentralizado. Además, resulta necesario contar con guías técnicas o protocolos conjuntos que permitan la coordinación efectiva entre los servicios que se brindan de una u otra institución, esfuerzos que ya venía desplegando el Estado peruano. Esto se puede visibilizar, por ejemplo, en el protocolo conjunto de la atención entre los CEM y los centros de salud, o el de

la atención en CEM y comisarías, entre otros[5]. A todo ello, debemos sumar la heterogeneidad de nuestra realidad, que exige al Estado organizar una respuesta apropiada a las comunidades urbanas densamente pobladas, a las ciudades intermedias y a las comunidades del ámbito rural.

El esfuerzo, entonces, de coordinación y alineamiento no es menor y, más bien, podríamos reconocer que es enorme e incomparable frente a otros servicios públicos como los educativos o los de salud, en los cuales un mismo sector tiene la mayoría de la responsabilidad, y que cuenta con la presencia de direcciones regionales con una organización administrativa de antigua data, aun cuando no desconocemos los retos de la descentralización.

En este contexto intentaremos hacer un balance resumido de la respuesta del Estado peruano frente a la Violencia Contra la Mujer y Miembros del Grupo Familiar (en adelante, VCMGF) en el primer año de la pandemia provocada por el COVID-19. Al respecto es importante reconocer la labor desplegada por la Defensoría del Pueblo (en adelante, Defensoría) que desde un primer momento y de manera permanente ha monitoreado los diferentes servicios en relación con la VCMGF durante el contexto de la emergencia, siendo fruto de ello sus numerosos reportes[6].

A. Respuesta inmediata y organización de los servicios

Como se comentó, frente a la magnitud del riesgo del COVID-19, el Estado peruano decretó la inmovilización general y el cierre temporal de toda la Administración Pública, salvo lo que se consideró como "servicios esenciales", especialmente los vinculados al sector salud (Decreto Supremo 044-2020-PCM, 2021). En ese momento, la responsabilidad de las autoridades era la de evaluar la necesaria continuidad de los servicios para atender a la ciudadanía y el deber de cuidado respecto de su propio personal para que pueda continuar brindando estos servicios con el menor riesgo posible. Declarada la cuarentena, el Ministerio Público dispuso la continuidad del funcionamiento de las fiscalías provinciales de familia y las penales (Resolución de la Fiscalía de la Nación 588-2020-MP-FN, 2020); mientras que el Poder Judicial estableció que en todos los distritos judiciales seguirían funcionando: (i) un juzgado penal; (ii) uno no penal; (iii) uno para atender casos de violencia familiar; y (iv) una sala mixta (Resolución Administrativa 115-2020-CE-PJ, 2020). En el caso de la Policía Nacional, se aprueba un documento conteniendo "Medidas para garantizar la atención y protección de las víctimas de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar ante el estado de emergencia sanitaria ocasionada por la Covid-19" (Defensoría del Pueblo, 2020a, p. 22). Por su parte, el MIMP, a través de la Resolución de Dirección Ejecutiva 020-2020-MIMP-AURORA-DE, estableció como servicios esenciales de su sector los que se prestan a través de "los Hogares de Refugio Temporal, servicio de Línea 100, Servicio de Atención Urgente, y Equipo Itinerante de Urgencia" (2020, art. 2).

En este primer momento, la respuesta estatal se concentró en los casos de riesgo severo (tentativa de feminicidio, feminicidio y violación sexual), quedándose sin mayor protección un importante grupo de víctimas que estaban enfrentando situaciones de violencia, calificadas como de riesgo medio. Así lo hizo conocer la Defensoría del Pueblo a las autoridades correspondientes. En dicha comunicación, la entidad:

> manifestó su preocupación por la falta de canales adecuados para la tramitación de las denuncias por violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar; así como, el acceso a medidas de protección efectivas que eviten nuevos hechos de violencia y posibles casos de feminicidio (Defensoría del Pueblo, 2020a, p. 6).

En este contexto y ante la creciente demanda de ayuda por parte de las víctimas, expresada especialmente a través de la línea telefónica, el 27 de abril –es decir, seis semanas después del inicio de

[5] Entre los documentos técnicos preexistentes a la pandemia podemos mencionar: Protocolo interinstitucional de acción frente al feminicidio, tentativa de feminicidio y violencia de pareja de alto riesgo (Decreto Supremo 006-2015-MIMP, actualizado por Decreto Supremo 004-2018-MIMP, 2018); Protocolo base de actuación conjunta en el ámbito de la atención integral y protección frente a la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar (Decreto Supremo 012-2019-MIMP, 2019); Protocolo de actuación conjunta entre los Centros Emergencia Mujer - CEM y los Establecimientos de Salud - EE.SS. para la atención de las personas víctimas de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, en el marco de la Ley 30364 y personas afectadas por violencia sexual (Decreto Supremo 008-2019-SA, 2019); Protocolo de actuación conjunta de los Centros Emergencia Mujer - CEM y Comisarías o Comisarías Especializadas en Materia de Protección contra la Violencia Familiar de la Policía Nacional del Perú (Decreto Supremo 006-2018-MIMP, 2018); y el Protocolo de Actuación Conjunta entre el Centro Emergencia Mujer - CEM y los Servicios de Defensa Pública (Decreto Supremo 008-2020-JUS, 2020).

[6] Los informes desarrollados por la Defensoría del Pueblo pueden consultarse en: https://www.defensoria.gob.pe/grupos_de_proteccion/mujer/.

la emergencia– se promulgó el Decreto Legislativo 1470 que contiene importantes provisiones y cambia la forma como se venía atendiendo el fenómeno de la VCMGF, como se explicará a continuación.

El Decreto Legislativo 1470 establece lo siguiente:

> Las instituciones con responsabilidades en el marco de la Ley N° 30364, garantizan la continuidad de sus servicios. Para ello, elaboran y aprueban planes de contingencia que disponen el funcionamiento de los mismos asegurando la habilitación de canales de comunicación (correos electrónicos, teléfonos, celulares o cualquier otro donde quede constancia de la recepción de la comunicación) durante este periodo de forma permanente (2020, Tercera Disposición Complementaria Final).

Asimismo, teniendo en cuenta el rol que habían asumido las Fuerzas Armadas (FFAA) y la PNP en el contexto de la emergencia, se reafirma la restricción del uso de la fuerza y la prohibición de "todo acto de discriminación por motivo de sexo, identidad de género, orientación sexual, nacionalidad, identidad étnico-racial y/o cultural, edad, condición de discapacidad, entre otros" (Decreto Legislativo 1470, 2020, art. 3).

B. Búsqueda de orientación y acompañamiento

Una primera pregunta que podríamos hacernos es por qué en su listado de servicios esenciales el MIMP no consideró a los **CEM**. Ello tiene que ver, por un lado, con el tipo de servicio que prestan los CEM a las víctimas de violencia y, por otro lado, con las condiciones físicas en donde se presta este servicio. Respecto de lo primero, los CEM no son instancias de recepción de denuncias, sino que brindan a las víctimas de violencia servicios de asesoría: (i) un acompañamiento legal si desean hacer una denuncia en la policía, fiscalía o juzgado; (ii) una respuesta de corte psicológico para el control de crisis, derivándose a un centro de salud para la continuidad de un tratamiento; y (iii) un acompañamiento social para restablecer redes de protección a las víctimas de violencia. Como se puede apreciar, dada la restricción de movilidad era difícil que las víctimas pudieran desplazarse hasta estos centros, por lo que se consideró la oferta telefónica como un servicio más apropiado para el acompañamiento o la derivación e incluso, en casos de mayor envergadura, el desplazamiento de los equipos itinerantes hacia el lugar donde se encontrara la víctima.

Otro tema en consideración tiene que ver con los espacios físicos donde se prestan estos servicios. Al respecto, se puede identificar que los CEM tradicionales[7] funcionan en alguna dependencia municipal, con horarios regidos por esta, y los nuevos CEM están situados en comisarías que se adecuan a los turnos de atención de estas. En ambas modalidades estamos frente a espacios reducidos y con muchas limitaciones por ser dependientes de otros servicios públicos; esto es particularmente cierto en los CEM que se han instalado en las comisarías, los cuales, si bien tienen la ventaja de brindar en un solo espacio todos los servicios, encuentran su desventaja en las condiciones en que se proporcionan estos servicios[8]. Lo anterior nos lleva a la reflexión sobre la importancia de los servicios brindados por los CEM y su desarrollo en condiciones bastante limitadas –en algunos casos, precarias–, situación que no se originó en la pandemia, sino que tiene raíces más profundas.

Entonces, la decisión de no habilitar los CEM en un primer momento como servicios esenciales en el contexto del COVID-19 parece haber sido la correcta, pues, como dijimos, la autoridad debe evaluar también las condiciones en que su personal presta el servicio para balancear el riesgo que corren y poder brindarles la protección correspondiente.

Teniendo en cuenta la duración de la emergencia sanitaria, y dado que el personal de los CEM regulares no podía atender en el local, el MIMP organizó equipos itinerantes para la atención de casos. Estos equipos eran conformados por dos o tres servidores del personal de los CEM, para que con esta estrategia pudieran llegar a los domicilios de las víctimas. Para febrero de 2021, de acuerdo a la información proporcionada por la titular del sector a la Comisión de la Mujer y Familia del Congreso de la República, se habían conformado 967 equipos itinerantes, de los cuales 567 se encontraban en las zonas de riesgo extremo y 400 equipos en

[7] Existen otras 2 modalidades de CEM: el CEM 7X24 (atención las 24 horas) y CEM en Centro de Salud, pero son excepcionales, por lo que no se hace referencia en detalle de sus intervenciones (Rousseau *et al*., 2019, pp. 41-42).

[8] Al respecto ya la Defensoría del Pueblo había documentado la problemática. En el 2018, había identificado que la decisión de apertura de CEM en comisarías no había sido acompañada de mejoras o modificaciones en las instalaciones, y que, si bien era visto como necesario, las comisarias no habían recibido una partida presupuestal para la implementación del CEM en sus instalaciones (Defensoría del Pueblo, 2018, p. 73). En una siguiente supervisión en el 2019, un 32% de trabajadores de los CEM manifestaron que el mobiliario con el que laboraban resultaba regular para el servicio que prestan (Defensoría del Pueblo, 2019, p. 27).

zonas de riesgo alto y muy alto de COVID-19 (Congreso de la República del Perú, 2021). Asimismo, los CEM en comisaría se reactivaron, respetando las medidas de bioseguridad correspondientes y reorganizando sus equipos para cubrir el máximo de atención.

Ahora bien, analicemos los otros servicios que sí se declararon como 'esenciales'. En primer lugar, podemos señalar que todos estos servicios están en lo que ubicamos como el primer hito en la ruta de atención frente a la violencia que sufren las mujeres, es decir, la búsqueda de orientación y acompañamiento.

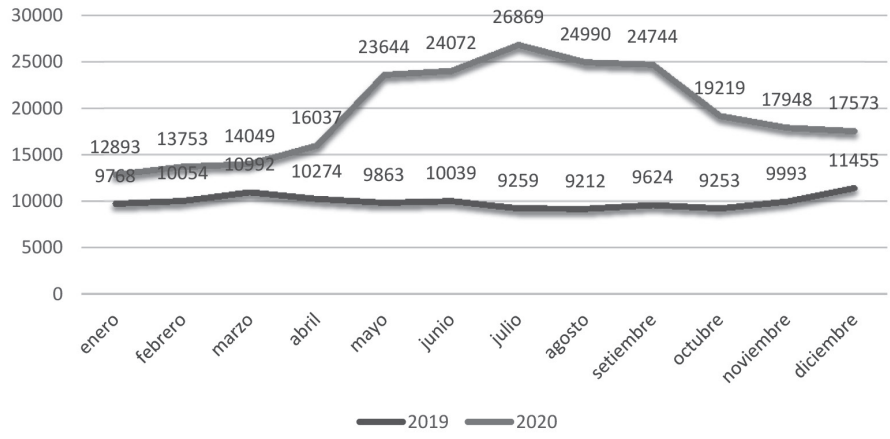
La **Línea 100,** por ejemplo, es un servicio para orientar al público en general. A través de ella se brinda orientación sobre dónde acudir cuando se quiere presentar una denuncia, también brinda consejería a las propias víctimas en momentos de crisis y finalmente, según la situación que se presenta, deriva casos a los otros servicios del MIMP, tal como el SAU y los propios CEM.

En el contexto de la pandemia, este era el servicio que mejor se ajustaba a las nuevas condiciones y, por tanto, fue el servicio más publicitado por el MIMP. Sin embargo, ello exigía una serie de arreglos internos que implicaban desde el trabajo remoto –hasta antes de la pandemia se atendía desde una central telefónica que reunía a todo el personal por turnos–, hasta el cambio en los protocolos de respuesta. Como se ha documentado, en los tres meses siguientes a la declaratoria de cuarentena la Línea 100 duplicó el número de llamadas recibidas (Defensoría del Pueblo, 2020b), aunque se debe reconocer que, a causa de la confusión del momento, dicho incremento incluyó también una importante cantidad de llamadas solicitando orientación para hacer frente al COVID-19 o para la entrega de bonos (Hernández *et al.*, 2021).

De otro lado, la situación exigió que se implementaran rutas de actuación diferenciadas de acuerdo con el nivel de riesgo determinado por las operadoras de la Línea 100. En primer lugar, en los casos de riesgo leve –que hasta antes de la pandemia solo recibían información u orientación en general– se estableció la necesidad de un acompañamiento psicológico, lo que implicaba ponerse en contacto con la víctima en los días posteriores a la llamada para monitorear su situación. En segundo lugar, en los casos calificados de riesgo moderado, además de las llamadas de seguimiento con una frecuencia acordada con la víctima, se aplicó una ficha de derivación, situación que era evaluada por la operadora si esta determinase la necesidad de una mayor atención. Finalmente, en los casos de riesgo severo, especialmente en los de tentativa de feminicidio y violación sexual contra niñas y niños, se debía coordinar la respuesta con los Coordinadores Regionales, los SAU o los Equipos Itinerantes de Urgencia según fuese necesario, así como con la PNP (Hernández *et al.*, 2021).

Sin duda, todo ello generó una carga fuerte para el personal y con ello una situación de alto estrés para las operadoras, que de pronto se vieron en la primera fila de contención frente a la búsqueda de ayuda de víctimas de violencia basada en el género. Así, las llamadas telefónicas a la Línea 100 pasaron de 12 893 en enero de 2020 a 26 869 llamadas en julio del mismo año. Para comprender mejor esta situación se ha elaborado el siguiente gráfico comparativo sobre el incremento de las llamadas a la Línea 100 entre el 2019 y el 2020.

Gráfico 1: Consultas atendidas por la Línea 100 (2019-2020)



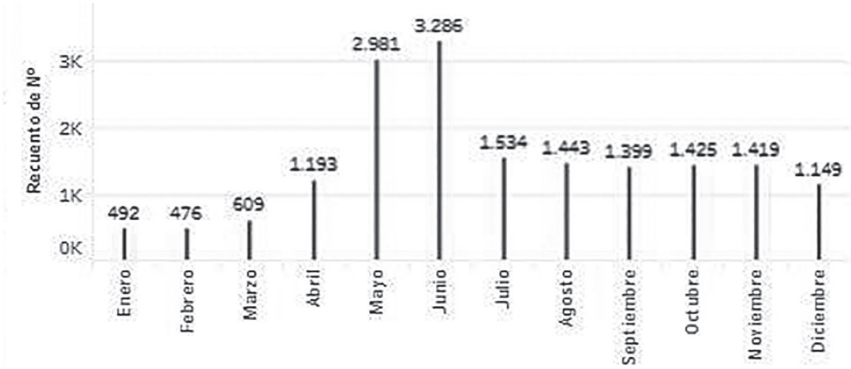
Fuente: Elaboración propia a partir del Portal Estadístico Programa Nacional Aurora (Observatorio Nacional de la Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar, 2020).

De acuerdo con el MIMP, se produjo un incremento de la atención de los diferentes servicios de manera virtual en más de un 200%, tanto respecto de la Línea 100 como del Chat 100 (MIMP, 2020). Respecto del Chat 100, debemos señalar que es un servicio del MIMP que se creó hace algunos años y que estuvo

> dirigido especialmente a adolescentes de 13 a 17 años y jóvenes de 18 a 25 años de edad, quienes ingresan con mayor frecuencia a las redes sociales y a otras herramientas de internet, y cuya finalidad es brindar orientación para el establecimiento de relaciones saludables y prevenir situaciones de violencia (MIMP, 2020).

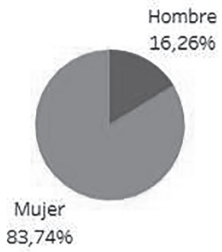
Frente a la situación de emergencia y el incremento de consultas, el MIMP extendió los turnos de atención del personal, de manera tal que le permitiera cubrir las 24 horas del día. También, se incluyó en la plataforma la consejería para varones, ya que un 16% de consultas provenía de aquellos (MIMP, 2020).

Gráfico 2: Consulta Chat 100, por mes (2020)



Fuente: Portal Estadístico Programa Nacional Aurora (Observatorio Nacional de la Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar, 2020).

Gráfico 3: Consultas Chat 100, según sexo, 2020



Fuente: Portal Estadístico Programa Nacional Aurora (Observatorio Nacional de la Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar, 2020).

Un tema importante a tener en cuenta en ambos servicios es que si bien tienen una cobertura nacional, la mayor demanda proviene de los distritos de Lima. Así, de acuerdo a Hernández, Dador y Cassaretto, en el 2020 el 50% de las llamadas en la Línea 100 provino de 27 distritos, 25 correspondientes a la capital y 2 de fuera de Lima, entre los más de 1 800 a nivel nacional[9] (2021, p. 61). Una situación similar se produjo en el Chat 100, de acuerdo con el reporte que el propio sector realizó (Observatorio Nacional de la Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar, 2020).

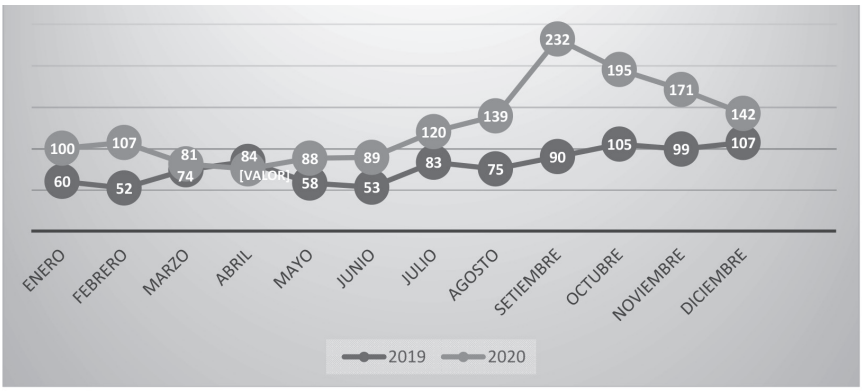
Mientras ello sucedía en los servicios virtuales, una situación diferente se dio en los **SAU**. Dicho servicio está presente en solo ocho regiones y tiene como finalidad brindar atención de forma inmediata y oportuna a las víctimas de los casos de violencia familiar y sexual derivados de la Línea 100 o de los CEM y, por tanto, cuentan con

[9] Los distritos señalados de mayor a menor volumen de llamadas son los siguientes: San Juan de Lurigancho, Cercado de Lima, San Martín de Porres, Ate, Comas, Villa María del Triunfo, Callao, Los Olivos, Villa El Salvador, Chorrillos, San Juan de Miraflores, Santiago de Surco, Carabayllo, Puente Piedra, Ventanilla, Trujillo, La Victoria, El Agustino, Rímac, Santa Anita, Independencia, Lurigancho, Chiclayo, San Miguel y Juliaca (Hernández et al., 2021, p. 61).

una ambulancia y con personal *ad hoc*. Así, de acuerdo a las estadísticas del MIMP, este servicio continuó brindando asistencia sin interrupciones durante todo el 2020 (Observatorio Nacional de la Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar, 2020). Sin embargo, si bien en el mes de enero se atendieron 620 casos, la cifra se redujo a 387 en abril, y luego en junio (mes del mayor pico en la atención de la Línea 100 y el Chat 100) se atendieron solo 444 casos, siendo el mes de septiembre el de mayor número de intervenciones del SAU.

Si analizamos el total de casos atendidos en el 2019 (6 097) y el total de casos atendidos en el 2020 (6 311) vemos que no ha habido una mayor variación. Sin embargo, si comparamos la atención del SAU en casos de denuncias por violencia sexual apreciamos un incremento considerable entre el año 2019 (940) y el año 2020 (1 539), especialmente en el tramo de agosto a diciembre donde prácticamente se duplicaron. Esto nos lleva a reflexionar, en primer lugar, sobre la priorización de este tipo de intervenciones por la gravedad de los hechos por el lado de la prestación del servicio y, en segundo lugar, respecto a cuántas más personas se animaran a denunciar acudiendo a este servicio. Esto último puede guardar relación con la disminución de servicios alternativos en el contexto de la pandemia, incluyendo los servicios de salud, lo que reducía las alternativas de atención frente a la violencia sexual.

Gráfico 4: SAU: Casos atendidos por violencia sexual 2019-2020



Fuente: Elaboración propia a partir del Portal Estadístico Programa Nacional Aurora (Observatorio Nacional de la Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar, 2020).

Otro servicio que fue declarado como esencial por el MIMP fueron los **HRT.** A pesar de ello, es recién a partir del Decreto Legislativo 1470 que se establece que el Ministerio de Salud

> debe disponer de manera inmediata, la atención y realización de pruebas para descartar COVID-19, de las mujeres e integrantes del grupo familiar víctimas de violencia que ingresan a hogares de refugio temporal, para garantizar su derecho a la salud durante la emergencia sanitaria. Asimismo, debe coordinar con los hogares de refugio temporal públicos y privados, en caso que una víctima de violencia residente presente positivo a la enfermedad, a fin de asegurar su tratamiento y cuidados hasta su plena recuperación (2020, Primera Disposición Final).

De acuerdo a la información de la Defensoría, en un primer momento de la pandemia, de los 49 refugios existentes, solo 24 estaban en funcionamiento (2020a, p. 6), lo que implicaría que la capacidad de camas disponible estaba en un 50%. Al respecto, si bien de acuerdo con nuestro marco normativo este tipo de servicios deben ser desarrollados a nivel regional y municipal, ante la falta de iniciativa en esos niveles de gobierno y con ocasión de la nueva Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, es decir, la Ley 30364 que fue dictada en el 2015, el MIMP impulsó convenios de gestión con los gobiernos regionales para el establecimiento de los HRT destinando una parte del presupuesto necesario para dotarlos de personal y así asegurar su funcionamiento.

En el año 2019, de acuerdo a un informe de la Defensoría, en el Perú

> existían 49 hogares de refugio temporal ubicados en todas las regiones, excepto la región del Callao, evidenciándose desde entonces que el número de HRT y camas disponibles en el territorio nacional, no resultaba proporcional a los niveles de violencia de alto riesgo que viven las mujeres y a la falta de una red de soporte familiar (2019, p. 10).

Para el 2020, en el contexto de la pandemia, el número de HRT monitoreados por el sector eran 40 (Huaita Alegre, 2021), 19 estaban a cargo de los Gobiernos subnacionales en cogestión con el Programa Nacional Aurora, 8 a cargo de los Gobiernos locales, 4 a cargo de Iglesias, 6 a cargo de la Sociedad Civil y 3 a cargo de la Sociedad de Beneficencia. Si comparamos estas cifras con las recogidas en el informe de la Defensoría antes referido, el número total de HRT en cogestión con el MIMP había aumentado de 14 a 19. Sin embargo, el número total de HRT aparentemente había disminuido de 49 a solo 40 en el período[10]. Al respecto, si bien se conoce que el sector hizo una supervisión de los HRT durante el 2020, no se han hecho públicos los resultados de dicha supervisión por lo que no se conocen cifras oficiales.

En el caso de Lima Metropolitana, un estudio reciente del Perú sobre los refugios para las víctimas de la violencia de género, identificó que la Municipalidad Metropolitana de Lima (en adelante, MML), la cabeza del gobierno de la capital peruana, no ha tenido una política consistente respecto de sus obligaciones de brindar servicios a las víctimas de violencia de género (Huaita Alegre, 2021). En efecto, en la última década se pasó de una interesante oferta de servicios municipales para las mujeres víctimas de violencia de género –incluyendo servicios de asesoría legal y casa de refugio– impulsados parcialmente con un fondo de cooperación internacional durante una gestión municipal (Susana Villarán durante el periodo 2011-2014), al cierre total de estos servicios en la siguiente gestión (Luis Castañeda durante el periodo 2015-2018) y luego a una nueva oferta (Jorge Muñoz durante el periodo 2018-2022). Ello surge como respuesta al clamor de protección urgente de las mujeres víctimas de la violencia de género durante la pandemia, y que hoy en día se está buscando institucionalizar.

Para atender a las víctimas de violencia en el contexto de la pandemia, la MML instaló hasta 2 HRT durante el año 2020 (Municipalidad Metropolitana de Lima, 2020a & 2020b), si bien con limitaciones en cuanto a la infraestructura, esta nueva experiencia tiene la fortaleza de ser una respuesta asumida esencialmente con recursos propios de la MML, lo cual la hace menos dependiente de recursos externos y aumenta sus posibilidades de institucionalizarse. Esto contrarrestaría la debilidad de la experiencia previa de ser dependiente de fondos externos, lo que facilitó la supresión total del servicio.

En este punto, merece un comentario aparte la atención que la MML ha brindado a las mujeres migrantes venezolanas víctimas de violencia de género, cuya situación crítica se agravaba por no contar en el país con redes familiares o sociales de soporte. Al respecto, el equipo de la MML ha encontrado un importante apoyo en entidades de cooperación a personas migrantes, que permiten a las víctimas acceder a subvenciones económicas e incluso asistencia para la empleabilidad, que en otras circunstancias hubiera sido imposible ofrecer (Huaita Alegre, 2021)

En enero del 2021, además de la Línea 100, Chat 100, SAU, los propios CEM y sus equipos itinerantes y los HRT, se declaró como servicio de emergencia la Estrategia de prevención, atención y protección frente a la violencia familiar y sexual en zonas rurales (Resolución Ministerial 031-2021-MIMP, 2021; Resolución Ministerial 177-2021-MIMP, 2021). Ello resulta especialmente significativo dado que una de las serias limitaciones de la respuesta a la pandemia fue su centralización en Lima –o en las ciudades más grandes– dejándose postergadas a las zonas que no cuentan con internet y acceso a estas redes, como los ámbitos rurales. Esto sin duda coadyuvará a una mejor organización de la respuesta estatal frente a la VCMGF.

C. Denuncias

Luego de la dación del Decreto Legislativo 1470, el 17 mayo del 2020, la PNP aprobó el Plan de contingencia de actuación policial, para la atención y protección de las víctimas de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, ante el estado de emergencia sanitaria ocasionada por el COVID-19 en el marco del Decreto Legislativo 1470, el Plan de Contingencia 001-2020-DIRSCPC-DIVPCVF-SEC, que organiza la actuación policial para la atención y protección de las víctimas de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, ante el estado de Emergencia Sanitaria Nacional ocasionada por el COVID-19 estableciendo los mecanismos para garantizar la continuidad de los servicios prestados por las comisarías (Policía Nacional del Perú [PNP], 2021), en especial por las comisarías especializadas de familia.

[10] Las cifras son recogidas a partir de una entrevista que se hizo a la directora del Programa Aurora para el estudio de HRT (Huaita Alegre, 2021).

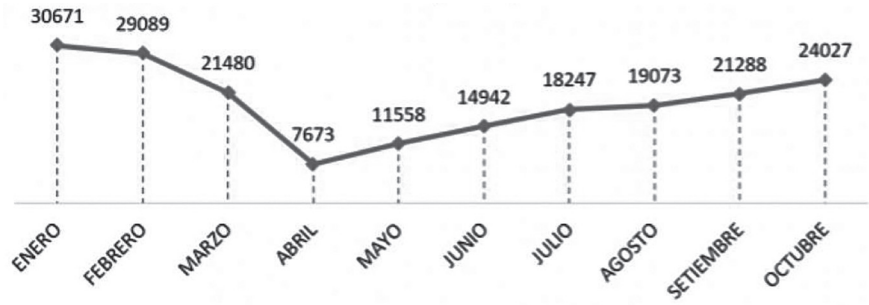
Tabla 3: Plan de contingencia de actuación policial (4 de mayo 2020)

• Uso de medios de comunicación electrónicos. • Detección de hechos de violencia por intermedio de las *"Ánforas de lucha contra la violencia"* (información anónima). • Reformulación del plan de ejecución de medidas de protección. • Independientemente del nivel de riesgo que presente la víctima procede a realizarse el servicio de control y monitoreo de medidas de protección. • Constituirse a los domicilios de las partes procesales a fin de informarles la existencia de las medidas de protección dictadas y hacerles firmar las constancias respectivas, garantizando la georreferenciación del domicilio de la víctima.	• Informar de inmediato al Juzgado por el medio electrónico. • Monitoreo Telefónico. • Patrullaje Focalizado. • Priorización del uso del aplicativo policía 24/7. • Apoyo de unidades móviles del servicio de seguridad ciudadana de su distrito. • Trámites y diligencias relacionadas con el incumplimiento de medida de protección. • Medidas de seguridad ante un caso de violencia, o ejecución de medida de protección cuya víctima o agresor sea presuntamente positivo de COVID-19.

Fuente: Elaboración propia a partir del Informe de Adjuntía 007-2020-DP/ADM de la Defensoría del Pueblo (2020a).

Un efecto inmediato que tuvo el Decreto Legislativo 1470 al establecer la atención de denuncias en todos los casos de violencia sin importar el nivel de riesgo para la víctima, fue claramente el aumento en la respuesta policial. Hasta ese momento, como mencionamos, solo se actuaba en los casos graves y de flagrancia, relegando los demás casos a solo ser registrados con la indicación de que se les daría trámite luego de que se levantara el aislamiento (Defensoría del Pueblo, 2020a).

Gráfico 5: Número de denuncias, según mes, año 2020 (enero-octubre)



Fuente: Observatorio Nacional de la Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar (2020).

Sin embargo, en este momento surgió una seria dificultad que impidió que se cumpla a cabalidad la agilización de la coordinación en el envío de documentación interinstitucional. Esto es la deficiencia en la interoperabilidad de las plataformas y el retraso mismo en contar con medios tecnológicos de las diferentes dependencias que impedían cumplir a cabalidad el mandato de comunicar inmediatamente a los juzgados competentes.

Frente a ello, al igual que en otras instituciones, se procedió a la capacitación de su personal en "los Distritos Judiciales de Lima Este, Callao, Ventanilla, Áncash y Arequipa de forma virtual sobre la intervención contra la violencia familiar" (MIMP, 2020, p. 39) y se implementó

> la interoperabilidad en 12 de las 20 comisarías del Distrito Judicial de Lima Norte [con el fin de trabajar] de forma integral en la emisión, recepción y ejecución de la medida de protección por VCMIGF (MIMP, 2020, p. 39).

Así, entre los problemas que se pudieron identificar en la respuesta de la PNP se encuentran la limitación en la dotación policial asignada a estas responsabilidades y el número reducido de comisarías que contaban con mesa de partes electrónicas a nivel nacional, por lo que no todas las denuncias, especialmente las de riesgo leve y moderado, fueron remitidas a los juzgados.

A pesar de estas limitaciones, nos parece importante resaltar algunas iniciativas significativas, como la comisaría de familia del distrito de Villa El Salvador que instaló ánforas de denuncias en diversos lugares céntricos del distrito. Esto dilucidó que tanto servicios públicos como negocios estaban comprometidos en la lucha contra la violencia, lo que sirvió para recibir denuncias anónimas de la ciudadanía sobre actos de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar (MIMP, 2021, p. 15).

Una vez recabadas las denuncias, estas debían ser derivadas a la instancia correspondiente para

la investigación y/o otorgamiento de medidas de protección. Hasta noviembre de 2020, la remisión de las denuncias se distribuyó de la siguiente manera: (i) 37% a Juzgado de Familia (81 671); 28% a Fiscalía de Familia (62 341); (ii) 15% a Fiscalía Penal (33 614); y (iii) 6% a Juzgados Mixtos (12 515).

Por su parte, la Fiscalía, adecuándose a la emergencia, dispuso que la recepción de denuncias de violencia contra mujeres e integrantes del grupo familiar debía realizarse a través de mensajería instantánea y otros medios tecnológicos (Resolución de la Fiscalía de la Nación 672-2020-MP-FN, 2020). Además, reportó que en los 34 distritos fiscales había 71 Fiscalías Especializadas en violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar (en adelante, FEVCM). De este total, 68 eran fiscalías provinciales y 3 fiscalías superiores. En esa misma línea, se informó que a nivel nacional

> se presentaron 234,434 denuncias por delito de Lesiones graves por violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar (Art. 121-B) y delito de agresiones en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar (Art. 122-B), se registraron las denuncias de doce víctimas de feminicidio y 25 de tentativa (MIMP, 2020, p. 41).

Al igual que las demás instituciones, en el contexto de la pandemia se autorizó a nivel nacional la utilización de medios tecnológicos para el desarrollo de las distintas diligencias, siempre que no vulnerase alguna norma procesal y se garantice el derecho de defensa. Sin embargo, de acuerdo a un informe de supervisión a las FEVCM, la Defensoría encontró que las principales limitaciones en la labor que estas fiscalías venían cumpliendo a junio de 2020 fueron: "expedientes no digitalizados (73%); demora por parte de los Juzgados de Familia en el traslado de casos (51%) y dificultades para el recojo de pruebas en la investigación fiscal (46%)" (2020c, p. 33). Además, se constató que hay una disminución de ingresos de casos nuevos, fruto de las restricciones de la cuarentena. A pesar de ello, "el 69% (75) […] señaló que no cuenta con personal suficiente para la atención de casos de violencia contra la mujer, teniendo en cuenta la carga laboral" (Defensoría del Pueblo, 2020c, p. 33).

Para fines de 2020, la carga de casos ingresados a las FEVCM fue de 278 865 casos, es decir, solo el 9% menos de lo ingresado el 2019, constituyéndose en el tipo de fiscalía con mayor cantidad de ingresos a nivel nacional y la menos impactada en términos de demanda por el contexto de la pandemia. Por ello, y con el fin de optimizar el ejercicio de la función fiscal, la Resolución de la Fiscalía de la Nación 135-2021-MP-FN dispuso la conversión de un número importante de fiscalías civiles en FEVCM, para lo cual se ordenaron hacer los procesos de capacitación correspondiente (2021). Se dispuso también que este proceso sea acompañado por la Coordinadora Nacional de las FEVCM que se había creado en el mes de setiembre con el fin de elaborar estrategias de actuación y unificación de criterios de estas fiscalías especializadas (Resolución de la Fiscalía de la Nación 971-2020-MP-FN, 2020).

D. Etapa de protección

El Decreto Legislativo 1470 dispone que, para la emisión de medidas de protección y/o cautelares, se pueda prescindir de las audiencias y que las mismas deben ser emitidas en un plazo máximo de 24 horas y ejecutadas de manera inmediata. Asimismo, establece lo siguiente:

> Para determinar la medida de protección idónea se establece que el Juzgado debe tener en cuenta: los hechos denunciados, las medidas restrictivas de derecho derivadas de la emergencia sanitaria y el riesgo en que se encuentra la víctima (Decreto Legislativo 1470, 2020, art. 4).

Se establece, además, que no cabe la aplicación del mandato de cese, abstención y/o prohibición de ejercer violencia, y que más bien deben priorizarse las medidas que:

> eviten el contacto entre la víctima y la persona denunciada, el patrullaje constante del domicilio de la víctima, así como el retiro de la persona denunciada del hogar. De no ser posible el retiro, se debe evaluar si la víctima cuenta con redes familiares o sociales de apoyo o si requiere que se le dé acogida en un Hogar de Refugio Temporal, o en otro centro (Decreto Legislativo 1470, 2020, art. 4.4).

Además, se establece la labor que debe llevar a cabo la PNP en este proceso:

> georreferencia la dirección del domicilio consignado en la medida de protección; proporciona un medio de comunicación directo para monitorear y atender de manera oportuna a la víctima, brindándole la protección y seguridad de la víctima. Para esta atención cuenta, de ser necesario, con el apoyo del servicio de Serenazgo de cada distrito, las organizaciones vecinales, los juzgados de paz o autoridades comunales (Decreto Legislativo 1470, 2020, art. 4.7).

Luego de la dación de este Decreto Legislativo, como se analizó en el apartado anterior, se incrementaron las denuncias y, de forma correlativa, las

solicitudes de medidas de protección en los juzgados. En ese contexto, el Poder Judicial emitió varias normas para la atención de causas de violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar. A continuación, se observará cada una de ellas.

Primero, la **Resolución Administrativa 000129-2020-CE-PJ** que "aprueba un Protocolo con medidas para la reactivación gradual y progresiva de funciones de los órganos jurisdiccionales y administrativos del Poder Judicial" (2020).

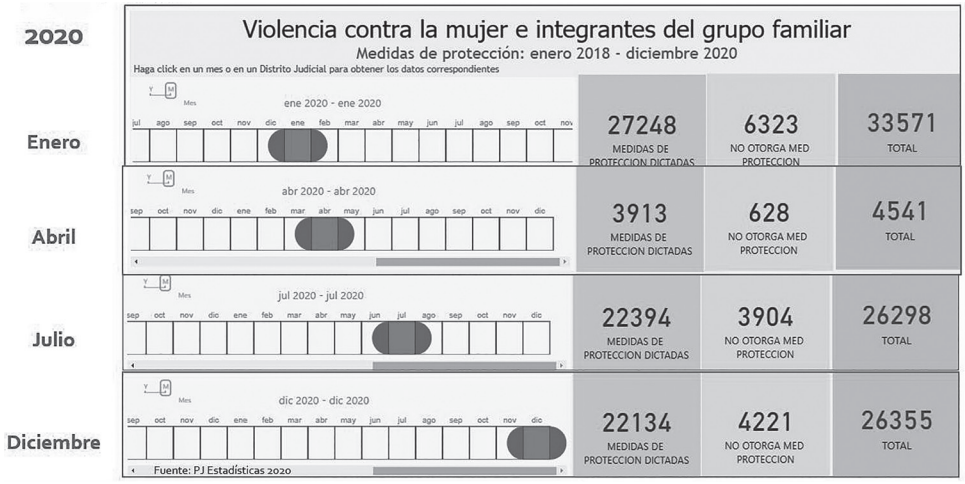
Segundo, la **Resolución Administrativa 000131-2020-CE-PJ** que resuelve lo siguiente:

> Artículo Primero.- […] Habilítese a los Jueces Especializados de Familia y/o Mixtos competentes para dictar medidas de protección y/o cautelares, regulado por la Ley N° 30364 […] conforme a las reglas establecidas en el artículo 4° del Decreto Legislativo N° 1470.
>
> Artículo Segundo.- Los órganos jurisdiccionales de emergencia designados a nivel nacional, dejarán de resolver las mencionadas solicitudes [de medidas de protección y cautelares].
>
> Artículo Tercero.- Disponer que […] habiliten los recursos tecnológicos necesarios para el dictado de las medidas de protección y/o cautelares, y desarrollar los procedimientos para su uso adecuado (2020).

Y, tercero, la **Resolución Administrativa 000140-2020-CE-PJ** que resuelve "Disponer el uso de las cuentas de correo institucionales para la recepción de denuncias por violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar" (2020, art. 1). Asimismo, se aprueban otras disposiciones que buscan implementar canales de comunicación a través de aplicativos y herramientas informáticas, a efectos de que el servicio de administración de justicia interactúe de forma directa con las víctimas de violencia, así como con las instituciones que intervienen en el proceso, para acelerar la atención y resolución de las denuncias.

A pesar de ello, la Defensoría, al hacer una supervisión en el Poder Judicial, resalta que para junio del 2020 eran muy pocos los casos en que se había dictaminado el retiro del agresor o el albergue de la víctima, aunque ya había una norma que lo ordenaba (Defensoría del Pueblo, 2020a, p. 26). Como puede verse en el Gráfico 6, al igual que en los casos denunciados, el mayor número de medidas de protección solicitadas y dictadas se registró en enero de 2020, es decir antes de la pandemia, siendo el mes de abril el de menor demanda (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos [MINJUS] & MIMP, 2021, p. 33). Luego, este fue incrementándose hasta llegar a fines de año con un promedio de más de 2 600 medidas solicitadas, otorgándose las mismas en más de un 80% de los casos.

Gráfico 6: Medidas de protección frente a la violencia contra la mujer e integrantes del grupo familiar enero 2018 – diciembre 2020



Fuente: Poder Judicial (s.f).

Un elemento que repetidamente surge como una fuerte limitación es la deficiencia en la interoperabilidad de los sistemas en las instituciones. Ello era una debilidad que se venía arrastrando, pero que en el contexto de la emergencia surgió como una verdadera barrera para la protección de las víctimas de violencia. Esto último se evidencia en múltiples informes de la Defensoría, incluyendo uno en el que se supervisa el Sistema Nacional Especializado de Justicia para la Protección y Sanción de la Violencia contra las Mujeres e Integrantes del Grupo Familiar (SNEJ), creado en el 2018 jus-

tamente con la finalidad de "contar con un sistema integrado y especializado de justicia en dicha materia y en delitos sexuales en agravio de niños, niñas y adolescentes" (Decreto Legislativo 1368, 2018, art. 1). Con este sistema se esperaba asegurar lo siguiente:

> el desarrollo célere y efectivo de los procesos, y […] la interacción fluida entre todos/as los/as operadores/as de la ruta procesal contra la violencia, para mejorar los tiempos de atención y respuesta a las víctimas, logrando así garantizar su integridad y seguridad, así como un real y efectivo acceso a la justicia (Decreto Legislativo 1368, 2018).

Es así como a fines del 2020, la Defensoría reporta lo siguiente:

> el 60% de las entidades integrantes del SNEJ refiere que no se cuenta con expedientes virtualizados; el 40% sostiene la insuficiencia para la trazabilidad y seguimiento de los casos de mayor riesgo; mientras que el 60% plantea como problema la existencia de sistemas desarrollados en distintos lenguajes de programación, distintos motores de base de datos y nomenclaturas distintas de variables de similar significado (Defensoría del Pueblo, 2020d, p. 60).

Como respuesta a estas sentidas limitaciones, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial aprobó –en mayo de 2021– un Plan de Interoperabilidad entre el Poder Judicial y las Comisarías especializadas de Familia de la Policía Nacional del Perú a nivel nacional (Resolución Administrativa 000153-2021-CE-PJ, 2021) el mismo que de acuerdo a lo anunciado por el Poder Judicial fue validado en la Corte Superior de Lima Norte donde se han dictado medidas de protección a las víctimas de violencia familiar en menos de cuatro horas (Gob.pe, 2021).

Ahora bien, una vez dictadas las medidas de protección, correspondía a la policía monitorear su efectivo cumplimiento. Para ello, durante el 2020, se implementó un Módulo de Medidas de Protección en 920 comisarías (69.43%), registrándose 232 168 medidas de protección por la PNP, realizando 174 741 visitas a víctimas de violencia con medidas de protección (MIMP, 2020, p. 36).

En los detallados informes que hace la Defensoría del Pueblo, se visibilizan algunos problemas adicionales que debe hacer frente la Policía para cumplir con este mandato durante la pandemia. por ejemplo, que las comisarías "redujeron su capacidad para responder ante hechos de violencia al no contar con efectivos disponibles para recepcionar las denuncias; por otro lado, se contrae la disponibilidad de policías y equipamiento para la ejecución de las medidas de protección" (Defensoría del Pueblo, 2020a, p. 30) y que, a pesar de contar con herramientas como mapas georreferenciados para realizar las visitas periódicas a las víctimas, su funcionamiento depende de un adecuado servicio de internet, lo que es problemático teniendo en cuenta que el 20% de las comisarias supervisadas no contaba con ello (Defensoría del Pueblo, 2020a, p. 31).

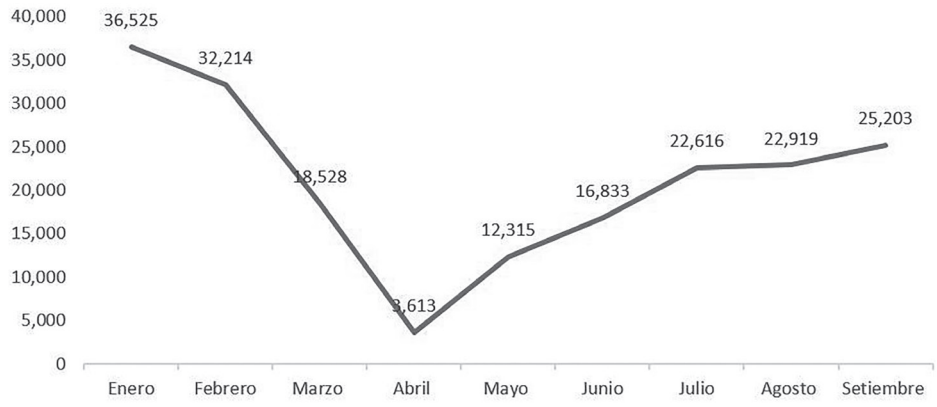
A mayor detalle, entre las limitaciones reportadas por la propia policía están la falta de vehículos para hacer el patrullaje, la poca disponibilidad de teléfonos en las comisarías y la propia dificultad del acceso de muchas de las víctimas a los medios tecnológicos. En algunos casos, las comisarías cuentan con un teléfono exclusivo para la comunicación con las víctimas, pero a veces ello no es suficiente, resultando necesario contar con un teléfono por cada efectivo encargado de ejecutar las medidas de protección, por lo que se requiere de más equipos que, además, cuenten con la *app* 'Policía 24/7' para realizar la geolocalización de la visita (Defensoría del Pueblo, 2020a, p. 32).

Por otro lado, si bien el Decreto Legislativo 1470 y la Ley 30364 establecían "la necesidad de coordinar con gobiernos y autoridades locales para la ejecución de medidas de protección" y por ende, que el Serenazgo debía "apoyar a la policía en el patrullaje vehicular o a pie relacionado a las visitas inopinadas a víctimas con órdenes de resguardo" (Defensoría del Pueblo, 2020a, p. 21), finalmente, la Defensoría reporta que en una revisión de 193 comisarías, "el 76% señaló que no recibían ningún apoyo por parte de las municipalidades" (Defensoría del Pueblo, 2020a, p. 30). Ello dilucida que no se cumplió con lo previsto en la normativa.

E. Etapa de sanción

De acuerdo con los datos del Observatorio Nacional de la Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar, entre enero y setiembre del 2020, los procesos judiciales ingresados por delito de violencia familiar siguieron la misma curva que las denuncias en la policía y el otorgamiento de las medidas de protección antes analizadas. Es decir, que el mes en el que se registró el mayor número de expedientes fue en enero del 2020 (antes de la pandemia), siendo el hito más bajo el mes de abril, recuperándose la demanda en los siguientes meses, como vemos en el Gráfico 7.

Gráfico 7: Procesos judiciales ingresados por delito de violencia familiar contra las mujeres e integrantes del grupo familiar año 2020 (enero-septiembre)



Fuente: Observatorio Nacional de la Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar (2020).

De otro lado, conforme a la información disponible del Programa Presupuestal orientado a Resultados de Reducción de la Violencia contra la Mujer, se conoce que, en el 2020, 95 722 expedientes se resolvieron, de los cuales 93 087 corresponden a medidas de protección (76 797 otorgadas y 16 290 no otorgadas) y 2 635 a resoluciones penales (MIMP, 2020, p. 37).

Otro tema que afectó de manera general a quienes estaban a cargo de operar los diferentes servicios del sistema fue la capacitación que tuvo que organizarse para poder responder a la demanda de la población en estas nuevas circunstancias. Al respecto, la Defensoría llama la atención una vez más, manifestando que, aunque hay esfuerzos de capacitación, los mismos son desarticulados. Esto "genera la inadecuada utilización de los insuficientes recursos para lograr una capacitación consensuada, coherente, consistente e integral, sumada a una política continua de sensibilización de los y las operadoras de justicia de todas las entidades involucradas" (Defensoría de Pueblo, 2020d, p. 33).

Del análisis efectuado, se puede ver que, para la recomposición de los servicios para la atención de la VCMGF, las entidades a cargo no solo tuvieron que enfrentar las limitaciones propias de la pandemia (servicios no presenciales), sino que tuvieron que enfrentarse a las limitaciones de las que adolecían los servicios previamente: ausencia de interoperabilidad de las plataformas electrónicas, precariedad en las condiciones que se brinda el servicio, insuficiente personal capacitado, falta de espacios de refugio, deficiente presupuesto asignado a los servicios de protección, entre otros.

Como se sabe, los marcos normativos y protocolos de actuación son necesarios, pero no suficientes. Si bien en el Perú, al igual que en otros países de la región, se dictaron las medidas necesarias para la continuidad de los servicios para la atención de la VCMGF durante la pandemia, la crisis sobrevenida dejó en evidencia las precarias condiciones en los que estos servicios se brindan. Cambiar estas condiciones es la tarea urgente que el Estado tiene y la deuda con las víctimas que no pudieron ser atendidas.

IV. CONCLUSIONES

Ante el aumento de los casos de violencia contra las mujeres e intrafamiliar que se presentaban en Latinoamérica, la respuesta de los Estados a través de políticas públicas fue pronta. Si bien existen algunas respuestas comunes a varios Estados, también se han encontrado medidas innovadoras, como los equipos itinerantes, la habilitación de hoteles como refugios, la especial mención de la población LGBTI para su efectiva protección, entre otras.

En cuanto a las medidas implementadas por los Estados de la región se ha evidenciado la necesaria coordinación tanto entre las mismas instituciones del sector público relacionadas con la atención de los casos de violencia, como con el sector privado. En el Perú, los esfuerzos de articulación entre el sector público tuvieron dificultades por cuestiones varias, entre ellas las condiciones de infraestructura y administrativas en que se prestan los servicios; mientras que la articulación con el sector privado estuvo entre las acciones menos desarrolladas, en comparación con otros países de la región.

Con relación al acceso a la justicia, en la región se afrontó un reto importante en lo relativo a adoptar medios tecnológicos para aproximarse a las víctimas, lo que incluye el desarrollo de *apps ad hoc*, y exigencias de interoperabilidad dentro del sistema. En el caso de Perú, las limitaciones previas de los

propios sistemas informáticos han hecho que dichas medidas resulten insuficientes en la práctica.

A pesar de ello, Perú ha sido uno de los países que ha implementado un mayor número de políticas públicas en atención a la violencia contra las mujeres e intrafamiliar. Sin embargo, en un primer momento se priorizó la atención a los casos de mayor riesgo, sin tramitarse los otros casos, lo que dejó en un estado de indefensión a un gran número de víctimas. Durante las primeras semanas de la pandemia, la demanda de información se canalizó por las líneas telefónicas y los canales virtuales (Línea 100, Chat 100), creciendo de manera exponencial especialmente entre los meses de abril y junio de 2020; mientras que en todos los demás servicios como las denuncias y medidas de protección estas cayeron, llegando a mínimos históricos.

Luego de seis semanas de iniciada la pandemia, el sistema de protección recién reaccionó estableciendo facilidades para la actuación de los operadores de justicia (PNP, Ministerio Público, Poder Judicial), ello permitió que poco a poco se fueran canalizando las denuncias, autorizándose el uso de todos los medios virtuales posibles para contactar a la víctima y brindarles las medidas de protección adecuadas, especialmente la salida del agresor o la búsqueda de refugio a la víctima. Sin embargo, llaman la atención algunas cifras como el aumento de casos de denuncias por violencia sexual atendidos por el SAU, en donde no solo apreciamos un incremento considerable entre el año 2019 y el año 2020, sino que el número se eleva especialmente en el tramo de agosto a diciembre, lo que amerita investigaciones más profundas.

El Decreto Legislativo 1470, que se dio seis semanas después de la declaración de emergencia sanitaria, organiza la respuesta de una manera más articulada, dando el marco para la emisión de una serie de normas que sin duda implican un esfuerzo de las instituciones del Estado por adaptarse y cumplir con la atención de casos de violencia contra la mujer y el grupo familiar en el contexto del COVID-19. No obstante, en la práctica se viven situaciones de gran dificultad para la tramitación de los expedientes por los límites en la interoperabilidad de los sistemas que probablemente fue la mayor limitación para brindar real soporte a las víctimas. A pesar de los esfuerzos institucionales, es recién en el 2021 que se ha generado una respuesta más ágil a través del Plan de Interoperabilidad entre el Poder Judicial y las Comisarías especializadas de Familia de la Policía Nacional del Perú, así como la ampliación de manera importante de las FEVCM.

De otro lado, la evidencia muestra que el MIMP hizo un esfuerzo de reorganizar sus servicios, aumentar su personal y reorientar a sus equipos tanto para la atención y derivación de casos a través de la Línea 100 y el Chat 100, como en la conformación de equipos itinerantes que han estado y continúan estando presentes en el territorio nacional. A pesar de estos esfuerzos, se constata también que a nivel del conjunto de servicios la concentración de la respuesta se da en Lima y en algunas ciudades principales. Así, por ejemplo, la declaración de servicios esenciales de la estrategia que atiende a las zonas rurales es una respuesta que surge recién en julio del 2021, es decir, más de quince meses después de la declaratoria de emergencia nacional. Ello sin duda tiene que ver con las propias limitaciones de los servicios, pero también con la centralización de la que, en general, adolecen los servicios de atención frente a la violencia. En adición a esto, es de destacar también la acción cumplida por la Defensoría, que no detuvo su trabajo de supervisión, sino que brinda luces y valiosos aportes para conocer la situación que se venía enfrentando en el contexto de la pandemia.

Un tema emergente y que requiere respuestas *ad hoc* por parte del Estado es la violencia sexual que sufren las niñas y adolescentes en el contexto doméstico y familiar. La pandemia ha dejado en descubierto que esta manifestación de la violencia de género es menos tolerada y hay disposición para buscar ayuda. Es probable que, frente al colapso de los servicios de salud, la búsqueda de apoyo se haya canalizado por los servicios de justicia, pero este es un sector cuya respuesta no necesariamente comprende las necesidades prioritarias de las víctimas. Al respecto, es necesario profundizar en la investigación y formular respuestas más idóneas que las actuales.

Finalmente, resulta muy significativo tener presente el esfuerzo del personal de los diferentes servicios que, aun frente al riesgo de contagio, han cumplido con su deber llegando hasta donde se encuentran las víctimas para brindarle las garantías correspondientes. En este contexto, es importante incidir en que las deficiencias en la interoperabilidad entre las instituciones no solo afectan a las víctimas de violencia, sino también al personal que brinda los servicios, frente a quienes el Estado debe cumplir con un deber de protección, máxime cuando está en riesgo su salud y su vida.

REFERENCIAS

Centro de Información Judicial (28 de mayo de 2020). Prorrogan por 60 días las medidas cautelares de protección dictadas en procesos de violencia doméstica. *Centro de Información Judicial.* https://www.cij.gov.ar/nota-37431-Prorrogan-por-60-d-as-las-medidas-cautelares-

de-protecci-n-dictadas-en-procesos-de-violencia-dom-stica.html

Centro de Justicia y Paz [CEPAZ] (2020). *Monitoreo de Feminicidios en Venezuela del 14 de junio al 13 de noviembre de 2020*. https://cepaz.org/wp-content/uploads/2020/12/FEMICIDIO-10-DE-DIC-1.pdf

Cifuentes, P. (2020) *Recomendaciones y medidas para enfrentar la violencia contra las mujeres en el contexto de crisis sanitaria (Covid-19): Chile y experiencia comparada*. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/28558/1/BCN_covid_19_violencia-mujeres_FINAL.pdf

Comisión de Justicia de Género del Poder Judicial (s.f.). *Informe de actividades de la Comisión de Justicia de Género: Período de emergencia COVID 19*. https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/9d13da004e6f955585ee95b4ea4fd967/Informe+de+actividades+comision+de+justiciade+g%C3%A9nero..pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=9d13da004e6f955585ee95b4ea4fd967

Comisión Económica para América Latina y el Caribe [CEPAL] (2020). *Mapeo de iniciativas impulsadas por los gobiernos de América Latina y El Caribe para abordar las dimensiones de género en la respuesta a la pandemia del COVID-19* (Documento de trabajo). https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/75750.pdf

Comisión Interamericana de Mujeres [CIM]. (2020). *La violencia contra las mujeres frente a las medidas dirigidas a disminuir el contagio del COVID-19*. https://observatorioviolencia.pe/wp-content/uploads/2020/07/La-violencia-contra-las-mujeres-frente-a-las-medidas-dirigidas-a-disminuir-el-contagio-del-COVID-19.pdf

Congreso de la República del Perú (8 de febrero de 2021). Sesión virtual del lunes 08 de febrero de 2021, Comisión de la Mujer y Familia. *Página Oficial del Congreso del Perú*. www.congreso.gob.pe

Defensoría del Pueblo (2018). *Centros Emergencia Mujer: Supervisión a Nivel Nacional, Informe Defensorial N° 179*. https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/12/Informe-Defensorial-N%C2%BA-179-Centros-Emergencia-Mujer-supervisi%C3%B3n-a-nivel-nacional-2018.pdf

(2019). *Supervisión a los hogares de refugio temporal para mujeres víctimas de violencia, Reporte de Adjuntía 002-2019-DP/ADM*. https://www.defensoria.gob.pe/deunavez-portodas/wp-content/uploads/2019/08/Supervisi%C3%B3n-Hogares-de-Refugio-Temporal-2019-Defensor%C3%ADa-del-Pueblo.pdf

(2020a). *El acceso a la justicia y medidas de protección durante el estado de emergencia, Informe de Adjuntía 007–2020-DP/ADM*. https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2020/07/Medidas-de-Protecci%C3%B3n.pdf

(2020b). *Supervisión a los servicios brindados por la Línea 100 durante el estado de emergencia sanitaria a raíz del COVID-19, Informe de Adjuntía 019-2020-DP/ADM*. https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2020/10/Informe-de-ADM-019-L%C3%ADnea-100-VF.pdf

(2020c). *Supervisión del RUVA y de las fiscalías provinciales especializadas en violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar en el contexto del COVID-19, Informe de Adjuntía 16-2020-DP/ADM*. https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2020/11/Informe-Ministerio-P%C3%BAblico.pdf

(2020d). *Informe de supervisión sobre el funcionamiento del Sistema Nacional Especializado de Justicia para la Protección y Sanción de la Violencia contra las Mujeres e Integrantes del Grupo Familiar, Informe de Adjuntía 027-2020-DP/ADM*. https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2021/01/Informe-de-Adjunt%C3%ADa-N-027-2020-DPADM.pdf

Fiscalía General de la Nación (6 de abril de 2020). Fiscalía fortalece investigación y judicialización de hechos de violencia basada en género durante el periodo de aislamiento preventivo. *Fiscalía General de la Nación de Colombia*. https://www.fiscalia.gov.co/colombia/noticias/fiscalia-fortalece-investigacion-y-judicializacion-de-hechos-de-violencia-basada-en-genero-durante-el-periodo-de-aislamiento-preventivo/

Fondo de Población de las Naciones Unidas [UNFPA] (2020). *COVID-19: Frontera norte*. https://ecuador.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/unfpa_ecuador-boletin_1_covid19_y_frontera_norte.pdf

Gob.pe. (2020a, 16 de abril). Alcalde Jorge Muñoz inauguró el albergue casa de la mujer. *Gob.pe*. https://www.gob.pe/institucion/munilima/noticias/578285-alcalde-jorge-munoz-inauguro-el-albergue-casa-de-la-mujer

(2020b,17 de junio). Alcalde Jorge Muñoz inauguró segunda casa de la mujer para víctimas de violencia. *Gob.pe*. https:///www.munlima.gob.pe/noticias/item/40197-alcalde-jorge-munoz-inauguro-segunda-casa-de-la-mujer-para-victimas-de-violencia

(19 de mayo de 2021). Poder Judicial dispone implementación de interoperabilidad con comisarías de familia en todo el país [Nota de prensa] https://www.gob.pe/institucion/pj/noticias/502470-poder-judicial-dispone-implementacion-de-interoperabilidad-con-comisarias-de-familia-en-todo-el-pais

Hawei Lora, I. (2021). La doble pandemia: violencia de género y COVID-19. *Advocatus*, (39), 103-113. https://doi.org/10.26439/advocatus2021.n39.5120

Hernández Breña, W. (3 mayo de 2020). COVID-19 y violencias contra las mujeres: ¿Qué están haciendo otros países y qué podemos hacer en el Perú? https://www.grade.org.pe/novedades/covid-19-y-violencias-contra-las-mujeres-que-estan-haciendo-otros-paises-y-que-podemos-hacer-en-el-peru/

Hernández, W., Dador, J. & Cassaretto, M. (2021) *"Aló, tengo un problema": Evaluación de impacto de la Línea 100 del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables*. Consorcio de Investigación Económica y Social (CIES). https://cies.org.pe/sites/default/files/investigaciones/alo_tengo_un_problema_evaluacion_de_impacto_de_la_linea_100_del_mimp.pdf

Huaita Alegre, M. (2021). *Estudio regional sobre los refugios para las víctimas de la violencia de género en América Latina - Informe Perú*. Programa EUROsociAL+. [Próxima publicación].

Ministerio de Desarrollo Social (31 de marzo de 2020). Gobierno anunció medidas para evitar aumento de casos de violencia de género durante la emergencia sanitaria. *Ministerio de Desarrollo Social de Uruguay*. https://www.gub.uy/ministerio-desarrollo-social/comunicacion/noticias/gobierno-anuncio-medidas-para-evitar-aumento-casos-violencia-genero-durante

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos [MINJUS], & Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables [MIMP] (2021). *La otra pandemia en casa: Situación y respuestas a la violencia de género durante la pandemia por la Covid-19 en el Perú*. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1752584/La%20Otra%20Pandemia%20en%20Casa%202021.pdf

Ministerio de la Mujer de Paraguay [MM] (2020a, 31 de marzo). MinMujer solicitó a la CSJ medidas de protección para víctimas. *Portal MinMujer*. http://www.mujer.gov.py/index.php/noticias/https-bit-ly-2UA0Aqv

(2020b). *Protocolo de prevención y atención a mujeres víctimas/sobrevivientes de violencia del Ministerio de la Mujer ante la situación de emergencia coronavirus (COVID-19)*. http://www.mujer.gov.py/application/files/3215/8473/5511/PROTOCOLO_PREVENCION_Y_ATENCION_COVID_19_MINMUJER.pdf

Ministerio de la Mujer, Familia y Derechos Humanos (2020a, 8 de marzo). Decretos e projeto de lei celebram um "Brasil pra Elas, por Elas, com elas". https://www.gov.br/mdh/pt-br

(2020b, 15 de abril). Ministério realiza ação de enfrentamento à violência em condomínios. https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/abril/ministerio-realiza-acao-de-enfrentamento-a-violencia-em-condominios

Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género [MMEG] (2020a, 31 de marzo). SernamEG pide renovar medidas cautelares en beneficio de mujeres víctimas de violencia durante la crisis sanitaria. *Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género de Chile*. https://www.sernameg.gob.cl/?p=30996

(2020b, 23 de abril). Campaña "En esta comunidad no entra la violencia" llega a la Provincia de Marga Marga. *Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género de Chile*. https://minmujeryeg.gob.cl/?p=39557

(2020c, 31 de julio). Ministerio de la Mujer y CPC comienzan trabajo colaborativo para prevención de violencia y reactivación económica. *Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género de Chile.* https://minmujeryeg.gob.cl/?p=41154

(2020d). #Mascarilla19. La palabra que le puede salvar la vida a una mujer. *Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género de Chile.* https://minmujeryeg.gob.cl/?page_id=39626

(2020e). Plan de Contingencia por coronavirus. *Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género de Chile.* https://minmujeryeg.gob.cl/?page_id=38495

(s.f.). ¡Súmate a la campaña "En esta comunidad no entra la violencia contra la mujer"!

Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género de Chile. https://minmujeryeg.gob.cl/?page_id=39414

Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables [MIMP] (2020). *XIV Informe de avances en el cumplimiento de la Ley N° 28983 Ley de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2201738/XIV-Informe-LIO-2020.pdf

(2021). *Informe de evaluación de implementación 2020 de la Política Nacional Multisectorial de Igualdad de Género*. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1958363/Evaluacion-implementacion-PNIG-2020.pdf

Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad [MMGyD] (2020). *Gestión 2020*. https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/210128-mgd-informegestion2020-maquetaweb_simples.pdf

(s.f.). *Medidas en materia de prevención y asistencia integral en casos de violencias por motivos de género ante la emergencia sanitaria*. https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/medidas_1.pdf

Observatorio Nacional de la Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar. *Datos y Evidencias*. https://observatorioviolencia.pe

Office of the High Commissioner for Human Rights [OHCHR] (2022a). *Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias*. https://www.ohchr.org/SP/Issues/Women/SRWomen/Pages/SRWomenIndex.aspx

(2022b). *Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer: Recomendaciones Generales*. https://www.ohchr.org/es/treatybodies/cedaw/general-recommendations

ONU MUJERES (23 de abril de 2020). *Prevención de la violencia contra las mujeres frente a COVID-19 en América Latina y El Caribe.* https://www2.unwomen.org/-/media/field%20office%20americas/documentos/publicaciones/2020/04/brief%20diagramacion%20final.pdf?la=es&vs=4649

Organización de las Naciones Unidas [ONU] (22 abril de 2020). *La ONU y Argentina luchan con la otra pandemia del coronavirus, la violencia de género*. https://news.un.org/es/story/2020/04/1473082

Organización de los Estados Americanos [OEA] (s.f.). *Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI).* https://www.oas.org/es/mesecvi/

Pantzer, R., Forero, D., & Kopittke, A. (18 de mayo de 2020). Confinamiento y violencia dentro del hogar: Cuando el peligro está en casa. https://blogs.iadb.org/seguridad-ciudadana/es/confinamiento-y-violencia-dentro-del-hogar-cuando-el-peligro-esta-en-casa/

Poder Judicial del Perú (s.f.) *Estadísticas. Violencia contra la mujer e integrantes del grupo familiar*. https://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/Genero/s_cgen/as_estadistica/as_mapa_violencia_fam/

Poder Judicial de Uruguay (2 de abril de 2020). INMUJERES pide que jueces prioricen prórrogas en la protección a mujeres y menores vulnerados. *Poder Judicial de Uruguay.* https://www.poderjudicial.gub.uy/novedades/noticias-institucionales/item/6476-inmujeres-pide-que-jueces-prioricen-prorrogas-en-la-proteccion-a-mujeres-y-menores-vulnerados.html

Policía Nacional del Perú [PNP] (2021). *Plan de Contingencia 001-2020-DIRSCPC-DIVPCVF-SEC, Plan de contingencia de actuación policial, para la atención y protección de las víctimas de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, ante el estado de emergencia sanitaria ocasionada por el COVID-19 en el marco del Decreto Legislativo 1470*

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo [PNUD]. (26 de noviembre de 2020). No estás sola: prevención e igualdad para hacerle frente a la violencia. https://www.pe.undp.org/content/peru/es/home/presscenter/articles/2020/no-estas-sola--prevencion-e-igualdad-para-hacerle-frente-a-la-vi.html

Rousseau, S., Dargent, E., & Escudero, A. (2019). *Rutas de atención estatal a las víctimas de violencia de género. Entre legados e innovaciones*. Consorcio de Investigación Económica y Social (CIES). https://cies.org.pe/sites/default/files/investigaciones/informe_entrega_final_rousseau_dargent_escudero_10062019.pdf

Secretaría de Derechos Humanos de Ecuador (2020a). *La comunicación como estrategia de prevención de la violencia intrafamiliar y de género durante la emergencia sanitaria por COVID-19, Informe Dirección de Comunicación.* https://www.derechoshumanos.gob.ec/wp-content/uploads/2020/05/INFORME-DE-COMUNICACION-03-.pdf

(2020b). *Protocolo de comunicación y atención de casos de violencia de género e intrafamiliar durante la Emergencia Sanitaria por CORONAVIRUS (COVID-19)*. https://www.derechoshumanos.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2020/03/Protocolo-de-comunicacion-y-atencion-de-casos-de-violencia.pdf

Secretaría Distrital de la Mujer de Colombia (s. f.). Espacios seguros: A la vuelta de la esquina. https://www.sdmujer.gov.co/nuestros-servicios/servicios-para-las-mujeres/espacios-seguros-una-alianza-vital

Seminario Córdova, R., & Paredes Gutiérrez, P. (2021). Principales factores influyentes en el incremento de casos de violencia contra la mujer en Perú: contexto pandémico. *Social Innova Sciences*, *2*(3), 17-35.

Sociedad de Activos Especiales [SAE]. (6 de abril de 2020). Vicepresidencia y SAE disponen refugios para mujeres, en medio de emergencia por COVID-19 [Comunicado de prensa]. https://www.saesas.gov.co/sala_prensa/noticias/comunicados_prensa/oficina_comunicaciones_sociedad_35641

Valenzuela Carvajal, K., Venegas Arluciaga, F., Sandoval Olate, V., & Soto Salazar, C. (2021). Violencia hacia la mujer durante la pandemia por COVID-19: escenario de América del Sur. *Cuadernos Médico Sociales*, *61*(1), 19-34. https://cms.colegiomedico.cl/wp-content/uploads/2021/04/CMS_1_2021-1.pdf

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), Jun. 9, 1994, Organización de los Estados Americanos.

Decisión Administrativa 524/2020, Abr. 18, 2020, [DECAD-2020-524-APN-JGM] (Arg.).

Decreto 297/2020, Mar. 19, 2020, [DECNU-2020-297-APN-PTE] B.O. (Arg.).

Decreto Legislativo 1368, Decreto Legislativo que crea el Sistema Nacional Especializado de Justicia para la Protección y Sanción de la Violencia contra las Mujeres e Integrantes del Grupo Familiar, Diario Oficial *El Peruano*, 29 de julio de 2018 (Perú).

Decreto Legislativo 1470, Decreto Legislativo que establece medidas para garantizar la atención y protección de las víctimas de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar durante la Emergencia Sanitaria declarada por el COVID-19, Diario Oficial *El Peruano*, 27 de abril de 2020 (Perú).

Decreto Supremo 004-2018-MIMP, Decreto Supremo que aprueban la actualización del "Protocolo Interinstitucional de Acción frente al Feminicidio, Tentativa de Feminicidio y Violencia de Pareja de Alto Riesgo", Diario Oficial *El Peruano*, 12 de junio de 2018 (Perú).

Decreto Supremo 006-2015-MIMP, Decreto Supremo que aprueba el "Protocolo Interinstitucional de Acción Frente al Feminicidio, Tentativa de Feminicidio y Violencia de Pareja de Alto Riesgo", Diario Oficial *El Peruano*, 15 de octubre de 2015 (Perú).

Decreto Supremo 006-2018-MIMP, Decreto Supremo que aprueba el Protocolo de actuación conjunta de los Centros Emergencia Mujer y Comisarías o Comisarías Especializadas en Materia de Protección contra la Violencia Familiar de la Policía Nacional del Perú, Diario Oficial *El Peruano*, 1 de agosto de 2018 (Perú).

Decreto Supremo 008-2019-SA, Protocolo de actuación conjunta entre los Centros Emergencia Mujer – CEM y los Establecimientos de Salud – EE.SS para la atención de las personas víctimas de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, en el marco de la Ley 30364 y personas afectadas por violencia sexual, Diario Oficial *El Peruano*, 16 de abril de 2019 (Perú).

Decreto Supremo 008-2020-JUS, Decreto Supremo que aprueba el Protocolo de Actuación Conjunta entre el Centro Emergencia Mujer y los Servicios de Defensa Pública, Diario Oficial *El Peruano*, 3 de julio de 2020 (Perú).

Decreto Supremo 009-2016-MIMP, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, Diario Oficial *El Peruano*, 27 de julio de 2016 (Perú).

Decreto Supremo 012-2019-MIMP, Decreto Supremo que aprueba el Protocolo Base de Actuación Conjunta en el ámbito de la atención integral y protección frente a la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, Diario Oficial *El Peruano*, 10 de mayo de 2019 (Perú).

Decreto Supremo 044-2020-PCM, Decreto Supremo que declara Estado de Emergencia Nacio-

nal por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del brote del COVID-19, Diario Oficial *El Peruano,* 15 de marzo de 2021 (Perú).

Lei No. 14.022, de 7 de julho de 2020, Diário Oficial da União [D.O.U] de 8.7.2020 (Bras.).

Ley 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, Diario Oficial *El Peruano*, 23 de noviembre de 2015 (Perú).

Nota 145/2020, MINMUJER/DM/SG N° 145, 23 de marzo de 2020 (Para.).

Resolución 15/2020, Abr. 4, 2020, [RESOL-2020-15-APN-MMGYD] B.O. (Arg.).

Resolución 21/2020, Suspensión de plazos administrativos, 4 de agosto de 2020 (Uru.). https://www.caru.org.uy/web/wp-content/uploads/2020/08/RES-21_20.pdf.

Resolución Administrativa 000129-2020-CE-PJ, Diario Oficial *El Peruano*, 27 de abril de 2020 (Perú).

Resolución Administrativa 000131-2020-CE-PJ, Habilitan a Jueces Especializados de Familia y/o Mixtos competentes para dictar medidas de protección y/o cautelares, regulado por la Ley 30364 - Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar; y dictan otras disposiciones, Diario Oficial *El Peruano*, 5 de mayo de 2020 (Perú).

Resolución Administrativa 000140-2020-CE-PJ, Disponen el uso de las cuentas de correo institucionales para la recepción de denuncias por violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar y aprueban otras disposiciones, Diario Oficial *El Peruano*, 11 de mayo de 2020 (Perú).

Resolución Administrativa 000153-2021-CE-PJ, Disponen la implementación del "Plan de Interoperabilidad entre el Poder Judicial y las Comisarías especializadas de familia de la Policía Nacional del Perú", en las Cortes Superiores de Justicia a nivel nacional, Diario Oficial *El Peruano*, 17 de mayo de 2021 (Perú).

Resolución Administrativa 115-2020-CE-PJ, Suspenden las labores del Poder Judicial en acatamiento al Estado de Emergencia Nacional establecido por Decreto Supremo 044-2020-PCM, Diario Oficial *El Peruano*, 16 de marzo de 2020 (Perú).

Resolución de Dirección Ejecutiva 020-2020-MIMP-AURORA-DE, Diario Oficial *El Peruano*, 16 de marzo de 2020 (Perú).

Resolución de la Fiscalía de la Nación 135-2021-MP-FN, Amplían designación de Coordinadora Nacional de las Fiscalías Provinciales Transitorias Corporativas Especializadas en Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar, Fiscalías Provinciales Especializadas en Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar y de las Fiscalías Provinciales Corporativas en Lesiones y Agresiones en contra de las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar, y aprueban otras disposiciones, Diario Oficial *El Peruano*, 29 de enero de 2021 (Perú).

Resolución de la Fiscalía de la Nación 588-2020-MP-FN, Suspenden las labores y actividades en el Ministerio Público y dictan otras disposiciones, Diario Oficial *El Peruano,* 16 de marzo de 2020 (Perú).

Resolución de la Fiscalía de la Nación 672-2020-MP-FN, Disponen en los 34 distritos fiscales del país la recepción de denuncias de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar a través de mensajería instantánea y otros medios tecnológicos, Diario Oficial *El Peruano,* 29 de mayo de 2020 (Perú).

Resolución de la Fiscalía de la Nación 971-2020-MP-FN, Dejan sin efecto designación y designan Coordinadora Nacional de las Fiscalías Provinciales Transitorias Corporativas Especializadas en Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar y de las Fiscalías Provinciales Corporativas en Lesiones y Agresiones en contra de las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar y establecen funciones, Diario Oficial *El Peruano*, 4 de setiembre de 2020 (Perú).

Resolución Ministerial 031-2021-MIMP, Establecen servicios esenciales prestados de manera permanente por el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables en el marco de lo previsto en el artículo 9 del Decreto Supremo 008-2021-PCM, Diario Oficial *El Peruano*, 31 de enero de 2021 (Perú).

Resolución Ministerial 177-2021-MIMP, Diario Oficial *El Peruano*, 2 de julio de 2021 (Perú).

10.18800/themis.202102.004

LA COLABORACIÓN ENTRE LAS ENTIDADES Y LOS PROVEEDORES EN LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO: UNA NECESIDAD PUESTA EN EVIDENCIA POR LA PANDEMIA DEL COVID-19

COLLABORATION BETWEEN ENTITIES AND SUPPLIERS IN STATE CONTRACTING: A NEED HIGHLIGHTED BY THE COVID-19 PANDEMIC

Juan Carlos Medina Flores*
Estudio Echecopar

The COVID-19 pandemic has highlighted the serious problem of lack of collaboration between the parties in a public contract. The parties faced unpredictable situations and the need to make agile decisions to mitigate or reduce the impacts of the pandemic; notwithstanding, in many cases they showed conflictive behavior rather than a collaborative one that prioritizes the efficiency in the contract management to achieve the emergency´s attention, economy´s dynamism of the economy, the generation of jobs, the investment in public spending, among others. Therefore, it is important to analyze the collaboration mechanisms in public contracts that are currently available in the law, as well as those that can be implemented, without losing sight of the fact that building trust among the actors in the public procurement system is essential to align the interests of the parties and generate effective cooperative management.

The article will analyze the main concepts about contract collaboration and the different tools that can foster it.

Keywords: Public procurement; Contract collaboration; Public contracts; Contract Management; Project Delivery System.

La pandemia del COVID-19 ha puesto en evidencia el grave problema de la falta de colaboración entre las entidades y los contratistas en la ejecución de los contratos con el Estado. Ante situaciones imprevisibles y la necesidad de toma de decisiones ágiles para mitigar o disminuir los impactos de la pandemia, en muchos casos las partes mantuvieron una conducta conflictiva antes que una colaborativa que priorice la buena gestión contractual para alcanzar la finalidad de la contratación, lo cual puso en riesgo la atención de necesidades para atender la emergencia sanitaria, el dinamismo de la economía, la generación de puestos de trabajo, la inversión en gasto público, entre otros fines. Por ello, es importante conocer las herramientas de colaboración en contratación pública que están disponibles en la normativa vigente, así como aquellas que pueden ser implementadas, sin perder de vista que fomentar la confianza entre los actores del sistema de contratación pública resulta esencial para alinear los intereses de las partes y generar una efectiva gestión colaborativa.

En el presente artículo se analizarán los principales conceptos sobre la colaboración entre las partes y la forma en que diferentes herramientas pueden fomentar esta colaboración.

Palabras clave: Contratación pública; colaboración; contratos con el Estado; ejecución contractual; sistemas de entrega de proyectos.

* Abogado. Magíster en Contratación Pública por la Universidad Castilla La Mancha y estudios de postgrado en Derecho de la Construcción, Derecho Corporativo, Arbitraje y Dispute Boards. Árbitro y docente de postgrado en la Escuela de Administración de Negocios. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho de la Construcción y de la Asociación Latinoamericana de Derecho de la Construcción (Lima, Perú). Presidente de la Comisión de Contrataciones del Estado de la Sociedad Peruana de Derecho. Asociado Senior del Estudio Echecopar (Lima, Perú). Contacto: juancarlos.medina@bakermckenzie.com

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 6 de setiembre de 2021, y aceptado por el mismo el 26 de octubre de 2021.

I. INTRODUCCIÓN

La pandemia del COVID-19 ha golpeado a nuestro país en diferentes ámbitos, llevando al Gobierno a emitir diversas medidas que han tenido impacto en la economía, la salud, el trabajo y la convivencia de las personas. En efecto, a raíz de las medidas restrictivas y las nuevas obligaciones sanitarias impuestas por el Gobierno, la ejecución de los contratos con el Estado se vio alterada, ya sea porque se paralizó, se retrasó o se hizo más onerosa. Así, por ejemplo, el contratista de obra pública, además de ver paralizada la obra durante la inmovilización social obligatoria, tuvo que asumir como nuevas obligaciones el implementar zonas de despistaje de COVID-19 y desinfección dentro del sitio de la obra, establecer distanciamiento social entre el personal de la obra, entre otras nuevas obligaciones.

La situación antes descrita ha sido resaltada por Wagemann Farfán e Inostroza Guajardo al señalar que:

> […] aquellos contratistas que celebraron contratos de obra pública antes del reconocimiento del COVID-19 como pandemia, se han visto compelidos a continuar ejecutando sus proyectos en circunstancias anormales o extraordinarias que conllevan una excesiva onerosidad del cumplimiento de las obligaciones. Adicionalmente, […] los proyectos de construcción enfrentan actualmente y enfrentarán en el futuro eventuales retrasos, situación que se podría traducir en la aplicación de multas por parte del propietario, con lo que la utilidad o beneficio originalmente esperada por contratista dejaría de existir (2020, p. 384).

En este contexto, la pandemia ha desnudado las falencias y necesidades de la normativa de contrataciones del Estado y, especialmente, la forma en que se vienen ejecutando los contratos bajo su ámbito. Entre estas falencias, se encuentra la falta de colaboración entre las entidades y los contratistas durante la ejecución de los contratos, que ha generado críticas a nuestra normativa, dado que presta demasiada atención a castigar y presionar al contratista, antes que en buscar su cooperación activa. Lamentablemente, las entidades interpretan el deber de colaboración como unidireccional, de manera tal que corresponde al contratista del Estado 'someterse' a las decisiones de la entidad, a fin de colaborar con esta para que se atienda la necesidad pública que subyace a la contratación. Las entidades públicas olvidan que los privados no contratan con el Estado con el único interés de coadyuvar a la consecución de fines públicos, sino que, en el fondo y principalmente, persiguen un interés patrimonial, lo cual no es cuestionable en modo alguno.

Esta falta de colaboración tiene su origen en diferentes aspectos. Entre ellos encontramos la desconfianza de nuestro sistema, la ausencia de debidos incentivos normativos y contractuales, la intervención desmedida de la Contraloría General de la República, entre otros, que difícilmente podrán ser resueltos únicamente adoptando un modelo estándar de contrato específico o un genérico principio de colaboración. Ante esta coyuntura, actualmente, dado el creciente uso de los contratos de Gobierno a Gobierno para la asistencia técnica en la ejecución de importantes proyectos de infraestructura[1], en el marco de los cuales se han empleado contratos estándares internacionales de construcción (principalmente Nuevos Contratos de Ingeniería (en adelante, NEC) e International Federation of Consulting Engineers)[2], muchas son las voces que proponen adoptar estos modelos con carácter general en la contratación pública, para promover la colaboración entre la administración y el privado.

Sin embargo, se suele olvidar que muchas veces el problema no es 'qué' modelo de contrato se ha elegido, sino 'cómo' fue ejecutado. Es decir, la actitud y compromiso con el objetivo del contrato que asumen las partes. Cuando las partes del contrato mantienen buenas relaciones, tienen confianza mutua y alinean sus intereses en beneficio común, probablemente ejecuten un contrato bajo la Ley de Contrataciones del Estado vigente de manera más colaborativa que si ejecutaran un contrato estándar internacional adoptando una actitud conflictiva.

En la práctica, se advierte que, incluso en los contratos estándares internacionales de construcción celebrados bajo el ámbito de los contratos de Gobierno a Gobierno, las partes están teniendo constantes problemas para asumir los deberes de colaboración que estos les exigen y emplear debidamente las herramientas que estos mode-

[1] Se ha empleado esta modalidad para contratar la asistencia técnica en gestión de inversiones en importantes proyectos como los Juegos Panamericanos y Parapanamericanos del 2019; las obras de la Reconstrucción con Cambios, la carretera central, entre otros.

[2] Para profundizar más sobre estas modalidades, véase el artículo académico de Juan Carlos Medina Flores denominado El Acuerdo de Gobierno a Gobierno y los Contratos NEC: ¿Soluciones a las deficiencias de la normativa de contrataciones del Estado que pueden ser replicadas por todas las Entidades? (2019).

los contractuales ponen a su disposición. Esto nos devuelve a nuestra premisa inicial: el problema radica más en la actitud que adoptan las partes del contrato y la falta de confianza, antes que en el modelo o tipo de contrato empleado.

Abordada la problemática, la colaboración puede estimularse mediante diferentes herramientas y adoptando diferentes enfoques. La colaboración contractual, entre otros factores, depende de la cultura en los negocios con el Estado, de la adopción del deber genérico de buena fe, del sistema de castigos (penalidades o sanciones) y, en general, de los mecanismos contractuales y normativos específicos que incentiven a ambas partes a esforzarse de manera conjunta para alcanzar la finalidad del contrato, en beneficio común.

Con estas ideas preliminares, el presente artículo busca abordar algunos aspectos de la colaboración entre el privado y la administración, delimitando el alcance de esta colaboración y las diferentes formas en que la misma se puede estimular.

II. LA COLABORACIÓN ENTRE EL CONTRATISTA Y LA ENTIDAD

Los contratos, sean públicos o privados, requieren la colaboración de las partes que los celebran para alcanzar su finalidad. Esta colaboración puede tener diferentes niveles. Cuando las partes se encuentran totalmente involucradas en la ejecución del contrato e interesadas en que este alcance su finalidad, buscarán soluciones eficientes para superar cualquier inconveniente y alcanzar las condiciones de tiempo, calidad y costo esperados.

Por ejemplo, en el ámbito del sector construcción, el reporte Mckinsey ha establecido que entre las claves para incrementar la productividad se encuentra la colaboración. De acuerdo con este informe:

> [p]ara permitir el éxito en cualquier tipo de acuerdo contractual, es esencial establecer un ambiente colaborativo y de confianza entre las partes. Esto puede ser logrado a través de una definición temprana y alineamiento al alcance del proyecto, una mejorada gestión de procesos y el incremento de la transparencia durante la vida del proyecto (2017, p. 71) [traducción libre][3].

En el ámbito de la contratación pública, la colaboración tiene una importancia especial, pues alcanzar el éxito del contrato implica que se cumpla la finalidad pública para la que fue celebrado. Al respecto, es importante recordar que el artículo 1 de la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado, establece que la finalidad de esta norma consiste en resguardar que las contrataciones de bienes, servicios y obras que realicen las entidades se efectúen de forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, permitiendo el cumplimiento de los fines públicos y que tengan repercusión en las condiciones de vida de los ciudadanos (2014).

Además, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (en adelante, OSCE), mediante la Opinión 15-2015/DTN, ha señalado que cuando una entidad contrata bienes, servicios u obras lo hace con la finalidad de satisfacer una necesidad vinculada al cumplimiento de sus funciones públicas (2015). Es decir, se trata de una necesidad pública. Es por ello por lo que, tal como ha reconocido el OSCE en diferentes Opiniones[4], la situación esperada en un contrato con el Estado es el cumplimiento recíproco y oportuno de las prestaciones pactadas por las partes, justificándose que, a diferencia de la entidad, el contratista tenga una posibilidad más acotada de resolver el contrato por incumplimiento (solo cuando se trate de prestaciones esenciales de la entidad). De esta manera, el hecho de que la finalidad del contrato tenga una relevancia pública y repercuta en intereses públicos, otorga a la colaboración una relevancia mayúscula.

Es en este contexto que se considera al contratista del Estado como un colaborador de la entidad, que coadyuva en el cumplimiento de la finalidad pública del contrato, sin perjuicio de buscar su propio interés económico. Ello ha sido reconocido por el Tribunal de Contrataciones del Estado en la Resolución 2576-2020-TCE-S3, en la que establece que los proveedores:

> […] sin perjuicio de la obtención de una utilidad, que persiguen como finalidad de sus actividades económicas y comerciales, durante su participación en los procesos de contrataciones gubernamentales, deben desempeñarse como buenos proveedores del Estado, con apego a los principios de integridad, buena fe, colaboración y sana competencia (2020, p. 10).

[3] Texto original: "To enable success in any type of contractual arrangement, it is essential to establish a collaborative and trusting environment for all parties. This can be achieved through early definition and alignment on a project's scope, improved management of the process, and increased transparency through the life of the project".

[4] Véase, por ejemplo, la Opinión 001-2019/DTN.

En la misma línea, Morón Urbina ha señalado que:

> El contratista estatal es considerado colaborador en el desarrollo de los fines estatales, porque mediante el contrato recibe el encargo de realizar una actividad o una prestación de interés o utilidad pública, con autonomía y cierta libertad operativa frente al organismo contratante […]. El contratista como colaborador del interés público merece que la Entidad contratante vele por la efectividad de sus derechos e intereses, en particular, la utilidad (fuente del equilibrio económico financiero) (2016, p. 265).

Agrega el citado autor que "es frecuente emplear el concepto de colaborador de la administración, para imputarle al administrado, en sus diversos roles, las más variadas obligaciones, cargas y deberes de incalculable imaginación hasta diluir sus perfiles" (Morón Urbina, 2020a, p. 14).

A su vez, Flores Rivas ha señalado que es "la misma posición de colaborador que asume el contratista respecto del Estado, la que lo obliga a soportar –en el marco del contrato– cargas o gravámenes reales superiores para la satisfacción del interés general […]" (2019, p. 92).

Por su parte, Rodríguez-Arana Muñoz *et al.* explican que:

> […] los contratistas […] se integran de alguna manera en la función pública en la medida en que están comprometidos a que las obras, servicios o suministros de interés público que se van a poner a disposición de los ciudadanos, sean los más adecuados dentro de las posibilidades técnicas existentes en cada momento (2011, p. 13).

En este orden de ideas, en los contratos con el Estado, las entidades acuden al mercado para la provisión de bienes, servicios u obras necesarias para el cumplimiento de su finalidad pública. Por ello, resulta de vital importancia que el contratista preste su colaboración para el cumplimiento de dichos fines, sin que ello implique que este se desprenda de su propio interés, que es el obtener la retribución pactada.

El contratista colabora con la entidad en el cumplimiento de sus fines públicos, pero esta colaboración no es unidireccional, sino que ambas partes deben prestarla para alcanzar la finalidad del contrato. Pretender que un contrato se ejecute debidamente, estableciendo excesivas cargas sobre el contratista, mientras que la Entidad adopta un rol obstructor, pasivo y no colaborativo, es, cuando menos, inocente.

Entender al contratista como colaborador de la Administración no puede llevarnos, en modo alguno, a pensar que este debe soportar todo el peso de la contratación, adoptando un rol de sumisión frente a exigencias desmedidas de la entidad. Debemos entender que hay un deber especial de ambas partes de conducirse con probidad, lealtad y proactividad para que la contratación se ejecute bajo condiciones óptimas, evitando actuaciones oportunistas que perjudiquen la consecución de la finalidad pública, pero sin desconocer que el contratista persigue un lucro, una utilidad esperada.

Esta colaboración que debe existir durante la ejecución del contrato parte por entender que los intereses de las partes no deben verse como contrapuestos, de manera confrontacional, sin posibilidad de compatibilización. Por el contrario, ambas partes deberían entrar al contrato esperando un mismo resultado: que este se ejecute conforme a lo pactado.

Sobre este aspecto, Suárez Beltrán y Laguardo Giraldo señalan que el contratista es un colaborador de la entidad "[…] cuyos intereses no son opuestos a los de la administración, sino concordantes, y cuya participación en ese acto jurídico bilateral se sustenta en los beneficios que dimanan a favor de los partícipes (contratista y entidad contratante) […]" (2007, p. 11).

Agrega Rodríguez-Arana Muñoz que:

> Si el contratista es colaborador de la administración, entonces actúa en coordinación con ella y en plena sintonía con el interés público […]. Esta posición de dirección que corresponde a la Administración la compromete en orden a que las potestades que deba operar se enmarquen necesariamente en llevar a buen puerto la obra pública o el servicio público (2018, p. 803).

De esta manera, los intereses legítimos de la entidad y el contratista se ven satisfechos cuando el contrato se ejecuta conforme a lo pactado y de manera oportuna y eficiente. Ello, por cuanto la entidad logrará que se atienda la necesidad pública y, por su parte, el contratista obtendrá la retribución patrimonial esperada.

La consecución de este interés común debe ser asegurada mediante la colaboración de las partes durante la ejecución contractual, la cual puede ser incentivada con mecanismos legales y contractuales, así como por la propia cultura de las partes. La normativa de contrataciones del Estado contiene algunas disposiciones que buscan promover la colaboración y asegurar que se cumpla la finali-

dad del contrato, pero que resultan insuficientes. Así, por ejemplo, se prevé el principio de eficacia y eficiencia, según el cual las decisiones que se adopten durante la ejecución del contrato deben garantizar la efectiva y oportuna satisfacción de los fines públicos, bajo condiciones de calidad y con el mejor uso de los recursos públicos (Ley de Contrataciones del Estado, art. 2, literal f, 2014). De igual forma, el principio de equidad señala que las prestaciones y derechos de las partes deben guardar razonable relación de equivalencia y responsabilidad, sin perjuicio de las facultades que corresponden al Estado para garantizar el interés general (Ley de Contrataciones del Estado, art. 2, literal i, 2014). En la misma línea, el artículo 32, numeral 6, de la Ley de Contrataciones del Estado establece en cierta medida el rol de colaborador del contratista, cuando señala que este es responsable de realizar correctamente la totalidad de las prestaciones a su cargo, para lo cual debe realizar todas las acciones que estén a su alcance, "empleando la debida diligencia y apoyando el buen desarrollo contractual para conseguir los objetivos públicos previstos" (2014).

Pese a ello, las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado no han creado un sistema que promueva una efectiva colaboración activa que permita alcanzar los fines del contrato y que ambas partes vean satisfechos sus intereses. Esto ha generado que surjan diferentes problemas que afectan la colaboración, por ejemplo, cuando la Entidad ejerce las potestades que la norma le confiere de manera abusiva o cuando presiona al contratista con exigencias desproporcionadas, empujándolo a activar innecesariamente los métodos de solución de controversias previstos en la normativa de contrataciones del Estado. La misma situación ocurrirá cuando el contratista oculte información sobre riesgos por temor a que se le imponga toda la carga de estos o con la esperanza de solicitar luego ampliaciones de plazo que lo beneficien.

Sobre este extremo, es pertinente citar a Franco Regjo cuando señala que:

> las partes pueden colaborar, pues es lo que más les genera valor, o puede ser que la colaboración no se logre, ya sea por el oportunismo o la especulación, en cuyo caso el nivel de bienestar que cada uno alcanzará será menor pues el valor que pueden crear juntos se dividirá (2020, p. 178).

Son varios los elementos que afectan la colaboración que debe existir entre las partes. Morón Urbina ha identificado los siguientes: i) el modo estático de asignar riesgos contractuales que se pueden anticipar; ii) el abuso del sistema de contratación de suma alzada; iii) la asimetría informativa entre la Entidad y los postores; iv) la aversión a la necesidad de decidir y administrar cambios al proyecto en materias relevantes como el calendario, costos, adicionales adendas; y v) la exacerbación de reglas y cláusulas conflictivas, tales como las penalidades (2020b, pp. 12-13).

A los elementos mencionados debe agregarse, entre otros: i) el rol persecutor que a veces cumple la Contraloría General de la República, generando temor en los funcionarios para adoptar las decisiones necesarias para la ejecución eficiente del contrato; ii) la falta de capacitación de los funcionarios públicos en gestión contractual, más allá del conocimiento del contenido de las normas sobre contratación pública; iii) la demora en la toma de decisiones al interior de la Entidad, debido a que los funcionarios buscan salvar su responsabilidad trasladándosela a otros; y iv) la corrupción que ha generado desconfianza en las actuaciones de los funcionarios que colaboren con los privados.

Todos estos problemas han llevado a que en los últimos años se impulsen iniciativas normativas que buscan exaltar a la colaboración como un principio independiente que, además de servir como criterio de interpretación y aplicación normativa, como elemento para integración normativa y como parámetro que oriente las actuaciones del contratista y la entidad, tenga un desarrollo normativo mediante mecanismos efectivos que promuevan la colaboración. Así, en el artículo 2 del Proyecto de Ley de Contrataciones del Estado, publicado el 30 de abril de 2021 mediante la Resolución Ministerial 141-2021-EF/54, se ha recogido expresamente el 'principio de equidad y colaboración', según el cual:

> […] el actuar de todo aquel que participe en el proceso de contratación debe procurar el equilibrio y proporcionalidad entre los derechos y obligaciones que asume, **así como la colaboración oportuna y eficaz para el logro de la finalidad que se persigue; sin perjuicio de las facultades que corresponden al Estado para el cumplimiento de sus fines, metas y objetivos** (2021) [el énfasis es nuestro].

Del mismo modo, en el artículo 23 del referido Proyecto de Ley se señala que en vía reglamentaria se establecerán los incentivos para la participación y acceso preferente al abastecimiento público de aquellos proveedores del Estado que actúen de buena fe, con transparencia, ánimo colaborativo y respeto a las obligaciones asumidas (2021). Asimismo, su artículo 55 establece que, tanto la entidad como el contratista son responsables de

ejecutar correcta y oportunamente todas las obligaciones objeto del contrato, debiendo realizar todas las acciones que estén a su alcance, en un marco de colaboración recíproca orientada al logro de los resultados esperados (2021).

Si bien el referido proyecto de ley no fue aprobado, sirve para ilustrar cómo desde el Gobierno se ha puesto especial énfasis a la colaboración que ambas partes deben prestar para que el contrato alcance su finalidad. Este proyecto buscaba crear un entorno colaborativo en el que las partes privilegiaran la ejecución eficiente del contrato por encima de sus intereses particulares o temores.

Finalmente, aunque no es objeto del presente artículo, considero importante señalar que la colaboración no solamente debe fomentarse entre los actores de un contrato, sino también al interior de la entidad. Si los funcionarios de las diferentes áreas de la entidad no actúan con cohesión, como un equipo que priorice las metas institucionales, no se adoptarán decisiones oportunas, perjudicando la ejecución de los contratos celebrados por la entidad. Deben evitarse situaciones en donde los funcionarios prioricen la elaboración de informes y memorandos que busquen trasladar responsabilidad por una decisión que está dentro de sus competencias, antes que adoptar dicha decisión con miras a satisfacer una necesidad pública. Bajo estas consideraciones, mecanismos como la Junta de Cambios sirven para promover esta comunicación y la toma de decisiones ágil al interior de la entidad.

III. LA IMPORTANCIA DE LA CONFIANZA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Para que exista colaboración debe haber confianza entre las partes, esto es, confianza en que la otra parte cumplirá sus obligaciones cabalmente y que obrará de forma leal. Sin esta confianza, difícilmente los mecanismos contractuales más sofisticados de colaboración funcionarán. Cada parte debe tener la voluntad de conducirse en interés mutuo y propiciar una buena gestión contractual, previniendo o solucionando por las vías más eficientes cualquier controversia, y tener la confianza en que su contraparte obrará de la misma manera.

En este sentido, Bullard González ha señalado lo siguiente:

> ¿De qué depende la seguridad que debe adoptarse en una transacción? Básicamente de dos factores. El primero de ellos es el nivel de confianza que deposito en la posibilidad de cumplimiento. Ello depende de las garantías legales y extralegales con que cuento. Estas garantías pueden ser un sistema judicial eficaz, el otorgamiento de colaterales (garantías reales, fianzas, avales) o simplemente la confianza en quien contrato. Así, es fácil contratar con alguien que conozca desde hace tiempo y con quien he tenido relaciones comerciales satisfactorias antes (2006, p. 673).

Por su parte, Kundmüller Caminiti menciona que la desconfianza genera que, para que se cumplan los contratos, se requiera de:

> […] una serie de «complementos onerosos» para su materialización y exigibilidad, incrementando así los costos de transacción y creando costos ocultos. Es más, todo esto se traducirá en la incorporación de cláusulas complejas en los contratos, penalidades, garantías onerosas, intervención de terceros para la exigibilidad compulsiva de lo acordado e incluso, desnaturalización de instituciones jurídicas para «adecuarlas a la realidad», etc. (2015, p. 259).

Esta colaboración y confianza mutua forma parte del principio de buena fe que debe regir todo contrato, pero que, como hemos dicho, en la contratación pública adquiere una relevancia especial por el interés público involucrado.

La confianza, que sirve como sustento de la colaboración, debe trabajarse no solo a nivel contractual, sino también a nivel institucional. Así, si las Entidades o los privados incurren en actos de corrupción, si las entidades imputan penalidades injustificadas a los proveedores o los obligan a ir al arbitraje ante cualquier mínima controversia, la confianza en el sistema se deteriora.

En este sentido, la confianza es volátil, se debe trabajar constantemente, generando un clima natural para el desarrollo de la colaboración. Si alguna de las partes en un contrato obra de mala fe, es probable que la confianza se fracture y sea difícil repararla. Esta misma situación se da a nivel del sistema de contratación pública. Si el sistema de contratación pública es percibido por sus actores como corrupto, injusto y conflictivo, entonces no habrá confianza en la ejecución de los contratos.

Dicho esto, es importante mencionar que la confianza genera ahorros. Por ejemplo, mientras más confíe un proveedor en que el sistema de compras públicas funciona y que no tendrá que defenderse de penalidades injustas o discutir ampliaciones de plazo que fueron denegadas pese a encontrarse debidamente fundamentadas, es que se les otorgará conformidad a sus prestaciones y se le pagará oportunamente o podrá resolver las controversias con la entidad en la vía conciliatoria, sin escalar

a un arbitraje. Por ello, generar confianza en todos los actores del sistema de compras públicas, durante todas las etapas del proceso de contratación, además de fomentar su participación y su colaboración, también tiene como efecto la reducción de los costos de transacción y la consecución de otros fines del Estado (por ejemplo, la participación ciudadana para detectar y denunciar actos de corrupción).

IV. PROBLEMAS DE COLABORACIÓN DURANTE LA PANDEMIA DEL COVID-19

El 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud declaró que el brote del COVID-19 había llegado al nivel de pandemia, debido al elevado número de casos confirmados, así como al número de países infectados. En atención a ello, el Gobierno Nacional emitió el Decreto Supremo 008-2020-SA, que declaró el Estado de Emergencia Sanitaria por el COVID-19, disponiendo diversas medidas de prevención y control para evitar la propagación del virus (2020). Asimismo, mediante el Decreto Supremo 044-2020-PCM, de fecha 15 de marzo de 2020, el Gobierno declaró Estado de Emergencia Nacional por el plazo de quince (15) días calendario, el cual se prorrogó en repetidas oportunidades, y dispuso el aislamiento social obligatorio (cuarentena) debido a la pandemia del COVID-19.

En este escenario, muchos contratos con el Estado quedaron paralizados o las partes tuvieron inconvenientes para cumplir sus obligaciones, por lo que se requería de su cooperación y priorización del interés común para continuar con las obligaciones que aún eran ejecutables o, en todo caso, minimizar los riesgos. Ello llevó a que el OSCE emitiera, el 25 de marzo de 2020, el comunicado 005, indicando que la declaratoria de Estado de Emergencia Nacional constituía una situación de fuerza mayor que podía afectar los contratos con el Estado (2020). En tal sentido, en aquellos casos en que la orden de aislamiento e inmovilización social impedía la ejecución oportuna de las prestaciones, era derecho del contratista solicitar ampliación del plazo contractual, siguiendo el procedimiento previsto en la normativa de contrataciones del Estado. De igual forma, indicó que las partes podrían pactar la suspensión del plazo del contrato hasta que cese la situación de fuerza mayor. Asimismo, precisó que, en los casos en que se pudiera continuar con la ejecución de las prestaciones, la entidad debía comunicar al contratista una dirección de correo electrónico para las coordinaciones y la entrega de las prestaciones, cuando ello sea posible. En buena cuenta, el comunicado del OSCE (que no tiene carácter normativo) instaba a las partes a colaborar para que no se vean afectados sus intereses, de manera tal que pudieran llegar a acuerdos para suspender el contrato o postergar el inicio del plazo de ejecución contractual (en el caso de obras).

Como puede advertirse, a dicha fecha, cuando no se emitían normas excepcionales para reactivar los contratos públicos, se apelaba a la colaboración de las partes para hallar soluciones eficientes a los problemas derivados del estado de emergencia y las medidas restrictivas. En este escenario, las partes podían acordar, entre otras: i) la suspensión del contrato; ii) la prórroga del inicio del plazo del contrato de obra; iii) el establecimiento de correos para presentación de entregables, en sustitución de la mesa de partes presencial; iv) la aceptación de firmas no manuscritas; y v) modificaciones de programas de actividades. Ello, claro, siempre que pudieran priorizar el cumplimiento del contrato. No obstante, en muchos casos, debido a la cultura de confrontación que impera en la contratación pública peruana y el miedo a que arribar a estos acuerdos fuera visto como un beneficio indebido al contratista, varios contratos se mantuvieron paralizados, perjudicando con ello que se alcance su finalidad.

Posteriormente, con la finalidad de reanudar las actividades económicas afectadas por el estado de emergencia nacional, el Gobierno, mediante Decreto Supremo 80-2020-PCM, autorizó a los sectores a aprobar protocolos sanitarios, teniendo en consideración los Lineamientos para la vigilancia de la salud de los trabajadores con riesgo de exposición a COVID-19, aprobados por el Ministerio de Salud mediante Resolución Ministerial 239-2020-MINSA. En atención a ello, el Gobierno emitió normas excepcionales para asegurar el reinicio y ejecución de las obras públicas, manteniendo el equilibrio económico de los contratos.

Así, se emitieron el Decreto Legislativo 1486 y la Directiva 005-2020-OSCE/CD del OSCE, que establecen reglas especiales distintas a las previstas en la normativa general de contrataciones del Estado. Estas disposiciones excepcionales, en atención a los principios de eficacia, eficiencia y equidad, comprendían la posibilidad de que las entidades aprueben una ampliación excepcional de plazo a los contratistas de obra, la posibilidad de acordar modificaciones contractuales para implementar las medidas sanitarias contra la propagación del COVID-19 y reconocer costos, y la posibilidad de otorgar adelantos por porcentajes mayores a los recogidos por la normativa de contrataciones del Estado.

Pese a esta norma especial, existieron diversos casos en los que las entidades no reconocieron la totalidad de los gastos incurridos por los provee-

dores para implementar las nuevas medidas sanitarias para la ejecución de las obras, lo cual pudo impactar gravemente el equilibrio económico del contrato e impedir su pronta reactivación, afectando, en consecuencia, que alcance su finalidad. Claro está, también se advirtió el caso de contratistas que aprovecharon la regulación excepcional para inflar gastos y obtener un mayor beneficio.

Otro escenario complejo se presentó en el caso de las entidades que celebraron contratos para abastecerse de bienes y servicios prioritarios para atender las necesidades derivadas de la pandemia del COVID-19, en muchos casos empleando el procedimiento de contratación directa por situación de emergencia o contrataciones de proveedores extranjeros (fuera del ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado). En estos casos, por ejemplo, se advirtió cómo diferentes contratistas reportaron problemas en la entrega oportuna de los bienes, debido al cierre de puertos en China por el brote del COVID-19[5]. Pese a ello, algunas entidades se mostraron reacias a aprobar ampliaciones de plazo por la premura que tenían y aplicaron penalidades a los contratistas.

Estas diferentes dificultades en la ejecución de contratos con el Estado pudieron ser sobrellevadas, en su mayoría, si las partes hubieran prestado una colaboración activa, adoptando medidas que viabilizaran la ejecución del contrato y entendiendo la situación grave en que se encontraba la otra. No obstante, ello no se dio, manteniéndose el esquema de conflicto tradicional que impera en las compras públicas nacionales, lo cual no permitió una gestión contractual eficiente que priorice la ejecución del contrato.

Ante estas distintas dificultades, sumadas a la corrupción que se hizo presente en las contrataciones durante el estado de emergencia, han surgido muchas voces que han promovido el uso extendido de los contratos de Gobierno a Gobierno y la adopción de los contratos estándares internacionales de construcción como mecanismos para viabilizar la gestión eficiente de las compras públicas y reducir la corrupción, sobre todo por el hecho de que durante los picos de la pandemia la inversión pública estaba siendo impulsada por proyectos ejecutados bajo esta modalidad[6]. Por ejemplo, se destaca que los contratos NEC ECC Opción F celebrados en el marco del contrato de Gobierno a Gobierno para la Reconstrucción con Cambios o los Juegos Panamericanos, son herramientas colaborativas que promueven una correcta gestión contractual de las partes, permitiendo una clara, proactiva y abierta comunicación y actuación de estas.

Los contratos antes mencionados prevén diferentes cláusulas que estimulan la colaboración entre las partes y que estas prioricen la ejecución del contrato por encima de sus intereses particulares, tales como alertas tempranas, incentivos (*Key Performance Indicator* - KPI), gestión conjunta de riesgos, entre otras. Por ejemplo, estos contratos regulan, en su primera cláusula, la obligación de las partes de cumplir sus obligaciones contractuales en un espíritu de confianza y cooperación mutuas.

No obstante, la experiencia ha demostrado que el uso de estos contratos no garantiza que las partes se comporten de manera colaborativa y usen de manera eficiente las herramientas reguladas en estos. Así, en algunos casos se ha advertido que los gerentes de proyecto de las entidades contratantes se muestran reacios a aprobar eventos compensables (tal como ocurre con las ampliaciones de plazo de la normativa de contrataciones del Estado), amenazan al contratista con la aplicación de penalidades pese a no contarse con Dispute Boards constituidos, no se aprueban los cronogramas actualizados, entre otras malas prácticas. Ello demuestra que, como ya hemos dejado asentado anteriormente, aun empleando contratos con herramientas novedosas para nuestro entorno, si las partes no tienen confianza (tanto entre estas, como confianza en que las decisiones que adopten conforme al contrato no les acarrearán investigaciones o imputaciones de corrupción o incumplimiento funcional) e interiorizan la cultura colaborativa, no podrán tener una gestión contractual eficiente.

Como ya establecimos, la colaboración no es espontánea, requiere un entorno de confianza entre las partes que la estimule, pero también mecanismos que permitan que se viabilice dicha colaboración. Por ello, resulta importante revisar algunas de las medidas que promueven la colaboración en la contratación pública, tanto aquellas que ya están recogidas en la normativa vigente, pero que se requiere promover su uso eficiente, como aquellas que podrían implementarse en una eventual modificación normativa.

V. MECANISMOS PARA LOGRAR COLABORACIÓN EN COMPRAS PÚBLICAS

Luego de lo expuesto, mencionaremos algunas herramientas o medidas que promueven la colaboración entre la entidad y el contratista, ya sea

[5] Véase a He (2021) y a France24 (2021).

[6] Véase a El Comercio (2021).

en la ejecución del contrato o en la solución de sus controversias. Esto es importante porque a veces se habla de los 'contratos colaborativos' como única solución para la falta de colaboración de las partes, pero debe entenderse que la colaboración tiene niveles y debe ser estimulada. Un contrato puede ser más o menos colaborativo según las herramientas que este prevea y los incentivos que genere.

Incluso en nuestros conflictivos contratos públicos, percibidos como 'poco colaborativos', existen herramientas que fomentan colaboración, pero lamentablemente no se aprovechan debido a la falta de confianza o de un sistema y una cultura que permita el desarrollo de esa colaboración. Bajo esta premisa, convertir nuestros contratos en colaborativos requiere de mucho más que solo la adopción de modelos estándares.

Sin pretender establecer una lista exhaustiva, a continuación, se desarrollan importantes herramientas, medidas o previsiones normativas para incentivar la colaboración en los contratos con el Estado.

A. La buena fe

Como hemos mencionado anteriormente, en la Ley de Contrataciones del Estado se encuentran reconocidos los principios de eficacia y eficiencia y equidad. Estos promueven la actuación eficiente de las partes, buscando el interés común y priorizando la finalidad del contrato.

Sin embargo, es importante destacar también el principio básico de la buena fe que, si bien no está recogido expresamente dentro de los principios del artículo 2 de la Ley de Contrataciones del Estado, este puede inferirse de otros principios como la equidad y la transparencia. Además, es un principio general de los contratos, pues, el artículo 1364 del Código Civil prevé que los "contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y la común intención de las partes" (1984). Es importante destacar el rol de la buena fe que impera en nuestro sistema contractual, pues marca una especial pauta de comportamiento leal y colaborativo para las partes en un contrato.

Al respecto, Ivanega señala que:

> La buena fe subjetiva indica que los contratantes deben someterse a lo pactado como una suerte de ley privada. Las partes en un contrato deben abstenerse de caer en una falta de lealtad o probidad en el cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta concepción de la buena fe-lealtad (o probidad) implica: a) colaboración recíproca; b) abstención de actos antifuncionales; c) brindar conocimiento al otro contratante de actos dañosas para él y que pueden evitarse sin detrimento para la contraparte […] (2008, p. 3).

Por su parte, Chamie señala que la buena fe:

> […] cumple la función de criterio para mantener el equilibrio de las prestaciones, y, por ende, la equidad en el intercambio (equality in the exchange) al momento de la celebración y también durante la ejecución, en ambos casos, respecto del comportamiento de una parte que pretende la ejecución de un contrato desequilibrado (2008, p. 114).

Habiendo dicho esto, debe mencionarse que el principio de la buena fe no se encuentra claramente reconocido en otros ordenamientos jurídicos, por lo que está expresamente recogido en algunos contratos estándar de construcción. Sin embargo, en nuestro sistema, la buena fe debe operar como un mandato legal.

Sobre el particular, Jackson (2020) ha señalado que, en la industria de la construcción en el Reino Unido, donde se presenta el auge de los contratos colaborativos, los contratos estándares incluyen cláusulas que regulan la actuación de buena fe. Esto requiere que los tribunales determinen qué pretendían las partes al incluir tales cláusulas y en qué medida dan lugar a obligaciones vinculantes. Así, la primera cláusula (Cl. 10.1) del contrato NEC ECC (que viene siendo usado en Perú en proyectos bajo el marco de los contratos de Gobierno a Gobierno) establece que el contratante, el contratista, el Gerente de Proyecto y el Supervisor de Calidad deben cumplir las obligaciones previstas en el contrato y actuar en un espíritu de confianza y cooperación mutua.

Volviendo a nuestro sistema, toda vez que ya tenemos a la buena fe como principio rector de la actuación de las partes, sumado a los principios que orientan la contratación pública nacional, no resulta necesaria su previsión expresa en un contrato para su aplicación, siendo un parámetro esencial que debe ser tomado en cuenta para determinar la forma en que las partes deben conducirse, evaluar sus actuaciones e interpretar el contrato. En suma, orientarse conforme a las reglas de la buena fe debe llevar a una actitud de colaboración activa.

B. Transparencia, lucha contra la corrupción y participación de proveedores

La transparencia de la Administración es un elemento esencial para promover la confianza de los proveedores en la misma. Es importante que se

ponga a disposición de los administradores más y mejor información sistematizada que les permita determinar si las Entidades se ajustan a la normativa de contrataciones del Estado, lo que incluye a los principios.

En suma, para fomentar la confianza en la actuación de las entidades durante el proceso de contratación, es importante que estas transparenten su gestión contractual y que permitan que los administrados la auditen. No basta con brindar acceso a la información, sino que esta debe ser de fácil obtención, encontrarse sistematizada y permitir su análisis y procesamiento.

De igual forma, es necesario que se implementen mecanismos más eficientes para combatir la corrupción, incluyendo a los administrados en esta tarea en el rol de veedores. Cuando se desvincule a la contratación pública de escándalos y prácticas de corrupción[7], se podrá reconstruir la confianza que se ha perdido en los últimos años y el descrédito de los procesos de contratación, sobre todo de obras públicas.

La corrupción genera grandes pérdidas económicas para el Estado, además del descrédito de las instituciones públicas. Por ejemplo, según el Diario Oficial El Peruano, la Contraloría informó que, en el año 2019, las pérdidas por corrupción e inconducta funcional ascendieron a S/ 23 297 millones, mientras que, en el 2020, es decir, durante la pandemia, estas habrían alcanzado S/ 22 059 millones (2021).

Además, la corrupción incrementa los costos de transacción en la contratación pública, pues cada parte adoptará medidas defensivas o actuarán con demasiada reserva, por temor a que se les imputen actos de corrupción, lo que afecta la flexibilidad necesaria en la dinámica contractual. De este modo, el temor a que la actuación de los funcionarios sea investigada como actos de corrupción genera que no se den las aprobaciones o instrucciones necesarias en los procesos de contratación, perjudicando su eficiencia.

Finalmente, es importante tomar en cuenta el rol que cumple la Contraloría General de la República en el desarrollo de la confianza y, por tanto, la colaboración en las contrataciones del Estado. Si la Contraloría audita las decisiones de los órganos que intervienen en el proceso de contratación con un excesivo formalismo, nunca se logrará promover la gestión por resultados, necesaria para que se adopten decisiones que se ajusten a principios como el de eficacia y eficiencia.

Los funcionarios deben tener seguridad para adoptar decisiones que favorezcan la oportuna y eficiente ejecución del contrato, prestando la colaboración que corresponde a la entidad, y no únicamente adoptar una posición más ventajosa y segura para la entidad (al menos en apariencia), colocando todas las cargas posibles en el contratista, por miedo a la determinación de responsabilidad por parte de la Contraloría. Es preocupante ver cómo algunos funcionarios que ejecutan contratos estándares de construcción en algunos proyectos bajo el marco de los contratos de Gobierno a Gobierno y que exigen de estos una actuación más colaborativa y flexible, terminan aferrándose a las costumbres de la normativa de contratación pública por miedo a una sanción, desaprovechando el uso de las herramientas de gestión contractual colaborativa.

C. Conciliación

Nuestra normativa de contrataciones del Estado reconoce a la conciliación como un mecanismo de solución de controversias, el cual resultaría idóneo para solucionar las controversias entre las partes si fuera empleado debidamente. Sin embargo, por más que se ha modificado constantemente la normativa de contrataciones del Estado para promover el uso de la conciliación como método de solución de controversias más expedito y barato que el arbitraje, no se ha logrado.

Así, por ejemplo, de conformidad con el numeral 45.12 del artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado, durante la conciliación o ante la propuesta de acuerdo conciliatorio, el titular de la entidad, con el apoyo de sus dependencias técnicas y legales, debe realizar un análisis costo-beneficio de proseguir con la controversia, considerando el costo en tiempo y recursos del proceso arbitral, la expectativa de éxito de seguir el arbitraje, y la conveniencia de resolver la controversia en la instancia más temprana posible (2014). Además, el numeral 45.13 de la misma ley establece que existe responsabilidad funcional en caso se impulse o prosiga la vía arbitral cuando el mencionado análisis costo-beneficio determine que la posición de la Entidad razonablemente no será acogida en esta sede (2014). Es importante destacar también la precisión que efectúa el numeral 224.2 del artículo 224 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que establece que en este análisis se deben considerar los riesgos que representa

[7] Por ejemplo, el escándalo del club de la construcción que ha golpeado fuertemente la credibilidad del sistema de compras públicas (Ministerio Público, s.f.).

la controversia en el normal desarrollo de la ejecución contractual, incluyendo el de no poder alcanzar la finalidad del contrato al no adoptarse un acuerdo conciliatorio (2015).

Lamentablemente, aún hoy los funcionarios públicos tienen miedo de conciliar las controversias con los contratistas, pues consideran que, tratándose de un método autocompositivo, el acuerdo que adopten les generará responsabilidad administrativa, civil o penal; por ello prefieren forzar un arbitraje, para que sea un tercero quien adopte una decisión definitiva sobre la controversia. Lo mencionado genera un aumento de precios, retrasos en los proyectos, descrédito del proceso de contratación y un desgaste de la relación entre las partes que finalmente solo ahonda en la crisis de confianza y colaboración de nuestro sistema.

Por lo sostenido, es importante lograr que la conciliación se posicione como una herramienta esencial para que las partes, de común acuerdo y a bajo costo, puedan poner fin a sus controversias, minimizando el desgaste de su relación. Para ello, debe empoderarse a los funcionarios públicos y liberarlos del miedo de ser cuestionados por adoptar decisiones de gestión sustentadas en el análisis costo-beneficio, priorizando la atención de las necesidades públicas.

D. Junta de Resolución de Disputas o Dispute Boards

Nuestra normativa de Contrataciones del Estado regula a la Junta de Resolución de Disputas como mecanismo de solución de controversias aplicable a la contratación de obras públicas, que se asemeja a los internacionalmente conocidos Dispute Boards. Se trata de una Junta permanente, que ejerce tanto un rol consultivo y preventivo como un rol decisorio, realizando visitas periódicas a la obra.

En este mecanismo de solución de controversias los adjudicadores toman conocimiento de la obra y de cualquier problema que surja durante su ejecución en tiempo real, acompañándola y asistiendo proactivamente a las partes, no solo en la solución de sus controversias, sino principalmente en la prevención de estas. Ello difiere de lo que ocurre en los arbitrajes, en donde los árbitros:

> […] toman conocimiento de los acontecimientos que dieron origen a las controversias a través de los medios probatorios y los alegatos de las partes, los cuales, por ser evidentemente parcializados y contrarios entre sí, dan lugar a la difícil tarea de reconstruir artificialmente el pasado para adoptar una decisión (Medina Flores, 2019, p. 124).

Por su parte, Chern señala que el Dispute Boards se diferencia de otros mecanismos de solución de controversias debido a que este "es elegido al inicio de un proyecto, antes de que surja cualquier disputa y que, mediante las visitas regulares a la obra, este se encuentra involucrado activamente a lo largo del proyecto" (2020). Agrega el autor que, este mecanismo "se vuelve una parte de la administración del proyecto y puede influenciar, durante la ejecución del contrato, la conducta de las partes" (Chern, 2020).

A su vez, Paredes Carbajal señala que la Junta de Resolución de Disputas:

> Ayuda a que las partes actúen de forma más profesional y razonable en la toma de decisiones, presentación de reclamaciones y en cualquier discusión en general, ya que la mera presencia de un dispute board suele actuar como freno de posturas infundadas o comportamiento estratégico de las partes (2013, p. 83).

Conforme a ello, las Juntas de Resolución de Disputas o Dispute Boards son un mecanismo que ayuda a las partes a gestionar eficientemente la obra, asistiéndolas para prevenir cualquier disputa que pueda surgir entre estas, evitando un innecesario desgaste de su relación. Esto evita la pérdida de confianza que impide que las partes presten su colaboración para alcanzar la finalidad del contrato.

E. La metodología Building Information Modeling

El Building Information Modeling (en adelante, BIM) es una herramienta de trabajo colaborativo que se viene empleando en el sector privado y público en el Perú. De acuerdo con Medina Flores, actualmente, su uso viene siendo impulsado por el Gobierno de manera progresiva en lo referente a obras públicas (2021, p. 146).

En efecto, se está desarrollando un marco normativo que sienta las bases para la aplicación progresiva de esta metodología en las obras públicas. Así, el Plan Nacional de Competitividad y Productividad, aprobado mediante el Decreto Supremo 237-2019-EF, establece que el Plan BIM es una de las medidas necesarias para dotar al país de una infraestructura económica y social de calidad. Por su parte, la Décimo Primera Disposición Complementaria Final del Texto Único Ordenado de la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado, ha previsto que mediante decreto supremo se establezcan los criterios para la incorporación progresiva de herramientas de modelamiento digital de la información para la ejecución de los proyectos de infraestructura pública.

A su vez, el Decreto Supremo 289-2019-EF estableció disposiciones para la incorporación progresiva del BIM en los procesos de inversión pública de las entidades y empresas públicas sujetas al Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones. En dicha norma se ha definido al BIM como el "conjunto de metodologías, tecnologías y estándares que permiten formular, diseñar, construir, operar y mantener una infraestructura pública de forma colaborativa en un espacio virtual" (2019, p. 6).

En la misma línea, el Plan de implementación y Hoja de ruta del Plan BIM Perú, aprobado mediante Resolución Directoral 0002-2021-EF63.01, establece que esta metodología implica un conjunto de actividades colaborativas basadas en estándares que utilizan herramientas digitales para gestionar la información de una inversión (2021). Para emplear esta metodología, además del desarrollo de esta normativa, se requiere generar competencias en los funcionarios públicos, que no solo deben incluir aspectos técnicos, sino también la adopción de la filosofía de trabajo colaborativo.

Entre los beneficios de implementar esta metodología se encuentra el contar con información del proyecto digitalizada y sistematizada, garantizando la transparencia y trazabilidad. Asimismo, permite la integración de la información en un modelo que permita detectar oportunamente riesgos, problemas de interfases, evaluar modificaciones y, en general, tomar decisiones informadas.

Esta metodología permite que los agentes que intervienen en un proyecto manejen la misma información de manera integrada. Por ello, Salvatierra señala que el "BIM ayuda a reducir el costo y la duración final del proyecto, así como a minimizar las interferencias y errores de información en la etapa de construcción" (2020).

A su vez, Giana y Vornicu, señalan que:

> Aprovechar al máximo la metodología BIM implica procesos de construcción que cambian de un enfoque tradicional a enfoques de datos integrados. Sin embargo, para que los procesos digitales funcionen a máxima capacidad, requieren una reducción de la fragmentación horizontal y un mayor involucramiento de la cadena de suministro (2020, pp. 114-115) [traducción libre][8].

Como indican estos autores, esta metodología redunda en reducción de costos y adopción de decisiones eficientes, pero, a su vez, requiere una colaboración activa de los actores del proyecto. Así, el uso de esta herramienta promoverá y facilitará el trabajo colaborativo en los proyectos públicos, pero, nuevamente, ello requiere de preparación y la interiorización de esta metodología de trabajo.

F. Sistema de entrega de proyectos y contratos colaborativos

Hasta este punto, hemos revisado herramientas que promueven la colaboración que ya se encuentran previstas en nuestra normativa de contrataciones del Estado. Ahora, nos detendremos brevemente en el sistema de entrega de proyectos que son propiamente colaborativos.

La colaboración tiene niveles, como hemos mencionado antes. Existen sistemas de entrega de proyectos y modelos contractuales que buscan alcanzar máximos niveles de colaboración e integración, de manera tal que las partes se involucren de manera conjunta y articulada en todas las etapas del proyecto considerándose socios de este.

Los sistemas parten de la premisa de que la colaboración es necesaria para alcanzar una eficiente gestión del proyecto y que un alto nivel de colaboración necesita de instrumentos que la promuevan. Ya desde 1994 el reporte de Michael Latham, sobre la industria de la construcción del Reino Unido, reconocía que los más efectivos modelos de contratos deben incluir "un deber específico de todas las partes para cooperar entre estas y con sus subcontratistas, especialistas y proveedores, en una atmósfera de cooperación mutua" (1994, p. 37) [traducción libre][9].

Para entender las implicancias de lograr un alto grado de colaboración, resulta importante citar a Franco Regjo, cuando señala que:

> La propuesta última del enfoque colaborativo es eliminar la fragmentación de los equipos que participan en un proyecto tanto como sea

[8] "Taking full advantage of the BIM technology entails construction processes which shift from traditional approaches to integrated data-driven approaches. However, for digital processes to function at peak capacity, they require a reduction of horizontal fragmentation and an increased involvement of the supply chain".

[9] Texto original: "A specific duty for all parties to deal fairly with each other, and with their subcontractors, specialists and suppliers, in an atmosphere of mutual cooperation".

> posible. Los esquemas más ambiciosos de colaboración plantean la estructura organizativa del proyecto de manera radicalmente distinta a lo que estamos acostumbrados. De hecho, la aplicación del enfoque colaborativo a cabalidad lleva a crear una organización virtual entre todos los equipos de proyecto (2020, p. 184).

Para que este nivel de colaboración se presente, no se puede confiar en la espontaneidad e improvisación de las partes. Resulta necesario: i) invertir tiempo y recursos para desarrollar el alcance del proyecto de manera conjunta; ii) considerar prioritaria la integración y la administración de interfases, involucrando a los diferentes actores del proyecto; iii) manejar información integrada y digitalizada; iv) privilegiar la confianza de las partes, entendiéndose como 'socios', antes que como adversarios; y v) establecer contractualmente un sistema de incentivos que permita que las partes obtengan beneficios comunes de una actuación eficiente conjunta, así como sufran pérdidas compartidas. Esto se dice fácil, pero el aprendizaje para llegar a este nivel de colaboración es largo y requiere de un compromiso firme entre las partes. Para promover este nivel de colaboración, las partes deben tener una estructura integrada de participación en las diferentes etapas del proyecto, con trabajo y toma de decisiones conjunta, asumiendo en común las ganancias y pérdidas del proyecto.

Dentro de los Sistemas de Entrega de Proyectos [traducción libre][10] colaborativos, por ejemplo, se encuentra el Integrated Project Delivery System. De conformidad con Spittler y Nelson, este sistema implica:

> el uso de un proceso de diseño colaborativo y un entorno de construcción […]. Propone una reducción de costos, mayor velocidad, una mayor responsabilidad por el desempeño y la sostenibilidad del proyecto. El eje alrededor del que gira el IPD [*Integrated Project Delivery*] son los procesos colaborativos. El IPD requiere que todos los participantes del proyecto colaboren durante la vida del proyecto para el beneficio del propio proyecto, a través de los retos e incertidumbres que suelen atravesar los procesos de construcción y diseño (2011, p. 748).

Asimismo, existen contratos estándares que son propiamente colaborativos, pues recogen estas herramientas y previsiones necesarias para asegurar la colaboración de las partes. Por ejemplo, el FAC-1 o el contrato de alianza de los NEC 4.

No siendo el objeto de este artículo extendernos en este tema, podemos señalar que es beneficioso explorar nuevos sistemas de colaboración e integración para la ejecución de proyectos públicos, así como orientar la normativa para alcanzar mayores niveles de colaboración. Pero no basta con adoptar modelos contractuales o regular un sistema de entrega de proyectos contractuales, sino que se debe promover una verdadera cultura de colaboración entre las entidades y los proveedores, para lo cual se requiere recobrar la confianza en los actores del sistema.

G. Incentivos para el contratista

La normativa de contrataciones del Estado establece diversos mecanismos para disuadir el incumplimiento del contratista. Entre estos podemos encontrar las penalidades, la resolución del contrato, la ejecución de garantías, la comunicación al Tribunal de Contrataciones del Estado ante supuestos sancionables como ocasionar la resolución contractual o subcontratar indebidamente, entre otros.

Estos mecanismos disuasivos pueden ser útiles, y el contratista debe colaborar y cumplir con aquello a lo que se ha obligado, observando las reglas de la buena fe. Pero, estos mecanismos no necesariamente incentivan una colaboración proactiva que genere eficiencias en el contrato. Con estos mecanismos no se aprovecha la experiencia y conocimientos del proveedor que pueden mejorar la ejecución contractual y generar beneficios adicionales al proyecto. Con mecanismos de sanción únicamente se asegura (en teoría) que el contratista cumpla con lo mínimo a lo que se ha obligado.

Sería importante analizar si resulta conveniente en nuestro sistema implementar, para supuestos determinados, herramientas que incentiven al contratista a lograr eficiencias durante la contratación, especialmente en objetos contractuales complejos. Un ejemplo de estos mecanismos de incentivo se encuentra en la Cláusula de Opción Secundaria X 20 que se ha utilizado en los NEC ECC celebrados para la Reconstrucción con Cambios y los Juegos Panamericanos en el marco de los contratos de Gobierno a Gobierno, que generan incentivos al contratista para alcanzar un desempeño óptimo en sus obligaciones, recibiendo una bonificación cuando se alcanzan algunos hitos, tales como los siguientes:

[10] "Project Delivery System"

Figura 1

Ref.	KPI (Índice de Rendimiento clave)	Criterios	Incentivos
1	Diseño y construcción al Costo Referencial.	Diseñar, ejecutar y completar los requerimientos establecidos al Presupuesto Referencial del Proyecto.	50% de ahorro al presupuesto referencial del proyecto (ahorro después de la liquidación).
2	Entrega de plataformado para que empresa de *Overlay* lleve a cabo sus trabajos.	Disponer de las áreas para *Overlay*, dentro del área residencial. 5 áreas (disco, centro multiconfesional, etc.).	US $40 000 por cada área a recibir (*Overlay*) oportunamente dentro de la Zona Residencial.
3	Entrega de Bloques Residenciales.	Culminar y completar las pruebas con los protocolos de Control de Calidad para la entrega de Bloques. Se considera Bloque 1: torres 1-2-6; y Bloque 2: torres 3-4-5-7 más los trabajos exteriores en zona residencial.	US $200 000 por cada bloque (US $200 000 por cada entrega seccional por un total de US $400 000).

Estos incentivos pueden generar la participación del contratista en los resultados del proyecto, de manera tal que se esmere en generar eficiencias, tener un desempeño superior al esperado y brinde a la Entidad un resultado que satisfaga mejor su necesidad pública.

Los incentivos pueden lograr mejores efectos respecto de la conducta del contratista y su correcto desempeño que un castigo económico o la amenaza de una sanción del Tribunal de Contrataciones del Estado. Los castigos, como mencionamos anteriormente, cuando son desproporcionados, incentivan conductas indeseadas como el ocultamiento de información importante, reclamos oportunistas y proliferación de controversias para intentar recuperar algo del costo perdido.

VI. CONCLUSIONES

La colaboración entre la entidad y el contratista es un elemento esencial para alcanzar el éxito de la contratación y que esta sirva para satisfacer oportuna y eficientemente las necesidades públicas. Esta colaboración no debe ser entendida como una carga del contratista de someterse a cualquier imposición de la entidad, con la excusa de cumplir con la finalidad pública. No es una colaboración unívoca ni corresponde al contratista asumir una carga que supere incluso el beneficio esperado, desconociendo el interés de lucro que lo lleva a participar en las compras públicas. La colaboración activa debe provenir de ambas partes, pues solo así se puede asegurar la finalidad del contrato de manera eficiente, incluso ante situaciones adversas e inesperadas, como el COVID-19.

Un presupuesto para que exista colaboración, es que haya confianza entre las partes del contrato público y en el sistema de contratación pública. Un alto nivel de confianza conlleva a una mayor colaboración. Debe existir confianza en que cada parte cumplirá sus obligaciones de acuerdo con lo pactado y que cooperará para solucionar cualquier problema que surja durante la ejecución contractual. Asimismo, debe haber confianza en que ambas partes se conducirán de manera leal y transparente. Finalmente, debe existir confianza en que se priorizará la correcta ejecución del contrato antes que intereses oportunistas.

La entidad y el contratista persiguen un interés común: que el contrato se ejecute eficiente y oportunamente. Así, por un lado, el contratista obtendrá la contraprestación pactada íntegra y oportunamente y, por otro lado, la entidad verá satisfecha la necesidad pública que dio origen a la contratación. Sin embargo, ambas partes suelen verse como adversarios con intereses contrapuestos e irreconciliables, manteniendo una constante relación tirante que muchas veces desemboca en arbitrajes por controversias que pudieron ser solucionadas mediante la interacción de las partes.

Para promover la colaboración entre las partes se pueden emplear diferentes herramientas, muchas de las cuales ya se encuentran previstas en nuestra normativa nacional, pero que no han sido explotadas por los actores del sistema, ya sea por falta de conocimiento o por temor. También pueden emplearse nuevos mecanismos, como la adopción de sistemas de contratación y contratos colaborativos, pero debe tenerse presente que, sin que exista un entorno de confianza y una cultura de colaboración, ni los mecanismos más sofisticados serán utilizados eficientemente.

Por otra parte, si bien es importante recoger buenas experiencias nacionales e internacionales en el uso de herramientas colaborativas, actualmente existen herramientas que, bien usadas y con un buen equipo de administración contractual, pueden incentivar una correcta colaboración entre las partes y generar eficiencias. Antes que cualquier herramienta sofisticada, se requiere un cambio de actitud, mejora de la visión de los ac-

tores del sistema de compras públicas y mucha capacitación.

Visto de este modo, la confianza es un activo que reduce costos de transacción en las compras públicas. En consecuencia, el Estado debe adoptar medidas para aumentar la confianza en el sistema de contratación en todas sus etapas y lograr una mayor participación de los administrados. Además, debe cuidar que no se pierda la confianza adquirida, pues recuperarla suele ser una tarea compleja y a largo plazo. Un sistema que queda desacreditado tardará en recobrar la reputación perdida.

Por otro lado, no debe pasarse por alto que las medidas de restricción impuestas por la pandemia del COVID-19 hicieron más notoria la falta de colaboración en los contratos con el Estado, ya que en este escenario las partes debían cooperar más para superar las restricciones del estado de emergencia y las medidas sanitarias, así como para asegurar la ejecución oportuna de los contratos que tenían por objeto los bienes y servicios esenciales, antes que conducirse de manera obstruccionista. No obstante, existieron diferentes situaciones que pusieron en evidencia la falta de colaboración en las compras públicas la cual no permitía que los contratos alcancen su finalidad y se logre la atención oportuna de las necesidades públicas, muchas de las cuales, en el contexto de pandemia, tenían carácter urgente.

Por ello, se alzaron muchas voces que buscaron implementar con carácter general los contratos estándares de construcción y los contratos de Gobierno a Gobierno como solución definitiva para el problema de la colaboración, debido a la popularidad con la que cuentan estas herramientas por los importantes proyectos que se vienen ejecutando mediante su implementación.

No obstante, si bien es importante recoger buenas experiencias nacionales e internacionales en el uso de herramientas colaborativas, actualmente existen herramientas que, bien usadas y con un buen equipo de administración contractual, pueden incentivar una correcta colaboración entre las partes y generar eficiencias. Antes que cualquier herramienta sofisticada, se requiere un cambio de actitud, mejora de la visión de los actores del sistema de compras públicas y mucha capacitación. Las mejoras a la normativa de contratación pública para incentivar la conducta colaborativa entre las partes deben superar la previsión de principios y más bien considerar mecanismos que incentiven al contratista a actuar con transparencia y generar eficiencias, aprovechando sus capacidades y experiencia.

REFERENCIAS

Bullard González, A. (2006). *Derecho y economía: el análisis económico de las instituciones legales*. Palestra Editores.

Chamie, J. F. (2008). Equilibrio contractual y cooperación entre las partes: El deber de revisión del contrato. *Revista de Derecho Privado*, (14), 113-138.

Chern, C. (2020). *Chern on Dispute Boards: Practice and Procedure* (4ta ed.). Informa Law from Routledge.

Diario Oficial El Peruano (15 de julio de 2021). Perú perdió S/ 23,297 millones por corrupción e inconductas. *Diario Oficial El Peruano*. https://elperuano.pe/noticia/124640-peru-perdio-s-23297-millones-por-corrupcion-e-inconductas

El Comercio (29 de septiembre de 2021). La inversión pública volvería a crecer en el 2021 impulsada por inversión en Reconstrucción con Cambios. *El Comercio*. https://elcomercio.pe/economia/la-inversion-publica-volveria-a-crecer-en-el-2021-impulsada-por-inversion-en-reconstruccion-con-cambios-noticia/?ref=signwall

Flores Rivas, J. C. (2019). Revisión de los contratos administrativos: el adecuado equilibrio entre potestades exorbitantes y los derechos contractuales. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (53), 67-98. http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512019005000403

France24 (12 de agosto de 2021). China cierra parcialmente uno de los principales puertos del mundo por caso de COVID. *France 24*. https://www.france24.com/es/minuto-a-minuto/20210812-china-cierra-parcialmente-uno-de-los-principales-puertos-del-mundo-por-caso-de-covid

Franco Regjo, E. (2020). La incorporación de procesos colaborativos en el contrato para lograr proyectos de construcción de alto desempeño. *Derecho & Sociedad*, (55), 175-195.

Giana, P. &, Vornicu, R. (2020). The use of FAC-1 as a contractual integrator enhancing the use of BIM: a focus on the Liscate school in Italy. *Derecho & Sociedad*, (55), 113-123.

He, L. (18 de junio de 2021). Un gran retraso en los puertos de China podría interferir en tus compras navideñas este año. *CNN*. https://cnnespanol.cnn.com/2021/06/18/retraso-puertos-china-compras-navidenas-trax/

Ivanega, M. (2008). El Principio de Buena Fe en los contratos administrativos. *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, (360).

Jackson, S. (2020). Good Faith under English Law: Evaluation or Revolution? *Derecho & Sociedad*, (55), 33-51.

Kundmüller Caminiti, F (2015). El Arbitraje en Contratación Pública: (Des)confianza y Aporía. Breves Comentarios al Proyecto de Reglamento de la Nueva Ley de Contrataciones del Estado. *Derecho & Sociedad*, (44), 257-270.

Latham, M. (1994). *Constructing the team: final report of the Government/Industry review of procurement and contractual arrangements in the UK construction industry*. https://constructingexcellence.org.uk/wp-content/uploads/2014/10/Constructing-the-team-The-Latham-Report.pdf

Mckinsey Global Institute (2017). *Reinventing Construction: A route to higher productivity*. https://www.mckinsey.com/~/media/mckinsey/business%20functions/operations/our%20insights/reinventing%20construction%20through%20a%20productivity%20revolution/mgi-reinventing-construction-a-route-to-higher-productivity-full-report.pdf

Medina Flores, J. C. (2019). El Acuerdo de Gobierno a Gobierno y los Contratos NEC: ¿Soluciones a las deficiencias de la normativa de contrataciones del Estado que pueden ser replicadas por todas las Entidades?. *Ius et Veritas*, (58), 110-127. https://doi.org/10.18800/iusetveritas.201901.006

(2021). Los Proyectos Especiales de Inversión Pública y el Modelo de Ejecución de Inversiones Públicas: Revisión de las herramientas que pueden emplearse para mejorar las contrataciones del Estado. *Ius et Veritas*, (62), 131-151. https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202101.007

Ministerio Público (s.f.). Caso Club de la Construcción. *Ministerio Público*. https://www.mpfn.gob.pe/equipo_especial/caso_uno/

Morón Urbina, J. (2016). *La Contratación Estatal: análisis de las diversas formas y técnicas contractuales que utiliza el Estado*. Gaceta Jurídica

(2020a). La buena administración contractual y el contratista como colaborador de la Administración. *Revista de Derecho Administrativo*, (18), 13-34.

(2020b). ¿Y si hacemos "colaborativos" nuestros contratos "adversariales" de infraestructura? *Quincenarios. Boletín AFIN*, (260), 11-14.

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (25 de marzo del 2020). Comunicado No. 005-2020: sobre la ejecución de contratos, en el marco de las normas que establecen medidas excepcionales para contener la propagación del COVID-19. *Gob.pe*. https://www.gob.pe/institucion/osce/noticias/111443-comunicado-n-005-2020-sobre-la-ejecucion-de-contratos-en-el-marco-de-las-normas-que-establecen-medidas-excepcionales-para-contener-la-propagacion-del-covid-19

Paredes Carbajal, G. (2013). Dispute Boards y Arbitraje en Construcción: ¿compiten o se complementan? A*rbitraje PUCP*, (3), 79-85.

Rodríguez-Arana Muñoz, J. (2018). Las prerrogativas de la Administración en los contratos de las Administraciones Públicas. *Anuario da Faculta-de de Dereito da Universidade da Coruña*, (12), 795-812.

Rodríguez-Arana Muñoz, J., Moreno Molina, J. A., Jinesta Loboy, E., & Navarro Medal, K. (2011). *Derecho Internacional de las Contrataciones Administrativas*. Ediciones Guayacán.

Salvatierra, J. (marzo de 2020). ¿BIM sin Lean? https://negocioyconstruccion.cl/bim-sin-lean/.

Spittler, J., & Nelson, E. (2011) *Where is Project Delivery Headed?* AACE International Transactions.

Suárez Beltrán, G., &, Laguardo Giraldo, R. (2007). *Manual de contratación pública electrónica para América Latina: bases conceptuales, modelo legal, indicadores, parámetros de interoperabilidad*. Comisión Económica para América Latina y el Caribe.

Wagemann Farfán, A., &, Inostroza Guajardo, C. N. (2020). La ejecución del contrato de obra pública en Sudamérica ante el COVID-19: posibles alternativas para mantener su equilibrio económico o terminarlo anticipadamente. *Derecho & Sociedad*, (55), 383-397.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Decreto Legislativo 1486, Decreto Legislativo que establece disposiciones para mejorar y optimizar la ejecución de las inversiones públicas, Diario Oficial *El Peruano*, 10 de mayo de 2020 (Perú).

Decreto Supremo 008-2020-SA, Decreto Supremo que declara en Emergencia Sanitaria a nivel nacional por el plazo de noventa (90) días calendario y dicta medidas de prevención y control del COVID-19, Diario Oficial *El Peruano*, 11 de marzo de 2020 (Perú).

Decreto Supremo 044-2020-PCM, Decreto Supremo que declara Estado de Emergencia Nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del brote del COVID-19, Diario Oficial *El Peruano*, 15 de marzo de 2020 (Perú).

Decreto Supremo 237-2019-EF, Decreto Supremo que aprueba el Plan Nacional de Competitividad Productiva, Diario Oficial *El Peruano*, 28 de julio de 2019 (Perú).

Decreto Supremo 289-2019-EF, Aprueban disposiciones para la incorporación progresiva de BIM en la inversión pública, Diario Oficial *El Peruano*, 8 de setiembre de 2019 (Perú).

Decreto Supremo 350-2015-EF, Decreto supremo que aprueba el Reglamento de la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado, Diario Oficial *El Peruano*, 10 de diciembre de 2015 (Perú).

Decreto Supremo 80-2020-PCM, Decreto Supremo que aprueba la reanudación de actividades económicas en forma gradual y progresiva dentro del marco de la declaratoria de Emergencia Sanitaria Nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del COVID-19, Diario Oficial *El Peruano*, 2 de mayo de 2020 (Perú).

Directiva 005-2020-OSCE/CD, Alcances y disposiciones para la reactivación de obras públicas y contratos de supervisión, en el marco de la segunda disposición complementaria transitoria del Decreto Legislativo 1486, 19 de mayo de 2020 (Perú).

Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado, Diario Oficial *El Peruano*, 11 de julio de 2014 (Perú).

Opinión del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado 15-2015/DTN, entrega del terreno como requisito para el inicio del plazo de ejecución de una obra, 23 de enero de 2015 (Perú).

Opinión del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado 001-2019/DTN, en la que la Presidenta de la Corte Superior de Justicia de Ventanilla, realiza varias consultas sobre la resolución de un contrato, en el marco de la normativa de contrataciones del Estado, 28 de enero de 2019 (Perú).

Resolución Directoral 0002-2021-EF63.01, que aprueba el Plan de implementación y Hoja de Ruta del Plan BIM Perú, Diario Oficial *El Peruano*, 15 de junio de 2021 (Perú).

Resolución Ministerial 239-2020-MINSA, que aprueba el Documento Técnico "Lineamientos para la vigilancia de la salud de los trabajadores con riesgo de exposición a COVID-19, Diario Oficial *El Peruano*, 29 de abril de 2020 (Perú).

Resolución Ministerial 141-2021-EF/54, que dispone la publicación del Proyecto de Ley de Contrataciones del Estado en el portal institucional del Ministerio, Diario Oficial *El Peruano,* 30 de abril de 2021 (Perú).

Tercera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, 7 de diciembre de 2020, Resolución 2576-2020-TCE-S3, recaída en los Expedientes 1143/2020.TCE y 1533/2020.TCE (Acumulados) (Perú).

10.18800/themis.202102.005

COVID-19 Y LIBERTAD DE CULTO EN CHILE: LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

COVID-19 AND FREEDOM OF WORSHIP IN CHILE: THE JURISPRUDENCE OF THE SUPREME COURT

Rodrigo Andrés Poyanco Bugueño*
Universidad Finis Terrae

The pandemic has brought different challenges to the jurisdictional authorities, among them, solving controversies about the health measures adopted by the different Governments. The author focuses on the fundamental right to freedom of worship and how it was affected by the measures adopted by the Chilean Government as a result of COVID-19.

To approach the problem, recent jurisprudence is used, both from the Court of appeals and, mainly, from the Supreme Court of Chile. Through the jurisprudential analysis, the change of position of the Supreme Court is denoted, from a vision according to the restrictive measures dictated by the government, towards a position of defense of the fundamental right to freedom of worship, based both on the Political Constitution of Chile as in international human rights treaties.

Keywords: constitution; fundamental rights; religious freedom; freedom of worship; Chile.

La pandemia ha traído distintos retos a los órganos jurisdiccionales, entre ellos, resolver controversias acerca de las medidas sanitarias adoptadas por los distintos Estados. El autor se enfoca en el derecho fundamental a la libertad de culto y cómo este se vio afectado por las medidas adoptadas por el Estado chileno a raíz del COVID-19.

Para abordar el problema, se utiliza reciente jurisprudencia, tanto de las Cortes de apelaciones como, principalmente, de la Corte Suprema de Chile. A través del análisis jurisprudencial se denota el cambio de postura de la Corte Suprema, desde una visión concordante con las medidas restrictivas dictadas por el Gobierno, hacia una postura de defensa del derecho fundamental a la libertad de culto, basándose tanto en la Constitución Política de Chile como en tratados internacionales de derechos humanos.

Palabras clave: constitución; derechos fundamentales; libertad de religión; libertad de culto; Chile.

* Abogado. Doctor en Derecho por la Universidad Santiago de Compostela. Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Finis Terrae. Contacto: rpoyanco@uft.cl

Nota del Editor: el presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de derecho el 12 de agosto de 2021, y aceptado por el mismo el 12 de febrero de 2022.

I. INTRODUCCIÓN

Sabemos de la innegable importancia que la religión tiene para muchas personas, pues funge como herramienta para afrontar las inescapables dificultades de la vida, incluyendo, ciertamente, la muerte. Pero, además, la libertad de religión se encuentra indisolublemente ligada a la historia del constitucionalismo, dada su relación directa con el comienzo de la expresión legislativa de los derechos del hombre, así como con su entendimiento como derechos innatos e inalienables (Jellinek, 2000, p. 79)[1].

Sin embargo, lo cierto es que, actualmente, esta es una de las libertades más amenazadas en el mundo[2]. Al COVID-19 y a las perennes amenazas existentes contra determinadas minorías religiosas, en remotos países del oriente, se suma la aparición de un nuevo cuestionamiento al ejercicio de esta libertad, esta vez en el centro mismo de la tolerante cultura occidental: el derivado de las medidas adoptadas por distintos gobiernos para combatir dicha enfermedad[3]. Muchas de las medidas técnico epidemiológicas adoptadas por las autoridades han significado, directa o indirectamente, la prohibición o, al menos, un entorpecimiento esencial, a millones de personas alrededor del mundo para practicar su fe (Daniele, 2021).

Como era esperable –dado el carácter mundial de la pandemia–, este problema también llegó a Chile. En este trabajo revisaremos la respuesta que los tribunales superiores de justicia chilenos –en particular, la Corte Suprema de Justicia– dieron a los recursos constitucionales que se presentaron en contra de diversas medidas restrictivas de la libertad de culto, basadas en el combate a la pandemia. Veremos cómo este máximo tribunal transita en su jurisprudencia desde una actitud deferente con las autoridades en materia de medidas técnico-sanitarias (aunque ellas significaran una merma o, incluso, la suspensión en los hechos de la libertad religiosa) hacia una actitud de protección de este derecho. A este trabajo agregaremos doctrina nacional y extranjera, además de algunos criterios de la Comisión de Venecia, órgano consultivo del Consejo de Europa, encargado de velar por el respeto al Estado de Derecho, que ha emitido pronunciamientos sobre los estados de emergencia y el combate a la pandemia, comisión de la que Chile y Perú son miembros.

II. EL CONTENIDO DE LA LIBERTAD RELIGIOSA

Antes de iniciar el análisis de la jurisprudencia que comentaremos en este trabajo, es necesario hacer una breve mención acerca de la regulación constitucional del derecho a la libertad religiosa en Chile, sobre todo porque, como reconocen numerosos autores, en nuestra Constitución este derecho no está reconocido como tal, sino que suele subsumírsele en el artículo 19, numeral 6 de nuestra Constitución Política, que solo garantiza la "libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el libre ejercicio de todos los cultos que no lo opongan a la moral, a las buenas costumbres y al orden público" (Bustamante Sinn & Astaburuaga Briseño, 2020, pp. 13-14)[4]. Ello no nos exime, sin embargo, de tratar de delimitar cual es el contenido específico del derecho en cuestión, atendiendo sobre todo a las diferencias conceptuales entre este derecho, la libertad de conciencia y la libertad de opinión. Esas diferencias tienen relevancia para determinar si las acciones del Estado chileno, que comentaremos más adelante, han constituido o no una vulneración de ese derecho.

Salinas Araneda sostiene que puede diferenciarse entre la libertad religiosa, la de conciencia y la de pensamiento. El rasgo típico de esta última reside en que "es la actividad intelectual en busca de la verdad o en la adopción de opiniones" (2020, p. 186). Así entendida, la libertad de pensamiento:

> Impone al Estado un principio de actuación según el cual éste carece de competencia para elaborar, mantener e imponer, en sustitución del ámbito de racionalidad de sus ciudadanos, un pensamiento estatal oficial sobre la filosofía, la cultura, las ciencias, las teorías y sistemas políticos, el arte y, en suma, la concepción del hombre, del mundo y de la vida (2020, pp. 185-188).

---

1 Véase también Simón Yarza (2020, pp. 1-3).

2 De acuerdo al Informe de Libertad Religiosa en el Mundo 2021, elaborado por la entidad "Ayuda a la Iglesia Necesitada" (ACN):

> La libertad religiosa se vulnera prácticamente en un tercio de los países del mundo (31.6%) en el cual viven dos tercios de la población mundial. 62 países de los 196 existentes afrontan violaciones muy graves de esta libertad. El número de personas que vive en estos países se acerca a los 5200 millones, ya que entre los países que más vulneran la libertad religiosa se encuentran algunas de las naciones más pobladas del mundo (China, la India, Pakistán, Bangladés y Nigeria) (2021).

3 Una periodista irlandesa ironizaba cómo, en un país como Irlanda, tradicionalmente católico "you can face six months behind bars for forging a drug prescription. Or for stealing € 20.000 from your employer for luxury holidays. Or, until recently, for attending church" (Mclatchie, 2021).

4 Precht Pizarro explica que ello ocurrió por razones históricas, al conservarse el texto que para la misma garantía contemplaba la Constitución Política de 1925 (2000, p. 109). En el mismo sentido, escribe Salinas Araneda (2008, p. 185).

La libertad de conciencia, en cambio, parte de la base que "es el dictamen de lo que moralmente puede hacerse u omitirse en una situación concreta en la que se encuentra el hombre" (Hervanda, 1984, citado en Salinas Araneda, 2008). Por ello, la libertad de conciencia "hace referencia al juicio moral sobre las propias acciones y a la actuación en conformidad con dicho juicio moral" (Salinas Araneda, 2008, pp. 185-188).

Sin duda que, así expresadas, ambas libertades y los bienes jurídicos que protegen tienen gran relación con las convicciones espirituales más profundas de la persona, pero ello no significa que la libertad de religión no tenga un contenido específico. En efecto, tal como apunta Salinas Araneda, si se opta por entender la religión como una relación dialógica con Dios[5], la libertad religiosa "tiene por objeto el sistema de relación del hombre con Dios en cuanto tiene una proyección externa, esto es, una práctica, enseñanza, culto, u observancia" (Salinas Araneda, 2008). El derecho de libertad religiosa:

> tiene, en consecuencia, por objeto la fe —en la doble dimensión de acto de fe y de contenido de dicho acto de fe— y en la práctica de la religión en todas sus manifestaciones, individuales, asociadas o institucionales, tanto públicas como privadas, con libertad para su enseñanza, predicación, culto, observancia y cambio de religión y de profesión en la misma (2008, pp. 187-188).

Salinas Araneda identifica esto como:

> los dos momentos de la libertad religiosa: el primero implica la libertad para, supuesta la respuesta afirmativa al acto de fe en el primero momento, poder actuar conforme a dicho acto de fe. De esta manera, la libertad religiosa sigue manteniendo una entidad específica, particularmente en lo relativo a sus manifestaciones sociales (2008, pp. 187-188).

En un sentido similar, otros autores enfatizan la distinción entre las manifestaciones 'interna' y 'externa' de la libertad religiosa. Mientras el plano interno consiste en el espacio íntimo de creencias y autodeterminación de la persona frente al fenómeno religioso; el plano externo correspondería a la libertad de culto, que es la manifestación externa de las creencias religiosas, o el ejercicio de todas las actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso[6].

Esto conlleva dos consecuencias fundamentales: la primera es que –puesto que lo protegido por la libertad religiosa es la libre respuesta del hombre a la invitación de Dios a dialogar con Él–, "todo hombre debe estar inmune de coacción, tanto para realizar el acto de adhesión a Dios y vivir en consecuencia, como para no realizarlo" (Salinas Araneda, 2008, p. 188)[7]. La segunda es que el acto fundamental de adhesión a Dios, si bien constituye el objeto primordial de la libertad religiosa, no lo agota, "pues dicha adhesión conlleva la práctica religiosa, de culto, de observancia, de enseñanza" (Salinas Araneda, 2008, pp. 188-189). Desde luego, en su manifestación social, esta libertad se halla sujeta a las restricciones que tienen todas las demás libertades: no afectar los derechos de las otras personas (Priora, 2002, p. 55), los límites relativos a la moral, las buenas costumbres, el orden público; y, en su caso, la seguridad nacional[8]. Pero subsiste un núcleo intocable –cuestión que, veremos, se encarga de resaltar la jurisprudencia–, núcleo que consiste en que no le corresponde al Estado definir, en concreto, cuál actividad religiosa lo es, o cuál deja de serlo[9]; ni corresponde al Estado coaccionar el ejercicio público de la religión[10].

---

5 Salinas Araneda (2008) hace presente que hay otras formas de entender la palabra 'religión', tales como virtud o comunidad religiosa. En estos sentidos, agregamos nosotros, sería posible encuadrar el fenómeno religioso en algunos aspectos de las libertades de conciencia, de pensamiento o de asociación, entendidas en sentido amplio, pero se trata de cuestiones que exceden el ámbito de este trabajo.

6 Véase Nogueira Alcalá (2006); Priora (2002, p. 55) y Bustamante Sinn & Astaburuaga Briseño (2020, pp. 13-14). La distinción también se desprende de lo señalado por el Comité de Derechos Humanos de la ONU, en su Observación General núm. 22: Derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 18), 1993, HRI/GEN/1/Rev. 7. En el derecho español, la jurisprudencia ha efectuado una distinción semejante. Para un análisis de esta última y las sentencias más relevantes, véase García García (2020).

7 Véase Cabezas Cañavate (2020), quien concluye lo mismo con respecto a la religión católica, a partir de documentos del Concilio Vaticano II.

8 Véase al respecto Precht Pizarro (2000, p. 114) y, en el derecho español, García García (2020). Como veremos, la Corte Suprema chilena subsume las limitaciones a la actividad religiosa en las contempladas en la letra expresa del artículo 19.6 de la Constitución Política.

9 Véase al respecto Precht Pizarro (1989, p. 705).

10 Como señala Precht Pizarro (2000, p. 112), es evidente que la libertad de culto es parte de la libertad religiosa. En el derecho español, García García (2020), señala que el Tribunal Constitucional español ha delimitado este derecho en numerosas sentencias, de las que se desprende, entre otras cuestiones la existencia no solo de una dimensión interna (un 'claustro íntimo de creencias'), sino también "una dimensión externa de *agere licere* que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros" (STC 177/1996, citada en García García, 2020). Desde el punto de vista de la religión católica, Cabezas Cañavete destaca que el Concilio Vaticano II proclamó que la libertad religiosa:

A. La libertad religiosa en el derecho internacional de los derechos humanos aplicable en Chile

Sin perjuicio de lo expuesto, debe recordarse que de acuerdo al segundo párrafo del artículo 5 de la Constitución chilena –cuyo primer párrafo señala que "el ejercicio de la soberanía estatal reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana"– se establece también que es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por la Constitución, "así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes" (1980). Entre dichos acuerdos internacionales se encuentra el Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos, que en su artículo 18.1 que dispone que:

> Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza (1966).

Por su parte la Convención Americana de Derechos Humanos, establece en su artículo 12.1 que:

> Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado (1969).

Finalmente, la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 18 señala que "este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia" (1948). En estas condiciones, y puesto que, además, la Ley 19638 reconoce la libertad religiosa y de culto en su artículo 1 (1999), puede concluirse que el sistema constitucional chileno defiende también el derecho a la libertad religiosa, de forma específica[11].

B. ¿Resulta posible suspender la libertad religiosa o la libertad de conciencia?

Como veremos, esta pregunta se encuentra en el fondo de la jurisprudencia que estudiaremos más adelante. De acuerdo a Castellà Andreu, en términos generales, la Comisión de Venecia ha concluido –como no podía ser de otro modo– que durante los estados de excepción constitucional (denominados en los documentos de esa agrupación, de forma genérica, como 'estados de emergencia'), los derechos fundamentales pueden ser suspendidos solo excepcionalmente. Se excluyen de la suspensión y la derogación varios derechos. Estos conforman una lista no exhaustiva, que considera como contenido mínimo un núcleo de derechos que aparece siempre en el derecho internacional de los derechos humanos (el derecho a la vida, la prohibición de tortura y tratos inhumanos y degradantes, la prohibición de la esclavitud y el principio *nullum crimen, nulla poena, sine lege*). Pero la Comisión de Venecia la considera una cláusula abierta, ya que dichos derechos son insuspendibles 'entre otros', lo que se traduce en la inclusión, en algunas de sus opiniones e informes, de la libertad de pensamiento, consciencia y religiosa, aunque en algunos documentos la libertad religiosa queda relegada a una mención de la posible prohibición o limitación en las condiciones de celebración de ceremonias religiosas. En el caso de los derechos que no pueden ser objeto de suspensión, pero sí de limitación o restricción, se aplicarían los principios de necesidad y proporcionalidad (Castellà Andreu, 2020, pp. 17-18).

Sin embargo –tal como explica el mismo autor, con relación a la situación en la Unión Europea (en adelante, UE)–, la novedad de la presente crisis sanitaria reside "en su gravedad, duración y efectos" (2020, p. 5)[12], y frente a ella, los países occidentales contaban solo con el repertorio jurídico propio de los es-

---

Consiste en que todos los hombres han de estar inmunes de coacción, tanto por parte de individuos como de grupos sociales y de cualquier potestad humana, y esto de tal manera que, en materia religiosa, ni se obligue a nadie a obrar contra su conciencia, ni se le impida que actúe conforme a ella en privado y en público, solo o asociado con otros, dentro de los límites debidos (…). Este derecho de la persona humana a la libertad religiosa ha de ser reconocido en el ordenamiento jurídico de la sociedad, de tal manera que llegue a convertirse en un derecho civil (2020).

[11] En este sentido, Precht Pizarro (2000, p. 109). Para un análisis de la libertad de culto en los artículos 3, 6 y 7 de la Ley 19.638, véase Celis Brunet & Cortínez Castro (2020, p. 7).

[12] Esto es lo que movió a la Comisión de Venecia, según explica el autor, a actualizar sus pautas relativas a los estados de emergencia mediante distintos documentos, destacando entre todos el "Informe provisional sobre las medidas adoptadas en los Estados miembros de la UE como resultado de la crisis del COVID-19 y su impacto en la democracia, el Estado de Derecho y los derechos fundamentales", aprobado por dicho organismo en su 124 Sesión Plenaria en línea (8 de octubre de 2020), que se centra en las actuaciones llevadas a cabo por los Estados de la Unión Europea (y el Reino Unido) para hacer frente a la pandemia y a sus efectos sobre la democracia, el Estado de Derecho y los derechos humanos, hasta octubre de 2020, fecha de su aprobación.

tados constitucionales de emergencia y las pautas creadas a su respecto por organismos internacionales tales como la Comisión de Venecia; instrumentos pensados para hacer frente a graves problemas de orden público y crisis de seguridad nacional, o bien a catástrofes naturales o sanitarias de menor alcance, pero no a una pandemia de estas dimensiones (2020, p. 5). La gravedad de la situación hizo que necesariamente el instrumental constitucional relativo a los estados de emergencia debiese ser reinterpretado. En el caso chileno, como en muchos otros lugares del mundo, ello obligó a 'estirar' el significado de las normas constitucionales respectivas, afectando de forma indiscriminada a derechos que están muy lejos de aquellos expresamente considerados en la preceptiva constitucional que regula aquellas situaciones excepcionales.

De cualquier manera, en lo que respecta a este trabajo, lo cierto es que no parece haber en Chile alguna norma constitucional o de derecho internacional que, al menos de forma expresa, permita suspender la libertad de religión. Desde el punto de vista del derecho internacional de los derechos humanos aplicable en Chile, es cierto que la Convención Americana de Derechos Humanos establece las condiciones de suspensión de derechos en su artículo 27. Sin embargo, se establece expresamente que uno de los derechos que no podrán suspenderse en ningún caso es la libertad de conciencia y de religión[13]. Lo mismo sucede con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo artículo 4 también permite a los Estados adoptar disposiciones que suspendan las obligaciones contraídas en virtud del Pacto, bajo los requisitos que la norma señala. Sin embargo, uno de los derechos que no puede suspenderse es, precisamente, la libertad de pensamiento, conciencia y religión reconocidas en el artículo 18 (1966).

En consecuencia, como concluye Celis Brunet:

> más allá de nuestras disposiciones constitucionales y legales aplicables en materia de libertad de conciencia y de religión, se trataría de un derecho fundamental que solo puede restringirse por leyes cuya finalidad sea "la seguridad, el orden, la salud o la moral pública o los derechos o libertades de los demás" (Convención Americana de Derechos Humanos, Art. 12) pero que no se suspende en tiempos de excepción constitucional (Convención Americana de Derechos Humanos, Art. 27)" (Celis Brunet, 2020, s. p.).

En el mismo sentido, la Corte Suprema concluirá, en el fundamento octavo de sus sentencias roles 19062 y 21963, ambas de 2021, que ambos tratados disponen también de la posibilidad de restricciones al derecho, pero ninguno de los dos permite que el Estado suspenda su ejercicio[14].

En cuanto a la normativa constitucional, las disposiciones constitucionales que permiten limitar derechos en la Carta Fundamental de 1980 aplicables a situaciones de emergencia son las que regulan los cuatro estados de excepción constitucional que reconoce ese código político[15]. El tercer párrafo del artículo 43, que regula el 'estado de catástrofe' –la figura constitucional de excepción aplicada en Chile para combatir la pandemia– no contempla, dentro de los derechos que puedan suspenderse o restringirse, a la libertad de conciencia ni a la libertad de religión. De acuerdo a dicha disposición, el estado de catástrofe, en caso de calamidad pública, lo declarará el presidente de la República, determinando la zona afectada por la misma.

Además de algunas normas relacionadas con el control parlamentario de esta declaración[16], cabe destacar el efecto de este estado de excepción constitucional para las garantías constitucionales:

> su declaración permite al presidente limitar las libertades de locomoción y de reunión (…) disponer requisiciones de bienes, establecer limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad y adoptar todas las medidas extraordinarias de carácter administrativo que sean necesarias para el pronto restablecimiento de la normalidad en la zona afectada (Constitución de Chile, 1980, art. 43).

[13] En el ámbito interamericano deben considerarse, además, la declaración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1/2020 (9 de abril de 2020), en la que señala que hay ciertos derechos que no admiten suspensión, aún bajo circunstancias extraordinarias, entre los que se encuentra la libertad de conciencia y religión, también se afirma que, frente a la pandemia, los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales (2020). Para mayores detalles sobre estos documentos, véanse Celis Brunet & Cortínez Castro (2020, pp. 8-9); y Comunidad y Justicia (2021a, p. 1).

[14] Para un análisis detallado de estas normas, véase Instituto Nacional de Derechos Humanos (2020, pp. 11-13).

[15] Entre los artículos 39 a 45, la Constitución Política chilena regula cuatro estados de excepción constitucional: el de sitio, el de asamblea, el de catástrofe y el de emergencia.

[16] De acuerdo al artículo 41 de la Constitución Política de Chile:

> El Presidente de la República estará obligado a informar al Congreso Nacional de las medidas adoptadas en virtud del estado de catástrofe. El Congreso Nacional podrá dejar sin efecto la declaración transcurridos ciento ochenta días desde ésta si las razones que la motivaron hubieran cesado en forma absoluta. Con todo, el Presidente de la República solo podrá declarar el estado de catástrofe por un período superior a un año con acuerdo del Congreso Nacional.

Como no podía ser de otro modo, empero, esta excepcionalidad constitucional no excluye el control judicial de las decisiones que las autoridades tomen al amparo del 'estado de catástrofe'[17]. La Constitución chilena dispone, en su artículo 45, que los tribunales de justicia "no podrán calificar los fundamentos ni las circunstancias de hecho invocados por la autoridad para decretar los estados de excepción" (1980). Sin embargo, respecto de las medidas particulares que afecten derechos constitucionales, "siempre existirá la garantía de recurrir ante las autoridades judiciales a través de los recursos que corresponda" (1980).

El artículo 12 de la Ley 18415, Ley Orgánica Constitucional de los Estados de Excepción (1985), a su vez, distingue entre lo que es la 'restricción' de una garantía constitucional –que ocurre "cuando, durante la vigencia de un estado de excepción, se limita su ejercicio en el fondo o en la forma"– y lo que es la 'suspensión' de una garantía constitucional, que se produce "cuando temporalmente se impide del todo su ejercicio durante la vigencia de un estado de excepción constitucional" (Bustamante Sinn & Astaburuaga Briseño, 2020, p. 19). Esta norma repite el criterio general que se desprende de la cláusula de protección de los derechos, incluida por el constituyente de 1980 en el artículo 19.26[18], respecto de la cual el Tribunal Constitucional ha resuelto que:

> Un derecho es afectado en su esencia cuando se le priva de aquello que le es consustancial, de manera tal que deja de ser reconocible; y se impide el libre ejercicio en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entraban más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica (Celis Brunet & Cortínez Castro, 2020, p.10)[19].

En la práctica, el instrumento constitucional privilegiado para efectuar el control judicial de las decisiones tomadas por el presidente de la República en el marco del estado de excepción ha sido, en Chile, el recurso de protección, una acción constitucional regulada en el artículo 20 de la Carta Fundamental, que protege algunos de los derechos señalados en el artículo 19 de la misma[20].

III. LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE CHILE

A. El *iter* de las decisiones restrictivas del derecho a la libertad religiosa

El 8 de febrero de 2020, el Ministerio de Salud de la República de Chile dictó el **Decreto número 4**, que "Decreta Alerta Sanitaria por el período que se señala y otorga facultades extraordinarias que indica por Emergencia de Salud Pública de Importancia Internacional (ESPII) por brote del nuevo coronavirus (2019-NCOV)" (2020). En tal decreto, se le delegaron facultades extraordinarias tanto al Ministerio de Salud, como a los organismos que dependen de él –en particular, a organismos descentralizados regionales denominados "las Secretarías Regionales Ministeriales de Salud" (en adelante SEREMI)–, para adoptar distintas medidas orientadas a prevenir el contagio y propagación del COVID-19. Luego, ante la llegada de la pandemia a Chile, el presidente de la República declaró estado de catástrofe el 18 de marzo[21]. Posteriormente, el 14 de mayo de 2020, el Ministerio de Salud dictó el **Decreto Supremo número**

---

17 Castellà Andreu recuerda que la Comisión de Venecia ha reiterado en sus documentos la necesidad del control judicial, además del parlamentario, sobre la declaración del estado de emergencia (expresión genérica que, en la nomenclatura de ese órgano, se refiere a los estados de excepción constitucional en general) y respecto a las medidas adoptadas durante su vigencia por el Ejecutivo "contra los riesgos de abuso". Ello está vinculado con el principio de mantenimiento del Estado de Derecho. El margen de discreción mayor que se reconoce al gobierno en estas situaciones no empece a que el sistema judicial provea a los individuos de un "recurso efectivo" en caso de lesión de los derechos.
Dicho control puede corresponder "tanto a la jurisdicción ordinaria como a la constitucional de cada Estado, además de la que puedan ejercer órganos internacionales, sea judiciales o cuasi judiciales". Para el cumplimiento de este principio de control, continúa el autor, "se recalca la garantía de independencia de los tribunales y el mantenimiento del funcionamiento de los mismos, salvo casos de absoluta necesidad o de imposibilidad material" (2020, pp. 25-26).

18 Artículo 19.26 de la Constitución Política de Chile:

> la Constitución asegura a todas las personas (…) la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio (1980).

19 Sin perjuicio de estas disquisiciones, nos adherimos a la idea de Escobar Roca que explica que, en la práctica, con o sin "suspensión", el contenido esencial de un derecho debiera mantenerse siempre, lo que exige que, con o sin estado de excepción, el principio de proporcionalidad debe aplicarse en el control de las medidas restrictivas (2021, p. 147).

20 El recurso de protección se tramita, en primera instancia, ante las Cortes de Apelaciones del país; y en segunda y definitiva instancia, ante la Corte Suprema de Chile (Corte Suprema de Chile, 2015).

21 Con la preceptiva anuencia del Congreso Nacional, dado el transcurso de los 180 días previstos en la norma constitucional, el presidente decretó la prórroga del estado de catástrofe hasta el día 30 de septiembre de 2021. Véase el Decreto Supremo del Ministerio del Interior y Seguridad Pública 153 de 2021 (2021).

18 (2020), que modifica el Decreto número 4 del mismo Ministerio, permitiendo a las autoridades delegar funciones en otros funcionarios, otorgándoles, además, ciertas facultades extraordinarias. A partir de ese momento, a través de resoluciones exentas, el Ministerio de Salud impuso medidas tales como el establecimiento de cuarentenas; la prohibición de concentración de determinado número de personas en ciertos lugares; cierre de establecimientos tales como gimnasios, cines, teatros, pubs; obligación de uso de mascarilla en interiores y exteriores, entre otros[22].

Dentro de las numerosas medidas adoptadas a lo largo de esta pandemia, y para efectos de nuestro trabajo, destaca, en primer término, el denominado plan Paso a Paso, definido por la autoridad como "una estrategia gradual para enfrentar la pandemia según la situación sanitaria de cada zona en particular" (Gobierno de Chile, s/f). Se trata de cuatro pasos graduales que van desde la cuarentena (el más restrictivo) hasta la apertura, y el avance o retroceso entre estos está sujeto a indicadores epidemiológicos y de vacunación. Cada uno de estos 'pasos' determina la existencia de distintos grados de afectación de las libertades y del funcionamiento y aforo de actividades y negocios, según la mayor o menor progresión de los índices sanitarios.

Por otro lado, desde el 12 de septiembre de 2020, el Gobierno divulgó el "Protocolo de manejo y prevención ante el COVID-19 en oficios religiosos, ritos y ceremonias de las comunidades en los respectivos cultos" (Gobierno de Chile, 2021), sometido a continuas actualizaciones. Junto con numerosas medidas preventivas y de higiene, lo más relevante se refiere a los aforos permitidos. Si bien se trata de normas que están sujetas a constante revisión, durante largo tiempo, como observan Celis Brunet & Cortínez Castro, en materia de actividades religiosas las normas permitieron aforos rígidos, sin considerar la capacidad física del lugar en donde se celebraban las reuniones, lo que era notoriamente distinto respecto de otra clase de lugares y actividades (2020, p. 6).

Este es el marco jurídico que explica algunas de las medidas que fueron reclamadas ante la Corte Suprema de Chile, y que examinaremos a continuación[23]. Como veremos, se produce una evolución en la jurisprudencia de este máximo tribunal, desde una posición deferente a las decisiones de la autoridad, hasta una posición de defensa del derecho de las personas a asistir a una ceremonia de culto religioso.

B. La sentencia de la Corte Suprema, rol 42853 de 2020

Como ya se señaló, desde un primer momento se entregaron facultades especiales a las autoridades sanitarias para regular y restringir distintas actividades, con el objeto de contener la pandemia; entre ellas, la facultad de prohibir el funcionamiento de los establecimientos, centros de reunión y lugares de trabajo que pongan en peligro a las personas que trabajan o asisten a ellos, y la de dictar las medidas necesarias para evitar la aglomeración de personas. A partir de ello, en cuatro regiones del país, algunas autoridades sanitarias regionales (las mencionadas SEREMI), dictaron la prohibición de realizar actividades religiosas, en algunos casos en términos notoriamente discriminatorios con relación a otro tipo de actividades.

Uno de esos actos administrativos fue la Resolución Exenta 1094, del 23 de marzo de 2020, dictada por la SEREMI de Salud Región del Biobío, disponiendo "la prohibición de celebrar actividades deportivas, culturales, religiosas, sean estas que se desarrollen en espacios abiertos como cerrados y que constituyan aglomeración de personas", así como la "restricción del ingreso a instalaciones comerciales de un número que no supere las 50 personas […]" (2020). Luego, si bien del tenor literal de la ya citada Resolución 1094 de la Región del Biobío **no se podía desprender una prohibición absoluta de celebrar actividades religiosas** –y que, por otro lado, ya desde el 20 de marzo el Obispo de la diócesis había instruido a su clero con algunas medidas destinadas a prevenir los contagios[24]–, con fecha 29 de marzo, se ordenó la clausura de un conjunto de iglesias católicas de la ciudad de Los Ángeles, perteneciente a dicha región. Para ordenar la clausura y prohibición de funcionamiento de dichos lugares sagrados, bastó a la autoridad fiscalizadora el hecho de comprobar que se seguían realizando misas, con independencia que existiera

[22] Para un detalle de las medidas concretas de esta primera parte de la pandemia, véase Celis Brunet (2021); Bustamante Sinn & Astaburuaga Briseño (2020, pp. 2-4); y Comunidad y Justicia (2021a, pp. 4-5).

[23] En este trabajo, nos referiremos específicamente a la normativa administrativa que fue reclamada judicialmente y que dio lugar a la jurisprudencia que estudiaremos. Sin embargo, como es obvio, el material normativo es mucho más extenso y continúa evolucionando hasta el día de hoy.

[24] El informe de Comunidad y Justicia detalla algunas de esas medidas: reducir el grupo de fieles que asistían a las celebraciones eucarísticas, imponer distancias mínimas entre ellos, cancelar las catequesis y procesiones, solicitar a las personas contagiadas o con sospechas de estar contagiadas, así como a las que se encontraren en edad avanzada o con enfermedades consideradas de riesgo, que se abstuvieran de concurrir a misa (2021a, p. 9).

o no una "aglomeración de personas" con relación al aforo permitido, o que se estuviese incumpliendo alguna medida sanitaria vigente (Comunidad y Justicia, 2021a, pp. 8-9)[25].

Ante estas situaciones, el día 6 de abril de 2020, un grupo de laicos interpuso un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de la ciudad de Concepción, en contra de la SEREMI de Salud del Biobío, con la finalidad que dejara sin efecto tanto la Resolución 1094, como el acta de clausura antes citada. En síntesis, se señaló que la prohibición absoluta de celebraciones religiosas contravenía lo dispuesto por la Constitución y la Convención Americana de Derechos Humanos; que el acta de clausura y prohibición de funcionamiento de los templos católicos era arbitraria, puesto que otorgaba a las iglesias un tratamiento distinto al de los demás locales y establecimientos comerciales, siguiendo vigente para éstos la norma de no congregar a más de 50 personas; la desproporción de la medida de clausura, en vistas que existían otras medidas menos gravosas que igualmente podían evitar el contagio y la propagación de la enfermedad; y la arbitrariedad de la clausura y prohibición de funcionamiento, dado que no se constituyó el supuesto de hecho previsto por la Resolución Exenta 1094, consistente en la aglomeración de personas (Comunidad y Justicia, 2021a, pp. 9-10)[26].

Sin embargo, en su sentencia de 7 de abril de 2020, rol 7800-2020, la Corte de Apelaciones de Concepción declaró al recurso de protección inadmisible. El fundamento esgrimido por el tribunal para no admitir a trámite esta acción constitucional fue el considerar que lo solicitado en el recurso de protección:

> no dice relación con cautelar el respeto y ejercicio de garantías constitucionalmente protegidas, sino que se vincula con la adopción de estrategias propias de la determinación de políticas públicas para hacer frente a la afectación sanitaria que aqueja al país, gestión que es privativa del Ejecutivo y que no corresponde a los Tribunales de Justicia establecer, excediendo la petición en análisis los fines y propósitos de este arbitrio excepcional y de urgencia […] (2020).

Por su parte, la Corte Suprema, en su sentencia de 24 de abril del mismo año (rol 42853) confirmó dicho pronunciamiento al rechazar el recurso de apelación relativo a la admisibilidad, agregando como fundamento, además, que el segundo párrafo del artículo 19.6 de la Constitución Política señala que "[l]as confesiones religiosas podrán erigir y conservar templos y sus dependencias bajo las condiciones de seguridad e higiene fijadas por las leyes y ordenanzas" (2020). De esta forma, como observan Bustamante Sinn & Astaburuaga Briseño:

> No se llegó a conocer el fondo del asunto, dado que ambos Tribunales, por diferentes razones, estimaron que no era procedente el recurso de protección interpuesto, manteniendo la medida de cierre de la catedral y otras iglesias católicas de la ciudad de Los Ángeles (2020, p. 14)[27].

Mas allá de reconocer la novedad de la situación que enfrentaban los tribunales y comprender su reticencia a cuestionar las decisiones técnico sanitarias que implicaron restricciones de derechos –actitud, por lo demás, compartida por otros tribunales superiores alrededor del mundo en las primeras etapas de la pandemia[28]–, concordamos con la crítica que efectúa el informe de Comunidad y Justicia a esta jurisprudencia, pues impidió que las personas afectadas pudiesen acceder a la justicia para que sus derechos fueran reestablecidos (2021a, pp. 10-11). Como nota el mismo informe, la propia Constitución Política, en su artículo 45, señala que aún en estado de emergencia "respecto de las medidas particulares que afecten derechos constitucionales, siempre existirá la garantía de recurrir ante las autoridades judiciales a través de los recursos que corresponda" (1980). A lo anterior se suma que la norma alegada por el tribunal supremo como fundamento de su fallo –que se refiere a "erigir y conservar templos", no a la celebración de actividades de culto– no se relaciona en absoluto con la materia controvertida (Bustamante Sinn & Astaburuaga Briseño, 2020, p. 14). Destaca, finalmente, la notoria discriminación que perjudicaba a las celebraciones religiosas frente a cualquier otra actividad social que en ese momento hubiese cumplido con el aforo máximo de 50 personas (Bustamante Sinn & Astaburuaga Briseño, 2020, pp. 14-15)[29].

---

25 Véase también Instituto Nacional de Derechos Humanos (2020, pp. 1-2).

26 Este informe señala que todas las celebraciones mantenían un máximo de 20 fieles guardando el debido distanciamiento social.

27 En la sentencia de la Corte Suprema, el ministro Sergio Muñoz votó en contra de la decisión de mayoría, estimando que debía darse tramitación al recurso.

28 Al menos durante la primera fase de la pandemia, alrededor del mundo numerosos tribunales tendieron a tener una aproximación deferente a las decisiones restrictivas de derechos fundamentales. Así sucedió, por ejemplo, en Alemania y EE.UU. Un resumen de las decisiones más importantes en Simón Yarsa (2020).

29 Para estos autores, la impugnación de la medida administrativa que provocaba el cierre de establecimientos religiosos no tenía por objeto revertir políticas públicas sanitarias para hacer frente a la afectación sanitaria provocada por el COVID-19,

C. La sentencia 11.125-2020 de la Corte de Apelaciones de Concepción

Antes de continuar con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile, parece interesante detenerse en un caso resuelto por la misma Corte de Apelaciones que dictó la sentencia anteriormente estudiada. Se trata del rol 11125, de 23 de julio de 2020, que se originó en la detención de dos pastores al celebrar culto en sus respectivas iglesias, a pesar que estaban cumpliendo todas las medidas sanitarias vigentes. Aunque la primera detención se terminó declarando ilegal, y en el segundo caso la Fiscalía dictó una orden de libertad, antes de ser formalizada, funcionarios de la SEREMI dijeron al segundo pastor que no se podía realizar ningún tipo de actividad religiosa, aunque fuera de una persona, en virtud de la Resolución Exenta 341 del Ministerio de Salud (2020); un nuevo acto administrativo que, sin embargo, se limitaba a disponer (en lo que resulta relevante para nuestro caso) el uso obligatorio de mascarillas para todas las personas en espacios cerrados, siempre que se encuentren 10 o más personas en un mismo espacio, y la prohibición de toda concentración de más de 50 personas en un lugar determinado, independiente de su naturaleza o de si se efectúa en espacios abiertos o cerrados.

Nos detenemos aquí porque la Corte de Apelaciones de Concepción sí aborda la extensión el derecho cuestionado, señalando que la libertad religiosa contenida en el artículo 19.6 de la Constitución:

> Importa tanto la obligación del Estado de no perturbar, amenazar o restringir el ejercicio de la libertad religiosa, como también la obligación de aceptar los credos que cumplan los requisitos antes indicados, a fin de asegurar su libre ejercicio a todas las personas, sin distinción (2020, fundamento 15).

La Corte agrega que la libertad de culto, según las normas que indica de la Ley 19638 implica, en síntesis, la facultad de las personas para practicar en público o en privado, individual o colectivamente, actos de oración, de culto, de reunión, manifestación y asociación con fines religiosos (2020, fundamento 16).

Sin embargo, a partir de ese momento el razonamiento del tribunal se traslada a la libertad de reunión, al entender que el derecho amenazado por el acto de autoridad[30] era el consagrado en el artículo 19.13 de la Carta fundamental chilena, esto es, el derecho a reunirse pacíficamente sin permiso previo y sin armas, que se encuentra protegido mediante la acción de protección en el artículo 20 del mismo texto constitucional (2020, fundamento 20); en circunstancias que el tercer párrafo del artículo 43 de la Constitución, al referirse al estado de excepción constitucional de catástrofe, y el artículo 12 de la Ley 18145 concede **únicamente** al presidente de la República la facultad de 'restringir' las libertades de locomoción y de reunión; más no la de suprimir o suspender tales derechos (2020, fundamentos 17-19). Sobre la base del mismo razonamiento, en cambio, no se cuestionó el aforo o límite de 50 personas para concentraciones, pues éste implicaría simplemente una 'restricción' al derecho de reunión [31].

Observamos aquí la aparición de una técnica que volveremos a encontrar en las sentencias de la Corte Suprema que estudiaremos a continuación, que es la subsunción del derecho a la libertad religiosa en un derecho distinto (en este caso, la libertad de reunión)[32]. Como veremos, con la loable intención de reforzar el juicio de inconstitucionalidad, esta técnica podría terminar desdibujando el contenido del propio derecho a la libertad religiosa, como derecho con una entidad distinta.

D. Las sentencias de la Corte Suprema roles 19062 y 21963 de 2021

1. Los hechos discutidos

En ambas sentencias, se reclama contra el mismo acto administrativo. El 15 de enero de 2021, el Ministerio de Salud publicó la Resolución Exenta 43,

sino que se aplicasen a la región del Biobío las mismas medidas sanitarias establecidas a nivel nacional, que en todo Chile se refería únicamente a los eventos públicos de más de 20 personas y al cierre de ciertos establecimientos, como cines, teatros, pubs, discotecas y otros lugares análogos; sin incluir en ningún caso, respecto de esta prohibición de funcionamiento, a los templos religiosos. Sin embargo, a nivel regional, la Seremi de Salud del Biobío, sin motivo razonable, prohibía la celebración de actividades religiosas- lo que fue además interpretado de manera absoluta- permitiendo al mismo tiempo el funcionamiento de locales comerciales, sin distinción, con un máximo de 50 personas (2020, pp. 14-15).

30 Como explican Bustamante Sinn & Astaburuaga Briseño, la confusa sucesión de sentencias, resoluciones administrativas y acciones de la autoridad fiscalizadora en la región del Biobío hicieron que, en la práctica, los pastores recurrentes en este caso tuviesen temor de ser nuevamente arrestados por llevar adelante sus actos de culto. En consecuencia, este recurso de protección se convirtió en una herramienta para pedir a la Corte de Apelaciones de Concepción que determinase cuál era el derecho aplicable a la celebración de actividades religiosas en ese momento (2020, p. 10).

31 Para más detalles y comentarios de esta sentencia, véase Bustamante Sinn & Astaburuaga Briseño (2020, pp. 9-19).

32 Esto pues si bien la extensión del derecho a la libertad religiosa forma parte de los razonamientos del tribunal, éste declara expresamente vulnerado el derecho a reunirse pacíficamente del artículo 19.13 de la Carta Fundamental chilena.

por la cual, en su versión original, se prohibía celebrar y asistir a "eventos con público en que los asistentes tienen ubicación fija" en comunas que se encontrasen en los 'pasos' de cuarentena y transición (es decir, los grados más restrictivos de esta clasificación) (2021). Dado el tenor de la orden administrativa, los recurrentes –todos ellos católicos, aunque de distintas partes del país– entendieron que también se comprendía la celebración de la misa del día domingo, central en la práctica de este culto. Puesto que la celebración y asistencia presencial a ese acto ritual constituye la esencia de la fe que profesan, se vulneraría la garantía del artículo 19.6 de la Constitución Política chilena. Habiéndose presentado recursos de protección contra esta resolución, y aunque en ambos casos el razonamiento defensivo de la autoridad recurrida, como veremos, es similar, la Corte de Apelaciones de Arica y la Corte de Apelaciones de Concepción desecharon las acciones constitucionales, aunque con distintas argumentaciones.

En ambos casos, la autoridad recurrida –el Ministerio de Salud– señala en su defensa una argumentación similar. En síntesis, expresa que las medidas restrictivas tienen carácter técnico epidemiológico y han sido adoptadas en uso de sus competencias legales. Puesto que las medidas adoptadas no afectan "la capacidad de rendir un homenaje religioso, tanto interna como externamente, privada o públicamente" –ya que, tal como sucede con otras actividades, no se ha impedido el ejercicio de la libertad de culto y la participación en diversos ritos u oficios religiosos de forma remota–, no podrían vulnerar la garantía del artículo 19.6 de la Constitución Política (Corte Suprema de Chile, 2021a, fundamento 2; 2021b, fundamento 2).

El razonamiento de cada uno de los tribunales de apelación coincide en rechazar la protección solicitada, aunque sobre la base de razonamientos distintos. En el caso visto en primera instancia por la Corte de Apelaciones de Arica (rol 26-2021, que culminó en la sentencia de la Corte Suprema rol 19.062), se señala que, de acuerdo al derecho internacional de los derechos humanos (cita el art. 12.3 del Pacto de San José de Costa Rica y el art. 18.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), la libertad religiosa es uno de aquellos derechos que puede ser suspendido. Agrega que la administración está ejecutando disposiciones legales –el Código Sanitario– que le permiten dar cumplimiento a su deber que emana del cuarto párrafo del artículo 1 de la Carta Fundamental (Corte de Apelaciones de Arica, 2021)[33].

En el caso analizado por la Corte de Apelaciones de Concepción (rol 372-2021, que culminó en la sentencia de la Corte Suprema rol 21.963), en cambio, el tribunal parece concordar con la defensa de la autoridad recurrida, en el sentido que no se está privando o suspendiendo de facto y de forma esencial el derecho de los recurrentes a la libertad de culto, puesto que existen otras formas de ejercer este derecho, por ejemplo, escuchar la santa misa por vía remota o pedir que se lleve la comunión a la casa. De esta manera, solo se establece una restricción a una de las manifestaciones del culto. Esta Corte de apelaciones también coincide con la autoridad recurrida en el sentido que las medidas recurridas no han sido tomadas con el objeto de afectar al derecho del artículo 19.6, sino para combatir los efectos de la pandemia (2021)[34].

2. El razonamiento de la Corte Suprema

En las dos sentencias analizadas el razonamiento de la Corte Suprema chilena es similar, por lo que puede ser analizado de manera conjunta.

En primer término, la Corte Suprema analiza el carácter excepcional de la afectación de derechos bajo los estados de excepción constitucional (art. 39 de la Constitución chilena), y recuerda que, si bien los tribunales no están habilitados para revisar la declaración de los estados de excepción constitucional, sí pueden conocer de las medidas particulares que afecten derechos constitucionales (art. 45 de la Constitución chilena). A continuación, acudiendo a las diferentes definiciones legales de lo que es una suspensión y una restricción –de acuerdo a lo señalado en el artículo 12 de la Ley 18415–, y al hecho que las materias comprendidas en las garantías constitucionales no pueden ser objeto de delegación legislativa a la autoridad, sino que son materia de ley (arts. 63.1 y 63.2 de la Constitución chilena), el tribunal concluye que la regulación que dicte la autoridad administrativa no podrá, en ningún caso, afectar la esencia de las garantías, como tampoco imponer condiciones o requisitos que impidan su ejercicio, por cuanto ni siquiera el legislador está habilitado normalmente para ello (art. 19.26 de la Constitución chilena).

La Corte estima que en el estado de excepción de catástrofe **únicamente** se permite a la autoridad

[33] Artículo 1, párrafo cuatro, de la Constitución Política de Chile: "El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común […]".

[34] El detalle de estas argumentaciones puede encontrarse en los fundamentos segundo y tercero de cada una de las sentencias de la Corte Suprema (rol 19.062 y rol 21.963).

restringir ciertas garantías constitucionales —las de locomoción y de reunión (art. 43 de la Constitución chilena)—, fijando los límites a su ejercicio, precisando la forma en que estas se ejercerán; y que nunca se podrá suspender absolutamente el ejercicio de tales derechos, por cuanto ello está expresamente descartado por el ordenamiento constitucional (Corte Suprema de Chile, 2021a, fundamentos 4-6; 2021b, fundamentos 4-6).

3. El razonamiento del tribunal con relación a la libertad de conciencia

A partir del fundamento octavo de ambas sentencias comienza lo que, a nuestro juicio, es el contenido esencial de este fallo, al menos en lo que se refiere a la libertad de culto. En primer término, la Corte Suprema señala que lo planteado por el recurrente puede ser encuadrado bajo el prisma de diferentes derechos fundamentales: la libertad de conciencia, de religión, de locomoción, de opinión, de reunión, así como la igualdad ante la ley.

En lo que respecta a la libertad de conciencia, y luego de recordar que se encuentra recogida en el artículo 19.6 de la Constitución, el máximo tribunal señala que ese derecho ha sido desarrollado en la Ley 19638, cuyos artículos 6 y 7 permiten, en resumen, la práctica pública o privada, sea individual o colectiva, de los actos y ritos propios de cada confesión. En el caso de los presentes recursos, y de acuerdo a las normas y doctrina de la religión profesada por los recurrentes, concluye el alto tribunal que la misa dominical presencial se configura como parte indispensable de su creencia religiosa, en tanto manifestación colectiva de la fe que profesa (Corte Suprema de Chile, 2021a, fundamento 8; 2021b, fundamento 8).

A continuación, en el mismo considerando, la Corte Suprema concluye que si bien la libertad de religión y culto presuponen de forma expresa la posibilidad de ser objeto de contriciones generales en su ejercicio –moral, buenas costumbres y orden público–, los estados de excepción constitucional no permiten a la autoridad suspender esta libertad o imponer condiciones que impidan, en los hechos, su ejercicio, pues dichas situaciones excepcionales solo admiten tales restricciones cuando constan expresamente en las normas constitucionales y legales que las regulan. Sin embargo, el estado de catástrofe permite **únicamente** al presidente de la República restringir las libertades de locomoción y de reunión:

> Ninguna de estas facultades admite ser interpretada como habilitación para suspender o restringir la libertad de religión y de culto garantizada en el artículo 19 N° 6 de la Constitución (Corte Suprema de Chile, 2021a, fundamento 8; 2021b, fundamento 8).

Adicionalmente, ambas sentencias efectúan también una llamativa interpretación del derecho internacional de los derechos humanos que se relaciona con este caso. Esta interpretación es particularmente interesante porque constituye un *mentis* a lo que había sostenido en su sentencia del caso "Vargas c. Paris" la Corte de Apelaciones de Arica. Luego de repetir lo que señalan los artículos 18.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y 12.1 de la Convención Americana (1969), la Corte Suprema sostiene, en síntesis, que aun cuando esas normas internacionales permitiesen, hipotéticamente, la posibilidad de restringir la libertad de conciencia, la concreta restricción de este derecho debe estar amparada en las normas nacionales que establecen el estatuto constitucional y legal respectivo. Sin embargo, el Derecho –en síntesis, el citado artículo 19 numeral 6, las normas constitucionales sobre estado de excepción constitucional, y el segundo párrafo del artículo 7 de la Constitución Política, que establece el principio de estado de derecho[35]– no permite la suspensión de la posibilidad de participar presencialmente en la misa dominical[36].

4. Otros derechos afectados

No obstante, tal como había anunciado al comienzo del fundamento octavo, y tal como lo hizo la Corte de Apelaciones de Concepción en su sentencia rol 11.125 de 2020, antes analizada, la Corte Suprema extiende su análisis a la vulneración de otras garantías que podrían guardar relación con la decisión recurrida. En el fundamento noveno de ambas sentencias, el máximo tribunal se refiere a una eventual vulneración de la libertad de emitir opinión (art. 19.12 de la Constitución chilena[37]). Al respecto, estima que la asistencia a un rito

[35] Segundo párrafo del artículo 7 de la Constitución política de Chile, específicamente, en lo que se refiere al principio de separación de poderes: "Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes" (1980).

[36] Implícitamente, en cambio, la imposición de un aforo máximo de concurrencia, en tanto entendida como una mera 'restricción', es considerada por el máximo tribunal como ajustada a derecho.

[37] Artículo 19.12 de la Constitución Política de Chile:

> La Constitución asegura a todas las personas […] La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado (1980).

religioso, si bien es esencialmente la exteriorización de una religión, es asimismo la manifestación de una opinión devenida en convicción o creencia profundamente enraizada en la cosmovisión que la persona tiene sobre la vida. Luego de citar doctrina sobre el contenido de lo que es una opinión y la libertad de expresarla, concluye que:

> la asistencia a un acto ritual en un día determinado constituye el vehículo para la exteriorización de una verdad. Para el recurrente, esa verdad a la que adhiere vitalmente es, de acuerdo a las reglas e instrumentos normativos y doctrinarios que rigen esa verdad –señalados en el recurso–, solo posible difundirla y exteriorizarla un día en específico de la semana, esto es un domingo y de manera presencial (Corte Suprema de Chile, 2021a, fundamento 9; 2021b, fundamento 9).

La creencia en una verdad, entonces, es parte de la libertad de opinión protegida por la Constitución, libertad que tampoco puede ser suspendida en el estado de excepción constitucional.

Llama la atención, sin embargo, que en este punto la Corte Suprema efectúe, a propósito de su razonamiento relativo a la libertad de opinión, una diferenciación entre las vertientes objetiva y subjetiva de la libertad de religión, y dentro de esta última, entre una faz 'interna' y otra 'externa'[38]. A partir de esta diferenciación, la sentencia concluye que la vertiente subjetiva en su faz externa, la cual comprende el derecho a manifestar la fe, puede ser restringida en situaciones de excepción, sin perjuicio de siempre respetar los principios generales de igualdad, interdicción de la arbitrariedad, proporcionalidad, fundamentación, racionalidad y bien común que deben orientar a la autoridad administrativa[39]. La asimilación a la libertad de opinión merece algunos comentarios que serán expresados al final de este apartado.

Por otra parte, el máximo tribunal también se refiere, en el fundamento décimo de ambas sentencias, a una posible vulneración del derecho a la igualdad ante la ley (art. 19, num. 2)[40]. En síntesis, la Corte Suprema compara las restricciones aplicadas a otro tipo de actividades, como las deportivas, contra las que se aplican a actividades de culto, concluyendo que:

> existe, mediante la aplicación de la norma impugnada en autos, un tratamiento diferenciado injustificado y por ende discriminatorio a situaciones que deben estar sometidas al mismo régimen de permisos, vg. realizar actividades deportivas respetando aforos y medidas sanitarias y la concurrencia presencial a un culto religioso, desarrollado también con medidas similares (Corte Suprema de Chile, 2021a, fundamento 10; 2021b, fundamento 10).

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema, en ambos recursos, termina concluyendo que la Resolución Exenta 43 de 2021 vulnera tres derechos contenidos en los artículos 19.2, 19.6 y 19.12, acogiendo el recurso de protección, y declarando que:

> a los recurrentes, les asiste el derecho fundamental que les posibilita concurrir al culto dominical presencial, debiendo la autoridad respectiva establecer un sistema de permisos para tal fin, que les permita desplazarse con este objeto, debiendo en la ceremonia religiosa respectiva cumplirse los aforos máximos determinados por la autoridad con motivaciones sanitarias, considerando los espacios abiertos o cerrados en que se lleven a efecto y de acuerdo a las fases o etapas del plan generado a estos efectos (Corte Suprema de Chile, 2021a, fundamento 10; 2021b, fundamento 10).

VI. EVALUACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA Y CONCLUSIONES

Como recuerda Castellà Andreu, a propósito de las recomendaciones de la Comisión de Venecia, caben teóricamente dos aproximaciones a las situaciones de anormalidad o excepción por parte de los Estados:

---

38 La corte apunta que:

> Se ha expresado que la libertad religiosa tiene una vertiente objetiva, que impone al estado un papel neutral, respetando tanto a quien estima pertinente no adscribirse a una confesión religiosa, como la de optar por la que le interprete en mejores términos. En la fase subjetiva, está referida a una faz interna y otra externa. La primera es la autodeterminación intelectual referente al fenómeno religioso, consistente en creer o no creer, ejerciendo los derechos respectivos (Corte Suprema de Chile, 2021a, fundamento 9; 2021b, fundamento 9).

39 Aquí cabe anotar que en ambas sentencias se encuentra una prevención de algunos ministros –en la sentencia 19.962 el ministro Sergio Muñoz y la ministra Adelita Ravanales; en la sentencia 21.963, la ministra Ángela Vivanco y el abogado integrante Ricardo Alcalde– que señalan, en síntesis, que la libertad de emitir opinión e informar del artículo 19.12 de la Constitución es de aquellas que bajo ninguna circunstancia puede ser limitada, suspendida o restringida. Ni siquiera en el contexto de estados de excepción constitucional.

40 Artículo 19.2 de la Constitución Política de Chile:

> La Constitución asegura a todas las personas […] La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias (1980).

> Primera, la denominada 'soberana', que se corresponde con la decisionista y que evoca la forma de abordarlas de Carl Schmitt, basada en la búsqueda por la autoridad de la salud pública sin el límite de lo previsto por el ordenamiento o bien forzando su interpretación en tal dirección. Y segunda, la propia del Estado de Derecho, en la que el Derecho, y la Constitución en particular, regula y, por ello, racionaliza y limita el ejercicio del poder en los estados excepcionales, aunque sea haciéndolo de modo distinto a las situaciones de normalidad. La Comisión de Venecia opta, como no podía ser de otro modo, por la segunda aproximación (2020, pp. 7-8)[41].

Desde este punto de vista, en primer lugar, estimamos como un gran avance en la vigencia efectiva del Estado de Derecho constitucional en Chile, el que la Corte Suprema se haya decidido a cuestionar las medidas técnico sanitarias adoptadas por las autoridades en materia de control de la pandemia cuando se afectan derechos constitucionales. El razonamiento más bien deferente con las decisiones técnicas de la autoridad, recogido por primera vez en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción rol 7800-2020, parcialmente acogido por la Corte Suprema en la sentencia 42.853-2020 y posteriormente, reproducido por las Cortes de Apelaciones de Arica y Concepción en sus respectivas sentencias roles 26-2021 y 372-2021, opone falsamente el deber de la autoridad de combatir la pandemia y aplicar para ello decisiones de orden técnico –las que, en principio, son indudablemente de su competencia exclusiva– al deber de los órganos de actuar en el marco del Estado de Derecho (tal como nos recuerda la Comisión de Venecia), olvidando que en el marco del constitucionalismo la labor de las autoridades, aún en casos de emergencia, no puede desatender el respeto de los derechos de las personas, ni los límites competenciales de esas mismas autoridades; cuestión que aparece claramente en el fundamento octavo de las sentencias de la Corte Suprema roles 19.062 y 21.963.

En segundo lugar, resulta interesante advertir que, en esos dos últimos fallos, el Tribunal Supremo chileno establece la existencia de un derecho fundamental de asistir al culto religioso, renunciando de esta manera a efectuar, desde el estrado judicial, una elaboración sustantiva del contenido concreto de cuáles son los elementos esenciales del culto católico que debieran estar protegidos por la normativa constitucional. En la práctica, esto concuerda con lo sostenido por el profesor Precht Pizarro, según vimos oportunamente[42], al dejar la determinación de ese contenido a las autoridades religiosas respectivas. De acuerdo a esa determinación, heterónoma a lo que puedan opinar las autoridades estatales o, aún, los jueces, la misa católica no es un simple acto de culto, sino parte esencial de la creencia religiosa de los recurrentes.

Resultando los anteriores los puntos destacables de esta sentencia, también tenemos algunas observaciones críticas. La primera de ellas es el recurso en las sentencias de la Corte Suprema roles 19.062 y 21.963 a derechos distintos de la libertad religiosa para complementar la declaración de inconstitucionalidad de la actuación de las autoridades que allí fue revisada. En nuestra opinión, por loables que sean las intenciones del máximo tribunal chileno, la mención a otros derechos termina desdibujando lo específico de la libertad religiosa, cuestión que podría incluso debilitar la defensa de la libertad de culto.

En efecto, como vimos al comienzo de este trabajo, la libertad de culto exige y protege no solo un respeto por las convicciones internas de la persona, o su manifestación externa, sino la práctica de ritos específicos. Si solamente estuviésemos ante una cuestión de libertad de opinión, ciertamente que cobrarían sentido los alegatos de la autoridad y de las cortes de apelaciones de Arica y Concepción, antes señalados, en el sentido que las manifestaciones de la libertad de religión pueden perfectamente llevarse a cabo por medios alternativos al rito presencial. Una opinión puede, en efecto, manifestarse de distintas formas, incluyendo medios telemáticos. Sin embargo, insistimos, lo afectado por la Resolución Exenta 43 (2021) y lo protegido por la libertad de culto no es una mera opinión o su expresión, sino un acto religioso específico, realizado de una forma concreta y en un

41 Carl Schmitt suele ser muy citado para justificar una aproximación soberanista a la idea de estado de excepción entendido como una situación que excede los marcos constitucionales. Para una profundización de su pensamiento sobre esta materia, en castellano, véase sus conocidas obras Schmitt, C. (2009) y Schmitt (2013).
Para Escobar Roca, el concepto de 'suspensión de derechos' –que hace equivalente a "una habilitación genérica para restringir determinados derechos fundamentales al margen de las formas y procedimientos habituales, entre ellos la reserva de ley"– tiene como sentido "reforzar el Estado democrático de Derecho, de forma tal que, en situaciones excepcionales, se fuerce al ejecutivo a declarar de forma clara y expresa las medidas que adoptará, siguiendo una serie de procedimientos y formalidades más o menos tasadas, en última instancia para favorecer el control, en el sentido amplio del término" (2021, p. 150).

42 Véase nota al pie número 8.

día especial[43], lo que explica el error de razonamiento de las Cortes de apelaciones de Arica en su sentencia rol 26-2021 y de Concepción, en su sentencia rol 372-2021, que aceptaron las argumentaciones de la autoridad y sostuvieron que el rito en cuestión podía realizarse de forma telemática. *Mutatis mutandis*, críticas semejantes pueden aplicarse a la asimilación de la libertad religiosa a la libertad de reunión, efectuada en la sentencia de la Corte de apelaciones de Concepción rol 11.125 de 2020[44].

Por otro lado, aunque más acertada en términos jurídicos, la aplicación de la igualdad ante la ley a la situación expuesta –sobre la base de la desigual permisión de ciertas actividades frente a las restricciones aplicadas a las actividades de culto religioso– adolece de otro problema: extremada la aplicación de este principio a la situación en examen, podría concluirse que la suspensión del culto dominical hubiese sido legítima, si la misma prohibición se aplica a las actividades que sirvieron de término de comparación, lo cual nuevamente se aleja de lo propio de la libertad de culto: la manifestación de una determinada creencia, a través de ritos entendidos como forma única de comunicación con una entidad superior que trasciende al ser humano, cuya restricción no encuentra validez ni siquiera en términos comparativos.

Desde este punto de vista, creemos que incluso la evaluación favorable de los distintos tribunales aquí estudiados a la aceptación de ciertos aforos como algo permisible –en tanto mera 'restricción' de la libertad de conciencia– no se ajusta al diseño constitucional chileno vigente. El aforo en una actividad religiosa no afecta a quienes tienen la suerte de poder participar en el rito religioso, pero ciertamente impide a quienes quedan fuera el ejercer su libertad de realizar un culto religioso específico. Para todos aquellos que quedan fuera del aforo, el derecho ha sido simplemente suspendido[45].

Por tanto, creemos que el mejor argumento que justifica la decisión de la Corte Suprema chilena en las sentencias roles 19.062 y 21.963 debiera ser, simplemente, el tenor literal del artículo 43 de la Constitución Política: en un estado de excepción constitucional como el actualmente vigente en Chile, la autoridad solo puede restringir las libertades de locomoción y de reunión; pero no la libertad de culto.

Finalmente, un último punto a destacar en las sentencias roles 19.062 y 21.963 de la Corte Suprema, es la preeminencia que este tribunal otorga al derecho constitucional como parámetro para evaluar el alcance del derecho internacional de los derechos humanos vigente en Chile. Atendido el tenor del segundo párrafo del artículo 5 de la Constitución Política chilena, se ha discutido tanto en sede de nuestro tribunal supremo, como del Tribunal Constitucional, cuál es el valor de los tratados internacionales con relación a la Constitución Política (si están por sobre ella, al mismo nivel o subordinados a la Carta fundamental, pero sobre la ley). A través de esta jurisprudencia, la Corte Suprema se inclina decididamente por la tesis que expone que los tratados internacionales de derechos humanos vigentes en Chile deben interpretarse en conformidad a la Constitución Política y no al revés[46].

De esta manera, luego de una excesiva deferencia hacia las limitaciones a la libertad religiosa impuestas por la autoridad sobre la base de argumentaciones técnico-sanitarias, el máximo tribunal chileno, en sus sentencias roles 19.062 y 21.963 ha apuntado hacia una actitud de protección de esta libertad en su manifestación social más importante, la libertad de culto, estableciendo que la au-

---

43 Comunidad y Justicia lo expresa así:

> La autorización de la celebración de misas no implica solo respetar una libertad (como quien respeta la libertad de comprar o comer una u otra cosa), sino que implica respetar una opción radical de vida, que considera como parte esencial de ella la participación en la Misa. […] Para un católico, el impedimento de participar en la Eucaristía no es solo la privación de "una de las tantas formas de manifestar la fe", sino que se le priva de lo que es consustancial: la Eucaristía es el centro y culmen de toda vida cristiana, sin la cual esta carece de sentido. Es por esto que el derecho a participar en la Eucaristía debe defenderse no solo en cuanto algo libre, sino en cuanto algo bueno. Cuando el Estado le niega ese derecho a un católico, incumple con su deber de crear las condiciones que permitan a las personas su mayor realización espiritual y material posible (artículo 1 inciso 4 de la Constitución) (2021b).

44 La reunión tiene un componente físico indiscutible, pero la pandemia ha mostrado que, eventualmente, una 'reunión' también puede llevarse a cabo mediante formas telemáticas. Por otro lado, aun de forma física, una reunión no requiere de un espacio especial; una misa, sí.

45 En la práctica, después de estas sentencias, la autoridad sanitaria reabrió la posibilidad de realizar durante los fines de semana actividades religiosas de forma presencial, pero las sometió a aforos mínimos. Es cierto que esto vino a cambiar con la mejora de los índices sanitarios, pero ello se produjo en aquellas semanas recientes.

46 El Tribunal Constitucional chileno ha acogido el concepto de "bloque de constitucionalidad" (así, por ejemplo, sentencias roles 1340-2009; 2493-2013) que, en la práctica, convierte al derecho internacional de los derechos humanos en norma de valor cuasi constitucional, lo que permitiría, eventualmente, modificar el sentido y alcance de los derechos expresamente contenidos en la Carta Fundamental. Sobre la discusión constitucional en la doctrina chilena, véanse Peña Torres (2012); Nogueira Alcalá (2015); Zúñiga Urbina (2008); Núñez Donald (2015).

toridad carece de facultades para suspender este derecho durante el estado de excepción constitucional denominado 'estado de catástrofe' y reconociendo un derecho fundamental de los recurrentes a asistir al culto dominical presencial.

Aún con el problema de la eventual dilución del contenido específico de la libertad religiosa –dada la decisión del Tribunal Supremo chileno de recurrir a otros derechos para sostener la inconstitucionalidad de las actuaciones administrativas examinadas en esta jurisprudencia– es de celebrar que el máximo tribunal chileno haya dado un paso que sin duda confirma que aún en situaciones de emergencia, el estado constitucional de derecho exige que las autoridades respeten los derechos de los ciudadanos y el marco de competencias al que están sometidas. Lo mismo puede decirse de la decisión de interpretar el derecho internacional de los derechos humanos en conformidad con el derecho interno, lo que indica la predisposición de la Corte Suprema chilena de aplicar a la situación examinada el estándar más favorable a los recurrentes.

REFERENCIAS

Ayuda a la Iglesia Necesitada (2021). *Libertad Religiosa en el Mundo, Informe 2021*. https://www.ayudaalaiglesianecesitada.org/informe-libertad-religiosa/

Bustamante Sinn, M. & Astaburuaga Briseño, R. (2020). La protección de la libertad de culto en tiempos de pandemia: la jurisprudencia de la Corte de apelaciones de Concepción. Comentario a las sentencias 7800-2020, 9692-2020 y 11125-2020. *Revista Latinoamericana de Derecho y Religión, 6*(2), 1-36. https://doi.org/10.7764/RLDR.10.130

Cabezas Cañavate, J. (22 de octubre de 2020). Libertad de culto en tiempos de restricciones de libertad. *Universidad San Dámaso*. https://www.sandamaso.es/curso21-22/libertad-de-culto-en-tiempos-de-restricciones-de-libertad/

Castellà Andreu, J. M. (2020). La Comisión de Venecia y los estados de emergencia: la necesaria preservación del estado de derecho y la democracia constitucional durante la crisis de la COVID-19. En P. Biglino Campos & F. Durán Alba (eds.), *Los efectos horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional: estudios sobre la primera oleada* (s.p.). Fundación Manuel Giménez Abad.

Celis Brunet, A. M. & Cortínez Castro, R. (2020). Religión y coronavirus: los desafíos en Chile en tiempos de estado de excepción constitucional. *Revista general de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, (54), 1-21.

Celis Brunet, A. M. (2020). Libertad religiosa y coronavirus. *Facultad de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile*. http://derecho.uc.cl/es/exalumnos/derecho-uc-en-linea/actualidad-juridica/26499-libertad-religiosa-y-coronavirus

Comisión Europea para la democracia a través del Derecho (Comisión de Venecia) (2020). *Informe provisional sobre las medidas adoptadas en los Estados miembros de la UE como resultado de la crisis del COVID-19 y su impacto en la democracia, el Estado de Derecho y los derechos fundamentales*. https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2020)018-spa

Comunidad y Justicia (2021a). *Informe sobre libertad religiosa y estado de excepción constitucional en Chile*. https://comunidadyjusticia.cl/wp-content/uploads/2020/07/INFORME-SOBRE-LIBERTAD-RELIGIOSA-Y-ESTADO-DE-EXCEPCI%C3%93N-CONSTITUCIONAL-EN-CHILE.pdf

(2021b). *Restricciones a actos de culto en Chile por la crisis sanitaria*. https://comunidadyjusticia.cl/wp-content/uploads/2021/03/Restricciones-a-la-Libertad-de-Culto.pdf

Daniele, L. (20 de abril de 2021). La pandemia deteriora la libertad religiosa en el mundo. *ABC*. https://www.abc.es/sociedad/abci-pandemia-deteriora-libertad-religiosa-mundo-202104201416_noticia.html?Ref=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F

Escobar Roca, G. (2021). Los derechos humanos en estados excepcionales y el concepto de suspensión de derechos fundamentales. *UNED Revista de Derecho Político*, (110), 113-152. https://doi.org/10.5944/rdp.110.2021.30330

García García, R. (18 de junio 2020). Libertad religiosa en tiempo de coronavirus. *Blog de la Facultad de derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*. https://www.blog.fder.uam.es/2020/06/18/libertad-religiosa-en-tiempo-de-coronavirus/

Gobierno de Chile (2021). *Protocolo de manejo y prevención ante COVID-19 en oficios religiosos, ritos y ceremonias de las comunidades en los respectivos cultos*. https://s3.amazonaws.com/

gobcl-prod/public_files/Campa%C3%B1as/Corona-Virus/documentos/paso-a-paso/PROTOCOLO-CULTOS-V5.pdf

Gobierno de Chile (s/f). *Plan Paso a Paso*. Gob.cl. https://www.gob.cl/coronavirus/pasoapaso/

Instituto Nacional de Derechos Humanos (2020). *Informe 27 INDH*. https://comunidadyjusticia.cl/wp-content/uploads/2020/07/27-INFORME-INDH.pdf

Jellinek, G., (2000). *La Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* [traducido al español de Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte]. Universidad Nacional Autónoma de México.

Mclatchie, L. (6 de junio de 2021). How the Irish, and many others, lost their religious freedom to COVID restrictions. *National Review*. https://www.nationalreview.com/2021/06/how-the-irish-and-many-others-lost-their-religious-freedom-to-covid-restrictions/

Nogueira Alcalá, H. (2006). La libertad de conciencia, la manifestación de creencias y la libertad de culto en el ordenamiento jurídico chileno. *Revista Ius et Praxis, 12*(2), 13-41. https://doi.org/10.4067/S0718-00122006000200002

(2015). El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: Doctrina y Jurisprudencia. *Estudios Constitucionales, 13*(2), 301–350. https://doi.org/10.4067/S0718-52002015000200011

Núñez Donald, C. (2015). Bloque de constitucionalidad y control de convencionalidad en Chile: Avances jurisprudenciales. *Anuario De Derechos Humanos*, (11), 157-169. https://doi.org/10.5354/0718-2279.2015.37497

Peña Torres, M. (2012). La Constitución de 1980 y la existencia de un Bloque de Constitucionalidad en Chile. En H. Llanos y E. Picand (coords.), *Estudios de Derecho Internacional. Libro Homenaje al profesor Hugo Llanos Mansilla* (pp. 591-613). Thomson Reuters.

Precht Pizarro, J. (1989). La personalidad jurídica de la Iglesia Católica y de los entes eclesiásticos católicos ante el derecho del Estado de Chile. *Revista Chilena de Derecho, 16*(3), 683-723.

(2000). La Libertad Religiosa. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (21), 109-120.

Priora, J. C. (2002). Libertad de conciencia, libertad religiosa, libertad de culto y tolerancia en el contexto de los derechos humanos (perspectiva histórico-bíblica). *Enfoques, 14*(1), 39–56.

Salinas Araneda, C. (2008). Estado no confesional y laicismo. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, 15*(1), 183-202. https://doi.org/10.22199/S07189753.2008.0001.00008

Schmitt, C. (2013). *La dictadura: Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria.* Alianza editorial.

Schmitt, C. (2009). *Teología política*. Trotta.

Simón Yarza, F. (2020). Reflexiones sobre la libertad religiosa ante las restricciones impuestas como consecuencia del Covid-19. En P. Biglino Campos & F. Durán Alba (eds.), *Los efectos horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional: estudios sobre la primera oleada* (s.p.). Fundación Manuel Giménez Abad. https://doi.org/10.47919/FMGA.OC20.0009

Zúñiga Urbina, F. (2008). Derechos Humanos en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno: apostillas sobre Tratados y Constitución. *UNED Revista De Derecho Político*, (71-72), 789–827. https://doi.org/10.5944/rdp.71-72.2008.9058

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, Observación general núm. 22, artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de Religión), jul. 13, 1993, HRI/GEN/1/Rev. 7.

Constitución Política de la República de Chile [C.P.], 21 de octubre de 1980 (Chile).

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), nov. 22, 1969, O.A.S.T.S. No. 36.

Corte de Apelaciones de Arica, 8 de marzo de 2021, "Vargas c. Paris", Rol de la causa 26-2021, recurso de protección (Chile).

Corte de Apelaciones de Concepción, 15 de marzo de 2021, "Gemma del Carmen Andaur Vignolo y otros c. ministro de salud", Rol de la causa 372-2021, recurso de protección (Chile).

Corte de Apelaciones de Concepción, 23 de julio de 2020, "Francisco Portiño Leal, Luis Silva Rojas, Ramon Pacheco Díaz y otros c. SEREMI de salud Región del Biobío e Intendencia Región del Biobío", Rol de la causa 11125-2020 (Chile).

Corte de Apelaciones de Concepción, 7 de abril de 2020, "Héctor Alejandro Jara Sepúlveda c. Héctor Juan Muñoz Uribe", Rol de la causa 7800-2020 (Chile).

Corte Suprema de Justicia de Chile [C.S.J], 28 de agosto de 2015, "Texto refundido del auto acordado sobre tramitación y fallo del recurso de protección de las garantías constitucionales". Acta número 94-2015 (Chile).

Corte Suprema de Justicia de Chile [C.S.J], 24 de abril de 2020, "Héctor Alejandro Jara Sepúlveda c. Héctor Juan Muñoz Uribe", Rol de la causa 42.853-2020 (Chile).

Corte Suprema de Justicia de Chile [C.S.J], 29 de marzo de 2021, "Vargas c. Paris", Rol de la causa 19.062-2021 (Chile) (2021a).

Corte Suprema de Justicia de Chile, 1 de abril de 2021, "Gemma del Carmen Andaur Vignolo y otros c. ministro de salud", Rol de la causa 21.963-2021 (Chile) (2021b).

Declaración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1/2020, COVID-19 y derechos humanos: los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales, 9 de abril de 2020.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, G.A. Res. 217 (III) A, U.N. Doc. A/RES/217(III) (10 de diciembre de 1948).

Decreto 153, Ministerio del Interior, prorroga declaración de estado de excepción constitucional de catástrofe, por calamidad pública, en el territorio de Chile, y designa a los jefes de defensa nacional, según se indica, 30 de junio de 2021, Diario Oficial [D.O.] (Chile).

Decreto 4, Ministerio de Salud, decreta alerta sanitaria por el periodo que se señala y otorga facultades extraordinarias que indica por emergencia de salud pública de importancia internacional (ESPII) por brote del nuevo coronavirus (2019-NCOV), 8 de febrero de 2020, Diario Oficial [D.O.] (Chile).

Decreto 18, Ministerio de Salud, modifica decreto número 4, de 2020, que decreta alerta sanitaria por el periodo que se señala y otorga facultades extraordinarias que indica por emergencia de salud pública de importancia internacional (ESPII) por brote del nuevo coronavirus (2019-NCOV), 14 de mayo de 2020, Diario Oficial [D.O.] (Chile).

Ley 18.415, Ley Orgánica Constitucional de los Estados de Excepción, Diario Oficial [D.O.], 14 de junio de 1985 (Chile).

Ley 19.638, Ley que establece normas sobre la constitución jurídica de las Iglesias y organizaciones religiosas, Diario Oficial [D.O.], 14 de octubre de 1999 (Chile).

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dic. 16, 1966, 999 U.N.T.S. 171.

Resolución Exenta 1094, Ministerio de Salud, dispone medidas sanitarias que indica por brote de COVID-19, 23 de marzo de 2020, Diario Oficial [D.O.] (Chile).

Resolución Exenta 341, Ministerio de Salud, dispone medidas sanitarias que indica por brote de COVID-19, 13 de mayo de 2020, Diario Oficial [D.O.] (Chile).

Resolución Exenta 43, Ministerio de Salud, dispone medidas sanitarias que indica por brote de COVID-19 y establece nuevo plan "Paso a Paso", 15 de enero de 2021, Diario Oficial [D.O.] (Chile).

Tribunal Constitucional [T.C.], 29 de septiembre de 2009, Rol de la causa: 1340-2009, Jursiprudencia Constitucional, tomo XV (Chile).

Tribunal Constitucional [T.C.], 6 de mayo de 2014, Rol de la causa 2493-2013, Jursiprudencia Constitucional, tomo XXVIII (Chile).

10.18800/themis.202102.006

PERÚ: ELECCIONES 2021 EN EL CONTEXTO DE LA PANDEMIA DE COVID-19

PERU: 2021 ELECTIONS IN THE CONTEXT OF COVID-19 PANDEMIC

Elba Sissi Acevedo Rojas*
Universidad Nacional de Ingeniería

Diego Alejandro Huaman Porras**
Universidad Nacional de Ingeniería

José Danid Hurtado Ormeño***
Universidad Nacional de Ingeniería

Ramiro Gustavo Tintaya Quispe****
Universidad Nacional de Ingeniería

The holding of the parliamentary and presidential elections in Peru during the pandemic caused by COVID-19 was a controversial issue, to the point that its suspension or postponement was put into debate, especially if we take into account the effects that could have generated both in the right to vote as in the right to health. In this context, various constitutionalists, academics and international organizations pointed out that it was necessary to strengthen democratic institutions by exercising the citizen's right to vote, but it was necessary to have biosafety protocols to avoid further contagion.

From an international perspective, there were successful cases in the implementation of the electoral process in 2020, South Korea being one of them as it used electronic voting, verifying, with subsequent tests, the low rate of contagion. The authors point out that this solution, in Peru, has been incorporated since 2010. However, it has not yet become widespread, which is the reason not be applied in the first and second electoral rounds in 2021. For this reason, in this article, the authors analyze the actions taken by the State in order to carry out the elections from the perspective of fundamental rights.

Keywords: Elections; COVID-19; right to vote; right to health; Human Rights.

La realización de las elecciones parlamentarias y presidenciales en Perú durante la pandemia ocasionada por el COVID-19 fue un tema controvertido, al punto que se puso en debate su suspensión o aplazamiento, especialmente si tenemos en cuenta los efectos que podrían haber generado tanto en el derecho al voto como en el derecho a la salud. En este contexto, diversos constitucionalistas, académicos y organismos internacionales señalaron que era necesario fortalecer las instituciones democráticas ejerciendo el derecho ciudadano al voto, pero era necesario contar con protocolos de bioseguridad para evitar mayores contagios.

Desde la perspectiva internacional, hubo casos exitosos en la implementación del proceso electoral en el 2020, siendo Corea del Sur uno de ellos pues empleó el voto electrónico, comprobando, con testeos posteriores, el bajo índice de contagios. Los autores señalan que esta solución, en el Perú, se ha ido incorporando a partir del 2010. No obstante, aún no se ha masificado, razón por la que no se pudo aplicar en la primera y segunda vuelta electoral en 2021. Por ello, en el presente artículo los autores analizan las acciones tomadas por el Estado con la finalidad de realizar las elecciones desde la perspectiva de los derechos fundamentales.

Palabras clave: Elecciones; COVID-19; derecho al voto; derecho a la salud; Derechos Humanos.

* Abogada. Magíster en Derecho Bancario y Financiero por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Magister en Educación por la Universidad de Piura (UDEP). Profesora de la Universidad Nacional de Ingeniería (UNI) (Lima, Perú). Código ORCID: 0000-0002-10906012. Contacto: eacevedor@uni.edu.pe

** Estudiante de la Universidad Nacional de Ingeniería (UNI). Contacto: diego.huaman.p@uni.pe

*** Bachiller en Ingeniería Mecatrónica. Practicante preprofesional en GAMT (Lima, Perú). Contacto: jhurtadoo@uni.pe

**** Bachiller en Ingeniería Mecatrónica. Analista de Energía y Electricidad en Sociedad Minera Cerro Verde (Arequipa, Perú). Contacto: rtintayaq@uni.pe

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 4 de agosto de 2021, y aceptado por el mismo el 1 de marzo de 2022.

I. INTRODUCCIÓN

Las elecciones presidenciales y parlamentarias se consideran un proceso político importante puesto que refuerzan el sentido democrático. A través de las elecciones, los ciudadanos ejercen su derecho de elegir y ser elegido, y asumen que dicha decisión afectará su vida política, social y económica durante los próximos cinco años. Sin embargo, en estos momentos la situación es que, debido a pandemia ocasionada por el COVID-19, muchos gobiernos, incluido el peruano, han declarado el estado de emergencia constitucional y han señalado medidas de protección sanitaria como cuarentenas, cierre de comercios, iglesias, escuelas y universidades, además de medidas de distanciamiento social.

Asimismo, las medidas implicaron la suspensión o restricción de algunas libertades fundamentales de las personas, como la libertad de circulación y de tránsito, el derecho a la libertad personal, la libertad de reunión, la libertad de culto y la libertad de ejercicio de la profesión u oficio. También, esta situación sanitaria causó que en muchos países se suspendieran o aplazaran los procesos electorales, el Perú no fue la excepción y ocasionó una vulneración a un derecho político fundamental: el derecho a elegir y ser elegido.

Dicho esto, a lo largo del presente ensayo se hizo un uso reiterado de los términos 'derechos fundamentales' y 'derechos humanos' por lo que se considera necesario que estos puedan definirse. Así, autores como Acuña Mercado (2010) señalan que es una clase específica de derechos constitucionales protegidos por valores y principios en la carta magna, y que el legislador les confiere un valor por encima de los demás. Por su parte, Bernal Pulido (2003) señala que estos son entendidos desde una estructura que compone un todo, pues están conectados y son inherentes al ser humano. A su vez, García Toma afirma que la titularidad de los "derechos fundamentales –entendida como manifestación de la determinación de los sujetos detentadores de ciertos atributos– aparece tras la valoración de la personalidad jurídica de la que se encuentran dotados aquellos seres premunidos de racionalidad, libertad y sociabilidad" (2018, p. 29). Del mismo modo, para acreditar la calidad de personas requieren del reconocimiento de goce de una diversidad de facultades necesarias o inherentes. Por lo tanto, "existe una relación inescindible entre titularidad reconocida por la Constitución y personalidad humana" (García Toma, 2018, p. 29).

Asimismo, este ensayo busca responder la siguiente pregunta: ¿Es legalmente posible una suspensión o aplazamiento de las elecciones presidenciales debido a la emergencia sanitaria causada por el COVID-19? Para ello, el trabajo analiza, primero, el régimen de excepción causado por el COVID-19 y el derecho al voto, que busca explicar el sustento legal del régimen de excepción en este contexto sanitario y su ponderación con el derecho político al voto. Segundo, exponer la experiencia de las elecciones durante la pandemia en otros países, describiendo las medidas tomadas. Tercero, evaluar si durante las elecciones peruanas fueron suficientes las medidas adoptadas para evitar más contagios, describiendo cómo se llevaron a cabo la primera y segunda vuelta electoral, y las consecuencias de no respetar las medidas sanitarias que se establecieron. Finalmente, se aborda el voto electrónico en el caso peruano, desarrollando conceptos relaticos al voto electrónico, y explicando la diferencia entre el *e-vote* presencial y remoto.

II. EL RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN CAUSADO POR EL COVID-19 Y EL DERECHO AL VOTO

La Constitución Política del Perú (en adelante, la Constitución) (1993) señala que los estados de excepción son: (i) el estado de emergencia; y (ii) el estado de sitio; y solo el titular del ejecutivo puede decretarlos (art. 137). Sin embargo, para fines de esta investigación se revisará el primero, el cual manifiesta lo siguiente:

> En caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la nación, puede restringirse o suspenderse el ejercicio de los derechos constitucionales relativos a la libertad y la seguridad personal, la inviolabilidad del domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito en el territorio comprendidos en los incisos 9, 11 y 12 del artículo 2 y en el inciso 24, apartado f del mismo artículo. En ninguna circunstancia se puede desterrar a nadie. El plazo del estado de emergencia no excede de sesenta días. Su prórroga requiere nuevo decreto. En el estado de emergencia, las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno si así lo dispone el presidente de la [R]república (Constitución Política del Perú, 1993, art. 137.1).

Como se puede observar, el estado de excepción es un mecanismo jurídico político y se emplea siempre y cuando esté justificada su actuación a la luz de la Constitución y tratados internacionales, especialmente el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH) (1969) referido a la suspensión de derechos, tal como se reconoce en la sentencia recaída en el Expediente 00964-2018-PHC/TC (2020). De este modo, de acuerdo con el artículo 27 de la CADH, se autoriza la suspensión de garantías:

> 1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado por tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación y siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social (1969).

Así las cosas, con la declaración del estado de emergencia a causa del COVID-19, el poder quedó concentrado en el Ejecutivo, por lo que se modificó el esquema de división de poderes, propio de la normativa constitucional, recibiendo potestades extraordinarias y eficaces que le permitían dirigir el cauce de la crisis. No obstante, esta medida también implicó un atentado contra la efectiva, verdadera y plena vigencia de los derechos fundamentales, pues se generó una situación de conflicto entre el derecho a la salud[1] y el derecho al voto[2] debido a que las elecciones se encontraban próximas a celebrarse.

En este contexto, es necesario preguntarse ¿qué criterio se debió emplear para justificar la primacía de un derecho frente al otro en conflicto? Según Alexy, citado por Burga, los derechos fundamentales pueden colisionar entre sí o entrar en colisión con bienes colectivos, por lo que, "una colisión entre derechos fundamentales se da cuando el ejercicio o la realización del derecho fundamental por parte de su titular tiene una repercusión negativa en el derecho fundamental del otro" (2012, pp. 255-256). Por lo que es necesario aplicar el principio de proporcionalidad para encontrar una salida al problema.

El principio de proporcionalidad, según Alexy, se compone de tres partes: los subprincipios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto; todos estos subprincipios expresan la idea de optimización (2009, p. 8). El primero determina si la limitación de un derecho fundamental sirve para favorecer a otro derecho legítimo. El segundo está sujeto a la decisión del juzgador, quien evalúa qué medida es la menos restrictiva o gravosa y si es absolutamente necesaria para lograr el fin colectivo. El tercero se conoce como el de proporcionalidad en sentido estricto y está sustentado en valorar las ventajas del derecho que no fue limitado. Bajo estas premisas, el autor destaca la idea de que dos derechos fundamentales que colisionan entre sí, no se invalidan, sino que se ponderan a través de la optimización, lo que conlleva a que su sustento deba ser explicado racionalmente y sobre dicho argumento se revele la situación más beneficiosa para el colectivo (Burga Coronel, 2012, p. 256).

Sobre la base de ese análisis, el Tribunal Constitucional peruano (en adelante, TC) inserta de manera taxativa la razonabilidad en el principio de proporcionalidad, explicando que:

> Uno de los presupuestos de este es la exigencia de determinar la finalidad de la intervención en el derecho de igualdad. Por esta razón, lo específico del principio de razonabilidad está ya comprendido como un presupuesto del principio de proporcionalidad (Expediente 02235-2004-AA/TC, 2005, fundamento 6)[3].

Es así que, cuando dos o más derechos fundamentales se encuentran en conflicto, el TC argumenta que la medida restrictiva hacia uno de los derechos debe conllevar a la necesidad de lograr

[1] El artículo 7 de la Constitución señala que "Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad, así como el deber de contribuir a su promoción y defensa […]" (1993). En la misma línea, el artículo 9 apunta que "El Estado determina la política nacional de salud. Poder Ejecutivo norma y supervisa su aplicación. Es responsable de diseñarla y conducirla en forma plural y descentralizadora para facilitar a todos el acceso equitativo a los servicios de salud" (1993).

[2] Así lo indica el artículo 2.17 de la Constitución, que apunta que toda persona tiene derecho:

> 17. A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. Los ciudadanos tienen, conforme a ley, los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum (1993).

Asimismo, el artículo 31 establece que:

> Los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos mediante referéndum; iniciativa legislativa; remoción o revocación de autoridades y demanda de rendición de cuentas. Tienen también el derecho de ser elegidos y de elegir libremente a sus representantes, de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica […]. El voto es personal, igual, libre, secreto y obligatorio hasta los setenta años. Es facultativo después de esa edad (1993).

Además, el artículo 35 dispone que "los ciudadanos pueden ejercer sus derechos individualmente o a través de organizaciones políticas, como partidos, movimientos o alianzas, conforme a ley" (1993). De la misma forma, el Proyecto de Ley 1313-2016–JNE, en su artículo 35.1, define al voto como "el medio por el cual los ciudadanos ejercen su derecho de sufragio activo, al expresar en la cédula de votación, manual o electrónica correspondiente su preferencia por determinada organización política, candidato u opción en consulta […]" (2016). Tanto el proyecto de ley como la Constitución reconocen un derecho característico de los gobiernos democráticos.

[3] Véase también la sentencia recaída en el Expediente 0045-2004-AI/TC (2005, fundamento 27).

niveles altos de satisfacción en los derechos favorecidos por la intervención, y si los resultados son positivos, la medida debe ser considerada como constitucionalmente correcta.

En el mismo sentido, Barrat Esteve, en su análisis del artículo 137 de la Constitución y la situación de emergencia actual, señala que se requiere de la estricta justificación de una declaración del estado de emergencia y que la lucha contra la pandemia del coronavirus no debe utilizarse para suprimir de manera abusiva todo un acervo de derechos, tampoco para justificar actuaciones contrarias al derecho internacional por parte de los agentes estatales o el uso arbitrario de la fuerza (2020). No obstante, la norma sí podría limitar la actuación del derecho al sufragio, siempre y cuando sea adecuada, necesaria y proporcional.

Asimismo, el autor manifiesta que es imperativo que se identifique claramente el derecho o los derechos cuyo pleno goce será restringido en un estado de emergencia, además de considerar importante definir el ámbito geográfico y temporal que sustenten la excepción (Barrat Esteve, 2020). Por otro lado, en caso se decida por la suspensión de algún derecho, este debe tener una mayor justificación y sustentarse, de ser posible, en evidencia científica, para evaluar de manera previa el impacto que podría tener sobre las personas de condición más vulnerable, con el fin de evitar medidas desproporcionadas e innecesarias.

Del mismo modo, Barrat Esteve hace hincapié en que tanto la normativa nacional e internacional no prevén la suspensión del derecho político de elegir y ser elegido, pues este se configura "como un derecho fundamental gozando, además, de la máxima protección constitucional a la par de otros derechos subjetivos igualmente relevantes para la práctica democrática como la libertad de expresión, el derecho de reunión o el derecho de asociación" (2020, p. 44), por lo que la posibilidad de suspender una convocatoria electoral debe sustentarse en razones basadas en sólidos criterios de razonabilidad, pero dicha decisión no debe ser precipitada. Así, la ponderación y el equilibrio se establecen como factores clave a la hora de tomar decisiones que parecen ser sensatas, pero que no dejan de poner en peligro los cimientos democráticos de una sociedad. En este sentido, "el derecho de sufragio incluye, como uno de sus principales requisitos, la convocatoria periódica de elecciones y cualquier retraso puede, por lo tanto, poner en peligro tal aspecto" (Barrat Esteve, 2020, pp. 44-45).

De la misma manera, la Comisión Jurídica de Catalunya señala lo siguiente:

> (i) El derecho de voto, no se puede prohibir ni limitar; (ii) si bien, en una situación de pandemia, debe hacerse compatible el ejercicio del derecho de sufragio y la protección de la salud pública, con la adopción de medidas necesarias y proporcionadas como las indicadas; (iii) y, en caso de que esas medidas fuesen insuficientes, con el fin de garantizar el pleno ejercicio del derecho de voto al electorado "en condiciones de libertad e igualdad y propiamente en garantía de este, con una adecuada motivación y con la afectación mínima imprescindible de la periodicidad de las elecciones o del deber de celebrarlas", podrían aplazarse o suspenderse las elecciones (citado en García Inda, 2021, p. 304).

Dicho esto, los autores antes mencionados, e incluso el propio TC, consideran que en situaciones en las que se evidencie una emergencia, como la que se vive con la actual pandemia ocasionada por el COVID-19 y sus nuevas variantes, pueden entrar en conflicto distintos derechos fundamentales. A su vez, para elegir al derecho que logra un mayor consenso se deben considerar los principios de adecuación, necesidad, ponderación y, además, de razonabilidad. Sin embargo, Cianciardo tiene una postura diferente a la conflictivista antes mencionada y afirma que este problema puede superarse distinguiendo entre principios y reglas:

> Las normas fundamentales son enunciados normativos que pueden o no estar recogidos textualmente en las Constituciones y, a su vez, pueden consistir en principios normativos –que trata de que algo sea realizado en la mayor medida posible y cuya aplicación debe efectuarse con razonabilidad y proporcionalidad– y en reglas normativas, que mandan la realización necesaria de algo. En consecuencia, tanto la jerarquización como la ponderación conducen a una relativización de las vertientes negativa y positiva de los derechos fundamentales. En efecto, al asumirse la necesidad de postergar uno de los derechos en juego, de un lado, se eclipsa su rol de límites del poder, y, de otro, el Estado se desliga de su obligación de promover su vigencia efectiva (citado en Burga Coronel, 2012, p. 262).

En este sentido, según Burga Coronel, Cianciardo critica los mecanismos usados por la jerarquización y la prueba de proporcionalidad. Por el contrario, considera que la solución a este supuesto conflicto es que se constituyan sistemas de reconocimiento de los principios fundamentales, que busquen considerar la relación entre los diversos principios de la Constitución. No obstante, pensar que los derechos fundamentales tienden a entrar en colisión y que dicho conflicto se resuelve a través de mecanismos que jerarquizan o ponderan

derechos, significa admitir la existencia de una clasificación de los derechos fundamentales, algo así como unos de primera categoría y otros de segunda. Ello sugiere que, en teoría, si un derecho de segunda categoría atenta contra uno de primera categoría, el remedio es suspender al que se considera de menos valía.

Así, esta evaluación conflictivista es contraria a aquello que reconoce a los derechos fundamentales como naturales y subjetivos, que incluso son anteriores al Estado. Por lo tanto, es necesario que se incorpore un criterio ontológico en la evaluación de un supuesto conflicto, lo que permita distinguir materialmente a un derecho de otro, sin deslegitimar a ninguno, debido a que cada uno es parte inherente del ser humano y, sin la protección de alguno de estos derechos, la persona no podría realizarse con libertad dentro de la sociedad, ni encaminarse al logro del bien común (Burga Coronel, 2012, p. 264).

Bajo ese mismo análisis, es preciso traer a colación a Fernández Sessarego, pues es necesario reforzar lo que implica ser un ser humano. Apunta que "es unidad indisoluble, inescindible, entre lo que es su esfera psicosomática –su soma y su psique– y su centro existencial que es el espíritu de la libertad" (Sessarego 2001, p. 304). De este modo, al humano se le designa filosóficamente como persona, lo que refiere a que el ser humano, sin dejar de ser un animal mamífero, pertenece a la naturaleza, pero, además, es un "ser simultáneamente espiritual cuyo centro o núcleo existencial es la libertad" (2001, p. 304). Asimismo, el autor manifiesta que en tanto sujeto del derecho es coexistencial, el derecho subjetivo entraña siempre y necesariamente un deber general y uno específico, por lo que la libertad significa estar sujeto a una serie de condicionamientos (2001, p. 305).

Consideramos que no es adecuado pensar que los derechos humanos puedan colisionar o ser contradictorios entre sí. No es posible ni en su formulación teórica ni en su ejercicio práctico. Los derechos fundamentales representan los cimientos de un sistema jurídico y coexisten con otros derechos fundamentales en condiciones de igualdad, por lo que no hay derechos que tengan una mayor jerarquía respecto de otros.

De la misma forma, Burga Coronel explica que la finalidad de la interpretación de los derechos fundamentales debe ser la unidad (2012, p. 265). Una interpretación teleológica y sistemática para determinar el contenido del derecho es necesaria para salvaguardar el contenido político democrático y la permanencia de la paz social. Este razonamiento permitirá encontrar puntos concordantes de los derechos y honrará el contenido de cada uno de ellos, además servirá para valorar la controversia, de tal forma que sea posible la solución sin que se sacrifique ningún derecho. En consecuencia, "armonizar los derechos es analizarlos desde su contenido esencial, es mirar hacia su naturaleza, el bien que protegen, la finalidad, su ejercicio, perfiles y esferas de funcionamiento razonable" (Burga Coronel, 2012, p. 265).

Por lo tanto, pensar que un derecho, como el derecho al voto, es jerárquicamente inferior al derecho a la salud, puede generar problemas graves respecto a la estructura democrática de un país, ya que conllevaría a un serio riesgo político si es que un determinado grupo que asume el poder tiene expectativas de quedarse más tiempo en los órganos del Estado resultando en un gobierno de *facto*, tal como lo había señalado Hobbes: *Auctoritas, non veritas facit legem* (la autoridad, no la verdad, hace la ley).

Sin embargo, en la mayoría de los países y en el Perú, la suspensión del proceso electoral no fue una opción. Los Estados dieron una solución holística a la situación de coyuntura a la que se estaban enfrentando, asumieron que tanto el derecho a la salud y el voto son colectivos e impostergables. Por lo que, para el primero, tomaron medidas necesarias para evitar los contagios en tiempos electorales y, para el segundo, afirmaron su compromiso a respetar la voluntad popular a través del voto. Así, con base en el análisis integral de los derechos de la persona humana, tuvieron la obligación de adaptar su ordenamiento jurídico de tal forma que brinde protección efectiva, tanto a proteger la salud como a respetar el ejercicio del derecho al sufragio, considerado principio político de soberanía popular en favor de alcanzar una soberanía democrática.

Esta resiliencia democrática genera un proceso continuo de aprendizaje y análisis dirigido a fortalecer y preparar a las instituciones para los siguientes retos. De esta manera, la pandemia obligatoriamente ha requerido sacrificios y concesiones difíciles. Sin embargo, algunas experiencias internacionales han demostrado que es posible celebrar elecciones generales seguras y legítimas. Por ello, si bien la crisis sanitaria puso en jaque el sistema político electoral y la suspensión de las elecciones en la fecha inicialmente pactada, el país se adaptó a los requerimientos sanitarios y se organizó para continuar con la celebración de los comicios, manteniendo la estabilidad.

III. EXPERIENCIA DE ELECCIONES EN EL CONTEXTO DE PANDEMIA EN OTROS PAÍSES

Debido a la pandemia causada por el COVID-19, muchas vidas se perdieron y otras se siguen en-

frentando a las consecuencias de la crisis sanitaria. A ello se sumó la preocupación de no vulnerar el Estado de derecho y el orden democrático, pues para el año 2020 estaban programadas las elecciones generales en muchos países. Sin embargo, debido a la creciente cifra de muertes y personas hospitalizadas como consecuencia de la primera y segunda ola, se generaron discusiones políticas respecto a la celebración de las elecciones en la fecha establecida. Según Espinosa Silis:

> Una amplia mayoría de países decidieron suspender sus procesos electorales, entre el 21 de febrero y el 9 de agosto de 2020, donde al menos 69 países en todo el mundo pospusieron la celebración de sus procesos electorales. De ellos 16 llevaron a cabo las elecciones pospuestas, y 51 países cumplieron con realizarla en la fecha previstas originalmente (2021, p. 22).

La manera en que se pospusieron y reanudaron los comicios en cada país fue diferente. Como se señaló en el apartado anterior, la suspensión se evaluó debido a una situación excepcional, en tanto el mero hecho de suspender o aplazar una elección sin una razón extraordinaria sería ilegal. En esta línea, la Organización de los Estados Americanos (en adelante, OEA), en su Guía para organizar elecciones en tiempos de pandemia (2020) señaló que se debe valorar las condiciones de salud de la población antes de decidir postergar o celebrar los comicios, ya que en este tipo de procesos se producen aglomeraciones e, incluso, se rompen protocolos sanitarios, por lo que es necesario tomar en cuenta los estudios, informes y recomendaciones de las autoridades sanitarias. La OEA también afirmó que se debía respetar la normativa constitucional y la legislación electoral. Igualmente, la suspensión o aplazamiento debía ir de la mano de procedimientos formales que brinden certeza jurídica y garanticen el ejercicio de los derechos políticos de la ciudadanía.

A continuación, y a manera de ejemplo, en la Figura 1 se muestran algunos países de América, los cuales suspendieron las elecciones y las reprogramaron para los meses posteriores. También se describe la forma cómo desarrollaron las elecciones los siguientes países: Jamaica, Polonia, Mali y Corea del Sur (ver Figura 1).

A. Elecciones en Jamaica

En Jamaica se llevó a cabo las elecciones el 3 de setiembre, hubo muchas críticas respecto a la realización de estas, ya que el número de casos de contagios a causa del COVID-19 iba en aumento. Sin embargo, el gobierno garantizó que daría una serie de medidas sanitarias, tales como: medición de la temperatura y el uso de mascarillas obligatorio en todos los centros de votación, entre otros. El resultado fue uno de los más amplios márgenes de victoria en décadas para el candidato Andrew Holness del partido de gobierno, quien fuera reelegido

Figura 1: Suspensión de comicios en América[4]

PAÍS	FECHA ORIGINAL	FECHA POSPUESTA
Bolivia*	3 de mayo	18 de octubre
Brasil	4 de octubre	29 de noviembre
Chile	26 de abril	25 de octubre
Estados Unidos**	3 de noviembre	3 de noviembre
Guayana	2 de marzo	Sin fecha
México	7 de junio	18 de octubre
Paraguay	8 de noviembre	10 de octubre 2021
Perú	26 de enero	11 de abril 2021
República Dominicana***	16 febrero	5 de julio
	17 de mayo	
Trinidad y Tobago	10 de agosto	10 de agosto
Uruguay	10 de mayo	27 de septiembre

Fuente: Espinosa Silis (2021, p. 23)

[4] Al respecto "las elecciones fueron pospuestas en una primera ocasión para el 6 de septiembre y posteriormente se modificó nuevamente la fecha para llevarse a cabo el 18 de octubre" (Espinosa Silis, 2021, p. 23). En la misma línea, "las elecciones primarias y las convenciones nacionales de los partidos Republicano y Demócrata fueron pospuestas en varios Estados, entre ellos: Alaska, Connecticut, Delaware, Georgia, y otros, excepto Wisconsin" (Landman & Di Gennaro, 2020). Aunque las elecciones municipales del 16 de febrero sí se llevaron a cabo, por problemas en el voto electrónico se decidió repetirlas, de manera que el 5 de julio se realizaron tanto las municipales como las presidenciales, que sí fueron pospuestas a causa del COVID-19.

como primer ministro. No obstante, la asistencia fue de solo 37% de la población (BBC News, 2020).

Según afirman Asplund *et al*., las medidas de salubridad adoptadas durante las elecciones fueron: usar mascarillas en todo momento, medir la temperatura al ingreso del centro de votación, distanciamiento social obligatorio, lavado de manos obligatorio y uso de alcohol en gel para la limpieza (2021).

Cabe resaltar que se tomaron una serie de medidas especiales para ciertos grupos de personas, entre las que se encuentran los mayores de 75 años. A ellos se les dio la opción de votar en una fecha previa a las elecciones, con la finalidad que no estén en contacto con grandes grupos de personas. Quienes requerían aislamiento solo podían salir a votar en horas señaladas y, una vez cumplido el acto, debían regresar a su casa. En algunos casos se debía notificar la hora de su salida al Ministerio de Salud de Jamaica.

Es preciso señalar que, a pesar de las medidas tomadas, los casos de COVID-19 siguieron incrementando y aún no se tiene una estimación del efecto que tuvo la realización de estas elecciones. Además, el día 3 de septiembre, fecha de las elecciones, según el Ministerio de Salud y Bienestar de Jamaica, hubo un total de 2 896 casos positivos, mientras que el número de pacientes recuperados a la fecha fue de 921 (2020).

B. Elecciones en Polonia

Las elecciones presidenciales de Polonia estaban inicialmente programadas para el 4 y 10 de mayo de 2020. Las campañas electorales fueron realizadas únicamente por medios de comunicación e internet. Esta modalidad favoreció en gran medida al actual presidente del país, quien buscaba la reelección, puesto que, al ser él quien se encontraba a cargo del plan de acción contra la propagación del COVID-19, recibió una atención mayor que el resto de los candidatos, especialmente porque las acciones tomadas fueron muy efectivas reduciendo los contagios, lo que incrementó su popularidad.

La primera vuelta de las elecciones, programada para el 28 de junio, fue a través del servicio postal. Los repartidores de cartas tuvieron que comportarse como agentes electorales. No obstante, dicha modalidad generó una serie de cuestionamientos en la población, principalmente por la desconfianza de si era o no un proceso trasparente, debido a que los ciudadanos no tenían claro cómo se debía votar y hasta qué momento lo podían hacer o cómo votarían los electores que se encontraban en el extranjero. Esta propuesta fue abandonada para la segunda ronda electoral.

Según la Comisión Electoral Nacional de Polonia (2020), el 12 de julio, en la segunda vuelta, se registraron un total de 20 636 625 votantes, de los 30 268 543 votantes registrados en ese país, lo que representa un total de 68% de asistencia. Por otra parte, se recomendaron las siguientes medidas de salubridad que fueron tomadas por el Gobierno: el uso obligatorio de mascarillas, la restricción del máximo número de personas en un determinado local y el distanciamiento social de al menos dos metros entre cada persona (Buril *et al.*, Darnolf & Aseresa, 2020)

El día de las elecciones presenciales, de acuerdo con la Organización Mundial de la Salud (en adelante, OMS), hubo un total de 11 921 infectados activos y 20 548 pacientes recuperados de esta enfermedad (s.f.).

C. Elecciones en Mali

Mali es un país de África Occidental con alta tasa de pobreza que en la actualidad tiene conflictos yihadistas[5]. Este país es uno de los epicentros del terrorismo yihadista vinculado a Al Qaeda, grupo terrorista que deja un alto número de víctimas mortales cada año. Lamentablemente, los malienses ahora no solo conviven con la constante violencia, sino, además, con el avance del coronavirus.

El domingo 29 de marzo del 2020 se celebraron las elecciones parlamentarias en primera vuelta. Al finalizar el evento, según Muñoz Pandiella, el número de asistentes solo fue de 35%. Dichas elecciones tenían como objetivo renovar 147 diputados, la mayoría de ellos leales al actual presidente Ibrahim Boubacar Keita, pero solo 22 candidatos fueron los que quedaron validados por el Tribunal Constitucional de aquel país (2020). Cabe destacar que esa elección quedó ensombrecida por el secuestro del líder opositor Soumaila Cissé, presidente de los partidos politicos La Unión por la República y la Democracia, escogido como diputado en la primera vuelta, además, de la constante amenaza de posibles actos de violencia y el miedo a una mayor propagación del COVID-19.

En abril de 2020 se celebró la segunda vuelta. Ni los constantes conflictos ni la pandemia detuvieron al actual presidente de retrasar los comicios. Hasta la fecha de los nuevos comicios, según Cué Barberena, el número de contagiados a causa del CO-

[5] Término que agrupa a las ramas más violentas y radicales dentro del Islam.

VID-19 ascendía a 216, y el número de fallecidos a 13 (2020). Además, hasta setiembre de 2020, según el mismo autor, la cifra de contagiados fue de 2 909, mientras que la de fallecidos ascendió a 128 (2020); una cifra pequeña a comparación de países como el Perú. Por otra parte, al ser un país con constantes conflictos bélicos, hay muchas actividades que se han visto restringidas y las personas prefieren quedarse en casa, no solo por el temor a la pandemia, sino también por el miedo a la constante violencia que hay en su país.

D. Elecciones en Corea del Sur

Corea del Sur fue una de las primeras democracias en realizar comicios durante la pandemia. Las elecciones legislativas sucedieron el 15 de abril de 2020, siendo electos los 300 parlamentarios de la Asamblea Nacional. De este modo, Corea del Sur es uno de los nueve países asiáticos que realizaron elecciones a pesar de la amenaza de propagacion del COVID-19, siendo la participación del electorado, según la Comisión Electoral, la más alta registrada en la historia democrática del país, contando con el 65.1% de asistencia (Espinosa Silis, 2021, p. 32).

Las campañas electorales se realizaron de forma virtual, algo nunca visto en el país. Los candidatos usaban mascarillas y en las calles no había rastro de manifestación política. Según Spinelli (2020), las medidas que se adoptaron para llevar a cabo las elecciones fueron las siguientes:

- Se estableció que las campañas electorales de cada partido fueran únicamente por redes sociales, aplicaciones móviles y materiales postales.
- Se empleó el método de votación anticipada, práctica que consiste en que los votantes puedan emitir su voto antes del día de las elecciones, ya sea presencialmente o por correo, exclusivo para pacientes con COVID-19.
- Los electores tenían que mantener una distancia prudente de al menos un metro de separación entre sí, portar desinfectante de manos y usar mascarilla obligatoriamente.
- Durante el acceso a la mesa electoral, la temperatura de las personas no debía ser mayor a 37.5 grados centígrados, tampoco presentar problemas respiratorios. Si ese era el caso, eran dirigidos a centros especiales de votación con mayor grado de protección.
- La reserva de un horario especial para las 13 000 personas que estaban en cuarentena. Ellos debían votar a las 18:00 horas local.
- Los 2 800 pacientes diagnosticados con coronavirus pudieron enviar su voto por correo postal o usando cabinas especiales.

Además de lo mencionado, Corea del sur fue uno de los pocos países que mantuvo su calendario electoral. También fue uno de los primeros en controlar el brote de COVID-19, y esto porque empezó a realizar testeos masivos para determinar el número de contagiados y, luego, procedió a realizar un seguimiento tecnológico para hallar y aislar lo más rápido posible a las personas que estuvieron en contacto con quienes dieron positivo a este virus. Hasta setiembre de 2020, según el Instituto Nacional de Estudios Demográficos de Francia (INED), el número de casos fue de 202 203, hubo 177 909 recuperados y 2 104 muertos, para un país de más de 50 millones de habitantes, ello implica lograr frenar la propagación con bastante éxito, pues hasta enero de 2022 las muertes ascendieron 6 501 (s.f.).

Muchos países democráticos que suspendieron sus comicios cumplieron posteriormente con la realización de estos. Sin embargo, el contraste respecto a cómo se desarrollaron las elecciones entre países desarrollados y los países más pobres se pudo notar en la alta tasa de contagios luego de las elecciones.

IV. ELECCIONES PERUANAS ¿FUERON SUFICIENTES LAS MEDIDAS ADOPTADAS PARA EVITAR MÁS CONTAGIOS?

En medio de una crisis política, económica y sanitaria llegaron las elecciones generales peruanas. Con el inicio de la pandemia empezaron a agudizarse muchos de los problemas que no fueron producto de ésta, sino resultado de años de abandono por parte de los gobiernos que dejaron el manejo del país al 'piloto automático'. No invirtieron en salud, educación, ni desarrollaron una correcta descentralización, por lo que muchas de las regiones, sobre todo las que no se encuentran incluidas en el canon minero, sintieron un abandono por parte de estos gobiernos. A ello, se suman los actos de corrupción descubiertos en los últimos años, dejando en una precarización y crisis institucional a todo el país.

Desde que se adoptaron las medidas dispuestas por el Ejecutivo para proteger a la población del COVID-19 en marzo de 2020, tales como cerrar las fronteras, suspender los vuelos, permanecer aislados por un tiempo, el toque de queda, solo por mencionar algunos, la tasa de contagios empezó a elevarse cada vez más, e incluso el sistema de salud llegó a colapsar puesto que no había unidades de cuidados intensivos (UCI) ni tanques de oxíge-

no. Todo ello, terminó generando en la población mayor angustia y desesperación.

De acuerdo con la Constitución, en el artículo 118.5, se establece que le corresponde al presidente del Perú convocar a elecciones para presidente de la República y para representantes al Congreso, así como para alcaldes, regidores y demás funcionarios que señala la ley (1993). Sin embargo, la realización de las elecciones parlamentarias y presidenciales de 2021 fue un tema puesto a discusión durante la pandemia, dado que ésta se encontraba en su pico más alto, por lo que las ideas de suspensión o aplazamiento de los comicios parecía adecuada. Pero ¿quién o quiénes serían los encargados de decidir su suspensión o aplazamiento? La legislación peruana no contempla un organismo que asuma la responsabilidad de dicha decisión, tampoco la legislación internacional. No obstante, la Fundación Internacional para Sistemas Electorales refirió que "es posible celebrar elecciones en medio de una crisis de salud pública, pero se necesita una planificación considerable para evitar exacerbar una situación ya grave" (Buril *et al*., 2020, p. 6).

Los tres órganos que conforman el sistema electoral peruano, que de acuerdo al artículo 177 de la Constitución (1993) son la Oficina Nacional de Procesos Electorales (en adelante, ONPE), el Jurado Nacional de Elecciones (en adelante, JNE) y el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (en adelante, RENIEC), tuvieron como objetivo evitar mayores contagios durante los comicios, por lo que incluyeron políticas de salubridad que permitieron que se lleven a cabo las elecciones. Además, se buscó lograr que los miembros de mesa puedan estar tranquilos, mediante un incentivo de vacunación.

A finales de junio de 2020, el jefe de la ONPE, Manuel Cox, expuso las medidas que se pensaban tomar para las elecciones de 2021, entre las que se encontraban:

- La implementación del uso de una aplicación llamada 'Elige tu local de votación', que permitió elegir el lugar de votación más cercano, debido a que muchas personas votaban lejos respecto al domicilio señalado en su documento de identidad.
- Diversificación de los centros de votación a parques, explanadas e incluso colegios privados, a fin de reducir la concentración y movilización de los electores.
- La implementación del uso de elementos de protección y la toma de medidas de salubridad.
- En el sorteo de miembros de mesa se excluyó a las personas más vulnerables.
- La propaganda y las campañas electorales serían digitales, de tal forma que no se divulguen noticias falsas, contenido intolerante o que incite al odio.
- Las compras de los kits electorales se pudieron realizar desde el 30 de septiembre de 2020. Estos kits estaban destinados para la recolección de firmas de adherentes para el cumplimiento de la Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos (Ley 26300, 1994).
- Se solicitó a los ciudadanos que puedan realizar sus trámites a través de una casilla electrónica, con el fin que se informen sobre las actualizaciones con mayor eficacia.
- Se postergó por cuatro meses la revocatoria de autoridades regionales y municipales, y fueron previstas para su realización el 10 de octubre de 2021 (ONPE, 2020).

Luego de la segunda vuelta electoral, se planteó modificar el procedimiento de las elecciones primarias. Se propuso que sean abiertas, permitiendo elegir a los candidatos que conforman un partido, haciendo que el proceso electoral sea más transparente[6].

Pese a esto, expertos electorales se pronunciaron acerca de las medidas que debieron ser adoptadas en el proceso electoral que concluyó el 6 de junio 2021. Así, Fernando Tuesta Soldevilla, exjefe de la

[6] Este fue uno de los ejes impulsados por el Poder Ejecutivo a cargo de Martín Vizcarra. No obstante, el considerable incremento de infectados por el COVID-19 derivó en que el Congreso de la República apruebe la Ley 31028 (2020) que declaró inaplicable las disposiciones establecidas en la Ley de Organizaciones Políticas relacionadas con las elecciones primarias para las Elecciones Generales de 2021. Esto alteró el modo de elegir a los candidatos a la presidencia, así que se plantearon dos modalidades de elección: un militante-un voto o por delegados de los partidos. La primera modalidad consistía en una propuesta para elegir candidatos por el voto efectivo de los militantes. La segunda modalidad proponía la elección de un delegado del partido para que escoja a los candidatos.

Pese a las discrepancias en el Congreso respecto a la forma de elección de los delegados de un partido político, la Comisión de Constitución y Reglamento aprobó el dictamen de la ley que establece la denominación de los candidatos de los partidos ya sea por el voto directo de los militantes o por medio de delegados. Se estableció, además, que la designación de los candidatos de los partidos políticos se dará por medio de elecciones internas con voto universal, libre,

ONPE, sugirió que dicho proceso se debía realizar en dos jornadas, ya que ocasiona que en pocas horas muchas personas se reúnan en lugares concentrados, lo que podría disparar el número de contagios. Además, propuso que no se realice una segunda ronda electoral, en caso que ningún candidato consiga al menos la mitad de los votos. Este último comentario resulta contradictorio legalmente, pues requeriría una reforma constitucional, puesto que en su artículo 111, la Constitución ordena una segunda ronda en caso que ninguno de los candidatos alcance el 50% de los votos (1993).

Si bien es cierto muchas de las recomendaciones realizadas por el representante de la ONPE de ese entonces se cumplieron, lo que no pudo ser acatado por los partidos políticos fue que debían realizar campañas virtuales o buscar métodos de difusión de su propaganda política sin tener contacto con la población. Todos los candidatos empezaron a desplazarse por distintos lugares del país (unos más que otros), generando concentraciones masivas, pese a que en esos momentos la tasa de contagios era elevada y el país se encontraba empezando una nueva ola.

Para ejemplificar, desde el 1 de marzo de 2021, cuando la contienda electoral vivía sus momentos más álgidos, el Ministerio de Salud del Perú (en adelante, MINSA) informó que los casos de contagios ascendían a 1 329 805 y las muertes llegaron a la cifra de 123 365 (2021a). Después de 15 días de las elecciones de primera vuelta (11 de abril de 2021), los casos confirmados ascendieron a 1 768 186 y las muertes a 164 433 (Ministerio de Salud del Perú [MINSA], 2021b), por lo que se puede relacionar el impacto de las campañas electorales con la cantidad de contagiados y en algunos casos de muertes.

Por otro lado, los altos índices de contagio no sólo se dieron como consecuencia de las campañas electorales, sino también, de la actitud de los ciudadanos respecto a la pandemia, pues éstos no acataban las órdenes de distanciamiento social pese a las medidas de aislamiento dictadas por el Gobierno de ese entonces[7]. A pesar de las altas cifras de contagio, los organismos electorales decidieron celebrar las elecciones de manera presencial, eliminándose la posibilidad de implementar un proceso virtual, pese a que se tenían ejemplos concretos de países que habían experimentado un proceso similar al que en ese momento se planteaba por la ONPE. En ese sentido, los autores del presente artículo consideramos que no se tomaron en cuenta los precedentes electorales en tiempos de COVID-19, ni los casos de éxito, tampoco aquellos con resultados funestos.

A. Primera vuelta: la campaña y el proceso electoral

El 2021 empezó con gran expectativa respecto a las elecciones presidenciales y parlamentarias, pues se vivió un ambiente altamente competitivo entre la mayoría de los candidatos. Fueron 20 los contendientes en la primera vuelta electoral[8]. Si bien se esperaba que las campañas tuvieran limitaciones respecto a los desplazamientos masivos, se respete el distanciamiento social, y que las redes sociales sean las protagonistas, la presencialidad fue la norma. Los mítines y campañas políticas en diferentes regiones y provincias del país para muchos candidatos se hicieron de forma presencial, movilizando a una gran cantidad de personas por diferentes distritos e, incluso, departamentos.

Esta conducta descuidada tuvo un impacto significativo en la cifra de contagios, más aún porque se estaba llegando muy rápidamente al pico de la segunda ola en nuestro país. Por su parte, la pandemia del COVID-19 estaba dejando hasta ese momento más de 4 000 000 de muertes alrededor del

voluntario, igual, directo y secreto de los afiliados; de igual modo se hizo con la elección de los delegados (Dictamen en mayoría recaído en los proyectos de ley 2903/2017-CR, 3880/2018-CR, 405712018-CR, 4473/2018-CR, 5027/2020-CR, 5031/2020-CR, 5078/2020-CR, 5079/2020-CR, 5080/2020-CR, 5212/2020-CR, 5285/2020-CR, 5305/2020-CR, 5367/2020-CR, 5516/2020-CR y 5765/2020- CR, que establecen normas transitorias en la legislación electoral en el marco de la emergencia nacional sanitaria ocasionada por la COVID-19, 2020).

7 Muchas personas contagiadas, sobre todo de las clases económicas más bajas (considerados como pobres y de pobreza extrema) no podían cumplir con las disposiciones del Ejecutivo respecto al mandato de aislamiento social obligatorio, pues su precarización laboral los llevaba a buscar sortear la pandemia. Incluso, muchos tenían que seguir trabajando de manera informal durante los picos más altos de contagios. Podría decirse que, para ellos, era 'morir de hambre o con COVID'.

8 Los candidatos para presidente en la primera vuelta electoral fueron los siguientes: (i) Acción Popular, Yonhy Lescano; (ii) Victoria Nacional, George Forsyth; (iii) Unión por el Perú, José Vega; (iv) Todos por el Perú, Fernando Cillóniz; v) Renovación Popular, Rafael López Aliaga; (vi) RUNA, Ciro Gálvez; (vii) Podemos Perú, Daniel Urresti; (viii) Perú Patria Segura, Rafael Santos; (ix) Perú Libre, Pedro Castillo; (x) Partido Somos Perú, Daniel Salaverry; (xi) Partido Popular Cristiano, Alberto Beingolea; (xii) Partido Nacionalista, Ollanta Humala; (xiii) Partido Morado, Julio Guzmán; (xiv) Partido Aprista Peruano, Nidia Vílchez; (xv) Juntos por el Perú, Verónika Mendoza; (xvi) Fuerza Popular, Keiko Fujimori; (xvii) Frente Amplio, Marco Arana; (xviii) Democracia Directa, Andrés Alcántara; (xix) Avanza País, Hernando de Soto; y (xx) Alianza para el Progreso, César Acuña.

mundo y casi 187 000 solo en Perú. Bajo estas circunstancias, se esperaba que las elecciones tuvieran un cambio radical, tal como lo había realizado con éxito Corea del Sur. No obstante, esto no fue posible, porque primó la irresponsabilidad.

Durante las primeras semanas de enero de 2021, los diferentes partidos informaban, mediante comunicados y redes sociales, que suspendían temporalmente sus actividades proselitistas debido al rebrote de contagios por el COVID-19. Además, el Gobierno Central recomendó que se eviten las aglomeraciones. Por su parte, el JNE, en su labor educadora, organizó un seminario sobre cómo realizar campañas electorales en tiempos de pandemia tomando las experiencias de países como Chile, Bolivia, Ecuador y Estados Unidos.

Pese a todas las advertencias y amenazas de sanción por incumplimientos a las reglas de distanciamiento social o la falta de algún medio de protección tales como mascarillas, caretas, alcohol, entre otros, la desobediencia fue el factor preponderante. En consecuencia, el Gobierno no pudo sancionar o controlar los mítines que se realizaron en meses posteriores. La seguridad y la salud de los adeptos a algún partido quedaron bajo la responsabilidad de los propios partidos y en la 'conciencia' de las personas. No obstante, ningún partido mostró un mayor interés por cumplir las disposiciones de salubridad establecidas.

Así las cosas, la fecha de las elecciones quedó programada para el día 11 de abril de 2021, las mesas de sufragio se iban a abrir desde las 07:00 horas y se cerrarían a las 19:00 horas. El titular del MINSA en una conferencia de prensa manifestó lo siguiente:

> Creo que es bien importante y solicitamos sugerir a la población que vaya en el horario establecido. Para que en las 12 horas que van a funcionar las mesas electorales puedan las personas circulares adecuadamente evitando la congestión y por lo tanto garantizando el distanciamiento social y, sobre todo, sin que haya aglomeración que genera transmisión del virus (Gestión, 2021a).

El organismo electoral y el MINSA se preocuparon en que los comicios estén libres de altercados o contratiempos que puedan oscurecer dicho acto electoral, por lo que, para lograr la asistencia, en un principio se prometió a los miembros de mesa que ellos, al igual que las personas de la tercera edad, recibirían la vacuna antes de cumplir su deber electoral; sin embargo, esto no sucedió, y solo recibieron una compensación de 120 soles por permanecer en mesa desde las 07:00 horas hasta las 19:00 horas.

Lamentablemente, hubo un gran ausentismo por parte de los miembros de mesa, muchos de ellos no llegaron a la hora indicada o incluso no se presentaron. El problema mayor tenía que ver con el reemplazo, ya que ni siquiera los suplentes de algunas mesas llegaron. La dilación para suplirlos estuvo relacionada con el error de señalar la primera hora de sufragio a los votantes de la tercera edad[9], quienes son personas altamente vulnerables frente al COVID-19. Asimismo, la Defensoría del Pueblo en su Informe Especial 006-2021-DP, señaló que:

> Las organizaciones del sistema electoral, aprendiendo de experiencias electorales de otros países, emitieron protocolos sanitarios, ampliaron el horario de votación, incrementaron los locales de sufragio, instalaron mesas en lugares descampados, previeron elementos de bioseguridad e hicieron una campaña para que se respete el distanciamiento físico, entre otras medidas. Muy necesarias, sin duda, pero no todo fue atinado, ni todo cumplido (2021, p. 4).

Luego de la publicación del horario escalonado para el sufragio, la Defensoría del Pueblo afirmó que no era conveniente que las personas más vulnerables (de la tercera edad) sean los primeros en sufragar, ya que en ese horario aún se estarían habilitando las mesas, por lo que, en caso un miembro o los miembros de mesa se ausentaran, iba a generar mayor dilación en el proceso y, por ende, un mayor perjuicio[10].

De este modo, sobre la base de las recomendaciones realizadas a través del Informe Especial

[9] Al respecto:

> Se precisó, igualmente, que la votación sería escalonada, con horarios diferenciados. Si bien la ONPE [Oficina Nacional de Procesos Electorales] señaló que no era obligatorio respetarlo, se esperaba que la población lo tomara en cuenta. De esta manera se estableció que, si eres un adulto mayor, mujer embarazada o persona con discapacidad o de riesgo, ve preferentemente de 7:00 am. a 9:00 am. Si no perteneces a un grupo 24 de riesgo, se votaría según el último dígito de tu DNI, dentro de un horario diferenciado, aunque no obligatorio, de modo que nadie se quedara sin votar pese a no haber ido en el horario sugerido. Acerca del horario preferencial de las 7 a las 9 am. (Defensoría del Pueblo, 2021, pp. 23-24).

[10] Según la Ley 26859, Ley Orgánica de Elecciones, el cargo de miembro de mesa es irrenunciable, sin embargo, se puede realizar alguna excusa o razón que exima de responsabilidad por no asistir el día de las elecciones (1997).

006-2021-DP, la ONPE señaló dos situaciones para asegurarse un proceso sin altercados. La primera, consistió en tramitar las excusas o exoneraciones a miembros de mesa, y con la Resolución Jefatural 000090-2021-JN/ONPE, se extendió el plazo hasta el sábado 10 de abril (un día antes de la fecha electoral). Supuestamente, con ello la ONPE se aseguraba la asistencia de los miembros de mesa. La segunda situación inició con un llamado a los miembros de mesa voluntarios, por lo que se realizó la campaña '¡Este 11 de abril, todos podemos ser miembros de mesa!', y se convocaron a suplentes que no estaban sorteados de manera obligatoria.

La fecha programada llegó con algunos altibajos, pues algunas mesas no se lograron instalar, algunos adultos mayores asumieron el reto de ser miembros de mesa a falta de los convocados y se continuó haciendo un llamado a los voluntarios a través de los medios de comunicación para reemplazar a los ausentes; todo esto en el marco de la Ley 26859, Ley Orgánica de Elecciones, la cual establece que los miembros de mesa designados pueden ser reemplazados por electores de su respectiva mesa que se encuentren presentes (art. 250) Asimismo, muchos de los candidatos al momento de sufragar generaban desorden, pues iban con un grupo de adeptos como acompañantes, generando mayores aglomeraciones. De acuerdo con la ONPE:

> Se logró instalar el 99.96 % de mesas de sufragio a nivel nacional antes de las 12 m [*sic.*]. Se reportó que se abrieron 83 011 mesas de sufragio, de un total de 83 048. Asimismo, las primeras mesas en abrir se encontraron en las regiones de Cajamarca y Cusco, donde a las 4:30 a.m., como hora promedio, algunos distritos ya tenían la mayoría de las mesas instaladas[11] (Defensoría del Pueblo, 2021, p. 41).

Los lugares que generaron mayor demora en la instalación de mesas en Lima Metropolitana se dieron en los distritos de San Isidro, Miraflores, San Borja y Santiago de Surco. En esta línea, la Defensoría del Pueblo advirtió que:

> [...] estos han sido los comicios en los que se ha registrado mayor ausentismo de votantes de los últimos 20 años. Al cierre de este informe (6 de mayo de 2021), con el 100 % de Actas Procesadas y 100 % de Actas Contabilizadas, la ONPE señala que la participación ciudadana en los comicios fue del 70.048%, equivalente a 17 millones 713 mil 716 electores. Es decir, el 29.952 %, no asistió a votar, lo que hace un total de 7,574,238 electores. Así, en comparación con elecciones pasadas se registró mayor porcentaje de ausentismo. Por ejemplo, en el 2016 la cifra registrada fue de 18.2%; mientras que, en el 2011, fue de 16.3%; y en el 2006, fue de 11.29 % (2021, p. 41).

En este sentido, la primera vuelta mostró un alto ausentismo en Lima, sobre todo en distritos considerados de clase media y alta. Para ellos, hacer frente al pago de la multa por el proceso electoral no significaba un mayor perjuicio económico. Además, se evidenció que valoraron como mayor derecho el de la salud con respecto a su derecho político de sufragio. Empero, eso no fue posible para personas de bajo recursos, quienes ya venían sufriendo por la falta de trabajo, incluso con familiares que requerían cuidados, por lo que su asistencia debía ser obligatoria, no necesariamente para resguardar su derecho al sufragio, sino por el costo de la multa si no lo hacían.

Lo dicho nos invita a preguntarnos ¿Cuántos de los que asistieron a las urnas en realidad lo hicieron convencidos que cumplían con su deber y derecho? ¿El proceso electoral hubiese tenido el mismo resultado si se hubiese suspendido la multa por no votar? Es importante la reflexión con el fin de mejorar nuestros procesos electorales, más si la vida o la salud de una persona está en juego. Asimismo, ¿acaso no es el momento para que los organismos electorales realicen elecciones virtuales? Ya hubo experiencias al respecto en el Perú, ahora es conveniente masificar estos medios.

El día 11 de abril de 2021[12], la tasa de contagios llegó a un punto límite que generó repercusiones los días posteriores. Luego de 15 días de la primera contienda electoral (26 de abril) se sufrió un ascenso en la curva de contagios. Fueron 1 768 186 casos y 163 970 muertes (MINSA, 2021c). Aunque se tenía la esperanza de una reducción en las próximas fechas, la curva no avizoró señales de descenso. Sin embargo, la situación sanitaria mostró visos de tranquilidad en la población, pues el MINSA había empezado con el proceso de vacunación a las personas más vulnerables: las de la tercera edad. La respuesta de la población no se hizo esperar y las personas programadas cumplieron con acatar dicho proceso, por lo que se podía augurar un mejor control de la situación en los próximos días y, de esa forma, estar mejor preparados para para la segunda vuelta que se iba a llevar a cabo el día 6 de junio de 2021.

[11] Véase a Oficina Nacional de Procesos Electorales [ONPE] (2021a).

[12] Al 11 de abril del 2021, se tenían 1 653 320 casos de contagio y 152 789 muertes (MINSA, 2021b).

B. Segunda vuelta: la campaña y el proceso electoral

El 18 de mayo de 2021, el Perú vivió uno de los picos más altos de su historia en pandemia, pues se tenía como casos de contagio un total de 20 599 y 962 muertes por día (MINSA, 2021d). Luego de esa fecha, tanto la tasa de contagios como las muertes diarias empezaron su descenso; la razón fue que la vacuna ya estaba haciendo efecto en la ciudadanía más vulnerable.

Luego de los resultados de la primera vuelta, y con el 100% de los votos procesados, Pedro Castillo[13] (19.099%) y Keiko Fujimori[14] (13.368%) quedaron en primer y segundo lugar respectivamente (Gestión, 2021b). Ambos candidatos pertenecientes a ideologías opuestas y radicales, y con escasa legitimidad, decidieron continuar sus campañas para la nueva ronda electoral sin las medidas de seguridad, pese a todas las medidas dadas por el Gobierno Central y los organismos electorales, que continuaban advirtiendo de una posible tercera ola. Sin embargo, gracias al trabajo de médicos, enfermeras y del personal de salud en general, la curva de contagios comenzó a descender y generó una mirada más optimista al 6 de junio de 2021, día de celebración de la segunda vuelta.

Por otra parte, las recomendaciones de la ONPE para la realización de la segunda vuelta debían ser tomadas en cuenta por todos los electores. Estas fueron las siguientes:

> [S]e sufragará en la misma mesa y el mismo local asignados en la primera vuelta y también se mantendrá el horario de votación, de 7 a. m. a 7 p. m., establecido en la Ley 31038 […]. Los adultos mayores y otras personas vulnerables voten entre 2 y 4 de la tarde para garantizar que permanezcan en el local de votación el menor tiempo posible. Al resto de ciudadanos se les sugirió sufragar de manera escalonada, de acuerdo al último dígito de su Documento Nacional de Identidad (DNI). En la primera franja horaria, de 7 a.m. a 8 a. m., votarían quienes tienen un DNI terminado en 1 y así sucesivamente hasta las 7 de la noche (ONPE, 2021b).

Además de lo mencionado, es importante notar que, en la campaña hacia la segunda vuelta, jugaron un rol importante las redes sociales, pues el acceso a más información y noticias falsas tuvieron un alto protagonismo. Asimismo, las campañas sucias no se hicieron esperar; incluso los medios de comunicación, supuestamente independientes, tomaron bandos y, a través de los medios hablados y escritos, empezaron a realizar actos de difamación hacia los candidatos contrarios a su preferencia.

Volviendo a las campañas, ambos candidatos estaban totalmente comprometidos con la realización de estas de manera netamente presencial, e incluso de mayor magnitud que las campañas de primera vuelta. Por lo tanto, no eran de extrañar los enormes desplazamientos de personas de diferentes partes a sitios convocados por el partido al que eran afines. No debemos perder de vista que las campañas electorales presenciales contribuyeron en generar altas tasas de contagio, más aún si tenemos en cuenta que algunos candidatos despotricaban respecto a las medidas de bioseguridad o incluso mostraban un fuerte rechazo hacia la vacuna, fomentando un mayor descuido en sus seguidores, pues muchos de ellos también se rehusaban a acatar las reglas dispuestas por el MINSA, exponiendo no solo su vida, sino la salud de la sociedad en general.

Para ese entonces, las campañas de vacunación empezaron a tomar mayor velocidad. No obstante, las nuevas cepas, como la variante delta, empezaron a entrar en nuestro país, por lo que es preciso mencionar que el primer caso detectado con la variante Delta se dio en Lima y se trató de una mujer de 27 años en Santa Luzmila, en el distrito de Comas. El director ejecutivo del Instituto Nacional de Salud dijo que:

> De los 15 casos de covid-19 con la variante delta registrados hasta el momento (12 en Lima y 3 en Arequipa), ninguno requirió hospitalización, incluso cuando se trató de personas que tenían algún factor de riesgo o comorbilidad. Además, explicó que la variante [d]elta presenta una mayor capacidad de transmisión y

[13] Sobre el candidato Pedro Castillo:

> Es un profesor, dirigente de una de las facciones del Sindicato de profesores de la educación pública (Conare-Sutep) y también dirigente de las rondas campesinas, organización popular que, en zonas rurales de la sierra norte del país, brinda seguridad ciudadana e imparte justicia comunal ante la ausencia o escasa presencia del Estado. Sin duda, las rondas campesinas gozan de gran legitimidad ciudadana […] (Lovatón Palacios, 2021).

Asimismo, integra el partido creado por Vladimir Cerrón, actualmente investigado por delito de corrupción con base a actos supuestamente realizados en la región de Junín.

[14] Sobre la candidata Keiko Fujimori, es la tercera vez que postula a la presidencia de la República. En las elecciones de 2016 tuvo una amplia mayoría en el Congreso que no supo manejar adecuadamente. Está siendo investigada por financiamiento ilícito a sus campañas electorales. Ha estado en prisión preventiva por varios meses y tiene un pedido de prisión por 30 años por diferentes delitos por los que se le acusa.

> contagio, lo cual genera a la vez más hospitalizaciones y muertes si no se vacunan ni acatan las medidas sanitarias. Por ello, recomendó continuar con las medidas de protección contra el COVID-19 (Andina, 2021).

Llegado el día de la segunda vuelta (06 de junio de 2021), se vio una mejoría en la logística. Se observó la presencia de miembros de mesa, asistencia del personal policial, mesas de sufragio completamente instaladas, mayor asistencia de la población que acudió a votar y la participación de trabajadores de la ONPE. Esto sumado a una jornada de vacunación sumamente exitosa generaron confianza en la población que iba a sufragar. Ese día se pudo evidenciar pequeños picos de repunte en los contagios; sin embargo, la curva siguió en descenso y quince días después de las elecciones (21 de junio) se tenían 3 882 casos confirmados y 443 muertes por día (MINSA, 2021e), mostrándose así una enorme diferencia respecto a los casos y muertes con relación a la primera vuelta. Incluso meses después los contagios y las muertes descendieron a su mínima expresión, pues hasta el 3 de agosto de 2021, los casos de contagio ascienden a 2 207 y las muertes llegan a 80 por día (MINSA, 2021f).

Es preciso señalar que la vacunación ha jugado un papel relevante en estas elecciones, puesto que sin ella se habría presentado un alto porcentaje de muertes por día. Por otro lado, dicha situación en la cual la salud pende de un hilo nos invita a reflexionar respecto a lo siguiente. ¿Fue realmente necesario realizar un proceso electoral presencial? ¿Qué hubiese pasado si se suspendían las elecciones hasta que todos los mayores de 18 años estuvieran vacunados? ¿Debió habérsele dado más tiempo a los organismos electorales para preparar elecciones virtuales? Y con respecto al porcentaje de asistencia a la primera vuelta, ¿con las elecciones virtuales se hubiese tenido la misma cantidad de asistencia? En el siguiente apartado, se espera que estas preguntas puedan tener una respuesta o, tal vez, nos generen mayores interrogantes.

En síntesis, para los organismos electorales, realizar las elecciones en tiempos de pandemia fue un reto que implicaba evitar los contagios, esto es, proteger el derecho fundamental a la salud. De la misma forma, también se cumplió con resguardar el derecho político de todos. Es preciso señalar que las elecciones durante la pandemia del COVID-19 fueron una experiencia *sui generis* para cada Estado que trajo consigo nuevos aprendizajes y lecciones. Ahora bien, se espera que en futuras oportunidades contemos con el voto electrónico.

V. EL VOTO ELECTRÓNICO: CASO PERUANO

A pesar de la crisis sanitaria a nivel mundial, los comicios no se detuvieron, sino, por el contrario, sirvieron como escenario para la discusión y fortalecimiento de los derechos humanos como elementos centrales para vigorizar al Estado de Derecho y el régimen democrático. Las reflexiones giraban en torno a ¿cómo se debían organizar y celebrar las elecciones dentro del contexto de la pandemia por el COVID-19? y a la vez ¿cómo se debía proteger la salud de los ciudadanos sin afectar el ejercicio del derecho al voto? Muchos países buscaron dar respuestas a estas interrogantes. Como lo explicó De Icaza, "[l]os resultados han sido variopintos, en algunos países, la abstención fue evidente, en otros la participación se mantuvo, en algunos los contagios incrementaron exponencialmente, en otros no" (citado en Delgado Valery, 2021, p. 85).

Tal vez lo ideal para resguardar la salud de la población debía ser implementar el voto electrónico no presencial. Sin embargo, ello generaría las siguientes preguntas. ¿Cuántas personas tienen acceso a internet? ¿Cuántos ciudadanos cuentan con una computadora o celular para ejercer su derecho político? ¿Cuántas personas son alfabetos tecnológicos? Es cierto que el rápido avance de la tecnología sugiere un nuevo sistema para llevar a cabo las elecciones, pero ¿desde cuándo se viene trabajando con esta tecnología en Perú? Para responder dichas preguntas se revisó el informe técnico del Instituto Nacional de Estadística e Informática (en adelante, INEI) denominado: Estadísticas de la tecnología de la información y comunicación en los hogares, trimestre enero, febrero, marzo de 2021.

De acuerdo con el INEI (ver Figura 2), en el primer trimestre del año 2021, en Lima Metropolitana, 50.2% de los hogares disponen por lo menos de una computadora y el 63.3% cuentan con servicio de internet. En el resto urbano, el 40.5% usa internet y el 38.1% tiene computadora. En el área rural, el 7.2% tiene computadora y el 5.9% usa internet. En comparación con el trimestre anterior, el servicio de Internet a nivel nacional se incrementó en 7.0 puntos porcentuales en promedio (2021, p. 5).

La Figura 3 muestra que, en Lima Metropolitana, el acceso a internet a través de los teléfonos de la población mayor a seis años en el primer trimestre de 2021 fue de 88.7% y en el resto urbano 87.8%. La población rural usa internet a través de un celular (celular con y sin plan de datos) en 91.3%, siendo esta incluso mayor que las dos áreas anteriores. En comparación con el trimestre anterior, se aprecia un incremento en todos los ámbitos (INEI, 2021, p. 13).

Figura 2: Perú: Hogares con acceso a computadora e internet, según área de residencia

Área de residencia	Ene-Feb-Mar 2020 P/		Ene-Feb-Mar 2021 P/		Variación absoluta (Puntos porcentuales)	
	Computadora	Internet	Computadora	Internet	Computadora	Internet
Total	**35,6**	**40,1**	**34,4**	**47,1**	**-1,2**	**7,0*** **
Lima Metropolitana 1/	52,9	62,9	50,2	63,3	-2.7	0,4
Resto urbano 2/	38,3	40,5	38,1	52,5	-0,2	12,0***
Área rural	7,5	5,9	7,2	13,2	-0,3	7,3***

1/ Existe diferencia significativa, con un nivel de confianza del 90%.
2/ La diferencia es altamente significativa, con un nivel de confianza del 95%.
*** La diferencia es muy altamente significativa, con un nivel de confianza del 99%.

Fuente: INEI (2021, p. 5)

Figura 3: Perú: Población de 6 años y más de edad que hace uso del servicio de internet a través del teléfono celular, según área de residencia

Área de residencia	Ene-Feb-Mar 2020 P/	Ene-Feb-Mar 2021 P/	Variación (Puntos porcentuales)
Total	**87,9**	**88,5**	**0,6**
Lima Metropolitana 1/	88,0	88,7	0,7
Resto urbano 2/	87,3	87,8	0,5
Área rural	90,3	91,3	1,0

Nota: Se incluye celular sin plan de datos o celular con plan de datos.
1/ Lima Metropolitana incluye la Provincia Constitucional del Callao.
2/ No incluye Lima Metropolitana.
P/ Preliminar

Fuente: INEI (2021, p. 13)

Figura 4: Perú: Población de 6 años y más que hace uso de Internet, según nivel educativo

Nivel educativo	Ene-Feb-Mar 2020 P/	Ene-Feb-Mar 2021 P/	Variación (Puntos porcentuales)
Total	**60,3**	**66,8**	**6,5 *** **
Primaria 1/	25,0	35,7	10,7 ***
Secundaria	64,8	74,1	9,3 ***
Superior no universitaria	87,0	90,9	3,9 ***
Superior universitaria	94,7	95,5	0,8

* Existe diferencia significativa, con un nivel de confianza del 90%.
** La diferencia es altamente significativa, con un nivel de confianza del 95%.
** La diferencia es muy altamente significativa, con un nivel de confianza del 99%.
1/ Incluye sin nivel, inicial y educación básica especial.
P/ Preliminar

Fuente: INEI (2021, p. 10)

En la Figura 4 se señala que el acceso al internet no es el mismo en los diferentes niveles de educación, pues en una evaluación del primer trimestre del 2021 se obtuvieron los siguientes resultados: la población con educación primaria es la que usa menos este recuso y son un 35.7%; los que cuentan con educación secundaria 74.1%; la población superior no universitaria llega a 90.9% y la universitaria llega a 95.5%. Esto demuestra que la población que cuenta con un mayor nivel educativo puede acceder más fácilmente a este recurso. Asimismo, el uso del internet aumentó en promedio 6.5% en todos los niveles (INEI, 2021, p. 11).

En la Figura 5 se muestran las poblaciones etarias que frecuentan el teléfono e internet en el primer trimestre de 2021. La población que accede más al internet a través del móvil se encuentra en edades de 41 a 59 años y son el 96.8%. El segundo lugar en acceso es la población entre 25 a 40 años, siendo 96.7%. En tercer lugar, la población con 19 a 24 años son el 93.4%. En cuarto lugar, los ciudadanos de 60 a más años son el 93.2%, siendo, además, el grupo que aumentó su consumo en 4.2%. En quinto lugar, los adolescentes de 12 a 18 años, siendo el 78.7%, además que este grupo redujo su consumo en 6.5% respecto al trimestre anterior. Por último, están los niños entre 6 a 11 años, siendo el 51.4% (INEI, 2021, p. 14).

De acuerdo con los resultados de las encuestas del INEI (2021), el uso de telefonía móvil con acceso internet es incluso mayor en el área rural que en Lima o el resto urbano; 91.3% contra 88.7% y

Figura 5. Perú: Población de 6 años y más de edad que hace uso del servicio de Internet a través del teléfono celular, según grupos de edad

Grupos de edad	Ene-Feb-Mar 2020 P/	Ene-Feb-Mar 2021 P/	Variación (Puntos porcentuales)
Total	**87,9**	**88,5**	**0,6**
6 a 11 años	57,9	51,4	-6,5 **
12 a 18 años	76,4	78,7	2,3 *
19 a 24 años	92,4	93,4	1,0
25 a 40 años	94,5	96,7	2,2 *
41 a 59 años	93,7	96,8	3,1 *
60 y más	89,0	93,2	4,2 **

Nota: Se incluye celular sin plan de datos o celular con plan de datos.
* Existe diferencia significativa, con un nivel de confianza del 90%.
** La diferencia es altamente significativa, con un nivel de confianza del 95%.
*** La diferencia es muy altamente significativa, con un nivel de confianza del 99%.
P/ Preliminar

Fuente: INEI (2021, p. 14)

87.8% respectivamente, por lo que se evidencia un crecimiento del uso de esta tecnología en comparación con años anteriores. Sin embargo, también se puede apreciar que las brechas respecto al alfabetismo tecnológico son mayores entre quienes solo tienen educación primaria o menor y la educación superior universitaria, 35.7% y 95.5% respectivamente, lo que evidenciaría que no solo se tiene que combatir el analfabetismo, sino que a este se le agregaría otro analfabetismo que es el de las Nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación (en adelante, NTIC), aunque hay una esperanza respecto a que el acceso a estas tecnologías va en aumento (10.7% puntos en comparación al semestre del año anterior).

En la misma línea, se observa que la población votante, en promedio, accede a la tecnología en más del 90% y es una señal positiva; incluso las personas mayores de 60 años se encuentran dentro de esta alentadora cifra. Consideramos que el Estado no debe descuidar su rol de garante de la educación básica y, también, debe promover el uso de tecnologías de la información, sobre todo para que la población de menos recursos se encuentre conectada y puedan ejercer sus derechos políticos, más aún si muchas personas mayores de edad ven las tecnologías como necesarias para la vida diaria.

Habiendo abordado los puntos anteriores, debe mencionarse que el uso del voto electrónico viene siendo implementado en diversos países. Al respecto, Reniu, en su investigación titulada Ocho dudas razonables sobre la necesidad del voto electrónico (2008) expone los malentendidos comúnmente percibidos por las personas en cuanto a este tipo de voto. Así, presenta que:

a) "El voto electrónico es solo por Internet" (2008, p. 33). El autor afirma que se cree que el voto electrónico está ligado únicamente a la utilización de internet, esto debido a que se relaciona inmediatamente con la noción de informática o sistemas, por lo que se critica la gran brecha digital y se dice que solo las personas con acceso a la red podrán emplearlo, es decir, personas con niveles socioeconómicos y culturales por encima del promedio. Esta afirmación podría considerarse válida, pero el error radica en que el voto electrónico, aparte de desarrollarse como una solución remota, también ha tenido un desarrollo local por medio de urnas electrónicas (o *Direct-Recording Electronic Voting Machine* en terminología anglosajona), además de poder incluirse las tecnologías de reconocimiento óptico de caracteres.

b) "El voto electrónico es solo para entornos no controlados" (2008, p. 34). Se piensa que la ausencia de controles y garantías jurídicas al momento de emitir el voto permite la posibilidad de sufrir coacción al ejercer este derecho. La práctica habitual es realizar el voto electrónico en entornos controlados, colegios electorales donde se ubiquen urnas electrónicas o máquinas de votación; sin embargo, lo interesante de esto radica en el mantenimiento de idénticos o similares procedimientos de identificación y registro del votante.

c) "El voto electrónico es solo para elecciones políticas" (2008, p. 34). En la práctica, tiende a relacionarse al voto electrónico con el aspecto político. No obstante, su alcance va más allá, pues no se limita a actividades de carácter público, sino, además, ha destacado en el sector privado en eventos tales como: procesos electorales realizados en instituciones universitarias, asociaciones de estudiantes, asociaciones profesionales, partidos

políticos, entre otros. Se poseen espacios ideales para optimizar y facilitar la participación electoral, y si a ello le agregamos el uso de herramientas tecnológicas para la realización de consultas ciudadanas, lograremos progresar en el desarrollo de prácticas democráticas en campos diferentes de los procesos electorales institucionales.

d) "El voto electrónico es solo para países ricos" (2008, p. 35). Puede pensarse que solo las sociedades más desarrolladas pueden aplicar a sus procesos el voto electrónico, ya que cuentan con dinero suficiente para hacerlo, como es el caso de la Unión Europea y gran parte de los condados de Estados Unidos de América. Sin embargo, repasando la distribución geográfica, países como Argentina, México, Brasil, Nueva Zelanda, Australia, Singapur, España, Estonia o Kazajstán, también han logrado implementar la votación electrónica, y eso por mencionar algunos. Entonces, con esta variedad geográfica, queda claro que el uso de nuevas tecnologías va más allá del potencial socioeconómico de un país.

Por estos motivos, el empleo del voto electrónico en el Perú puede ser posible pues hay un avance positivo en cuanto a la reducción de brechas en el uso de tecnología, como los celulares, los cuales, además, cuentan con acceso a internet. Por lo tanto, le corresponde al Estado realizar políticas públicas de gobierno electrónico que incidan en la reducción de brechas tecnológicas, pues cada vez la población es más consciente que necesita estar conectada con el mundo, generando mayores incentivos que inviten a ejercer los derechos políticos, incluso desde su celular.

A. ¿Qué es el voto electrónico? ¿Qué motiva su implementación?

Tuesta Soldevilla define el voto electrónico como:

> Aquel que se realiza por medio de algún dispositivo electrónico en forma automática en una urna electrónica, ordenadores o aparatos móviles. En aquel dispositivo se presentan todas las opciones en competencia (partidos políticos o candidatos) y permite una selección inmediata de los aspirantes. De igual manera, el conteo de votos es inmediato lo que facilita que la entrega de resultados sea en corto tiempo (2004, p. 57).

Por su parte, Barrientos del Monte lo define como un:

> [S]istema de (nuevas) tecnologías aplicado total o parcialmente al proceso electoral, así como al resguardo y el escrutinio parcial y total de los votos en una elección, ya sea de carácter local, regional o nacional bajo la gestión de la administración electoral (2007, p. 113).

Los conceptos e ideas en torno al voto electrónico varían e, incluso, se puede acotar que "es un instrumento para ejercer un derecho (el voto) durante un proceso electoral, gestionado por un organismo electoral" (Barrientos del Monte, 2007, p. 113).

Dicho esto, el *e-vote* o voto vía internet se refiere al voto por una modalidad remota desde cualquier dispositivo que disponga de conexión a internet. Barrientos del Monte afirma que el *e-vote* tiene:

> [U]n grado de complejidad mayor que la urna electrónica, aunque en el futuro su acceso podría abarcar a universos amplios de los electores dependiendo de las estrategias de implementación. La lógica de ese sistema es que a través de un portal diseñado específicamente para una elección -o varias a la vez- los ciudadanos puedan votar previamente registrando sus datos en una base electoral para tal fin, una vez en la red, el ciudadano se identifica con su clave, entra en el sistema, valora las opciones, aunque la mayoría de los ciudadanos al momento de votar en cualquier tipo de elección prácticamente ha decidido su voto previamente y vota (2007, p. 114).

Para Reniu, las experiencias relativas al voto electrónico "pueden agruparse bajo cuatro grandes motivaciones vinculadas con el desarrollo tecnológico, la profundización en los mecanismos de democracia participativa, la búsqueda de mayor legitimación democrática y, finalmente, la complejidad del proceso electoral" (2008, p. 35). Respecto a la primera, países con un alto desarrollo tecnológico, como Japón o Suecia, han iniciado el desarrollo de aplicaciones relativas al voto electrónico, aunque aún no las incorporan a sus sistemas electorales (2008, p. 35). Sobre la segunda, Suiza, país con una cultura política democrática consolidada, presenta altos índices de voto postal, además del voto electrónico remoto para el ejercicio de la democracia participativa (2008, p. 35). El tercer motivador se vincula a la "adopción de las NTIC con los procesos de legitimación democrática del sistema político" (2008, p. 35). Países como India y Venezuela, que han migrado al voto electrónico, no son conocidas por mantener una participación democrática sólida, "en el caso de la India la estratificación social basada en el sistema de castas hace realmente difícil su clasificación dentro de los estándares democráticos habituales" (2008, p. 36). Venezuela, por su parte, ha migrado de manera total al voto electrónico e incorporó elementos tecnológicos adicionales

para reforzar la integridad y calidad democrática de sus elecciones (2008, p. 36).

Frente a la cuarta motivación, la razón de mayor importancia para justificar el voto electrónico, según Reniu es la complejidad de los comicios. En este sentido, los países cuyos sistemas electorales presentan diferentes grados de complejidad procedimental, relativos a la expresión del voto y el tamaño del proceso electoral, arguyen la necesidad de simplificar el proceso (Reniu, 2008).

Para el caso de voto electrónico no presencial (remoto), se tienen escasas experiencias. Estonia debatió entre 2001 y 2002 su implementación. En 2005 fue su primera elección y en 2007 se usó el sistema electrónico para las elecciones parlamentarias. Al año siguiente, se aprobó una ley que instauró el voto móvil; el voto fue a través de teléfonos celulares. En los comicios de 2011 lo probaron y solo el 9% de la población utilizó este sistema (Rial, 2012, p. 81).

Otros dos casos que advirtieron las deficiencias del voto electrónico sucedieron, primero, en California, en 2004, cuando, después de las elecciones primarias del partido Demócrata, se desacreditó como proveedor al fabricante de las máquinas de votación, debido a que se descubrió que los programas que se utilizaron fueron alterados. Un segundo caso fue en 2006, en el que, poco antes de la fecha establecida para los comicios de Holanda, un grupo de activistas autoproclamados "no confiamos en las máquinas de votación" [traducción libre][15] expusieron durante un programa de televisión la endeble seguridad de las máquinas, las cuales cedían a alteraciones en el chip de registro de los votos. Al dejar expuesto tal hecho, la situación se tornó tan crítica que en el 2008 Holanda volvió a realizar elecciones con voto en papel (Caporusso, 2010).

A continuación se presentarán las ventajas y desventajas que suponen el uso del voto electrónico. Por nuestra parte, consideramos que existen mayores ventajas en su uso, ello sumado a que más del 85% de la población en general y más del 90% en zonas rurales pueden hacer uso de telefonía con acceso a internet (INEI, 2021), lo que sugiere que el Perú se encuentra a un paso de cerrar brechas digitales. Así, se presentan las siguientes ventajas:

- Ayuda a acelerar el proceso electoral, ofrece información confiable y rápida en cuanto a la recepción y cálculo de resultados.
- Los ciudadanos tienen la facilidad de poder ejercer su voto en cualquier lugar del país y por ello se incrementa su participación.
- Se puede verificar el voto realizado en todo momento.
- Al concluir el proceso electoral, los resultados se conocen en poco tiempo.
- Se percibe un ahorro significativo en comparación al uso de cartillas impresas, la capacitación de miembros de mesa, el número de funcionarios en cada distrito electoral, entre otros.
- Su sistema de recolección inmediata de información permite que los gobiernos puedan hacer las consultas necesarias, fortaleciendo nuestra democracia participativa.
- El uso de urnas electrónicas contribuye a reducir los errores humanos, facilita las tareas en las casillas y agiliza la difusión de cómputos electorales.
- Reduce significativamente el tiempo de espera en las filas para entrar al local de votación.
- Facilita el voto a los ciudadanos que se encuentren en países extranjeros.
- El medio ambiente se ve favorecido, ya que se disminuye el consumo de materias primas en papelería, como actas de instalación, escrutinio y cómputo, y cierre de casillas, así como las urnas de cartón (Pérez Álvarez *et al*, 2019, pp. 40-41).

Por otro lado, también se presentan las siguientes desventajas:

- Debido a que el voto electrónico reduce la participación de los funcionarios electorales, muchas personas pueden quedan desempleadas o dejar de ser contratadas.
- La tecnología siempre debe ser renovada para que permanezca en el tiempo, en general, el *hardware*, el *software*, licencias, soportes y mantenimiento. Los costos de tales características son elevados y se deben tomar en cuenta al incorporar la votación electrónica.

[15] Texto original: "we don't trust voting computers".

– Si la seguridad informática no es formidable, la privacidad y el secreto de la elección no estarán garantizadas, siendo posible manipular la información electoral.

– Se precisan reformas legislativas para el funcionamiento de las urnas electrónicas durante las elecciones, con el respaldo de electores, partidos políticos y autoridades.

– El uso de dispositivos electrónicos podría generar desconfianza en los ciudadanos, ya que tendrían dudas sobre cómo será tratada su información, además del requerimiento de soporte técnico en zonas alejadas (Pérez Álvarez *et al*., 2019, p. 41).

B. ¿Cómo se ha venido implementando el voto electrónico en Perú?

A partir de 2010, como informa la ONPE, se empezó a trabajar el voto electrónico presencial en catorce procesos electorales hasta 2020, pasando de ser utilizado en un solo distrito electoral (Cañete), a implementarse en 39 distritos de diferentes departamentos para las elecciones generales de 2011 (2019). En la elección congresal extraordinaria de 2020, según la ONPE, se instalaron 5 000 mesas de sufragio en más de 200 locales para un total de 1 768 530 electores (2019). En el año 2016 se aprueba y publica el reglamento para el uso del voto electrónico (Resolución Jefatural 000022-2016-J/ONPE), este contiene la forma de aplicación de la nueva modalidad de sufragio, además de la explicación sobre cómo se realizará el escrutinio y la obtención de los resultados resguardando, ante todo, la seguridad y transparencia del proceso gracias al empleo de sistemas informáticos.

En esta línea, el sistema de voto integral presenta dos modalidades. La primera es el voto electrónico presencial, que requiere la participación del elector a través del uso de equipos informáticos electorales y en ambientes controlados por la ONPE. La segunda es:

> [E]l voto electrónico no presencial, el cual no requiere la concurrencia del elector al local de votación, por lo que queda a discrecionalidad de este la determinación del equipo y el lugar de emisión del voto, de acuerdo con los procedimientos que señale la ONPE para dicho efecto, a fin de garantizar la debida identificación de los electores (Delgado Valery, 2021, p. 74).

La modalidad no presencial aún no ha sido implementada para las elecciones generales. Sin embargo, ya hubo algunos pilotos. Por ejemplo, en 2007 se realizaron elecciones para las asociaciones de microempresarios y empresas emergentes, implementadas por el Ministerio del Trabajo, y fue necesaria la asesoría y supervisión de la ONPE. Se dio a cada uno de los electores un usuario y contraseña. Posteriormente, fueron realizadas las elecciones en el Consejo Nacional y Consejos Regionales del Colegio Estadístico del Perú. En esa oportunidad se habilitó una línea telefónica y un correo electrónico para brindar asesoría a los miembros de dicho colegio. Asimismo, se llevaron a cabo elecciones en las juntas vecinales del distrito de Miraflores y la elección de representantes del directorio de Petroperú.

Todos los casos arriba mencionados fueron exitosos y contaron con la asesoría de la ONPE. Sin embargo, hay que destacar que, en todos los ejemplos señalados, la cantidad de electores era reducida, llegando a 2 289 en Petroperú o 72 en el distrito de Miraflores (Curioso Vílchez & Loaiza Díaz, 2013). Por este motivo, llegar a implementar el voto electrónico remoto a nivel nacional sería un gran desafío, puesto que el número de electores es considerablemente mayor. Además, solo el 88.5% del total de la población tiene acceso a un teléfono móvil con internet, herramienta necesaria para poder participar de dicho acontecimiento, por lo que aún falta pensar en cómo se trabajará con el 11.5% restante. Lo mencionado:

> [S]upone la obligatoriedad de tomar en consideración no sólo la viabilidad de la solución tecnológica en sí misma, sino sobre todo la capacidad del conjunto de la sociedad –y en especial aquellos colectivos más desfavorecidos– para acceder a su utilización (Reniu, 2008, p. 40).

Asimismo, los procesos de alfabetización digital, extensión de las infraestructuras tecnológicas y campañas de pedagogía electoral, serían incorporados en las políticas para beneficio de los ciudadanos.

La implementación del voto electrónico debe ser parte de las políticas públicas electorales, del fortalecimiento de la democracia y sus instituciones, así como una nueva alternativa de respuesta al pedido de garantía de los derechos políticos y civiles que reclama la ciudadanía. Como sostiene Barrientos del Monte, "el voto es el mecanismo más eficiente de las democracias representativas y no sólo debe serlo con la introducción de nuevas tecnologías" (2007), pues, ante sociedades con democracias frágiles, la introducción de mecanismos electorales electrónicos no es la solución al problema.

Dicho esto, nos preguntamos ¿cómo se puede incorporar el *e-vote*? Con la puesta en marcha del

gobierno electrónico, es posible realizar mayores inversiones en infraestructuras tecnológicas y procesos de alfabetización digital que ayuden a superar los efectos negativos derivados de la brecha digital. De esta forma, se transmitirá seguridad a la población y se lograrán afianzar los cimientos democráticos. El Perú, respecto a nivel de gobierno electrónico, según la Organización de las Naciones Unidas, se ubica en el puesto 71 de 193 países; además, sus resultados en el Índice de Desarrollo Electrónico fueron, aproximadamente, de 0.4 en el 2010 y 0.7 en el 2020, ello es por encima de los promedios regionales y globales en todos los índices, es decir, se avanzó un 30% en diez años.

Sobre la base de la revisión de literatura, muchos países que realizaron sus procesos electorales con la pandemia tuvieron elecciones presenciales que hasta cierto punto cumplieron con respetar al derecho al sufragio, pero con gran ausentismo. Con respecto a la normativa internacional y nacional, se apuntaba que no era posible la suspensión de los comicios, pero se debía garantizar el derecho de todos a este ejercicio político. Por el contrario, en el caso peruano, hubo un aproximado de 30% de ausentismo a causa de la poca seguridad y garantía que ofrecían los órganos electorales para evitar los contagios. Por ello, nos cuestionamos si con el *e-vote* este resultado pudo ser diferente.

Como se puede observar, el crecimiento del país en cuanto a gobierno electrónico es cada vez mayor. Además, la población en general (cerca de 90%) tiene acceso a las NTIC. No obstante, también se debe considerar a la población con menor nivel educativo, pues ahora se le adiciona esta nueva brecha tecnológica, en tanto solo el 35.7% tiene acceso a telefonía móvil. En estos tiempos le corresponde al Estado empezar a trabajar la implementación de políticas electorales electrónicas para la realización de *e-vote*. También, debe seguir promoviendo y garantizando que la educación básica fomenten una educación para todos, en aras del disfrute de los derechos fundamentales que como seres humanos nos corresponde.

VI. DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES

¿Es legalmente posible la suspensión o aplazamiento de las elecciones presidenciales debido a la emergencia sanitaria ocasionada por el COVID-19? Espinosa Silis (2021) considera que cualquier restricción o limitación a los derechos humanos para proteger la salud de la ciudadanía por motivos del COVID-19 debe sustentarse en el marco del derecho internacional. Además, las medidas deben cumplir con el principio de legalidad y deben ser proporcionales para proteger la salud. Sin embargo, estas medidas deben ser provisionales, por lo que la celebración de las elecciones debe realizarse en el tiempo más corto posible.

Al respecto, la OEA (2020) recomendó cuatro puntos a considerar en la implementación de las medidas que se tomen para la realización de los comicios: (i) valorar las condiciones de salud; (ii) considerar el marco jurídico; (iii) privilegiar los acuerdos políticos; y (iv) establecer una fecha adecuada. De la misma forma, Suárez manifiesta que no es posible una suspensión definitiva de las elecciones, incluso si involucra al sistema de salud. También, refuerza que los comicios periódicos libres y transparentes son el área más exitosa del desarrollo democrático de América Latina. Para el autor, el ejercicio democrático tiene dos momentos de legitimidad: el proceso electoral, que puede ser correcto y transparente; y el ejercicio activo del sufragio (2021).

No obstante, Muñoz-Pogossian (2021) afirma que en algunos casos existieron medidas que han involucrado la postergación de elecciones a través de decretos del Ejecutivo y tuvieron como consecuencia el recrudecimiento de la represión en países que ya experimentaban quiebres democráticos. Por ello, en el caso de países que se encuentran viviendo una crisis sanitaria y deciden tomar medidas para suspender sus comicios, estas deben ser proporcionales para lograr el fin legítimo que es garantizar los derechos a la salud, la integridad física y la vida, "pero no para restringir sus derechos de manera innecesaria o desproporcionada; y mucho menos para desmantelar la Constitución, y restringir el Estado de Derecho y la democracia" (Muñoz-Pogossian, 2021, p. 136).

Del mismo modo, Daverio manifiesta que el Gobierno argentino, a través de disposiciones legislativas que se materializan en decretos de urgencia, decide de manera administrativa restringir derechos y libertades que no tienen sustento Constitucional y tampoco legal. El autor refiere que se pueden restringir derechos en determinadas circunstancias, pero no frustrarlos (2021). Indica que el Gobierno toma como contexto la situación de pandemia que agobia a muchos ciudadanos que se encuentran más preocupados por su salud que por sus derechos políticos, por lo que el Ejecutivo se asienta en un discurso oficial de miedo y amenaza, que busca impedir formas democráticas de expresión y protesta, afianzándose en una violencia institucional acompañada de un estado de emergencia.

Por su parte, Burga Coronel (2012) recomienda que es necesario tener una valoración holística en caso se presente un supuesto conflicto entre derechos fundamentales, tales como el derecho a la sa-

lud y el derecho al voto. Por lo tanto, se debe considerar que la naturaleza humana es una unidad y los derechos fundamentales, en cuanto tales, se predican sobre esta, por lo que no es dable ni en su formulación teórica ni en su ejercicio práctico que tales derechos sean contradictorios entre sí o que supongan contenidos incompatibles, pues se estaría hablando de una jerarquía entre ellos.

Burga Coronel rechaza la evaluación que realiza la teoría conflictivista expuesta por Alexy en cuanto se afirma que si dos o más derechos humanos entran en contienda se debe analizar ello sobre la base de subprincipios de adecuación, necesidad y proporcionalidad, e incluso con el principio de razonabilidad agregado por el TC (2012). Además, Burga Coronel sugiere que "el principio de proporcionalidad se use no como respuesta a una situación de conflicto de derechos, sino como garantía de racionalidad que sirva para determinar el contenido de los derechos fundamentales que son vinculantes para el legislador" (2012, p. 253) y, por ello, fundamenta su análisis teniendo en cuenta principios de derechos humanos universales para todos.

Por otro lado, la pandemia ocasionada por el COVID-19 ha afectado a todo el mundo, generando pérdidas de vidas humanas y una enorme crisis social, política y económica. Muchos mandatarios de diversos países han tomado medidas similares a declarar un estado de emergencia y, como resultado, derechos como la libertad de tránsito, libertad de reunión, de culto, personal, entre otros, se han restringido para favorecer el derecho a la salud y la vida. En consecuencia, se decretó que se deben tomar cuidados adicionales para resguardar la propia vida y la de los demás, por lo que se recomendó el uso de protectores faciales, alcohol, abundante agua para el lavado de manos, aislamiento social y otros relacionados a la bioseguridad.

De este modo, el año 2020 coincidió para muchos países con la celebración de elecciones generales. Sin embargo, el mundo se encontraba viviendo en una de las peores crisis sanitarias, por lo que los gobiernos se encontraban en la encrucijada de suspender o postergar las elecciones con el objetivo de resguardar la salud de su población. Algunos países en un primer momento optaron por suspender los derechos políticos de los ciudadanos, dado que se encontraban en la primera o segunda ola de la crisis sanitaria que cobraba cada día más vidas. Posteriormente se decidió realizar los comicios, para algunos, de manera presencial y, para otros, mixtos (presencial y virtual).

Los países que asumieron el reto de cumplir con el deber político y fortalecer la democracia no tuvieron la misma cantidad de asistencia que los años anteriores, pues el nivel de participación ciudadana fue mucho menor, incluso con la implementación de medidas de bioseguridad para resguardar la salud de los miembros de mesa y los ciudadanos. El caso peruano fue similar, las elecciones se produjeron en los picos más altos de la pandemia. Pese a las recomendaciones de los organismos electorales para la realización de una fiesta democrática con los protocolos de bioseguridad, hubo muchos más contagios y muertes en diferentes departamentos del país, dado que muchos candidatos continuaron realizando mítines de manera presencial, sobre todo durante la segunda vuelta.

Respecto a la pregunta de investigación que nos hicimos en la introducción de este artículo[16], si bien el estado de emergencia decretado en varios países, incluido Perú, buscaba mantener a la población a buen recaudo y evitar que las cifras de contagios sigan aumentando, no era posible mantener a la población aislada por mucho tiempo (en Perú el plazo de un Estado de emergencia es de 60 días y un exceso de este requiere una justificación por parte del Ejecutivo). Además, la contienda política electoral estaba a puertas de celebrarse.

Para nosotros la suspensión del proceso electoral no era una opción. Si bien hubo un aparente conflicto entre el derecho a la salud, que debía priorizarse, y el derecho al voto, respecto al primero, se debía evaluar como detener en alguna medida las muertes que hasta ese momento venían en aumento; y por el segundo, se debía reforzar el sistema democrático de un país. Al igual que Burga Coronel, consideramos que ambos derechos debían evaluarse, no como una situación conflictiva que supone que uno de los derechos es más valioso que otro, sino de forma holística, como un todo, ya que ambos derechos son parte inherente del ser humano.

En el ser humano el todo es mayor que la suma de sus partes. Es por ello que no es posible pensar en ambos derechos fundamentales como independientes o que se disgregan de la persona, pero si es posible pensarlos como elementos de la dignidad humana y que su positivación se constituye en un instrumento de control del poder del Estado:

> [P]resupuesto bajo el cual no puede considerarse de ningún modo la renuncia a alguno de ellos, ni siquiera bajo el supuesto de la poster-

[16] ¿Es legalmente posible una suspensión o aplazamiento de las elecciones presidenciales debido a la emergencia sanitaria del COVID-19?

gación de uno a favor de otro, lo que en consecuencia afectaría su vigencia y ejercicio efectivo (Burga Coronel, 2012, p. 263).

La suspensión del derecho de sufragio hubiese llevado a resultados perjudiciales para el país, pues podía haber una posibilidad que el grupo político que detentaba el poder en ese momento decida quedarse por más tiempo. Es sobre base de dicho razonamiento que los procesos electorales juegan un rol fundamental en el cumplimiento de esta responsabilidad, pues a través de los comicios se reemplaza al grupo político que está en el poder, especialmente si este perdió la confianza de la población. Las elecciones periódicas son garantía que el poder se encuentra en manos del pueblo y no del Gobierno.

Muchos países considerados como Estados democráticos no suspendieron sus elecciones, sino que buscaron diferentes medios para continuar con estas, tratando de mantener a raya la pandemia ocasionada por el COVID-19, para la cual, hasta ese momento, no se avizoraba un fin. Tampoco se contaba con la adquisición de vacunas suficientes para la población completa de un país.

Además, organismos internacionales como la OMS y la OEA se manifestaron en cuanto a la celebración de las elecciones generales a nivel mundial, pues si bien reconocían que se estaba viviendo una crisis sanitaria, esta no podía ser justificación para limitar el derecho político de elegir y ser elegido. Entonces, recomendaron llevar a cabo las elecciones, cumpliendo con el cuidado respectivo y lo hicieron a través de la mencionada Guía para organizar elecciones en tiempos de pandemia. En esta, sobre las medidas sanitarias para un proceso electoral, la OEA (2020) sostiene que deben respetarse:

- La distancia física entre personas. Se recomienda que haya un metro y medio entre dos personas. Además, mientras se realicen las elecciones, las personas deben evitar darse la mano o abrazarse.

- La higiene de manos. Se busca un frecuente lavado de manos con agua y jabón o soluciones alcohólicas. Se debe indicar la importancia de no tocarse la cara hasta después de lavarse las manos.

- La higiene respiratoria y etiqueta de tos. Al toser o estornudar se debe cubrir la boca y la nariz con el codo flexionado. Usar pañuelos desechables, tirarlos tras su uso y lavarse las manos después.

- El uso de máscaras. Quienes cumplen funciones electorales, así como los votantes mayores de 65 años o con afecciones subyacentes, deberán usar una máscara quirúrgica. Para el resto de los electores es suficiente con el uso de una máscara no médica.

- La limpieza de superficies y objetos. Se debe realizar utilizando productos a base de alcohol o cloro, especialmente en los productos que son constantemente compartidos, así como las superficies, como las mesas de votación.

- La buena ventilación. Se recomienda que los espacios usados cuenten con una buena ventilación, evitando el uso de salas pequeñas y sin ventanas.

- Las medidas de distanciamiento social individuales. Las personas infectadas con COVID-19 deben ser aisladas conforme lo dispuesto por los organismos de salud, así como se debe hacer identificación, seguimiento y cuarentena de personas que estuvieron en contacto estrecho con pacientes infectados. Se considera contacto estrecho si estuvieron a una distancia menor a un metro y medio por más de 15 minutos sin las medidas de protección adecuadas.

- Las medidas de distanciamiento comunitario. Se debe realizar una planificación para evitar aglomeraciones desde las etapas de planificación, hasta el mismo día de las elecciones, así como tomar medidas a nivel comunitario, como la cancelación de eventos masivos, cierre de algunos lugares de trabajo, restricciones en el transporte público y confinamiento la población.

A manera de cierre de este artículo, actualmente las vacunas se han venido aplicando de manera masiva. La población de la tercera edad se encuentran recibiendo una tercera dosis. Además, en estos momentos, se viene haciendo frente a una nueva variante denominada ómicron. En octubre del 2022, se realizarán las elecciones municipales. Solo se espera que los organismos electorales puedan garantizar un sufragio seguro y que todos los ciudadanos puedan ejercer su derecho al voto de manera universal.

REFERENCIAS

Acuña Mercado, M. (2010), ¿Qué entendemos por Derechos Humanos y Derechos Fundamentales?. *Revista Justicia*, (18), 151-161.

Alexy, R. (2009). Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, (11), 3-14.

Andina (22 de julio de 2021). Covid-19: ningún vacunado estuvo grave ni necesitó hospitalización por variante delta. *Andina: Agencia peruana de noticias*. https://andina.pe/agencia/noticia-covid19-ningun-vacunado-estuvo-grave-ni-necesito-hospitalizacion-variante-delta-854387.aspx

Asplund, E., Heuver, L., Ahmed, F., Stevense, B., Umar, S., James, T., & Clark, A. (5 de febrero de 2021). Elections and Covid-19: Health and safety in polling stations. *Institute for Democracy and Electoral Assistance*. https://www.idea.int/news-media/news/elections-and-covid-19-health-and-safety-polling-stations

Barrat Esteve, J. (2020). ¿Pueden cancelarse unas elecciones?. *Revista de Derecho de la Universidad de Piura, 21*(1), 43-70.

Barrientos del Monte, F. (2007). Dimensiones discursivas en torno al voto electrónico. *Revista de Ciencia política, 27(*1), 111-131. https://doi.org/10.4067/S0718-090X2007000200006

BBC News (4 de setiembre de 2020). Jamaica election: Andrew Holness' JLP re-elected amid rise in Covid-19 cases. *BBC News Mundo*. https://www.bbc.com/news/world-latin-america-53997063

Bernal Pulido, C. (2003). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculantes para el Legislador*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Burga Coronel, A. (2012). El test de ponderación o proporcionalidad de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. *Gaceta Constitucional*, (47), 253-267.

Buril, F., Darnolf, S., & Aseresa, M. (2020). *Cuidando la salud y las elecciones*. https://www.ifes.org/sites/default/files/ifes_covid-19_briefing_series_safeguarding_health_and_elections_may_2020_spanish.pdf

Caporusso, L. (2010). *Il voto elettronico come processo sociale* (tesis doctoral en Sociología y Procesos Sociales). Universidad de Trento, Trento, Italia.

Comisión Electoral Nacional de Polonia (2020). *The Election of the President of the Republic of Poland. Comisión Nacional Electoral*. https://prezydent20200628.pkw.gov.pl/prezydent20200628/en/frekwencja/pl

Cué Barberena, F. (29 de marzo de 2020). Mali celebró sus elecciones parlamentarias pese al Covid-19 y la inseguridad. *France 24*. https://www.france24.com/es/20200329-mali-elecciones-parlamentarias-covid19-inseguridad

Curioso Vílchez, I., & Loaiza Díaz, P. (2013). *Voto Electrónico No Presencial: Aproximaciones desde las experiencias internacionales y el caso peruano* (Documento de trabajo 33). https://www4.congreso.gob.pe/dgp/didp/boletines/02_2014/imagenes/constitucional/3_voto_electron%C3%ADco_no_presencial.pdf

Daverio, G. (2021). Estado de derecho en emergencia y procesos electorales codo a codo. Una mirada preocupada desde Argentina. En M. Fuchs, & L. Querido (eds.), *Covid-19, Estado de derecho y Procesos electorales en Latinoamérica* (pp. 149-166). Konrad Adenauer Stiftung.

Defensoría del Pueblo (2021). *Informe Especial 006-2021-DP*. https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2021/05/Informe-Especial-de-supervisio%CC%81n-electoral.-Primera-vuelta.pdf

Delgado Valery, J. (2021). Covid-19 e implementación de tecnología en los procesos electorales. En M. Fuchs, & L. Querido (eds.), *Covid-19, Estado de derecho y Procesos electorales en Latinoamérica* (pp. 63-81). Konrad Adenauer Stiftung.

Espinosa Silis, A. (2021). Los derechos políticos electorales durante la pandemia. En M. Fuchs, & L. Querido (eds.), *Covid-19, Estado de derecho y Procesos electorales en Latinoamérica* (pp. 21-38). Konrad Adenauer Stiftung.

Fernández Sessarego, C. (2001). ¿Qué es ser "persona" para el derecho?. *Revista Derecho PUCP*, (54), 289-333. https://doi.org/10.18800/derechopucp.200101.011

García Inda, A. (2021). Elecciones en tiempos de pandemia, estudio del caso español. *Revista de Derecho Electoral*, (32), 299-314.

García Toma, V. (2018). La dignidad humana y los derechos fundamentales. *Derecho & Sociedad*, (51), 13-31.

Gestión (2021a, 8 de abril). Conozca las medidas dictadas por el Gobierno para prevenir contagios de coronavirus en elecciones. *Diario Gestión*. https://gestion.pe/peru/politica/elecciones-2021-conozca-las-medidas-dictadas-por-el-gobierno-para-prevenir-contagios-de-coronavirus-en-elecciones-nndc-noticia/?ref=gesr

(2021b, 16 de abril). La Oficina Nacional de Procesos Electorales de Perú culminó de procesar actas electorales tras comicios del domingo 11 de abril. *Diario Gestión.* https://www.larepublica.co/globoeconomia/castillo-logro-1909-y-keiko-fujimori-alcanzo-1336-segun-onpe-al-100-de-actas-3154893

Instituto Nacional de Estadística e Informática [INEI] (2021). *Informe técnico: estadísticas de las tecnologías de información y comunicación en los hogares*. https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/02-informe-tecnico-tic-i-trimestre-2021.pdf

Instituto Nacional de Estudios Demográficos de Francia (s.f.). *Data & Metadata, Republic of Korea*. Dc-covid.side.inet.fr. https://dc-covid.site.ined.fr/en/data/korea/

Landman, T., & Di Gennaro, L. (2020). Pandemic democracy: elections and COVID-19. *Journal of Risk Research, 23*(7-8), 1060–1066. https://doi.org/10.1080/13669877.2020.1765003

Lovatón Palacios, D. (4 de febrero de 2022). Presidente Pedro Castillo en Perú: del gobierno del pueblo al (des)gobierno [Entrada de blog]. https://dplfblog.com/2022/02/04/presidente-pedro-castillo-en-peru-del-gobierno-del-pueblo-al-desgobierno/

Ministerio de Salud y Bienestar de Jamaica (03 de setiembre de 2020). Three more COVID-19 related deaths confirmed, 139 new cases. *Jamaica Information Service*. https://jis.gov.jm/three-more-covid-19-related-deaths-confirmed-139-new-cases/

Ministerio de Salud del Perú [MINSA] (2021a, 2 de marzo). Minsa: Casos confirmados por coronavirus COVID-19 ascienden a 1 338 297 en el Perú (Comunicado N°440). *Gob.pe*. https://www.gob.pe/institucion/minsa/noticias/344672-minsa-casos-confirmados-por-coronavirus-covid-19-ascienden-a-1-338-297-en-el-peru-comunicado-n-440

(2021b, 12 de abril). Minsa: Casos confirmados por coronavirus COVID-19 ascienden a 1 653 320 en el Perú (Comunicado N°488). *Gob.pe*. https://www.gob.pe/institucion/minsa/noticias/429946-minsa-casos-confirmados-por-coronavirus-covid-19-ascienden-a-1-653-320-en-el-peru-comunicado-n-488

(2021c, 27 de abril). Minsa: Casos confirmados por coronavirus COVID-19 ascienden a 1 775 062 en el Perú (Comunicado N°506). *Gob.pe*. https://www.gob.pe/institucion/minsa/noticias/487983-minsa-casos-confirmados-por-coronavirus-covid-19-ascienden-a-1-775-062-en-el-peru-comunicado-n-506

(2021d, 19 de mayo). Minsa: Casos confirmados por coronavirus Covid-19 ascienden a 1 903 615 en el Perú (Comunicado N°536). *Gob.pe*. https://www.gob.pe/institucion/minsa/noticias/493985-minsa-casos-confirmados-por-coronavirus-covid-19-ascienden-a-1-903-615-en-el-peru-comunicado-n-536

(2021e, 22 de junio). Minsa: Casos confirmados por coronavirus COVID-19 asciende a 2 033 606 en el Perú (Comunicado N°585). *Gob.pe*. https://www.gob.pe/institucion/minsa/noticias/501814-minsa-casos-confirmados-por-coronavirus-covid-19-asciende-a-2-033-606-en-el-peru-comunicado-n-585

(2021f, 4 de agosto). Minsa: Casos confirmados por coronavirus COVID-19 ascienden a 2 119 068 en el Perú (Comunicado N°634). *Gob.pe*. https://www.gob.pe/institucion/minsa/noticias/509705-minsa-casos-confirmados-por-coronavirus-covid-19-ascienden-a-2-119-068-en-el-peru-comunicado-n-634

Muñoz Pandiella, L. (19 de abril de 2020). A pesar del Covid-19, Mali celebra la segunda vuelta de sus elecciones legislativas. *France 24*. https://www.france24.com/es/20200419-covid19-mali-segunda-vuelta-elecciones-legislativas

Muñoz-Pogossian, B. (2021). Participación política de grupos en situación de vulnerabilidad en la pandemia. En M. Fuchs, & L. Querido (eds.), *Covid-19, Estado de derecho y Procesos electorales en Latinoamérica* (pp. 123-148). Konrad Adenauer Stiftung.

Oficina Nacional de Procesos Electorales [ONPE] (3 de diciembre de 2019). Elecciones Congresales 2020: ONPE aplicará el voto electrónico presencial en 39 distritos del país. *Oficina Nacional de Procesos Electorales, sala de prensa*. https://www.onpe.gob.pe/sala-prensa/notas-prensa/

elecciones-congresales-2020-onpe-aplicara-voto-electronico-presencial-39-distritos-pais/

(25 de junio de 2020). ONPE propone medidas de impacto para comicios electorales ante el covid-19. *Oficina Nacional de Procesos Electorales, sala de prensa*. https://www.onpe.gob.pe/sala-prensa/notas-prensa/onpe-propone-medidas-impacto-para-comicios-electorales-ante-covid-19/

(2021a, 11 de abril). ONPE reporta que se llegó a instalar el 99.96% de mesas de sufragio a nivel nacional. *Oficina Nacional de Procesos Electorales, sala de prensa*. https://www.onpe.gob.pe/sala-prensa/notas-prensa/onpe-reporta-que-se-llego-instalar-9996-mesas-sufragio-nivel-nacional/#:~:text=La%20Oficina%20Nacional%20de%20Procesos,desarrollo%20de%20las%20elecciones%20generales

(2021b, 4 de mayo). ONPE informa cómo será segunda vuelta electoral. *Oficina Nacional de Procesos Electorales, sala de prensa*. https://www.onpe.gob.pe/sala-prensa/notas-prensa/onpe-informa-como-sera-segunda-vuelta-electoral/

Organización de los Estados Americanos [OEA] (2020). *Guía para organizar elecciones en tiempos de pandemia*. https://www.oas.org/documents/spa/press/OEA-guia-para-organizar-elecciones-en-tiempos-de-pandemia.pdf

Organización Mundial de la Salud (s.f.). *Who Coronavirus (COVID-19) Dashboard*. Covid19.who.int. https://covid19.who.int/

Pérez Álvarez, M., Pérez Sánchez, M. A., & Muro Cruz, E. (2019). Análisis de las condiciones jurídicas que sustenten el voto electrónico y las consecuencias políticas de su implementación. *Derecho & Opinión Ciudadana, 3*(5), 27-45.

Reniu, J. (2008). Ocho dudas razonables sobre la necesidad del voto electrónico. *Revista d'Internet, Dret i Política*, (6), 32-44.

Rial, J. (2012). El voto electrónico en América Latina: Reflexiones políticas sobre su implementación. *Revista de Administración Pública, 46*(3), 79-90.

Spinelli, A. (21 de mayo de 2020). República de Corea: enseñanzas de las elecciones en tiempos de pandemia. *International Institute for Democracy and Electoral Assistance*. https://www.idea.int/es/news-media/news/es/rep%C3%BAblica-de-corea-ense%C3%B1anzas-de-las-elecciones-en-tiempos-de-pandemia

Suárez, P. (2021). Participación política de la mujer en el contexto del covid-19. En M. Fuchs, & L. Querido (eds.), *Covid-19, Estado de derecho y Procesos electorales en Latinoamérica* (pp. 99-122). Konrad Adenauer Stiftung.

Tuesta Soldevilla, F. (2004). El voto electrónico. *Elecciones*, *3*(3), 55-80. https://doi.org/10.53557/Elecciones.2004.v3n3.03

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso, Dictamen en mayoría recaído en los Proyectos de Ley 2903/2017-CR, 3880/2018-CR, 405712018-CR, 4473/2018-CR, 5027/2020-CR, 5031/2020-CR, 5078/2020-CR, 5079/2020-CR, 5080/2020-CR, 5212/2020-CR, 5285/2020-CR, 5305/2020-CR, 5367/2020-CR, 5516/2020-CR y 5765/2020- CR, que establecen normas transitorias en la legislación electoral en el marco de la emergencia nacional sanitaria ocasionada por la COVID-19, presentado el 6 de agosto de 2020 (Perú).

Constitución Política del Perú [Const.] (1993).

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), 22 de noviembre de 1969, O.A.S.T.S. No. 36.

Ley 26300, Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos, Diario Oficial *El Peruano*, 3 de mayo de 1994 (Perú).

Ley 26859, Ley Orgánica de Elecciones, Diario Oficial *El Peruano*, 1 de octubre de 1997 (Perú).

Ley 31028, Ley que declara la inaplicabilidad de las disposiciones establecidas en la Ley 28094, Ley de Organizaciones Políticas, referidas a las elecciones primarias para las Elecciones Generales 2021, en el marco de la Emergencia Nacional Sanitaria ocasionada por la COVID-19, Diario Oficial *El Peruano*, 14 de julio de 2020 (Perú).

Proyecto de Ley 1313-2016-JNE, Ley de Código Electoral, presentado el 26 de abril de 2017 (Perú).

Resolución Jefatural 000022-2016-J/ONPE, Aprueban Reglamento de Voto Electrónico, Diario Oficial *El Peruano*, 28 de enero de 2016 (Perú).

Resolución Jefatural 000090-2021-JN/ONPE, Habilitan el plazo para el trámite de solicitudes

de excusa al cargo de miembro de mesa en las Elecciones Generales 2021, Diario Oficial *El Peruano*, 8 de abril de 2021 (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 18 febrero de 2005, sentencia recaída en el Expediente 02235-2004-AA/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 24 de noviembre de 2020, sentencia recaída en el Expediente 00964-2018-PHC/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 29 de octubre de 2005, sentencia recaída en el Expediente 0045-2004-AI/TC (Perú).

10.18800/themis.202102.007

DERECHO A LA SALUD Y PANDEMIA: ANÁLISIS A LA CONSTITUCIONALIDAD DEL PASAPORTE SANITARIO

RIGHT TO HEALTH AND PANDEMIC: ANALYSIS OF THE CONSTITUTIONALITY OF THE HEALTH PASSPORT

Renzo Díaz Giunta*
Universidad de Lima

The pandemic caused by COVID-19 has been a devastating period for humanity and its human rights. In particular, considering that it has triggered various events that have had a negative, concrete and direct impact on the rights of citizens. Therefore, in this article, the author develops the right to health, its importance, and the obligation of all States to guarantee and protect this right.

More specifically, the author analyzes the implications that the pandemic has had on the right to health of the population worldwide. In addition, he explores the cases of Chile, France, Spain, and Peru in the implementation of the health passport. Following the previous line, it analyzes the recent sentences of the Constitutional Council of France and the Supreme Court of Spain, where they evaluate the constitutionality of the sanitary passport. Finally, from the perspective of the general standards of constitutional law shared by the legal systems, the author analyzes the constitutionality of the health passport.

Keywords: right to health; pandemic; health; health passport; constitutionality; COVID-19.

La pandemia causada por el COVID-19 ha sido un periodo devastador para la humanidad y sus derechos humanos. En especial, considerando que ha desencadenado diversos hechos que han incidido de forma negativa, concreta y directa en los derechos de los ciudadanos. Por ello, en el presente artículo, el autor desarrolla el derecho a la salud, su importancia y la obligación que poseen todos los Estados de garantizar y proteger este derecho.

De manera más concreta, el autor analiza las implicancias que ha tenido la pandemia en el derecho a la salud de la población a nivel mundial. Además, explora los casos de Chile, Francia, España y Perú en la implementación del pasaporte sanitario. Siguiendo la línea anterior, analiza las recientes sentencias del Consejo Constitucional de Francia y del Tribunal Supremo de España, donde evalúan la constitucionalidad del pasaporte sanitario. Por último, desde la óptica de los estándares de derecho constitucional generales que comparten los sistemas jurídicos, el autor analiza la constitucionalidad del pasaporte sanitario.

Palabras clave: derecho a la salud; pandemia; salud; pasaporte sanitario; constitucionalidad; COVID-19.

* Estudiante de duodécimo ciclo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima (ULIMA). Ex Director General del Círculo de Estudios de Derecho Constitucional de la ULIMA (2021). Practicante preprofesional en el Tribunal Constitucional del Perú (Lima, Perú). Subdirector Regional de Lima Metropolitana y Director Distrital de San Borja en la Organización Democrática Mundial por el Desarrollo (ODM). Embajador estudiantil de Principles for Responsible Management Education de las Naciones Unidas. Miembro de la International Association of Constitutional Law. Asociado en la Association of Young International Criminal Lawyers (YICL) (Italia). Ha realizado una estancia académica en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales (Santiago, Chile). Representó al Perú en la XXXVII Reunión de Altas Autoridades sobre Derechos Humanos del MERCOSUR (RAADH). ORCID: https://orcid.org/0000-0001-7527-2279. Contacto: renzod128@gmail.com

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 21 de septiembre del 2021, y aceptado por el mismo el 20 de febrero de 2022.

I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, los diferentes gobiernos alrededor del planeta continúan emprendiendo una lucha frontal contra la pandemia ocasionada por el COVID-19. Si bien el avance de la vacunación que conlleva a una reducción de la tasa de mortalidad es esperanzador, el camino aún es largo para que la humanidad salga de este abismo.

Cabe destacar que "diversos países y ciudades del mundo continúan padeciendo por la expansión del COVID-19. A través de la toma de medidas como la cuarentena y la obligatoriedad del uso de mascarillas, las naciones buscan detener el avance del coronavirus. La alta transmisividad del virus ha logrado que la tasa de contagiados a nivel mundial ascienda" (Díaz Giunta, 2020).

Latinoamérica, por su parte, se ha visto afectada por la proliferación del coronavirus desde el 2020, ello en mérito a la precaria situación de los sistemas de salud en la región. El caso peruano, por ejemplo, con una cifra de muertos que asciende a más de 200 mil, demuestra una realidad de indiferencia sistemática y estructural por parte de los gobernantes con respecto a la salud pública.

Según el destacado virólogo Jorge Reina,

> nos encontramos frente al reto que nos ofrece una nueva pandemia de infección respiratoria aguda causada por un nuevo coronavirus, el SARS-CoV-2. Todavía desconocemos muchos aspectos virológicos, epidemiológicos y clínicos de esta infección, por ello a medida que aparezcan nuevos estudios podremos ir actualizando nuestro conocimiento. Una vez más nos enfrentamos a una nueva pandemia viral (2020, p. 21).

Aunque en marzo del 2020 el Perú fue uno de los países que lideró la corriente de optar por el cierre de fronteras y la cuarentena como medidas para evitar la propagación del COVID-19, la pandemia terminó azotando devastadoramente al país. Entre un débil sistema de salud y la toma de una serie de decisiones gubernamentales que carecían de sustento científico, se generó un contexto lesivo para los derechos de las personas. Esto se debe a que, por acción u omisión, se vulneraron diversos derechos de los ciudadanos como el derecho a la vida, el derecho a la salud, el derecho a la libertad individual, el derecho e derecho al trabajo, el derecho a la educación, el derecho a la libertad de empresa, entre otros.

Por otro lado, con respecto a la estrategia de lucha contra la pandemia, los antropólogos Renato Llerena y César Sánchez sostienen que

> la necesidad de la gestión pública y la fortaleza de sus instituciones para la gestión de todas las necesidades que se van multiplicando se hacen visibles en estos meses, parece una desconexión entre los liderazgos locales y los gestores institucionales con los requerimientos y necesidades a ser afrontados, también en una diferencia en el entendimiento de los números de la pandemia y lo que está detrás de ellos, las necesidades de sectores específicos se hacen más visibles en las exigencias de respuestas y solución a sus problemáticas, ya no por la reivindicación de derechos o libertades, sino por la crisis humanitaria en la que pueden verse envueltos (2020, pp. 3-4).

En mérito a ello, es importante tener presente que el Estado peruano, como toda nación, posee una responsabilidad en brindar una adecuada tutela al derecho a la salud de las personas durante este contexto de pandemia y la forma más idónea es garantizarle a cada uno el acceso a una vacuna segura y gratuita. Durante el 2020, las decisiones políticas fueron represivas para los derechos fundamentales de la población, desde toques de queda que limitaban el libre tránsito de las personas y que fueron dictados sin sustento científico alguno, además de la prolongación de un confinamiento obligatorio que se tornó excesivo e innecesario.

Después de todo, la tasa de contagios seguía en aumento y las decisiones gubernamentales no eran eficaces para combatir la expansión del COVID-19; por el contrario, se plantearon cuestionables iniciativas tales como el establecimiento de un régimen semáforo de salidas a la calle, según el cual algunos días solo podían salir las mujeres y otros solo los hombres. Más que velar por la salud de todos, estas medidas sanitarias tenían el efecto opuesto, por cuanto ocasionaban aglomeramiento en lugares de mayor afluencia como mercados, bancos, farmacias, entre otros.

Aunque de forma tardía, en comparación con diversos países del mundo, el Estado peruano enmendó su estrategia de lucha contra la pandemia. Durante el gobierno de transición y emergencia, liderado por el expresidente Francisco Sagasti Hochhausler, se consolidó la adquisición de las vacunas como Pfizer, Astrazeneca, Sinopharm, Johnson & Johnson, y otras provenientes de diversos laboratorios. Por ende, el Estado peruano se sumó a otros países como Estados Unidos, Alemania, Reino Unido, Francia y Chile, que han apostado por dinamizar el avance de la vacunación y desarrollar una estrategia para implementarla a largo y ancho de sus territorios.

Cabe destacar que el propósito de la vacunación es el poder proteger a la mayor cantidad de per-

sonas posibles y que se adquiera inmunidad de rebaño. Según la Organización Mundial de la Salud (en adelante, la OMS), "[p]ara lograr la inmunidad de rebaño contra el COVID-19 de reforma segura, se requiere que una proporción substancial de la población sea vacunada para reducir la cantidad total de virus que se puede esparcir sobre toda la población" (2020).

Por ende, tomando en consideración la imperiosa necesidad de que la mayor cantidad de personas en un territorio acepten la vacuna para inmunizarse contra el COVID-19, los diversos Estados se encuentran implementando estrategias de vacunación para llevar las vacunas a todos los ciudadanos y que estas sean aceptadas por ellos.

Como parte de la estrategia comunicativa que debe liderar el Estado, es indispensable combatir la desinformación y la presencia de la pseudociencia en los medios digitales, por cuanto influyen negativamente en la población generando desconfianza en las vacunas y sus efectos. En ese sentido, como parte de sus obligaciones, el Estado debe llegar a todos los habitantes del país a través de los diversos medios de comunicación: prensa escrita, televisión, radio e internet. De esta manera, se contribuirá a desmentir la información falsa y a exponer ante la población las razones por las cuales es importante que la mayor cantidad posible de personas se vacunen.

Asimismo, ante el carácter evolutivo del coronavirus manifestado a través del surgimiento de nuevas variantes del virus (como Alpha, Beta, Gamma, Delta, Ómicron, Lambda, Mu, entre otras), las naciones contemplan una serie de mecanismos para proteger la salud de sus ciudadanos y han procedido a desarrollar campañas de concientización e información que incentiven a las personas a inocularse. El virus no se detiene y, como debe ser, la vacunación tampoco.

Por ello, en el ámbito mundial de la salud, la demanda por las vacunas sigue siendo alta. Con respecto a los territorios donde la cifra de contagiados y muertos por COVID-19 se mantiene en alza, se reanuda entre las autoridades el clásico debate pandémico de gestión pública: salud versus economía.

Evidentemente, las personas a cargo de la conducción de un país deben sustentar sus decisiones sobre la base de los conocimientos científicos más avanzados a la fecha de la toma de la decisión, para así poder optar por una medida idónea, racional y proporcional. Aunque si debieran escoger, la salud debe primar, toda vez que el siguiente paso de un sistema de salud comprometido es una vida en peligro de muerte. La coyuntura invita a una reflexión sobre qué medidas puede un Estado tomar para proteger la salud de la población y cuáles no.

II. DERECHO A LA SALUD

El derecho a la salud se encuentra consagrado en el artículo 7 de la Constitución Política del Perú de 1993. Este es un derecho social cuya conceptualización va más allá de la ausencia de enfermedades. En realidad, se trata de un derecho humano caracterizado por el goce de toda persona del mayor y mejor nivel de salud posible, el cual a su vez debe involucrar a todos los ámbitos de la persona humana (salud física y mental).

Es importante mencionar que, desde la dimensión individual, el derecho a la salud contempla la asistencia sanitaria a cada persona y el poder de decisión que esta posee sobre su propio cuerpo y su propia salud. Por otro lado, desde la dimensión colectiva, contempla la prevención de enfermedades, así como garantiza tratamientos de enfermedades que sean una preocupación para la salud pública.

En ese sentido, Díaz Giunta y Gaspar Clavo consideran que,

> cuando la doctrina, la legislación y la jurisprudencia hacen mención a la salud pública, se refieren a la dimensión colectiva del derecho a la salud que se encuentra constitucionalmente protegida y garantizada por los diversos tratados internacionales en materia de derechos humanos. Entonces, este derecho a la salud en su dimensión colectiva no puede ser tutelado ni ejercido de forma individual, puesto que requiere el componente de la colectividad, ya sea la sociedad en general, un país, una ciudad o una comunidad de habitantes (2022, p. 219).

En esa línea, Rocío Villanueva Flores señala que,

> en el ámbito universal de protección de los derechos humanos, el derecho a la salud también está regulado en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 25), en la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (artículo 5 literal e, inciso iv), en la Convención sobre todas las formas de discriminación contra la mujer (artículos 11 numeral 1 literal f y 12), en la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 24), en el artículo 25 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y en el artículo 24 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (2009, p. 22).

La materialización del derecho a la salud implica que se adopten una serie de decisiones para la realización de acciones concretas y afirmativas por parte del Estado. Entre otras decisiones, destacan las referidas a la elaboración e implementación de políticas públicas orientadas que tienen por objeto: (i) velar por la salud pública, y (ii) garantizar el acceso a las medicinas, vacunas y los tratamientos de salud, en especial, cuando la vida de una persona se encuentra en riesgo.

Por ello, la protección de la salud pública ha cobrado especial trascendencia durante la pandemia ocasionada por el coronavirus, debido a que ha requerido una participación activa de los gobiernos alrededor del mundo para tutelar y garantizar el derecho a la salud, amenazado por un virus letal y de alta transmisibilidad. La coyuntura actual ha ratificado la imperante necesidad de que toda persona pueda gozar de su derecho a la salud plenamente y el rol de los Estados en garantizar el ejercicio de este derecho.

Al respecto, la Constitución de la OMS establece lo siguiente:

> El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social. La salud de todos los pueblos es una condición fundamental para lograr la paz y la seguridad, y depende de la más amplia cooperación de las personas y de los Estados. Los resultados alcanzados por cada Estado en el fomento y protección de la salud son valiosos para todos. La desigualdad de los diversos países en lo relativo al fomento de la salud y el control de las enfermedades, sobre todo las transmisibles, constituye un peligro común (1946, p. 1).

Además, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha indicado que,

> el no reconocimiento del derecho a la salud a menudo puede obstaculizar el ejercicio de otros derechos humanos, por ejemplo el derecho a la educación o al trabajo, y viceversa. La importancia que se concede a los "factores determinantes básicos de la salud", es decir, los factores y condiciones que contribuyen a la protección y promoción del derecho a la salud, aparte de los servicios, los bienes y los establecimientos de salud, demuestra que este derecho depende del ejercicio de muchos otros derechos humanos y contribuye a ello. Cabe mencionar al respecto el derecho a los alimentos, al agua, a un nivel de vida adecuado, a una vivienda adecuada, a no ser objeto de discriminación, a la intimidad, de acceso a la información, a la participación y a beneficiarse de los avances científicos y sus aplicaciones. (2008, pp. 7-8).

Por otro lado, doctrinariamente, no suele ser reconocido en los trabajos intelectuales sobre la materia que como parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la salud se comprenden una serie de libertades fundamentales inherentes a toda persona. La principal, sin duda, es la libertad de tratamiento, bajo la cual toda persona en uso de sus facultades mentales puede manifestar su voluntad y determinar, de existir opciones presentadas por un profesional de la salud, la opción médica que le sea más favorable, conforme a su criterio personal.

Por ejemplo, esto se manifiesta desde algo tan simple como la elección que toma cada paciente que decide no consumir un jarabe para la tos, sino optar por ingerir pastillas. También, cuando una persona prefiera medicamentos de algún laboratorio en particular en vez de genéricos. Bajo el contexto actual de pandemia, las personas tienen la libertad de elegir vacunarse o no. Además, un elemento matriz de esta libertad es el poder manifestar en qué laboratorios confían y en cuáles no, considerando la posibilidad de que las vacunas contra el COVID-19 puedan generar algún efecto secundario en sus sistemas inmunológicos.

El Estado no puede obligar a nadie a vacunarse ni tampoco forzar a las personas a aplicarse la vacuna de algún laboratorio en específico, toda vez que ello implicaría la vulneración del derecho que tiene cada uno de decidir sobre su cuerpo; un ámbito de intersección de relevancia *ius* fundamental entre el derecho a la salud y el derecho a la libertad individual. Por ello, a pesar del impacto negativo ocasionado por el COVID-19, las leyes que versan sobre la vacunación contra el coronavirus precisan el carácter facultativo de la inmunización, esto es, la decisión de vacunarse depende de cada uno.

Por otro lado, existen libertades de índole sexual y reproductiva, las cuales son personalísimas. Con respecto a las libertades sexuales, las personas pueden tomar decisiones con respecto a los métodos anticonceptivos que sean de su preferencia: preservativo, anillo hormonal, implante, parche anticonceptivo, entre otros.

Además, con respecto a las libertades reproductivas, el ejercicio de estos derechos, por ejemplo, facultan a las mujeres embarazadas a decidir si optan por un parto natural o por una operación de cesárea. Inclusive, si desean que el parto se lleve a cabo en una clínica, con todo el soporte médico

detrás, o en la comodidad de su propio hogar, con el soporte de una profesional especializada.

Conforme lo expuesto, el derecho a la salud es de gran trascendencia para el desarrollo humano. La pandemia causada por el COVID-19 significó no solo una amenaza inminente al derecho a la salud de todas las personas del planeta, sino que, como consecuencia de esta, se vulneró el derecho a la salud de diversas personas. Aunque la cuarentena, también denominada confinamiento o aislamiento obligatorio, fue una medida necesaria a tomar al inicio del brote y expansión masiva del virus, en marzo del 2020, también significó la paralización de diversas actividades, incluyendo las del sector salud no relacionadas al COVID-19.

En ese sentido, cesó el tratamiento de diversas personas que se encontraban aquejadas por enfermedades no letales o que, en aquel momento, no ponían en riesgo su vida. La atención médica no urgente fue suspendida como medida preventiva ante el avance del COVID-19, pero ello significó una vulneración al derecho a la salud de las personas, pues se les impedía el goce máximo de salud, inclusive ciertas condiciones médicas empeoraron o se agravaron por permanecer sin tratamiento durante el periodo prolongado que duró la cuarentena.

Por consiguiente, emergió un contexto en el que los Estados no solo debían combatir la pandemia para proteger la salud de sus ciudadanos del coronavirus, sino que requerían tomar medidas para poder mantener a las personas protegidas y reestablecer las otras atenciones y consultas de salud. Todos los Estados están obligados a velar por el derecho a la salud de las personas a través de normas, políticas públicas y decisiones de la judicatura.

Además, considerando que el deterioro severo de la salud de una persona puede llegar a costarle su vida, no hay duda de que el Estado detenta la gran obligación de comprometerse al fortalecimiento de su sistema de atención de salud y garantizar a la población el acceso a este. Es más, tiene el deber de ofrecer a todas las personas las mismas oportunidades para alcanzar y disfrutar del grado máximo de salud posible. Cabe resaltar que estas obligaciones son vinculantes para todo Estado, por cuanto el derecho a la salud se encuentra reconocido y desarrollado a lo largo de los diversos tratados internacionales de derechos humanos.

Inclusive, Víctor Abramovich y Christian Courtis manifiestan, en uno de sus más emblemáticos ensayos, que, "cuando los Estados adoptan un tratado internacional de derechos humanos, no solo quedan obligados por su texto, sino también por las interpretaciones que de ese texto realizan los órganos de contralor establecidos por el propio tratado" (2004, p. 16).

El derecho a la salud, al igual que los demás derechos humanos, obliga a los Estados a seguir tres tipos de obligaciones; (i) respetar, (ii) proteger y (iii) cumplir. Según la Defensoría del Pueblo de Colombia,

> la obligación de respetar supone que los Estados Partes deben abstenerse de obstaculizar directa o indirectamente el disfrute del derecho a la salud, la obligación de proteger implica que se adopten medidas para impedir que terceros obstaculicen o interfieran en el disfrute del derecho a la salud, y la obligación de cumplir exige que se adopten medidas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario judicial o de otra índole para la plena efectividad del derecho a la salud (Parra Vera, 2003, pp. 51-52).

Es importante mencionar que el instrumento internacional de derechos humanos más trascendental en materia de derechos sociales y, específicamente, con respecto al derecho a la salud, es el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, PIDESC). El artículo 12 del referido pacto aporta lo siguiente:

> 1. Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.
> 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Parte en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:
> a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;
> b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;
> c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;
> d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia y servicios médicos en caso de enfermedad (1966).

Entonces, es a través del PIDESC que surge un compromiso de los Estados de adoptar las medidas necesarias para alcanzar la plena efectividad del derecho a la salud en los diversos ámbitos de la administración pública. Estas son obligaciones internacionales que deben ser atendidas a pesar

de que haya culminado el periodo gubernamental del mandatario que impulsó la adhesión al tratado.

Asimismo, Eloy Espinosa-Saldaña Barrera y Alberto Cruces Burga sostienen que

> se consagra la obligación de adoptar providencias para la efectividad de derechos sociales, obligación sujeta al principio de progresividad y que se efectúa de acuerdo a los recursos disponibles. Estas obligaciones se refuerzan en el Protocolo de San Salvador, que también exige explícitamente adoptar medidas internas –sean legislativas o no– para la protección de los DESC (2015, p. 108).

En el ámbito legislativo, estas obligaciones internacionales se manifiestan con la elaboración, aprobación y promulgación de diversas normas que van en concordancia con el espíritu del tratado que es el de garantizar el derecho a la salud. Ello va desde la implementación de marcos normativos como una Ley de Salud Mental hasta normas más específicas orientadas a garantizar el acceso a los tratamientos y medicinas de sectores vulnerables, por ejemplo, el de los pacientes oncológicos a través de la Ley Nacional del Cáncer. Además de otras normas, como las que versan sobre anemia, cannabis medicinal, acceso a medicamentos genéricos, entre otras.

Por otro lado, en el ámbito del Poder Ejecutivo, se elaboran e implementan políticas públicas orientadas a la promoción del derecho a la salud, el acceso a tratamientos de salud a la población con especial énfasis en las diversas minorías étnicas y culturales, las campañas de concientización sobre la vacunación, una política educativa que contemple educación sexual integral, así como garantizar a las mujeres acceso a información sobre salud femenina y reproductiva.

También, a través del fortalecimiento del Sistema de Salud se busca aumentar la cantidad de hospitales a nivel nacional, contar con la infraestructura adecuada y la tecnología necesaria para brindar un tratamiento oportuno, eficaz y de calidad a los pacientes (como, por ejemplo, dotar de un mayor número de camas UCI a los hospitales públicos para atender a los pacientes que padecen COVID-19), invertir en el talento humano a través de la capacitación constante a los médicos, implementar mecanismos de identificación y denuncia de actos de corrupción en el sector salud, entre otros.

Además, en el ámbito judicial, se fortalece la justiciabilidad[1] del derecho a la salud por la vía constitucional. Inclusive, el constitucionalista chileno Rodolfo Figueroa García-Huidobro sostiene que, "una supuesta justiciabilidad dificultosa no es una buena razón para privar al derecho a la salud de su estatus de derecho, pues todos los derechos pueden tener problemas de justiciabilidad dependiendo de las obligaciones de que se trate" (2013, p. 300).

Entonces, este fortalecimiento de la justiciabilidad del derecho a la salud es de carácter progresivo y se manifiesta desde el desarrollo jurisprudencial del derecho a la salud que los Tribunales Constitucionales y las Altas Cortes realizan a través de sus diversas sentencias, hasta fallos históricos de casos emblemáticos que permiten brindar una adecuada tutela a este derecho social.

Por ejemplo, tal es el caso de lo resuelto en la sentencia del Tribunal Constitucional del Perú recaída en el Expediente 02016-2004-PA/TC, en la cual se ordena que el Ministerio de Salud provea de medicamentos a un paciente que padece sida y garantice que le realicen los análisis correspondientes para identificar el estado actual de su salud. De esta forma, el Tribunal Constitucional obligó a que el Estado cumpla con sus obligaciones en materia de derechos humanos, al tener que velar por que el paciente reciba un tratamiento integral.

Asimismo, durante la pandemia ocasionada por el COVID-19, el Tribunal Constitucional del Perú, a través de la sentencia recaída en el Expediente 05436-2014-PHC/TC, declaró estado de cosas inconstitucional respecto del permanente y crítico hacinamiento de los establecimientos penitenciarios a nivel nacional, pues existen severas deficiencias en la capacidad de albergue, calidad de su infraestructura e instalaciones sanitarias, de seguridad, entre otras.

Por consiguiente, la sentencia permitió alertar sobre un hacinamiento en las cárceles y penales a nivel nacional que fue ignorado sistemáticamente, tanto por los diversos gobiernos como por los gobernantes. En adición a ello, alertaba que por la alta transmisibilidad del coronavirus, existía un inminente peligro de que los centros penitenciarios se tornen en focos de contagio por la imposibilidad de que haya distanciamiento social entre los reclusos debido a la sobrepoblación en las cárceles y prisiones a nivel nacional.

[1] Según la Real Academia de la Lengua Española (RAE), significa:

> Calidad de los derechos que los hace susceptibles de ser alegados y exigidos ante los tribunales de justicia y la Administración pública, aun a falta de norma jurídica expresa, a fin de evitar que su violación o desconocimiento sean utilizados como justificación para su no aplicación (2022).

En suma, el Estado tiene un rol de promotor, protector y defensor del derecho a la salud, tanto en su dimensión individual como en su dimensión colectiva. Al desatarse la pandemia ocasionada por el COVID-19, las naciones han ido aprendiendo sobre el virus progresivamente, así como aplicando diversas medidas sanitarias y optando por implementar aquellas cuya efectividad se encuentra científicamente comprobada.

Conforme el avance de la pandemia, han ido surgiendo nuevos retos y nuevas oportunidades para las administraciones públicas a lo largo del mundo. Ante aquel contexto, hay una responsabilidad de todo Estado, que se sustenta en sus obligaciones internacionales de respetar los derechos humanos, de no ser indiferente ante esta crisis sanitaria de carácter global y tomar acción.

III. EL PASAPORTE SANITARIO COMO MEDIDA SANITARIA ALREDEDOR DEL MUNDO: CHILE, FRANCIA, ESPAÑA Y PERÚ

Para salvaguardar la salud y la vida de las personas, diversos Estados han optado por implementar restricciones y medidas sanitarias dentro de las que destacan la cuarentena, el cierre de fronteras, los aforos reducidos en establecimientos, la obligatoriedad del uso de mascarilla en espacios cerrados, entre otras. No obstante, ante el avance de la vacunación a nivel mundial, las restricciones se han ido disipando en determinados territorios donde se ha detenido el avance del virus.

Según el profesor Cierco Seira,

> […] deviene en un rasgo común a los sistemas de vacunación recomendada el que se haga hincapié en la voluntariedad, en que la vacuna no se impone a nadie. Sin embargo, a fuerza de lucir este punto, se cae a veces en una cierta demagogia. De entrada, porque se resta valor a la recomendación y, por consiguiente, a la presencia de una voluntad y de un interés de los poderes públicos en que la vacunación sea masiva con vistas a preservar el interés general que la prevención colectiva atesora (2021, p. 1).

Por lo tanto, en mérito a la continuidad del COVID-19 en el mundo, la proliferación de sus variantes y la negativa, de un sector de la población, a recibir voluntariamente la vacuna (por cuestiones de conciencia, religión, prejuicios, desinformación, entre otras razones), se han implementado medidas para persuadir a esas personas de inocularse. La más polémica es, sin duda, el pasaporte sanitario.

El pasaporte sanitario es un documento físico o digital que acredita que el titular se encuentra inmunizado contra el COVID-19 con la cantidad completa de dosis, entonces puede viajar a otro país o región sin el peligro de que pueda transmitir el virus entre fronteras. A nivel local, sirve para acreditar que la persona puede ingresar a espacios cerrados sin el riesgo de que pueda exponer a otros al contagio del virus. Por ejemplo, lugares como restaurantes, gimnasios, clubes, centros comerciales, bares, entre otros.

Ante la reactivación de las economías y reapertura de fronteras, los Estados contemplaron diversas líneas de acción y estrategias para mitigar el impacto de una nueva ola de contagios y el avance de las variantes del COVID-19. Por ello, en mérito de preservar la salud de su población y en uso de su soberanía como Estado Constitucional, algunos países como Francia, España, Chile y Perú han aprobado y adoptado el pasaporte sanitario.

A. Chile

En relación con el derecho a la salud en Chile, este se encuentra consagrado en el inciso 9 del artículo 19 de la Constitución Política de la República de Chile y se denomina **derecho a la protección de la salud.** Los constitucionalistas chilenos Gonzalo García Pino, Pablo Contreras Vásquez y Victoria Martínez lo definen como "un derecho que la Constitución asegura a todas las personas sobre medicina preventiva y curativa permitiendo el acceso libre e igualitario a acciones de protección, promoción y recuperación de la salud, así como de rehabilitación del individuo" (2016, p. 301).

Según el Ministerio de Salud de Chile, el pasaporte sanitario COVID-19, también llamado pase de movilidad, es

> un documento que se entrega a todas las personas provenientes del extranjero y aquellas que circulan por el territorio nacional (viajes interregionales), e ingresan a alguna zona con Aduana Sanitaria por vía terrestre, aérea o marítima. Y, para obtener el pasaporte sanitario COVID-19 las personas deben presentar o completar una declaración jurada, además de someterse a un control de temperatura y responder las preguntas de la autoridad sanitaria (2022, ...).

Inclusive, antes de viajar a Chile, los extranjeros deben acreditar ante la autoridad sanitaria la culminación del esquema de vacunación a través de un documento público que es enviado mediante internet. Luego de un plazo aproximado de 2 semanas, esta vacunación es homologada por el Ministerio de Salud de Chile y se genera un pase de movilidad habilitado para que el extranjero pueda desplazarse hacia y dentro del territorio chileno.

Eventualmente, los colectivos antivacunas han solicitado a la judicatura para que se deje sin efecto el decreto emitido por la autoridad sanitaria que establece el pasaporte sanitario en Chile. En mérito a ello, desde el 2021 se han presentado distintos recursos de protección. Sobre el particular, cabe mencionar que el recurso de protección es un proceso constitucional consagrado en el artículo 20 de la Constitución de Chile y se presenta ante el Poder Judicial cuando se ha infringido un derecho o garantía fundamental contemplado en la Constitución o en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

En otras palabras, este proceso constitucional se encuentra destinado a amparar el legítimo ejercicio de los derechos constitucionales, reconocidos en el artículo 19 de la Constitución. Con respecto al recurso de protección, la profesora Priscila Machado Martins destaca que, "establece un rol especial y nuevo de la Corte Suprema a preservar los derechos fundamentales y de dar coherencia y unidad a los criterios de decisión de los tribunales del país" (2020, p. 316).

En ese sentido, en octubre del 2021, se elevó ante la Corte Suprema de Chile un recurso de protección donde se cuestionaba la constitucionalidad de las restricciones sanitarias dictadas por el gobierno y, especialmente, lo referente a la limitación al derecho a la libertad de tránsito a los no vacunados a través del requerimiento del pasaporte sanitario para el ingreso a lugares públicos. En la sentencia recaída en la causa Rol 78.839-2021, la Corte Suprema de Justicia de Chile ratificó la constitucionalidad del pasaporte sanitario y precisó que "las restricciones que deben soportar los recurrentes por no vacunarse no resultan desproporcionadas ni poco razonables, ya que el bienestar de la colectividad debe privilegiarse por sobre el interés individual de los actores" (2021).

En un caso similar, en diciembre del 2021, la ciudadana Ana María Rojas presentó un recurso de protección contra las decisiones adoptadas por el Ministro de Salud en el marco de la lucha de la pandemia, con énfasis en el pasaporte sanitario. Inclusive, la demandante argumentó que este pase de movilidad discrimina arbitrariamente a las personas, además de ser una medida inconstitucional, ilegal y que afecta garantías constitucionales.

Al respecto, la Corte de Apelaciones de Puerto Montt rechazó el recurso de protección interpuesto por la señora Ana María Rojas, y a través de la sentencia de Rol 1.223-2021 justificó su decisión indicando lo siguiente: "[…] se trata de restricciones a derechos individuales justificables por la necesidad de resguardar la salud pública" (2021, fundamento 7). Posteriormente, la Corte Suprema de Justicia de Chile confirmó la sentencia apelada.

B. Francia

Por otro lado, el Preámbulo de la Constitución francesa de 1946, vigente pese a que su articulado fue derogado por la Constitución de 1958, otorga reconocimiento constitucional al derecho a la protección de la salud. En esta se establece que "[l]a Nación garantiza a todos, especialmente a los niños, a las madres, y a los trabajadores ancianos, la protección de la salud, la seguridad material, el descanso y el ocio".

En Francia, el pasaporte sanitario o *passe sanitaire* consiste en la presentación de una prueba sanitaria en formato digital (mediante la aplicación TousAntiCovid) o impreso. El cual puede dividirse en tipos: (i) un certificado de vacunación que acredita que una persona se encuentra completamente vacunada; (ii) un certificado de resultado de test RT-PCR o antígeno negativo de menos de 72 horas; o (iii) un certificado de resultado de test RT-PCR o antígeno positivo que prueba que la persona se ha curado del COVID-19 desde más de 11 días, fechado de menos de 6 meses.

La Ley 2021-689 del 31 de mayo de 2021 relativa a la gestión del fin de la crisis sanitaria, norma que permite la existencia del pasaporte sanitario en Francia, ha sido aprobada por el Parlamento francés a inicios del año 2021 y se ha ido implementado en el territorio francés progresivamente, a partir del 9 de junio del 2021. El fin de esta medida es salvaguardar la salud pública, así como acompañar el proceso de reactivación económica y la reanudación de actividades en Francia.

Sobre el pasaporte sanitario, se le considera una exigencia para continuar con las actividades; anteponiéndose el bienestar de la población y su seguridad sanitaria. Inclusive, no solo sirve para la entrada a un país, sino que internamente este se exige para acceder a diversos lugares, con la excepción de instituciones de educación superior, ya que no desean que sea un obstáculo que perjudique a jóvenes estudiantes, ni que vulnere su derecho a la educación.

Cabe destacar que, el Consejo Constitucional de Francia ratificó la constitucionalidad del pasaporte sanitario o *passe sanitaire*. La máxima autoridad constitucional de ese país hizo especial énfasis en que, aunque impacta en las libertades de reunión y tránsito, esta medida se adopta con el propósito de prevenir la propagación del COVID-19. Por consiguiente, constata que las restricciones aplican a lugares de mayor circulación; susceptibles de ge-

nerar un mayor riesgo de contagio. Además, precisa que no se restringe el acceso a actividades de índole política ni religiosa.

En ese sentido, a través de la Decisión 2021-824 DC, del 5 de agosto del 2021, que analiza la Ley 2021-689 del 31 de mayo de 2021 relativa a la gestión del fin de la crisis sanitaria, el Consejo Constitucional de Francia argumentó que

> el legislador consideró que, a la luz de los conocimientos científicos de cuales dispone en la actualidad, los riesgos de circulación del virus COVID-19 se reducen considerablemente entre personas que han sido vacunadas, recuperadas o que acaban de someterse a una prueba con resultado negativo. Al adoptar las disposiciones cuestionadas, el legislador buscó permitir que los poderes públicos tomaran medidas para limitar la propagación de la epidemia de COVID-19. Como tal, el legislador ha perseguido el objetivo de valor constitucional de la protección de la salud (2021, fundamento 38).

Con respecto al extremo de la norma que establece que se ponga fin a los contratos de trabajo sujetos a plazo fijo de quienes no presenten pasaporte sanitario, este sí fue declarado inconstitucional al vulnerar el derecho a la igualdad de los trabajadores por ser un trato desigual y discriminatorio. También, al constituir una vulneración al derecho a la libertad personal, se declaró inconstitucional el extremo de la norma que establece que, cualquier persona que sea notificada que ha resultado positiva al COVID-19, debe aislarse obligatoriamente en su domicilio por un periodo de 10 días, bajo sanción penal.

Adicional a ello, del análisis que realiza el Consejo Constitucional de Francia en la Decisión 2021-824 DC, destaca lo siguiente:

> Las disposiciones controvertidas establecen que las obligaciones impuestas al público podrán cumplirse mediante la presentación de prueba del estado de vacunación, los resultados de una prueba de detección viral que no muestre infección o un certificado de recuperación de la infección. Por tanto, estas disposiciones no introducen, en ningún caso, la obligación de vacunarse […] (2021, fundamento 44).

En suma, aunque dos extremos de la norma fueron declarados inconstitucionales, la esencia principal de esta ley se mantiene y, más aún, el Consejo Constitucional de Francia ratificó la constitucionalidad del pasaporte sanitario como medida gubernamental para luchar contra la pandemia. Además, la máxima autoridad constitucional en Francia destaca la temporalidad de la medida sanitaria al estar prevista solo hasta el 15 de noviembre del 2021 y prorrogable solo en caso la situación de emergencia sanitaria prevalezca.

C. España

Por otro lado, desde el 1 de julio del 2021 la Unión Europea adoptó un sistema de control de pasaporte sanitario a nivel de continente, el cual tiene como finalidad proteger a la población de los países europeos del virus. El pasaporte sanitario europeo, denominado 'Certificado COVID Digital de la Unión Europea', busca homogenizar los documentos que expidan los diversos países que integran la Unión Europea. En estos se incluyen los datos de la persona, el nombre de la vacuna aplicada y el emisor del certificado.

Con respecto a los datos personales, estos comprenden el nombre de la persona, su documento de identidad, fecha de nacimiento y sexo. Con respecto a los datos sobre la vacuna, se busca garantizar su seguimiento al consignar el nombre genérico del fármaco inoculado, su nombre comercial, el número de dosis administradas, así como las fechas de administración pasadas y futuras de la vacuna. Además, sobre los datos del emisor, indicaría quién fue el profesional sanitario a cargo, así como el país y el centro responsable de la vacunación.

Es importante mencionar que el derecho de la protección a la salud se encuentra reconocido en el artículo 43 de la Constitución española de 1978. Al respecto, la referida norma señala que "[c]ompete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto".

Entonces, en mérito al mandato constitucional de tutelar la salud pública a través de medidas preventivas, desde fines de julio del 2021 en España el pasaporte sanitario digital empleado por la Unión Europea también es solicitado dentro de su territorio como mecanismo que habilita el acceso a ciertos locales. Por ejemplo, para acceder al interior de locales de hostelería en municipios con mayor incidencia de COVID-19 en la región española de Galicia, también en locales de ocio como teatros, bares y cines. El propósito de dicha medida es disminuir la tasa de los contagios y, en consecuencia, salvaguardar la salud de la población. Esta situación, por cierto, generó una controversia que fue dilucidada a través de la sentencia 1112/2021 del Tribunal Supremo de España, que se analizará en párrafos posteriores.

Asimismo, el profesor español Germán Teruel considera que "en relación con la protección de la

salud pública existe una legislación sectorial que apodera a las autoridades sanitarias competentes para adoptar las medidas necesarias para enfrentarse a una epidemia" (2021, p. 26). Por lo tanto, el sustento legal de las autoridades sanitarias españolas para implementar medidas restrictivas, como la exigibilidad del pasaporte sanitario digital para el ingreso a lugares públicos, es la Ley de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública.

Recientemente, el Tribunal Supremo de España ratificó la legalidad, e indirectamente la constitucionalidad, de la decisión gubernamental referida a exigir el pasaporte sanitario en los bares y discotecas de Galicia. El criterio de la judicatura es similar a los estándares internacionales de derechos humanos que descartan la existencia de derechos absolutos; y, por el contrario, indican que estos son limitados, en la medida que requieran de la coexistencia armoniosa con los demás derechos de las personas.

Al respecto, el referido Tribunal estableció lo siguiente a través de la sentencia 1112/2021:

> Concurre una justificación objetiva y razonable para permitir o no el acceso al correspondiente establecimiento, según se haya cumplido tal exigencia, pues se trata de la protección de la salud y la vida de las personas, mediante una medida de evita o restringe la propagación de la pandemia. Teniendo en cuenta, que tales diferencias de trato para ser discriminatorias deben carecer de esa justificación objetiva y razonable, de acuerdo con criterios jurídicos atendibles, al basarse en razones que resulten jurídicamente relevantes, como es el caso cuando las situaciones comparables no resultan homogéneas por sus graves efectos respecto de la salvaguarda del derecho a la vida, a la integridad física y a la protección de la salud (2021, pp. 16-17).

D. Perú

Dentro de la casuística explorada en esta sección del presente artículo, el caso peruano resalta por ser el que tardó más tiempo en asegurar la adquisición de las vacunas. Por ello, la toma de medidas sanitarias que tienen como eje a la vacunación contra el COVID-19, como la implementación de un pasaporte sanitario, se dio mucho después que en países como Francia, España y Chile. Así pues, una medida sanitaria de tal magnitud no puede ser implementada hasta que el Estado asegure la disponibilidad y accesibilidad de vacunas necesarias para inocular completamente a toda su población.

En diciembre del 2021, el gobierno peruano aprobó el Decreto Supremo 179-2021-PCM (en adelante, el Decreto Supremo) que modificó el Decreto Supremo 184-2020-PCM; así, se ordenó que:

> Los peruanos, extranjeros residentes y extranjeros no residentes de 12 años a más cuyo destino final sea el territorio nacional, en calidad de pasajeros e independientemente del país de procedencia, deben acreditar el haber completado, en el Perú y/o el extranjero, su esquema de vacunación contra la COVID-19, catorce (14) días antes de abordar en su punto de origen (2021, art. 8 numeral 7).

Por consiguiente, este Decreto Supremo fue el instrumento normativo bajo el cual se implementó el pasaporte sanitario en el Perú. En ejercicio de su soberanía y persiguiendo el fin constitucionalmente valioso de la protección de la salud pública, el Estado peruano ordenó que todo aquel pasajero cuyo destino sea el Perú acredite haber recibido las vacunas contra el COVID-19 y, con ello, se limite el ingreso a los no vacunados y a quienes padecen actualmente de COVID-19.

En esa línea, en su artículo 14 numeral 6, el Decreto Supremo estableció que:

> A partir del 10 de diciembre de 2021, en los cuatro (4) niveles de alerta, los mayores de 18 años que deseen ingresar a los locales donde se desarrollan las actividades económicas y de culto que se brindan en los espacios cerrados identificados en el numeral 14.2 del presente artículo, tienen que presentar su carné físico o virtual que acredite haber completado, en el Perú y/o el extranjero, su esquema de vacunación contra la COVID-19 (2021).

En consecuencia, en este extremo del Decreto Supremo también se siguió el modelo europeo y chileno en los cuales el pasaporte sanitario es solicitado al interior del territorio nacional como requisito para ingresar a diversos locales como centros comerciales, cines, restaurantes, casinos, peluquerías, iglesias, museos, clubes, gimnasios, teatros, entre otros lugares. Quien, en ejercicio de su derecho a la libertad individual, no desee vacunarse tendrá como consecuencia directa que se le impida su ingreso a estos locales cerrados. Ello debido a que con esta medida sanitaria se busca detener los contagios de COVID-19 y proteger el derecho a la salud en su dimensión colectiva (la salud pública).

En ese sentido, es importante la sentencia del Tribunal Constitucional del Perú recaída en el Expediente 00011-2002-AI/TC que señala que:

> Tanto el derecho a la seguridad social como el derecho a la protección de la salud forman

> parte de aquellos derechos fundamentales sociales de preceptividad diferida, prestacionales, o también denominados progresivos o programáticos, positivizados orgánicamente por primera vez en la Constitución de Weimar de 1919. La *ratio* de dichas denominaciones estriba en que no se trata de derechos autoaplicativos; su vigencia y exigibilidad requiere de una participación protagónica del Estado en su desarrollo (2002, fundamento 9).

Esta participación protagónica del Estado en la protección del derecho a la salud se manifiesta en la actualidad –en el marco de la pandemia mundial ocasionada por el COVID-19– a través de la implementación de medidas sanitarias como el pasaporte sanitario y la constitución de la vacunación contra el COVID-19 como política pública de Estado en materia de salud. De hecho, las experiencias internacionales de lucha contra la pandemia evidentemente han inspirado la respuesta gubernamental de las autoridades peruanas frente al coronavirus.

Si bien hasta inicios del 2022 en el Perú no se ha cuestionado la constitucionalidad del pasaporte sanitario, ni se han dictado sentencias en las que el Ministerio de Salud haya sido demandado por la implementación de la medida referida a la obligatoriedad del carnet de vacunación para ingresar a espacios públicos, lo cierto es que, históricamente, el Tribunal Constitucional del Perú ha velado por proteger el derecho a la salud a través de sus sentencias. Por ello, tomando en consideración el criterio jurisprudencial del Tribunal Constitucional del Perú, de presentarse una causa similar a las de Francia, España o Chile, lo más probable es que, luego de la aplicación del test de proporcionalidad, la demanda sea declarada infundada.

IV. ¿EL PASAPORTE SANITARIO ES CONSTITUCIONAL O INCONSTITUCIONAL?

Si bien lo expuesto anteriormente desarrolla lo referente a la constitucionalidad del pasaporte sanitario desde la óptica del derecho constitucional francés, el derecho constitucional español y el derecho constitucional chileno, esta es una medida sanitaria que está siendo adoptada por diversos países. Por ello, también es relevante realizar un análisis, a profundidad, sobre si el pasaporte sanitario es constitucional o no, desde la óptica de la teoría general del derecho constitucional, el cual traspasa las barreras de los cánones constitucionales de un territorio u otro.

Es importante mencionar que este análisis no versa sobre la constitucionalidad de una norma en específico, sino que gira en torno a si el pasaporte sanitario, como medida sanitaria que traza ciertos límites al ejercicio de algunos derechos humanos, es constitucional o no. En otras palabras, la materia de análisis consiste en determinar si es que el pasaporte sanitario vulnera algún derecho humano, consagrado en toda Constitución alrededor del mundo, como lo es el derecho a la libertad de tránsito, de forma desproporcionada y sin justificación razonable.

En mérito a ello, es importante precisar que esta medida sanitaria, cuya consecuencia directa es generar un tratamiento jurídico diferente de un grupo de personas respecto a otras, debe super un test de proporcionalidad, también denominado triple test de validez. Como primer ámbito, hay que establecer si esta medida diferenciadora que se ha adoptado es idónea y, antes que todo, si persigue fines constitucionalmente valiosos.

A través del pasaporte sanitario, lo que se busca es distinguir a quienes están vacunados de los que no, así como identificar a quienes se encuentran libres de coronavirus de aquellos que no lo están. De esta forma, y anteponiendo la salud y la vida de la colectividad, se logra acreditar la condición actual de la persona y ello les permitiría el pleno ejercicio de sus derechos de libertad de tránsito e, inclusive, de trabajo, puesto que hay algunas labores como, por ejemplo, la docencia en clases presenciales o semipresenciales, que tienen como requisito que la persona se haya vacunado contra el COVID-19.

Por ende, conforme vaya avanzando el proceso de vacunación y por razones de salud pública, quiénes no estén vacunados tendrán ciertas restricciones de movilidad y del ejercicio profesional. En otras palabras, sus derechos a la libertad de tránsito y trabajo se verían limitados por una medida gubernamental como el pasaporte sanitario, donde, en el marco de un contexto de reactivación económica, se favorece a quienes han sido inoculados. Asimismo, las fronteras se mantienen cerradas para aquellos que no puedan acreditar que han sido vacunados con las dos dosis necesarias o una, en caso sea la vacuna de Johnson & Johnson. Adicionalmente, que hayan recibido las dosis de refuerzo correspondientes.

En mérito al cierre de fronteras a las personas no vacunadas, es importante afirmar que aquella decisión se sustenta en la soberanía que posee todo Estado. Según el profesor Jordi de San Eugenio, "la soberanía del Estado se ejerce mediante el derecho que cualquier Estado desarrolla en lo relacionado con la gestión de sus límites administrativos implementada con absoluta preeminencia sobre cualquier agente o ente externo. Representa, en definitiva, la máxima expresión del Estado-nación" (2013, p. 147).

Con respecto a la incidencia que posee en los derechos de las personas, en el marco de una emergencia sanitaria, ciertos derechos ya se encuentran restringidos, el pasaporte sanitario más bien habilita que se levante las restricciones para algunos, quienes han recibido la vacuna contra el COVID-19. Y, en ambos casos, ello no implica que las personas se encuentren ante una situación arbitraria o irracional, pues, como se ha establecido tanto doctrinaria como jurisprudencialmente, los derechos no son absolutos.

Al respecto de la discusión sobre si los derechos son absolutos o limitados, el Tribunal Constitucional peruano en la sentencia recaída en el Expediente 05312-2011-PA/TC precisa que "los derechos no son absolutos sino limitados. Se deben a la exigencia de armonizar su ejercicio con otros derechos de la misma naturaleza o con otros bienes y principios igualmente reconocidos o establecidos por la Ley Fundamental" (2014, fundamento 17).

En relación con lo anterior, el Tribunal Supremo de España, en la sentencia 1112/2021, desarrolla jurisprudencialmente lo siguiente:

> Sabido es que los derechos fundamentales, como cualquier derecho subjetivo, no son absolutos ni ilimitados, como viene declarando el Tribunal Constitucional desde la STC 11/1981, 8 de abril, y ello no sólo por los límites específicos que fija la propia Constitución cuando reconoce algunos de estos derechos y por el respeto a su contenido esencial, sino porque la limitación resulta precisa para permitir su pacífica coexistencia con los demás derechos fundamentales y con los bienes constitucionalmente protegidos que se traducen, en este caso, en una potente presencia del derecho a la vida y a la integridad física, y a la defensa y protección de la salud de los ciudadanos (2021, p. 15).

Por ello, sí se encuentra dentro del marco de lo constitucionalmente posible limitar o restringir el ejercicio de ciertos derechos en mérito de la emergencia sanitaria ocasionada por el COVID-19. Por ejemplo, una medida más drástica y limitante, pero que en su momento inicial fue necesaria, es la cuarentena o aislamiento obligatorio. Aunque el pasaporte sanitario limita el ejercicio de ciertos derechos, es una medida menos restrictiva que la cuarentena.

Lo que se busca específicamente es incentivar que las personas acudan a vacunarse. Primero se inició con la promoción de la vacunación y, ahora, los Estados han realizado una transición a la siguiente fase que es persuadir a las personas a vacunarse. La mejor persuasión gira en torno a ofrecer una alternativa a una mejor vida; no solo se protegen del coronavirus, sino que se levantan las restricciones para ellos. Después de todo, el propósito de estas restricciones siempre fue velar por la salud pública y la vida de las personas.

Al respecto, el constitucionalista español Fernando Pérez Domínguez sostiene que, "levantar restricciones de derechos para quienes no hay ya justificación, reactivar la economía y velar por la salud pública son, en principio, y a falta de una definición más precisa de la medida, finalidades legítimas atribuibles a la idea del pasaporte COVID" (2021, p. 259).

Por otro lado, como parte del análisis constitucional, es importante comprobar si la medida materia de cuestionamiento es idónea o adecuada al fin perseguido. Es esta vertiente del test de proporcionalidad en el que el pasaporte sanitario supera ampliamente el requisito de idoneidad. Ello, en mérito de que la forma más idónea y eficaz de que la sociedad pueda vencer al coronavirus gira en torno a que las personas dejen de lado sus prejuicios y teorías conspirativas, para depositar su confianza en la ciencia moderna y, con ello, vacunarse.

Cabe destacar que las vacunas no contienen la cura contra el COVID-19; quien se inocula no está exento de contraer el virus. No obstante, el vacunarse ayuda a que las personas se protejan a sí mismas fortaleciendo su sistema inmunológico; contribuye a reducir el contagio y, de contagiarse, atenúa el efecto de los síntomas más graves que causen un problema de salud a largo plazo. Inclusive, cuando se logra que el 80 o 90% del país se vacune, se detienen los contagios y el avance del virus en el territorio (MU Health Care, s.f.).

Entonces, el pasaporte sanitario o *passe sanitaire* es una medida sanitaria que busca desencadenar un aumento masivo del número de vacunados en un territorio. Ello en mérito de que se orienta a propiciar que más personas decidan vacunarse. Por ende, persigue un fin constitucionalmente valioso; la protección del derecho a la salud en su dimensión colectiva, en otras palabras, la salud pública de toda una nación.

En segundo lugar, sobre el principio de necesidad, el máximo exponente de la argumentación jurídica, Robert Alexy, indica que "se refiere a la optimización relativa a las posibilidades fácticas que consiste en evitar los costos evitables. Los costos, sin embargo, son inevitables cuando los principios colisionan. Entonces, la ponderación se hace necesaria" (2019, p. 337).

Por lo tanto, lo que el Estado busca es proteger a la población del COVID-19, evitar que el virus se propague, que la población se contagie y que mueran como consecuencia de esta enfermedad. A pesar de que la ciencia moderna ha desarrollado una vacuna efectiva para proteger a la población contra el COVID-19, la pandemia continúa, mantiene su avance y el coronavirus sigue mutando en diversas variantes. Entonces, prevalece la necesidad de proteger a la población, en mérito del fin constitucionalmente valioso de la protección de la salud pública.

La implementación del pasaporte sanitario para el ingreso por la frontera y, a nivel nacional, para el ingreso a locales públicos cerrados, es una medida sanitaria que ha sido diseñada e implementada para atender aquel fin de proteger a la población del COVID-19. El principio de necesidad implica analizar posibles alternativas a tomar para alcanzar el mismo fin, y optar por aquella que sea menos gravosa para los derechos humanos. Una alternativa posible y que se empleó a inicios de la pandemia es decretar cuarentena nacional obligatoria hasta que acabe la pandemia o el COVID-19 desaparezca.

Evidentemente, la decisión gubernamental de decretar nuevamente una cuarentena nacional obligatoria contraviene el triple test de validez o proporcionalidad, ya que esta es una medida más gravosa para los derechos humanos de la población, que la implementación del pasaporte sanitario. En la actualidad, se cuentan con vacunas contra el COVID-19 y está científicamente comprobado que estas protegen a la población de los efectos más nocivos y letales del virus, así como dificulta la transmisibilidad del virus. Por ende, al ser una medida menos gravosa y menos lesiva para los derechos de la población, el pasaporte sanitario también supera el requisito de necesidad.

Por otro lado, el pasaporte sanitario, al suponer un trato jurídico diferenciado, tiene como característica imperativa que sus efectos o el resultado que genera sea proporcional de forma que se compense la vulneración o limitación de derechos que este ocasiona. Es debido a ello que corresponde hacer el último análisis del test de proporcionalidad o triple validez; la proporcionalidad en sentido estricto.

Sobre la proporcionalidad en sentido estricto, el ilustre jurista alemán Robert Alexy, señala que,

> se refiere a la optimización respecto de las posibilidades normativas. Las posibilidades normativas vienen definidas, fundamentalmente, por la concurrencia de otros principios; de modo que el tercer subprincipio podría formularse mediante la siguiente regla: Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro. Esta regla puede denominarse: ley de la ponderación (2004, p. 62).

Por consiguiente, debe realizarse el test de proporcionalidad para solucionar este conflicto entre derechos que genera, alrededor del mundo, el pasaporte sanitario. Esta ponderación evoca a la balanza de la justicia, donde se considera las circunstancias del caso a decidir –una pandemia mundial ocasionada por el COVID-19– y se le otorga un peso a cada uno de los derechos en conflicto. La balanza se inclina a favor de la solución que contenga aquel principio o derecho de mayor peso, en el marco de un caso en concreto.

Entonces, corresponde enumerar los derechos en conflicto y desarrollar en qué forma se ven afectados por el pasaporte sanitario. En primer lugar, hay una incidencia en el derecho a la libertad individual, debido a que las limitaciones que traza el pasaporte sanitario pueden ser un medio que, indirectamente, obligue a personas a vacunarse, puesto que de no existir dicho pasaporte no lo harían. Así, se ven forzados a vacunarse al no querer padecer las restricciones legales que implica no estar inmunizados contra el COVID-19. Aunque esta sea una forma de persuasión severa que puede significar que otros decidan vacunarse para que sus derechos no sigan siendo limitados por medidas sanitarias más severas, lo cierto es que prevalece el derecho a la salud frente al derecho a la libertad individual en el caso concreto.

Para los profesores Marcial Rubio Correa, Francisco Eguiguren Praeli y Enrique Bernales Ballesteros;

> la libertad individual tiene que ver con la realización y la integralidad de cada ser humano en el sentido en que solo siguiendo sus propios designios, cada persona se realizará mejor en el mundo. La libertad es un atributo inherente al ser humano por su sola condición de tal. Lo hace elegir entre diferentes posibilidades y lo convierte en responsable de lo que elige y de lo que deja de lado (2017, p. 651).

En esa línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado los alcances del derecho a la libertad individual en el caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez Vs. Ecuador:

> [Es] la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones (2007, fundamento 52).

En segundo lugar, hay una incidencia en el derecho a la libertad de tránsito de aquellas personas que desean ingresar a un país por vía terrestre o aérea y se ven impedidos de hacerlo por la barrera que les impone el pasaporte sanitario: haberse vacunado contra el COVID-19. Si bien es una decisión de política migratoria que una nación establece en mérito de la soberanía que ejerce sobre su territorio, incide en el derecho a la libertad de tránsito de otras personas. También, se afecta el derecho a la libertad de tránsito cuándo a las personas se les niega el ingreso a lugares públicos cerrados (bares, cines, restaurantes, gimnasios, entre otros) por no presentar el pasaporte sanitario que acredite haber recibido las dosis de la vacuna del COVID-19 o, en otras palabras, no haber completado el esquema de vacunación contra el COVID-19.

Cabe destacar que el Tribunal Constitucional peruano, en la sentencia recaída en el Expediente 02876-2005-PHC/TC, ha señalado que la facultad de libre tránsito comporta:

> el ejercicio del atributo de *ius movendi et ambulandi.* Es decir, supone la posibilidad de desplazarse autodeterminativamente en función a las propias necesidades y aspiraciones personales, a lo largo y ancho del territorio, así como a ingresar o salir de él cuando así se desee (2005, fundamento 11).

No obstante, el supremo intérprete de la Constitución peruana también ha indicado que es posible trazar límites a este derecho. De acuerdo con la sentencia recaída en el Expediente 04083-2015-PHC/TC:

> El derecho al libre tránsito es un elemento conformante de la libertad y una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona […]. Como todo derecho fundamental, la libertad de tránsito no es un derecho absoluto, ya que puede y debe ser limitado, por diversas razones" (2017, fundamento 3).

En razón a lo expuesto, sí es posible afirmar que, con la debida fundamentación, la libertad de tránsito puede ser limitada. Considerando el actual contexto de pandemia, las condiciones están dadas para justificar dicha restricción, máxime si tenemos en cuenta que lo que se antepone es el derecho a la salud en su dimensión colectiva.

En tercer lugar, existe una incidencia en el derecho a la intimidad, en la medida que las personas se ven condicionadas a revelar la información privada y sensible relativa a su salud (registro de anteriores contagios por COVID-19, tratamientos realizados, cantidad de dosis inoculadas, nombres comerciales de las vacunas aplicadas, entre otros). De esta manera, se condiciona el pleno ejercicio de diversos derechos a la revelación de dicha información.

Sobre el particular, el profesor César Landa Arroyo señala que

> el derecho a la intimidad implica la posibilidad de controlar qué aspectos de nuestra privacidad o intimidad pueden ser objeto de conocimiento por parte de los demás, así como la forma en que la misma es expuesta y los límites de dicha exposición, ya que, en tanto los titulares del derecho, somos los autorizados a establecer qué se difunde o hace de conocimiento de terceros y qué no (2017, p. 89).

Es relevante resaltar que la implementación del pasaporte sanitario también tiene un impacto transversal sobre el derecho a la igualdad, toda vez que establece un trato diferenciado entre aquellos que se encuentran y no se encuentran vacunados. Sin embargo, no vulnera este derecho por cuanto no se trata de un trato discriminatorio, sino uno diferenciado que se sustenta sobre la base de factores objetivos y razonables.

Según el profesor Luis Huerta Guerrero,

> existen una serie de desigualdades en la sociedad, lo que obliga a adoptar medidas orientadas a lograr que el derecho a la igualdad no se agote en su reconocimiento formal (igualdad formal), sino que existan iguales oportunidades para el ejercicio de los derechos fundamentales por parte de todas las personas (igualdad material). Estas medidas pueden implicar un trato desigual, lo que no es considerado como una discriminación sino una diferenciación. Lo dicho hasta aquí puede ser sintetizado de la siguiente manera: El derecho a la igualdad implica el trato igual entre los iguales. La discriminación implica un trato desigual entre los iguales. La diferenciación implica un trato desigual entre los desiguales (2005, p. 308).

Adicional a ello, genera un impacto en el derecho a la salud, toda vez que hay personas que se someterán a recibir la vacuna principalmente para evitar la limitación de sus derechos y que, por voluntad propia, no lo harían. En esa línea, las personas que se vean inducidas a vacunarse también se expondrán a la posibilidad de padecer algún efecto secundario nocivo o alguna incompatibilidad de sus sistemas inmunológicos con el compuesto farmacéutico contenido en la vacuna.

En definitiva, la implementación y expedición de un pasaporte sanitario posee una incidencia directa y concreta en el contenido constitucionalmente

protegido de distintos derechos constitucionales, a la vez que en varios de los casos limita y restringe su ejercicio.

No obstante lo anterior, la implementación de un pasaporte sanitario se sustenta en una justificación razonable: (i) la pandemia que aqueja al mundo y (ii) la necesidad de proteger el derecho a la salud y a la vida. La letalidad del COVID-19 es una realidad que se acredita con las cifras de muertos a nivel mundial, la ciencia ha comprobado que solo la vacunación puede salvar a la humanidad de los efectos letales de esta enfermedad.

En mérito a lo anterior, en esta colisión entre derechos, la balanza se inclina a favor del fin constitucionalmente valioso de la protección de la salud por su estrecha relación con el derecho a la salud y el derecho a la vida de la sociedad. En efecto, no cabe duda que la protección de la salud tiene mayor peso, por cuanto una inacción por parte del Estado puede generar una pérdida irreparable como la muerte de un gran conjunto de personas.

Como medida sanitaria gubernamental, su naturaleza es temporal y extraordinaria; por ello, mientras sea precisa en sus alcances y no se le de un uso arbitrario ni abusivo, se puede afirmar que el pasaporte sanitario supera el test de proporcionalidad al haberse comprobado que es una medida idónea, necesaria y proporcional. Por lo tanto, como cumple con los parámetros de lo constitucionalmente posible, entonces es constitucional.

V. CONCLUSIONES

En conclusión, la pandemia causada por el COVID-19 será recordada en la historia de la humanidad como un periodo nefasto por la pérdida de vidas humanas, deterioro de la salud y vulneración de derechos humanos. La implementación de medidas restrictivas orientadas a combatir la expansión del COVID-19, pero carentes de sustento científico, evidenciaron la incapacidad de algunos gobiernos de realizar una gestión pública efectiva en tiempos de crisis sanitaria.

A pesar de ser una crisis mundial, los efectos de la pandemia han variado en cada territorio. Más allá de las medidas adoptadas por cada Estado para el manejo de la pandemia, aquel factor significativo y diferenciador ha sido los sistemas de salud. Países que han invertido en la tecnología, infraestructura y talento humano de sus hospitales públicos obtuvieron como resultado un impacto atenuado de la pandemia: menos muertos y más recuperados.

Por otro lado, en países como Perú los efectos de la pandemia fueron altamente nocivos, debido al deficiente estado del sistema de salud pública. La indiferencia sistemática a lo largo de los años, por parte de las diversas autoridades, conllevó a que el Perú no esté preparado para lidiar con dicha pandemia.

Es una obligación internacional en materia de derechos humanos que todo Estado garantice la protección del derecho a la salud de su población y ello inicia con el fortalecimiento del sistema de salud. Si hay una lección que rescatar, es que la clase política se haya dado cuenta de la importancia del derecho a la salud: que toda persona goce del mayor y mejor nivel de salud posible, en todos sus ámbitos (salud física y mental).

En la actualidad, el derecho a la salud es el eje articulador bajo el cual se enmarcan las principales acciones gubernamentales y de todo el Estado en su conjunto. Si bien la protección de la salud de la población siempre ha sido un fin constitucionalmente valioso, adquiere singular trascendencia bajo un contexto de pandemia. Por ello, se promulgan leyes y se implementan políticas públicas orientadas a mitigar el avance del COVID-19 y continuar con la vacunación, y se establecen restricciones y medidas sanitarias.

Sin embargo, como ha sido desarrollado en el presente texto, estas restricciones y medidas sanitarias adoptadas pueden generar conflictos entre derechos. Principalmente, entre el derecho a la salud y el derecho a la libertad individual. Según la constitucionalista argentina María Cristina Alé,

> el Estado es una institución que tiene que velar por los derechos fundamentales de todos, debe armonizar las situaciones que lleven a colisionar derechos fundamentales en su quehacer político a corto, mediano y a largo plazo. Si bien esta tarea es propia del poder judicial en su facultad de dirimir controversias, los tomadores de decisiones estatales deben hacer este ejercicio a través de la ponderación de derechos fundamentales en el ejercicio de las funciones de gobierno (2021, p. 396).

Por su incidencia en los derechos a la libertad individual, libertad de tránsito, igualdad, intimidad y salud, el pasaporte sanitario y sus símiles (pase de movilidad, certificado de vacunación, etc.) han recibido cuestionamientos por parte de colectivos antivacunas y otros sectores de la población. A pesar de ello, luego de un test de proporcionalidad, la constitucionalidad de dicha medida sanitaria ha sido ratificada en Europa, por altas cortes como el Consejo Constitucional de Francia. Si bien aún no se han presentado demandas de esta naturaleza ante la judicatura constitucional de países

latinoamericanos, lo más probable es que las altas cortes de la región también lleguen a la misma conclusión que sus símiles europeos.

Cabe resaltar que el análisis de constitucionalidad realizado en el presente artículo no se realizó desde la óptica del derecho constitucional peruano ni el francés, español o chileno, sino desde los estándares de derecho constitucional generales que comparten estos sistemas jurídicos en mérito a que consagran en sus constituciones al derecho a la salud, al derecho a la libertad individual y al derecho a la libertad de tránsito, así como contemplan mecanismos procesales para brindarles una adecuada tutela.

Entonces, afirmar que el pasaporte sanitario es una medida gubernamental constitucional no es una afirmación circunscrita dentro de un sistema jurídico en particular, sino que toma en consideración los estándares universales de derechos humanos que revisten a las constituciones de diversos países. Aunque tiene incidencia en ciertos derechos, es de forma objetiva y con justificación razonable, en tanto es una medida temporal y el contexto de pandemia continúa, pues persigue un fin constitucionalmente valioso: la protección del derecho a la salud en su dimensión colectiva (salud pública).

Cabe destacar lo resuelto por el Tribunal Constitucional de España que, a través de la sentencia 40/2020, indica que

> […] nos encontramos en un escenario en que los límites al ejercicio de los derechos, que indudablemente se dan, se imponen por la necesidad de evitar que un ejercicio extralimitado del derecho pueda entrar en colisión con otros valores constitucionales. En este caso los valores de la vida, la salud y la defensa de un sistema de asistencia sanitaria cuyos limitados recursos es necesario garantizar adecuadamente (2020, fundamento 3).

Una situación extraordinaria como una pandemia mundial requiere la toma de medidas oportunas y extraordinarias por parte de los gobiernos del mundo. Si bien se generarán situaciones, como las del pasaporte sanitario, donde se trazan límites adicionales al ejercicio de los derechos y se da una situación de colisión con otros derechos, es importante tomar en cuenta el fin que persigue la medida y si es la menos lesiva.

Entonces, la idoneidad, necesidad y la proporcionalidad de la medida, además del factor de la temporalidad de la misma, avalan estas intervenciones al encontrarse justificadas. En una sociedad hay momentos donde se debe ver más allá del individuo y su mera comodidad para concretizar la supervivencia de la colectividad en un momento tan adverso como lo es la pandemia del COVID-19.

A lo largo del planeta la pandemia del COVID-19 ha sido altamente perjudicial por conllevar a una secuencial y sistemática vulneración de derechos humanos e, inclusive, por paralizar al mundo en el periodo en que los países en su totalidad se encontraban en cuarentena. Diversas situaciones implicaron la pérdida de vidas humanas: las decisiones gubernamentales erróneas o tardías, el colapso de los sistemas de salud, la carencia de camas UCI, la falta de equipos de protección personal y la escasez de las vacunas contra el COVID-19.

No obstante, dicha situación está siendo superada y se ha logrado vacunar exitosamente contra el COVID-19 a un sector significativo de la población mundial. La humanidad está logrando frenar el avance del COVID-19 y todo se debe a la dedicación y compromiso de los héroes de la salud, como los médicos, enfermeras, obstetras, farmacéuticos, epidemiólogos, infectólogos, psicólogos y científicos. A ellos, y a la memoria de quiénes dieron su vida en la lucha contra la pandemia, va dedicado el presente artículo.

REFERENCIAS

Abramovich, V., & Courtis, C. (2004). La interpretación de los tratados internacionales de derechos humanos por los órganos internos: el caso de las obligaciones estatales en materia de derechos económicos, sociales y culturales. En O. Cantón, & S. Corcuera (coords.), *Derechos económicos, sociales y culturales: ensayos y materiales* (pp. 15-48). Porrúa.

Alé, M. C. (2021). Colisión de derechos en pandemia. Derecho a la salud y límites a la acción estatal. *Jurídicas CUC, 17*(1), 367-404. https://doi.org/10.17981/juridcuc.17.1.2021.13

Alexy, R. (2019). ¿Cómo proteger los derechos humanos? Proporcionalidad y racionalidad. En R. Alexy, *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad* (pp. 335-352). Palestra Editores.

(2004). *Teoría del discurso y derechos constitucionales*. Distribuciones Fontamara.

Cierco Seira, C. (2021). La vacuna-condición o el pasaporte de vacunación y su eventual encaje en un marco general de vacunación recomendada contra la COVID-19. *Vacunas, 22*(2), 82-88. https://doi.org/10.1016/j.vacune.2021.05.002

De San Eugenio, J. (2013). Del Estado-nación al Estado-marca. El rol de la diplomacia pública y la marca de país en el nuevo escenario de las relaciones internacionales. *Revista de Estudios Sociales*, (46), 145-157. https://doi.org/10.7440/res46.2013.14

Díaz Giunta, R. (01 de junio de 2020). Sálvese quien pueda. *Portada Hispana.* https://www.portadahispana.com/2020/07/salvese-quien-pueda/

Díaz Giunta, R., & Gaspar Clavo, R. (2022). El Derecho a la Consulta Previa y la Pandemia del COVID-19. *YachaQ Revista de Derecho,* (13), 211-222. https://doi.org/10.51343/yq.vi13.928

Espinosa-Saldaña Barrera, E., & Cruces Burga, A. (2015). Apuntes sobre la evolución de los derechos sociales, económicos y culturales en el Perú y los alcances de su judiciabilidad. *THĒMIS-Revista de Derecho,* (67), 101-116.

Figueroa García-Huidobro, R. (2013). El derecho a la salud. *Estudios Constitucionales, 11*(2), 283-332. http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002013000200008

García Pino, G., Contreras Vásquez, P., & Martínez, V. (2016). *Diccionario Constitucional Chileno*. Editorial Heuders.

Huerta Guerrero, L. (2005). El derecho a la igualdad. *Pensamiento Constitucional*, *11*(11), 308-334.

Landa Arroyo, C. (2017). *Los derechos fundamentales*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Llerena, R., & Sánchez, C. (2020). Emergencia, gestión, vulnerabilidad y respuestas frente al impacto de la pandemia COVID-19 en el Perú. *Scielo preprints.* https://doi.org/10.1590/SciELOPreprints.94

Machado Martins, P. (2020). El recurso de protección como recurso extraordinario: la sentencia de la corte suprema rol nº 21.027-2019 y el futuro de la acción constitucional de protección. *Estudios Constitucionales, 18*(2), 309-333. http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002020000200309

Ministerio de Salud de Chile (6 de enero del 2022). *Pasaporte sanitario COVID-19.* https://www.chileatiende.gob.cl/fichas/78210-pasaporte-sanitario-covid-19

MU Health Care (s.f.). *COVID-19 Vaccine Key to Reaching 'Herd Immunity'*. https://www.muhealth.org/our-stories/covid-19-vaccine-key-reaching-herd-immunity

Organización Mundial de la Salud (31 de diciembre de 2020) [OMS]. *Coronavirus disease (COVID-19): Herd immunity, lockdowns and COVID-19.* https://www.who.int/news-room/q-a-detail/herd-immunity-lockdowns-and-covid-19

Parra Vera, O. (2003). *El derecho a la salud en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*. Defensoría del Pueblo Colombia.

Pérez Domínguez, F. (2021). Pasaporte COVID: ¿pasaporte hacia un empleo? *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado 2:* Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social*,* (2), 255-266. https://dx.doi.org/10.12795/TPDM.2021.i2.08

Real Academia de la Lengua Española. (2022). Justiciabilidad. En *Diccionario panhispánico del español jurídico (DPEJ).* https://dpej.rae.es/lema/justiciabilidad

Reina, J. (2020). El SARS-CoV-2, una nueva zoonosis pandémica que amenaza al mundo. *Vacunas, 21*(1), 17-22. https://doi.org/10.1016/j.vacun.2020.03.001

Rubio Correa, M., Eguiguren Praeli, F., & Bernales Ballesteros, E. (2017). *Los Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Teruel, G. (2021). *Estado de Alarma y Derechos Fundamentales ante la Pandemia de la COVID-19.* https://www.academia.edu/53551417/ESTADO_DE_ALARMA_Y_DERECHOS_FUNDAMENTALES_ANTE_LA_PANDEMIA_DE_LA_COVID

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2008). *Fact Sheet No. 31: The Right to Health*. https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/Factsheet31sp.pdf

Villanueva Flores, R. (2009). *Derecho a la salud, perspectiva de género y multiculturalismo*. Palestra Editores.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Chaparro y Lapo c. Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Senten-

cia, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 170 (nov. 21, 2007).

Constitución Política de la República de Chile [C.P.], 21 de octubre de 1980 (Chile).

Constitución Española [C.E.], B.O.E. n. 311, 29 de diciembre de 1978.

Constitución Francesa [Const.] (1946).

Constitución de la Organización Mundial de la Salud [Const.], 22 de julio de 1946.

Constitución Política del Perú [Const.] (1993).

Corte de Apelaciones, 1 de diciembre de 2021, Rol de la causa: 1.223-2021, recurso de protección (Chile).

Corte Suprema de Justicia [C.S.J.], 19 de octubre de 2021, "Sentencia que confirma decisión de Corte de Apelaciones de Coyhaique, que rechazó recurso en que actor alegaba como acto ilegal y arbitrario la exigencia de pase de movilidad, vulnerando libertad de conciencia", Rol de la causa: 78.839-2021, recurso de protección (Chile).

Conseil constitutionnel [CC] [Consejo Constitucional] Decisión no. 2021-824 DC, 5 de agosto del 2021, J.O., 3.

Decreto Supremo 179-2021-PCM, Decreto Supremo que modifica el Decreto Supremo N° 184-2020-PCM Decreto Supremo que declara Estado de Emergencia Nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de las personas a consecuencia de la COVID-19 y establece las medidas que debe seguir la ciudadanía en la nueva convivencia social, Diario Oficial *El Peruano*, 9 de diciembre de 2021 (Perú).

Ley Orgánica 3/1986, Ley de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública (B.O.E. 1986, 3) (Esp.).

Loi 2021-689 du 31 mai 2021 relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire [Ley 2021-689 del 31 de mayo de 2021 relativa a la gestión del fin de la crisis sanitaria], Journal Officiel de la Republique Francaise [J.O.] [Gaceta oficial de Francia], 1 de junio de 2021.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), dic. 16, 1966, 993 U.N.T.S. 3.

S.T.C., 30 de abril del 2020 (No. 40/2020) (Esp.).

S.T.S., 11 de marzo del 2021 (No. 1112/2021) (Esp.).

Tribunal Constitucional [T.C.], 21 de noviembre del 2017, sentencia recaída en el expediente 04083-2015-PHC/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 21 de julio del 2014, sentencia recaída en el Expediente 05312-2011-PA/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 22 de junio del 2005, sentencia recaída en el Expediente 02876-2005-PHC/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 10 de junio del 2002, sentencia recaída en el Expediente 00011-2002-AI/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 5 de octubre del 2004, sentencia recaída en el Expediente 02016-2004-PA/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 26 de mayo del 2020, sentencia recaída en el Expediente 05436-2014-PHC/TC (Perú).

10.18800/themis.202102.008

EL DESARROLLO URBANO SOSTENIBLE EN EL BICENTENARIO DEL PERÚ INDEPENDIENTE: UN ASUNTO PRIORITARIO EN LA AGENDA POLÍTICA 2021-2026

SUSTAINABLE URBAN DEVELOPMENT ON THE BICENTENNIAL OF INDEPENDENT PERU: A PRIORITY ISSUE ON THE 2021-2026 POLITICAL AGENDA

Vicente Brayan Villalobos Villalobos*
Universidad de San Martín de Porres

The disorderly and spontaneous grow of cities and population centers is a characteristic of the Peruvian urbanism that is impossible to deny. In this regard, the housing deficit and the informal occupation of land, the impairment of the environment, and the deterioration of the cultural heritage of the nation are problematics that require priority attention.

In this article, the author aims to expose the inefficient planning of the Peruvian State in urban development based on the three problematic axes mentioned above. Along the same lines he argues that a key factor in these problems has been regulatory inconsistency; therefore, it develops the main historical antecedents of Peruvian urban planning legislation, in order to demonstrate that state disarticulation in the management of land use is a characteristic of national urbanism. Lastly, he addresses the reasons why he considers that the enactment of the recent Law on Sustainable Urban Development, is the beginning of a serious urban planning in Peru.

Keywords: Urbanism; urban law; land occupation; cultural heritage; environmental management.

El crecimiento desordenado y espontáneo de las ciudades y centros poblados es una característica del urbanismo peruano que resulta imposible de negar. En ese orden de ideas, el déficit habitacional y la ocupación informal del suelo, el menoscabo del medioambiente y el deterioro del patrimonio cultural de la nación, son problemáticas que exigen atención prioritaria.

En el presente artículo, el autor tiene como objetivo exponer la ineficiente planificación del Estado peruano en el desarrollo urbano a partir de los tres ejes problemáticos antes mencionados. En esa misma línea, sostiene que un factor clave en estos problemas ha sido la incoherencia normativa; por ello desarrolla los principales antecedentes históricos de la legislación urbanística peruana, a fin de demostrar que la desarticulación estatal en la gestión del uso del suelo es una característica del urbanismo nacional. Por último, aborda las razones por las que considera que la promulgación de la reciente Ley de Desarrollo Urbano Sostenible es el inicio de una seria planificación urbana en el Perú.

Palabras clave: Urbanismo; derecho urbanístico; ocupación del suelo; patrimonio cultural; gestión ambiental.

* Bachiller en Derecho. Miembro del Centro de Estudios de Derecho Civil (CEDEC) de la Universidad de San Martín de Porres. Asistente legal de la Subgerencia de Obras Privadas, Catastro y Control Urbano de la Municipalidad Distrital de La Victoria y miembro del círculo estudiantil Lex Patria. Contacto: vicentevillalobos2196@gmail.com

El autor agradece a María José por su inspiración en su estudio sobre la ciudad y el derecho urbanístico.

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 16 de agosto de 2021, y aceptado por el mismo el 25 de enero de 2022.

Es probable que el futuro llame a nuestra época la Era de la Ciudad, pues el desarrollo urbano ha alcanzado en este siglo caracteres extraordinarios. De la noche a la mañana, aparecen centros poblados que se transforman prontamente en ciudades; las urbes existentes crecen a ritmo acelerado, se producen en pocos años simbiosis de núcleos humanos [...]. El Perú no es una excepción a esta ley contemporánea.
Sebastián Salazar Bondy (1924-1965)
La Prensa, 24 de enero de 1955, p. 10[1].

I. INTRODUCCIÓN

El 28 de julio de 2021 se celebró el bicentenario de la independencia del Perú, un proceso sociopolítico iniciado el 29 de diciembre de 1820 con la proclamación de la independencia en la Intendencia de Trujillo, realizada por el marqués José Bernardo de Torre Tagle. Es así que esta ciudad se constituye como la primera en llevar a cabo los actos necesarios para impulsar el proceso independentista, el cual se consumó con la batalla de Ayacucho en 1824, ya que esta campaña terrestre puso la estocada final al dominio colonial que la corona española mantuvo por casi 300 años mediante el virreinato peruano, dando paso a nuestra etapa republicana. A partir de este momento, los ideales liberales de los patriotas que fundaron la República del Perú debían ser forjados por las generaciones venideras, de modo que se construya una ciudadanía merecedora de ser calificada como nación. Sin embargo, debido a factores políticos, económicos, sociales y culturales, no hemos logrado concretar tales aspiraciones.

Respetables historiadores, sociólogos, antropólogos y, en general, analistas de la república, sostienen que estos propósitos liberales no fueron frustrados en un momento determinado de la historia del Perú, sino que las bases sistémicas y estructurales del colonialismo instaurado por la dominación española tras la conquista del imperio incaico subsistieron hasta mediados del siglo pasado. Fue en aquella época que el Gobierno Revolucionario de las Fuerzas Armadas intentó llevar a cabo una revolución 'desde arriba' con el propósito de reformar –sin éxito– las bases sobre las que se desenvolvían las clases sociales peruanas, tan fragmentadas como antagónicas. Es decir, la naciente república se gestó minusválida y deficitariamente, con carencia de unidad, identidad y de un cuerpo político cohesionado por los derechos y deberes cívicos que constituyen los pilares del republicanismo[2].

Ahora bien, estas líneas introductorias no están destinadas a realizar un estudio histórico-político de la república peruana, sino a dar cuenta que esta **herencia** sucedida por los gobiernos de turno viene desencadenando un entramado conjunto de problemas en múltiples sectores que están conectados entre sí por una relación de causa-efecto. Entre estos desbarajustes que padece el Perú, cuyas consecuencias nocivas exigen una atención prioritaria en la agenda política 2021-2026 de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, y de los Gobiernos Regionales y Locales, se encuentra el crecimiento progresivo de las ciudades y centros poblados de forma descontrolada, desordenada y espontánea. Dicho suceso ha acentuado las brechas entre los estratos socioeconómicos y ha perpetuado la cultura de desigualdad social proveniente de nuestra herencia colonial; y es que, de una revisión de las actuaciones administrativas y de la legislación derogada y vigente, se arriba a la conclusión de que el Estado peruano nunca realizó un tratamiento planificado de las ciudades y centros poblados, de

---

1 La obra La ciudad como utopía: artículos periodísticos sobre Lima 1953-1965 se trata de una compilación de crónicas urbanas que Sebastián Salazar Bondy (1924-1965) escribió y publicó, entre 1953 y 1965, en los principales medios periodísticos de nuestro país, como los diarios La Prensa y El Comercio, y la revista Oiga, entre otros. En ella uno de los mejores cronistas de nuestra literatura trata críticamente sobre distintas temáticas de la ciudad limeña de su tiempo, tales como el deterioro del patrimonio histórico cultural, la falta de planificación urbana, de espacios públicos y de áreas verdes, entre otras urgencias que posteriormente se agudizarían.

2 Sobre el particular, Julio Cotler (2005) planteó la siguiente cuestión:

> ¿Es necesario para comprender la crisis de un sistema político remontarse hasta sus lejanos orígenes, buscando a partir de ahí, y en los sucesivos eslabonamientos sociales, la causa del fenómeno que se quiere examinar? Al fin y al cabo ¿por qué para comprender la "ruptura" intentada por los militares en 1968 debemos referirnos a la constitución colonial de la sociedad peruana? ¿Por qué no remontarnos a la formación del Estado inca, o tal vez más allá, a la ocupación humana de Piquimachay? (pp. 46-47)

En esa línea, respondió la interrogante con la siguiente tesis:

> Básicamente, porque se parte de la constatación que, en este caso, a diferencia de otros, no ha existido un corte histórico desde el siglo XVI que haya significado un *momento nuevo y diferente* en su formación social, y condicionado su desenvolvimiento subsiguiente. Es decir, la sociedad peruana arrastra, sin solución de continuidad, un conjunto de características derivadas de su constitución colonial, que condicionaron el desarrollo de su estructura y procesos sociales. Esto significa la acumulación de una serie de problemas a lo largo de su historia, que al sobreponerse y confundirse marcan fuertemente su existencia y sería sólo a mediados de los años cincuenta que dejaron traslucir, en toda su crudeza, el carácter contradictorio y anacrónico con que se desenvolvía la sociedad peruana (Cotler Dolberg, 2005, pp. 46-47).

la ocupación del territorio, del uso del suelo, de la distribución de las actividades económicas, de los procesos de urbanización, de la preservación del medioambiente de manera integral, orgánica y, principalmente, sostenible en el tiempo, que coadyuvara a afianzar las designios republicanos en el ámbito del desarrollo socioeconómico.

Los resultados nefastos del urbanismo peruano pueden ser constatados, entre otras consecuencias, en la precariedad de nuestros centros urbanos, en el aumento del índice de contaminación ambiental, en el centralismo limeño, en la marginación de las zonas rurales y forestales de las regiones del interior del país, en el déficit de viviendas y de acceso a servicios públicos esenciales de agua potable, alcantarillado, electricidad o gas que cumplan con los estándares mínimos de calidad; en la especulación del suelo en el mercado inmobiliario, sin considerar su naturaleza de recurso no renovable; o en el déficit de áreas verdes y espacios públicos. Todo esto convierte a las áreas urbanas peruanas en espacios vivientes que albergan a la mayor parte de la población para –paradójicamente– condicionar o conjurar su desarrollo y cualquier ánimo de progreso material y espiritual.

Es por este motivo que considero necesario abocar mis esfuerzos en elaborar este trabajo –perfectible, por cierto–, cuyo principal objetivo será colocar en la palestra o centro de discusión académica y política los problemas que ha de afrontar el urbanismo peruano contemporáneo, y así cumplir con el propósito último de mejorar la calidad de vida de todos los ciudadanos. Para estos efectos me abocaré, en primer orden, a describir brevemente el desarrollo legislativo que ha moldeado y caracterizado nuestro prematuro y asistemático derecho urbanístico. Luego, identificaré los que a mi consideración son los principales problemas que acontecen en la realidad urbanística y que, por lo mismo, exigen una intervención urgente y prioritaria por parte de los distintos actores involucrados, sean públicos o privados, asociados o individuales. Ahora bien, al ser conveniente fijar el objeto de investigación en el espacio, decidí que estos tópicos girasen en torno a Lima Metropolitana, debido a que esta ciudad constituye la metrópoli que concentra el dinamismo socioeconómico y, consecuentemente, los problemas urbanos del país.

En última instancia, comentaré algunas de las normas contenidas en la reciente Ley 31313, Ley de Desarrollo Urbano Sostenible, publicada el 25 de julio de 2021 en el Diario Oficial El Peruano, la cual constituye un hito del urbanismo peruano, por cuanto sigue la tendencia extranjera en relación al nuevo paradigma del derecho urbanístico. Esta Ley crea el marco jurídico adecuado para articular los tres niveles de gobierno en lo que concierne a sus competencias urbanísticas, dota a la administración pública de instrumentos técnico-normativos de regeneración, revitalización y reordenamiento del territorio, así como para el financiamiento de proyectos de obras de servicios públicos básicos e infraestructura urbana. Asimismo, introduce una visión ecléctica de la propiedad y establece las bases sobre las que han de construirse y gestionarse ciudades y centros poblados peruanos sostenibles, objetivo alcanzable con la aplicación armónica de la Ley, las ordenanzas regionales y municipales, y la recién implementada Política Nacional de Vivienda y Urbanismo, con horizonte temporal al 2030, aprobada por Decreto Supremo 012-2021-VIVIENDA.

II. SUCINTO DESARROLLO HISTÓRICO DE LA LEGISLACIÓN URBANÍSTICA PERUANA

Identificar el primer cuerpo normativo que pueda ser considerado como la semilla del desarrollo de la legislación urbanística en el Perú no es un asunto sencillo debido al carácter evolutivo de la ciudad de Lima desde los albores de la República; por ende, el estatuto normativo de la acción urbanizadora estatal ha tratado de responder a dicha tendencia hacia el futuro. Y menciono la capital por cuanto en los inicios de la historia republicana no hubo una vinculación entre la ciudad y las zonas rurales o agrícolas en la comprensión del desarrollo urbano, debido a que la muralla de Lima separaba la urbe de las haciendas ubicadas extramuros[3]. Dicho vínculo ha sido resaltado por los estudios del urbanismo contemporáneo como parte de las relaciones económicas, sociales y culturales que merecen integrarse en el pensamiento sobre la ciudad. Además, es de resaltar el carácter centralista y de crecimiento periférico de la urbanización, es decir, la expansión de las urbes peruanas desde el núcleo hacia las periferias albergadas por clases populares, producto de la migración interna.

La razón de esta complejidad socioeconómica radica en el carácter continuado y progresista de la ciudad al ser una entidad inacabada, sujeta a transformaciones constantes y, por ello, propensa indefectiblemente a la evolución, la cual es puesta en marcha por sus habitantes mediante actos de acondicionamiento territorial idóneos para satisfacer sus necesidades, materiales y espirituales, y para la

[3] Entre los años 1684 y 1687, el gobierno del virrey Melchor de Navarra y Rocafull mandó amurallar la 'Ciudad de los Reyes' con el objetivo de protegerla de ataques de piratas y corsarios que llegaron hasta las costas sudamericanas.

optimización de las actividades económicas que se traduzcan en índices de desarrollo. El crecimiento urbano de Lima es un ejemplo de un proceso de urbanización al que tienden las poblaciones, pues:

> […] a finales del siglo XIX, la ciudad de Lima aún conservaba las murallas que la rodeaban, lo que representaba un gran problema, ya que la urbe se encontraba en crecimiento y las murallas se habían convertido en un obstáculo para su progreso. Por eso fueron derribadas, y a partir de este momento la ciudad comenzó un crecimiento horizontal, acelerado y descontrolado (Ríos Valdivieso, 2015, p. 85).

Como muestra de lo anterior, tenemos el enjundioso estudio titulado La evolución urbana de Lima, llevado a cabo por Juan Bromley y José Barbagelata (1945) por encargo de la Municipalidad de Lima, el cual evidencia, a través de descripciones y planos técnicos, que la ciudad de Lima estuvo inicialmente trazada con más de 168 calles, compuesta por obras arquitectónicas de diseño barroco y por centros religiosos tales como capillas, conventos e iglesias, de las cuales se menciona La Merced, Santo Domingo y San Francisco, entre otras. Asimismo, contiene el proceso de construcción de las murallas de Lima, de la carretera Lima-Callao y de las líneas ferroviarias entre Lima-Callao y Lima-Chorrillos, así como otras obras importantes que propiciaron la urbanización del valle del Rimac y el crecimiento acelerado del Damero de Pizarro.

No obstante, si bien la transformación de la ciudad de Lima y de otras regiones ha sido (y es) un fenómeno en marcha, ejecutada por las actuaciones administrativas del Estado encauzadas por operaciones contractuales, concesiones de obras públicas y su potestad normativa, y por los actores civiles mediante el ejercicio del *ius aedificandi*, es posible precisar los intentos de regulación urbanística. Intentos que bien pueden ser calificados como cuerpos normativos pioneros en esta materia gracias a que delimitaron las facultades del derecho de propiedad y a que asignaron competencias a las distintas instituciones que conforman la administración pública. Así, convenimos con Castro-Pozo Díaz cuando expresa que el primer antecedente del derecho urbanístico peruano se remonta al Código Civil de 1852, debido a que "reconocía a la propiedad, los atributos irrestrictos y su libre disposición, con excepción de las servidumbres legales, las regulaciones sobre medianerías y las intervenciones sobre obras ruinosas" (2007, p. 47).

Partir por el Código Civil de 1852 es de suma relevancia porque su promulgación marcó el pensamiento político y económico con el que había de devenir el prematuro ordenamiento jurídico peruano. Así pues, este cuerpo normativo significó el inicio del primer ciclo de la codificación peruana, la cual fue una idea madurada por la ilustración en las elites dirigentes, acicateadas por las ideas precursoras de Manuel Lorenzo de Vidaurre y Andrés de Santa Cruz. Este momento codificador –nos dice Chanamé Orbe– fue acompañado por un periodo de estabilidad institucional y por la larga vigencia de la Constitución de 1860 (2019, p. 48). Asimismo, la historia externa de este Código Sustantivo se caracterizó por la dialéctica existente a mediados del Perú decimonónico, referida a la memorable pugna ideológica entre liberales y conservadores, cuyos postulados influenciaron la labor de las tres comisiones encargadas para su redacción (Basadre Ayulo, 2011, p. 737). Es necesario precisar este factor externo, por cuanto la corriente ideológica liberal predominante en aquella época incidió en el sustrato teórico de la propiedad regulada por el estatuto civil.

En efecto, Basadre Ayulo nos dice que una de las fuentes mayores del Código Civil de 1852 fue nada menos que el *Code Napoleon*, cuerpo normativo inspirado en la revolución francesa, el espíritu liberal burgués y el individualismo de la persona humana, que propugnaba por una esfera de libertad o reacción frente al poder absolutista del Antiguo Régimen (2011, p. 739). Esta doctrina se irradió en el libro segundo sobre el derecho de las cosas y el modo de adquirirlas, pero atenuadas con el pensamiento conservador que se oponía al anticlericalismo liberal:

> [El libro segundo e]stableció que la propiedad o dominio es el derecho de gozar y disponer las cosas (artículo 460); adquirió como modos naturales de adquirir el dominio de una cosa mediante ocupación, la accesión y la donación (artículo 464); […] por un criterio conservador y siguiendo la huella del derecho español, quedó legislado el régimen sobre capellanías y los patronatos en una sección especial del Código, adoptando así una posición contraria al Código Civil Napoleónico (Basadre Ayulo, 2011, p. 741).

Por consiguiente, la corriente de pensamiento liberal, heredada por la revolución de la burguesía francesa de 1789, perfila al derecho de propiedad como una institución jurídica de naturaleza absoluta y en exclusivo provecho del titular. Ello será determinante en los primeros estadios del urbanismo peruano, ya que es desde este momento que se instaura la modalidad 'lote por lote' como metodología empleada por las empresas urbanizadoras en la ejecución de obras de habilitación, haciendo de la tierra un bien consumible, objeto del mercantilismo y, consecuentemente, genera-

dora de plusvalías urbanas en provecho de la clase aristocrática y terrateniente.

En cuanto a la regulación administrativa en materia estrictamente urbanística, Gonzales Barrón (2013) nos comenta que la norma que dio inicio al tratamiento de las competencias de la administración pública fue el Decreto Supremo del 26 de mayo de 1902, dictado por el entonces presidente constitucional Eduardo López de Romaña, en cuyo artículo 1 prescribió que:

> Las municipalidades de la República harán levantar el **plano de las poblaciones de su jurisdicción**, en el que debe quedar bien determinado por colores o signos convencionales, la parte cubierta por el techo, el ensanche, la prolongación o nueva delineación de calles, la parte que sea conveniente cortar para regularizarlas, mejorarlas o abrir comunicación, establecer plazas, edificios públicos, etc., y la parte en que ejerce dominio la Municipalidad […] (1902, pp. 293-294) [el énfasis es nuestro].

Así, debido a que esta norma establece por primera vez el Plan Regulador de la Ciudad, el autor citado señala categóricamente que con este decreto se funda en nuestro país el derecho urbanístico. Al respecto, Ortiz Sánchez (2020) comenta que este plan regulador, institución típica del derecho urbanístico, es el antecedente de los planes y la planificación urbanística contemporánea. Sin embargo, citando a Ludeña, señala que "el primer Reglamento de Urbanizaciones concebido de manera integral para normar la construcción urbanística de Lima republicana fue aprobado por Resolución Suprema del 22 de agosto de 1924, durante el gobierno de Augusto B. Leguía" (p. 24). Sin embargo, para Gonzales Barrón (2013) este reglamento solo importó una intervención estatal más en el proceso de urbanización, pero que, gracias a la tendencia liberal e individualista fomentada por la codificación decimonónica que dejaba esta problemática a la suerte de las soluciones contractuales y al arbitrio de la autonomía de la voluntad de los sujetos de derecho privado, significó un cambio de paradigma radical (p. 295).

En ese sentido, el citado jurista precisa que, antes del Reglamento de Urbanizaciones de 1924, se promulgó la Ley del 03 de octubre de 1903, con el objeto de expandir la ciudad mediante la apertura de vías y la expropiación de inmuebles situados a menos de treinta metros de las veredas u orillas trazadas para la avenida; metraje que aumentaba, en caso de vías interurbanas, a cien metros a cada lado de la avenida proyectada, según la Ley 4108 del año 1920. Asimismo, en materia de edificabilidad, nos comenta que tenemos las siguientes normas pioneras: Decreto Supremo de 30 de abril de 1908, referido al material empleado en la construcción; Decretos Supremos de 09 de diciembre de 1911 y 29 de setiembre de 1922, sobre edificación de casas de vecindad[4] y uso de muros con materiales impermeables (Gonzales Barrón, 2013, p. 294).

En cuanto al asunto de la plusvalía urbana, tenemos el antecedente del control urbano en la Ley 7844, promulgada el 28 de agosto de 1933, que habilitó la revisión de los negocios contractuales de promesa y compraventa celebrados entre las empresas urbanizadoras y los adquirentes de terrenos en las urbanizaciones de Lima, Callao, Chosica y zonas balnearias. El control urbano se desarrolla con mayor asiduidad mediante la Ley 9807 del año 1943, por la cual se impuso la obligación a las empresas urbanizadoras a ejecutar las obras de saneamiento de sus respectivos terrenos eriazos y rústicos, condicionando la habilitación urbana con la aprobación de la autoridad competente (Castro-Pozo Díaz, 2007, p. 50).

Ahora bien, sobre la existencia de órganos con competencia urbanística, diremos que hubo dos entidades destinadas a sistematizar –sin resultados exitosos– la planificación urbana diseñada y ejecutada por las municipalidades del país. La primera de ellas fue el Consejo Nacional de Vivienda, creado por la Ley 8682 de enero de 1938 para emitir disposiciones normativas que regulen la actuación de las municipalidades al momento de proyectar y presentar los planos de mejoramiento y expansión de las áreas urbanas. La segunda fue la Oficina Nacional de Planeamiento y Urbanismo, creada por la Ley 10723 de diciembre de 1946, a efectos de repartir y articular las labores técnico-urbanísticas del Gobierno Central y las municipalidades, referidas a la extensión de las ciudades y a la formulación de los planos reguladores (Castro-Pozo Díaz, 2007, p. 51).

Por otro lado, el cuerpo normativo que termina por desnudar las falencias del tratamiento urbanístico

[4] Estos decretos se dictaron en el contexto del higienismo de principios del siglo XX, que apareció a raíz de una tesis titulada La higiene en las casas de vecindad, necesidad de construir casas higiénicas para obreros, sustentada en 1903 por Juan Antonio Portella en la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos; y por los resultados nefastos arrojados por el informe elaborado en el año 1907 por la comisión designada por la sección de salubridad del Ministerio de Fomento, con el encargo de estudiar más de 90 casos de viviendas populares de la calle Capón, de los barrios obreros o de grandes aglomeraciones como Pueblo Nuevo (Castro-Pozo Díaz, 2007, pp. 46-47).

peruano, caracterizado por la ausencia de planificación y el crecimiento espontáneo de las ciudades hacia la periferia, es la Ley 13517 del año 1961, denominada Ley Orgánica de Barrios Marginales y Urbanizaciones Populares (también Ley de Barriadas). Su principal objetivo fue atender la demanda de vivienda mediante una política de titulación de predios ocupados por invasiones o asentamientos humanos informales, de modo que se revista de legalidad estas acciones unilaterales sobre el suelo, creyendo equívocamente que el saneamiento legal era la solución a esta problemática, subsistente hasta nuestros días, que se desbordó como consecuencia del fenómeno migratorio interno desde las regiones internas del país a la capital.

Ya en estos años, el Estado reconoció el desdoble de la ciudad en dos entes muy marcados, pero que coexisten y se influencian social, económica y culturalmente: la ciudad legal y la ciudad ilegal. Por ciudad legal se entiende al proceso de urbanización privada o pública en estricto cumplimiento de las normas urbanísticas que exigen la habilitación previa del suelo urbano a través de la ejecución de obras de saneamiento y de equipamiento urbano, la garantía del acceso a una vivienda adecuada y el cumplimiento de los parámetros ambientales, urbanísticos y edificatorios. En contrapartida, la ciudad ilegal es el resultado del proceso de ocupación del espacio de forma desordenada y espontánea por los asentamientos humanos, o anteriormente llamados pueblos jóvenes, cuyos pobladores habitan en condiciones insalubres y riesgosas, con déficit de servicios básicos y en edificaciones construidas con materiales antirreglamentarios.

Así, los gobiernos de turno pretendieron frenar este problema social estableciendo un proceso de titulación de predios a un determinado costo; sin embargo, el efecto fue contraproducente por las razones que manifiesta Calderón Cockburn (2003) en una investigación sobre este asunto:

> El modelo de la LBM [Ley de Barrios Marginales] implicaba que los títulos de propiedad serían entregados con posterioridad a la instalación de los servicios básicos y previo pago. Esto no era posible pues para dicha época su costo se estimaba en USD 245,00 por lote, lo que era impagable por los vecinos. Entonces el Estado empezó a distribuir «títulos provisorios» que sólo tenían un valor simbólico. En consecuencia, entre 1967 y 1968 se desarrollaron movimientos urbanos de protesta que lograron el traslado de la entrega de títulos a las municipalidades de los distritos y, lo que fue más importante, que se desvinculara la instalación de los servicios de la entrega del título de propiedad (p. 381).

Desde este momento se implantó como característica en las políticas de vivienda, saneamiento y urbanismo, del Gobierno Central y Local, la acción de titulación de ocupaciones informales, debido a la incapacidad del Estado para controlar el crecimiento periférico de la ciudad –cual si fuera una onda sísmica– mediante un planeamiento urbano previo, para ejercer su soberanía en el ordenamiento del espacio, satisfacer la demanda de vivienda adecuada, cerrar las brechas de acceso a servicios públicos y evitar la especulación urbana, cuya práctica impide superar el déficit de habitabilidad en sectores sociales de escasos recursos. El Organismo de Formalización de la Propiedad Informal[5], fue creado por Decreto Legislativo 803 durante el gobierno del expresidente Alberto Fujimori, con el objetivo de promocionar el acceso a la propiedad formal, y mantenerlas dentro de la formalidad, por medio de la titulación individual o integral de asentamientos humanos informales, es decir, de ocupaciones del suelo como resultado de invasiones. Hoy puede decirse que esta política ha sido contraproducente, pues ha incentivado a que más pobladores ocupen terrenos no habilitados, con la expectativa de ser titulados gratuitamente por el Estado, lo cual ha propiciado asimismo el tráfico ilegal de la tierra, perpetrado por organizaciones criminales.

Por último, hasta antes de la reciente Ley 31313, Ley de Desarrollo Urbano Sostenible, existía un plexo de leyes, reglamentos, ordenanzas y planes urbanos, carentes de armonía, coherencia y sistematicidad que han propiciado el incumplimiento normativo por parte de la sociedad civil en el ejercicio de sus derechos sobre las inmuebles, la burocratización de la administración pública, la superposición de competencias y la trasgresión del principio de Estado unitario que caracteriza al régimen republicano. Se afirma este último punto, ya que las municipalidades han venido emitiendo ordenanzas contrarias a los lineamientos políticos dados por el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento (en adelante, MVCS). No existía, por tanto, una ley de ordenamiento territorial o de desarrollo urbano sostenible de alcance general que prescriba los principios y reglas sobre los que ha de sustentarse el ordenamiento jurídico de nivel legal, reglamentario, sectorial, regional y municipal, así como el diseño de los planes de desarro-

[5] Fue una comisión hasta el 2006, año en el que se establece el régimen temporal extraordinario para que este organismo formalice las posesiones informales urbanas a nivel nacional.

llo urbano, la zonificación y demás instrumentos de gestión urbanística. En apartados posteriores abordaré algunos aspectos de esta ley.

En síntesis, los principales cuerpos normativos de alcance nacional –al menos formalmente– que actualmente configuran el derecho urbanístico peruano son los siguientes:

De rango legal:

- Código Civil de 1984, Libro V, Derechos Reales.
- Decreto Legislativo 1192, Ley Marco de Adquisición y Expropiación de inmuebles, transferencias de inmuebles de propiedad del Estado, liberación de Interferencias y dicta otras medidas para la ejecución de obras de infraestructura.
- TUO de la Ley 29090, Ley de Regulación de Habilitaciones Urbanas y de Edificaciones.
- TUO de la Ley 28976, Ley Marco de Licencia de Funcionamiento.
- Ley 27157, Ley de Regularización de Edificaciones, del Procedimiento para la Declaratoria de Fábrica y del Régimen de Unidades Inmobiliarias de Propiedad Exclusiva y Propiedad Común[6].
- Ley 31056, Ley que Amplía los Plazos de la Titulación de Terrenos Ocupados por Posesiones Informales y Dicta Medidas para la Formalización.
- TUO de la Ley 29151, Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales.
- Ley 28296, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación, en cuanto a bienes materiales inmuebles.
- Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades.
- Ley 31199, Ley de Gestión y Protección de los Espacios Públicos.
- **Ley 31313, Ley de Desarrollo Urbano Sostenible.**

De rango reglamentario:

- Decreto Supremo 011-2006-VIVIENDA, que aprobó el Reglamento Nacional de Edificaciones, y modificatorias
- Decreto Supremo 029-2019-VIVIENDA, que aprobó el Reglamento de Licencias de Habilitación Urbana y Licencias de Edificación.
- Decreto Supremo 010-2018-VIVIENDA, que aprobó el Reglamento Especial de Habilitación Urbana y Edificación, y modificatorias.
- Decreto Supremo 022-2016-VIVIENDA, que aprobó el Reglamento de Acondicionamiento Territorial y Desarrollo Urbano Sostenible.
- Decreto Supremo 035-2006-VIVIENDA, que aprobó el TUO del Reglamento de la Ley 27157, Ley de Regularización de Edificaciones, del Procedimiento para la Declaratoria de Fábrica y del Régimen de Unidades Inmobiliarias de Propiedad Exclusiva y de Propiedad Común[7].
- Decreto Supremo 008-2021-VIVIENDA, que aprobó el Reglamento de la Ley 29151, Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales.

Como lo mencioné, hay consenso en la doctrina nacional, tanto en el campo del derecho como el de la arquitectura, en que hasta antes de la vigencia de la Ley de Desarrollo Urbano Sostenible no había uniformidad normativa que regule las acciones de los actores que intervienen en el desarrollo urbano y el ordenamiento territorial; entendidas estas como potestades exclusivas del Estado, pero no excluyentes por cuanto para su ejecución requieren insoslayablemente el trabajo articulado y cooperado entre el sector público y el privado. No obstante, la norma que también reúne ciertas características para tal fin es el Reglamento de Acondicionamiento Territorial y Desarrollo Urbano Sostenible, ya que regula las competencias urbanísticas estatales, la armonía entre la propiedad predial y el interés público, la tipología de planes de desarrollo urbano, la función de control urbano a cargo de las municipalidades, las clases de zonificación, entre otros instrumentos urbanísti-

[6] La última modificatoria a esta ley se publicó el 09 de julio de 2021 en el Diario Oficial El Peruano. Se trata de la Ley 31264, mediante la cual se establecen disposiciones complementarias que deberán ser aplicadas en las edificaciones sujetas al régimen de propiedad exclusiva y propiedad común, a fin de tener una respuesta solidaria y rápida ante emergencias sanitarias, desastres naturales o cualquier acontecimiento que ponga en riesgo la vida de las personas o la integridad de la unidad inmobiliaria.

[7] La última modificatoria a este reglamento se realizó mediante Decreto Supremo 008-2019-VIVIENDA, publicado el 12 de febrero de 2019 en el Diario Oficial El Peruano.

cos. Sin embargo, el inconveniente que impidió la aplicación de sus bondades instrumentales radicaba en su rango jerárquico infralegal, lo cual sirvió de excusa para que municipalidades emitan ordenanzas, si no contrarias, inobservando sus lineamientos genéricos. Ello se realizó bajo el amparo de una supuesta autonomía absoluta normativa y administrativa otorgada por la Ley Orgánica de Municipalidades, y en el principio constitucional de competencia, por el cual se le conceden a los Gobiernos Regionales y Locales ámbitos de competencia que, al ser exclusivos, no admiten injerencia del Gobierno Central, sin que por ello sea inconstitucional al no ser contrario al principio de Estado unitario.

La razón del otorgamiento de competencias exclusivas a los Gobiernos Regionales y Locales es que son estos organismos descentralizados los que están en contacto directo con las necesidades de desarrollo de cada una de sus circunscripciones territoriales, lo que les permite planificar las acciones que mejor atiendan a la realidad particular de sus poblaciones. Pero, cuando no existe una norma de alcance nacional que establezca los lineamientos base que mínimamente deben cumplir todos los niveles de gobierno en el diseño de sus políticas y planes, así como en la formulación de sus normativas territoriales, se vuelve inoperante la gestión pública por falta de coordinación, sistematización y articulación, se tiende a la creación de facto de autarquías municipales y, en última instancia, a la ingobernabilidad del país. Es precisamente por este inconveniente jerárquico, que además afronta problemas actuales mediante instrumentos vanguardistas del urbanismo como disciplina, que desde el Ejecutivo y el Legislativo se impulsó la promulgación de la primera Ley de Desarrollo Urbano Sostenible en el Perú, cuyo contenido comentaré más adelante.

III. PROBLEMAS URGENTES QUE DEBE AFRONTAR EL URBANISMO PERUANO CONTEMPORÁNEO

Tras haber realizado un recuento de los antecedentes de la legislación urbanística peruana, pasaré a identificar los problemas que a mi juicio revisten carácter de urgencia por sus consecuencias nocivas y pluriofensivas para la sociedad, lo que exige una intervención prioritaria del Estado en cooperación con la población y el sector empresarial del rubro inmobiliario. Atender estos problemas será el primer paso hacia un modelo de ciudad sostenible:

A. Déficit y baja calidad habitacional, y ocupación informal del suelo

Existe una brecha muy pronunciada en el acceso a una vivienda adecuada por parte de sectores populares, compuesto por pobladores de escasos recursos, para asumir los costos que el mercado inmobiliario fija para la adquisición de un inmueble por la vía regular. Esta desproporción entre la demanda de vivienda digna y la capacidad del Estado para cubrirla en cooperación con las empresas urbanizadoras tiene como causa el aumento acelerado de la demografía desde mediados del siglo pasado, principalmente desde las regiones internas del país hacia las ciudades y centros poblados costeños. Se trata de migrantes que en busca de una calidad de vida que en sus regiones no encuentran deciden asentarse en las periferias de las áreas metropolitanas, levantando edificaciones de material noble o antirreglamentario, y con el derecho expectaticio[8] de ser formalizados por el Estado a través de sus organismos técnicos especializados y programas municipales. Un estudio encargado por la Asociación de Desarrolladores Inmobiliarios y ejecutado por el Grupo de Análisis para el Desarrollo durante el año 2019, respecto del área de expansión urbana creada entre los años 2000 y 2018 en las 43 ciudades del país con más de 50 000 habitantes, arrojó las siguientes conclusiones (Espinoza & Fort, 2020, p. 5) [el énfasis es nuestro][9]:

> **1. En las últimas dos décadas, las ciudades del Perú se han expandido en cerca del 50%.**
> **Más del 90% de esta expansión urbana es de carácter informal.**
> 2. A través de la inversión pública en servicios e infraestructura, el Estado subsidia indirectamente a los hogares que adquieren lotes en urbanizaciones informales, lo que fomenta la adquisición de terrenos por la vía irregular.
> 3. Estos subsidios indirectos del Estado a las urbanizaciones informales elevan el precio del suelo urbano, lo que aumenta la rentabilidad de los promotores inmobiliarios informales y afecta la viabilidad de las habilitaciones urbanas formales.
> 4. La carencia de servicios e infraestructura adecuados en las urbanizaciones informales, que esperan en promedio 14 años para tener agua y saneamiento adecuados, generan costos acumulados para los hogares que equivalen a su inversión total en el lote.
> 5. Cada año, las actividades económicas directamente relacionadas a la expansión urbana representan cerca del 2% del PBI nacional.

[8] Los derechos expectaticios son derechos latentes basados en la esperanza o posibilidad de conseguir un beneficio.

[9] Para revisar las metodologías e instrumentos empleados en el estudio, véase Espinoza y Fort (2020).

Por otro lado, en el Censo Nacional de Población y Vivienda llevado a cabo en el 2017, se obtuvo como resultado que 2 millones 31 mil 893 personas (17% de la población existente hasta dicho año) habitan en centros poblados urbanos. En cuanto a la cobertura de abastecimiento de agua potable, el censo arrojó lo siguiente:

> Existe un déficit de 9,7%, que representa a 744 mil 343 viviendas particulares, las que consumen agua proveniente de: camión cisterna u otro similar (324 mil 832 viviendas) de río, acequia, manantial o similar (347 mil 283) y otras formas de abastecimiento como solicitar al vecino u otra forma (72 mil 228 viviendas) (Instituto Nacional de Estadística e Informática [INEI], 2018).

Aunado a estas cifras preocupantes, el MVCS (s.f.) informa, sobre la problemática de la inejecución de obras de saneamiento, que: i) alrededor de cinco millones de personas no cuentan con agua potable; ii) al menos once millones carecen de alcantarillado y padecen de mala calidad de vida; iii) únicamente el 62% del desagüe captado por las Empresas Prestadoras de Servicios se recicla en plantas de tratamiento; y iv) la insostenibilidad de la prestación de servicios de agua y saneamiento se debe a la insuficiente inversión, falta de fomento estatal y existencia de normas legales que burocratizan el sistema.

Estos datos nos llevan a concluir que la informalidad en el acceso a la vivienda en el Perú se ha normalizado al punto de ser la regla en el fenómeno de crecimiento urbano, quedando la intervención estatal para un momento posterior, esto es, cuando ya el estado de cosas se ha consolidado. A decir de Camacho Caro (2020), "la formalidad de la construcción implica que la misma se haya ejecutado de conformidad con los criterios y requisitos mínimos de calidad para el diseño, producción y conservación de las edificaciones y habilitaciones urbanas" (p. 37), los cuales están regulados en las leyes y reglamentos urbanísticos, pero cuyo cumplimiento supone una carga económica excesiva para los sectores de bajos recursos.

Como ya lo mencioné, la causa de esta precariedad de la vivienda en el Perú está ligada a la problemática de las posesiones informales, antes denominadas pueblos jóvenes o barrios marginales, por cuanto responde a la indisolubilidad entre la edificación y el suelo. El suelo, como recurso no renovable y escaso, es un bien al que no todos tienen acceso formalmente debido a la falta de poder adquisitivo. Motivo por el cual muchas familias se ven obligadas a ocupar áreas de tierra y construir sobre ellas edificaciones al margen de la normativa urbanística diseñada para armonizar el interés privado (vivienda adecuada y derecho a la propiedad) con el interés público (desarrollo urbano sostenible y ordenamiento territorial).

El crecimiento urbano de nuestro país revela que este fenómeno se ha llevado a cabo mediante la aparición de asentamientos humanos en la periferia; es decir, la urbanización se ha expandido horizontalmente sin planeamiento previo. La espontaneidad de la ocupación del espacio físico, la vertiginosa autoconstrucción de viviendas sin asesoría técnica y la privatización de la gestión y uso del suelo urbano son características adquiridas por el urbanismo peruano a través de la práctica, tanto así que la acción estatal se ha visto reducida a tal punto que no ha encontrado otra alternativa que **legalizar la pésima calidad de vida de este sector poblacional, desapareciendo el rótulo de informalidad por la sola titulación de estas posesiones**. Pareciera que la política de vivienda en el Perú se agota con el saneamiento legal de predios, consistente en el otorgamiento de títulos formales, pero que a la larga el registro de la propiedad no hace más que publicitar un derecho sobre un bien ubicado en un espacio físico precario: viviendas en suelo no habilitado o con obras de saneamiento inconclusas. El método de la autoconstrucción es el ejemplo más claro de este problema. Sobre este asunto, el ingeniero chileno Julián Salas Serrano (1992), en un estudio sobre los aspectos técnicos del fenómeno habitacional y el problema de la baja calidad y el déficit de vivienda en los sectores populares de Latinoamérica, ha apuntado lo siguiente:

> En Latinoamérica, al margen de la arquitectura de autor y de la construcción oficial, existe otra forma de construir, la autoconstrucción, respuesta creativa y natural a la necesidad vital de cobijo, ante la imposibilidad de conseguirlo en el sector formal. Uno de los grandes problemas que actualmente enfrenta y vive la décima parte de la población mundial (409,5 millones en 1981) asentada en América Latina, es el de la vivienda, que como un requerimiento básico de la sociedad ha estado latente desde antiguo, tanto en su forma cualitativa (nivel de vida) como cuantitativa (déficit habitacional). Ante el estado de cosas que hacen difícil o imposible que dicho sector de la sociedad pueda aspirar a una vivienda oficial quedan pocas opciones: vivir con parientes (si tienen espacio y les aceptan); alquilar (si consiguen y pueden pagar); hacinarse en un conventillo o conseguir (por invasión) un trozo de terreno y hacer su casa con escasos recursos económicos, mucho esfuerzo físico y, en muchas ocasiones, al margen de los sistemas e instituciones establecidos, engrosando el abultado sector informal de la

> construcción. Autoconstrucción es entre otras cosas construcción al ritmo de las posibilidades y necesidades de los usuarios; es pues construcción progresiva (pp. 73-74).

En sede nacional, el 'respaldo' normativo de la realidad aquí descrita lo encontramos en la Ley 27157, Ley de Regularización de Edificaciones y del Régimen de Propiedad Exclusiva y Propiedad Común (propiedad horizontal), y en la Ley 29090, Ley de Habilitaciones Urbanas, que faculta a los propietarios de edificaciones construidas sin licencia o conformidad de obra a declararlas registralmente mediante un procedimiento especial tramitado por un 'verificador responsable' (ingeniero civil o arquitecto inscrito en el índice del registro de predios correspondiente). Ello siempre y cuando la culminación de las obras haya tenido lugar dentro del plazo legal que el Congreso de la República amplía periódicamente mediante modificaciones normativas conforme lo demande así la realidad socioeconómica, las cuales bien puede ser calificadas de medidas populistas[10].

Desde un punto de vista operativo, lo que hacen estas normas es trasladar la potestad de control urbano, a cargo de las municipalidades, a los verificadores responsables. De modo que, si bien son profesionales en la materia, se atenúa la calificación en sede registral y se establece un mecanismo de privatización del control de las edificaciones, propiciando así la concertación *inter privados* sobre la consignación del cumplimiento de los requisitos legales y reglamentarios, aunque dicha información difiera de la realidad física de los predios objeto de este procedimiento. A las municipalidades les queda ejercer el control posterior de las edificaciones declaradas vía regularización, lo cual en la práctica se convierte en una potestad ineficaz, ya que la protección de la propiedad privada –sobredimensionada en nuestra cultura jurídica– conjura toda sanción de demolición parcial o total. Se tiene, por tanto, que el Registro de Predios publicita edificaciones antitécnicas.

En consecuencia, este procedimiento de regularización de edificaciones informales desincentiva a que la declaratoria se realice ante las municipalidades (procedimiento regular: licencia de obra –control municipal– conformidad de obra), reduciendo así el financiamiento edil para la ejecución de actividades urbanizadoras. Mientras que, por otro lado, se convierte al control edificatorio en una actividad lucrativa, sustrayendo su naturaleza pública, al ser los ingenieros o arquitectos quienes prestan sus servicios independientemente. Sucede que la rentabilidad de estos profesionales suele pactarse en función de los resultados y no de los simples medios conducentes a lograr la inscripción de la declaratoria de edificación. Para estos fines, los verificadores suelen obviar o brindar información falsa en la elaboración del expediente técnico, a fin de evitar tachas sustantivas u observaciones del registrador. No consignar deliberadamente cargas técnicas no subsanables o consignar como fecha de culminación de las obras una que este dentro del periodo dispuesto por las modificatorias legislativas sucesivas, aunque ello no sea fiel a la realidad; son algunas de las irregularidades cometidas por los verificadores y que luego son constatadas por los inspectores municipales de las gerencias de desarrollo urbano o del órgano que haga sus veces, y son remitidas a las Zonas Registrales a manera de denuncia para que estas ejerzan su potestad sancionadora.

La evidencia del actuar irregular de los verificadores responsables la encontramos en los procedimientos sancionadores instaurados en su contra por la Zona Registral que administra el índice de verificadores de registro de predios en el que se encuentran registrados para ejercer tal función. El reglamento de este índice, aprobado por Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 188-2004-SUNARP/SN, del 06 de mayo de 2004, dispone la sanción de cancelación de inscripción en este registro administrativo por incurrir en las conductas tipificadas taxativamente. Asimismo, el TUO del Reglamento de la Ley 27157, aprobado por Decreto Supremo 035-2006-VIVIENDA, dispone las sanciones de suspensión temporal, cancelación del registro e inhabilitación temporal o definitiva, dictada por juez penal, según la gravedad de la infracción administrativa (2006, art. 15).

[10] En resumen, estas son las ampliaciones sucesivas de la fecha de culminación de edificaciones informales para efectos de que los propietarios puedan acogerse al procedimiento especial de regularización: La Ley 30830, del 26 de julio de 2018, modificó el artículo 3 de la Ley 27157, disponiendo que los propietarios de edificaciones ejecutadas hasta el 31 de diciembre de 2016 (última ampliación hasta el momento), que hayan sido construidas sin licencia de edificación, conformidad de obra o que no cuenten con declaratoria de fábrica, independización y/o reglamento interno, de ser el caso, podrán sanear su situación de acuerdo al procedimiento especial establecido en esta ley . Asimismo, la única disposición complementaria transitoria de la mencionada ley modificatoria, faculta a acogerse a lo dispuesto en el artículo 3, a los propietarios de predios que se hayan acogido con anterioridad al procedimiento de regularización respecto a edificaciones terminadas al 20 de julio de 1999 (plazo primigenio) o dentro del plazo establecido por la disposición complementaria décimo cuarta de la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, modificada por la Ley 28437 (31 de diciembre de 2003, primera ampliación); y en los que se hayan efectuado nuevas edificaciones, ampliaciones, demoliciones o remodelaciones en el mismo predio con posterioridad a dicha fecha (Ley 30830, 2018).

Esta misma política legislativa aplicada para la regularización de edificaciones sin licencia o conformidad de obra, se emplea en el caso de los asentamientos humanos informales. En efecto, en octubre de 2020 se promulgó –en contra de la opinión desfavorable emitida por varios organismos gubernamentales y no gubernamentales ante la Comisión de Vivienda y Construcción del Congreso– la Ley 31056 y su reglamento, que amplía los plazos de titulación de terrenos ocupados por posesiones informales y dicta medidas para la formalización de la propiedad hasta el 2026. A mi consideración, esta ley es, una vez más, el resultado del populismo arraigado en la política peruana y de la incompetencia del Estado para intervenir en esta problemática con medidas de gestión eficaces y planificadas que, aunque a largo plazo, reordenen la ciudad y regeneren las áreas urbanas tugurizadas. Sucede que la política de titulación de posesiones informales produce el efecto contrario: fomentar la comercialización del suelo como si fuera un recurso renovable y abundante, el fraccionamiento de la tierra en manzanas y lotes sin reservar áreas para equipamiento y espacio público, la especulación en la venta de los lotes resultantes y la generación de plusvalías y minusvalías urbanas repartidas inequitativamente en perjuicio de los sectores poblacionales con escaza capacidad para acceder a una vivienda adecuada.

Es aquí donde la figura del promotor inmobiliario adquiere inconvenientemente el protagonismo en el proceso de construcción y consecuentemente en la expansión de la ciudad, ya que "es quien impulsa, dispone, ordena y organiza todos los demás elementos subjetivos y objetivos necesarios para el desarrollo, obtención y fiscalización de la edificación" (Medina Canelo, 2016, p. 69). Así, la responsabilidad por los daños ocasionados por vicios o defectos de la edificación variará según la tipología de promotores inmobiliarios que existen en nuestro medio: i) constructor; ii) promotor-vendedor; iii) promotor-constructor; y iv) figuras análogas[11]. Como consecuencia macro de todo ello se tiene una ciudad segregada, estratificada y jerarquizada.

Desde un punto de vista político, sociológico y antropológico, la segregación urbana es concebida como una de las causas de las pugnas entre clases sociales, la dominación y jerarquización humana, el antagonismo ideológico y la crisis de identidad nacional. Desde un enfoque de derechos humanos, la segregación urbana bien puede ser considerada como un estado de cosas inconstitucional por la precaria calidad de vida que menoscaba la dignidad humana, debido a la puesta en peligro de la integridad psicosomática de la persona que habita en condiciones insalubres y riesgosas, propias de los asentamientos humanos informales, y por la desigualdad material que profundiza la cultura de discriminación en nuestro país, la cual no puede ser superada sino con actuaciones estatales.

Figuras 1 y 2: División entre Las Casuarinas y Nueva Rinconada

Fuente: Castro, A. *et al.* (2021).

En estas fotos capturadas por Ana Sotelo para Ojo Público, podemos observar el caso de la división entre Las Casuarinas, ubicada en el distrito de Surco, y Nueva Rinconada, correspondiente a San Juan de Miraflores; urbanizaciones divididas por un muro que adquiere un carácter simbólico del desarrollo urbano desigualitario y de la extensa brecha social peruana. Como evidencia de esto tenemos la desproporción en cuanto a áreas de esparcimiento se refiere; así, se identifican 25

[11] Esta tipología se ha desarrollado espontáneamente en el mercado inmobiliario, lo que motivó al legislador peruano a regular tales operaciones contractuales en el Reglamento Nacional de Edificaciones, el Código Civil y el Código de Protección y Defensa del Consumidor (Medina Canelo, 2016, pp. 195-212).

distritos de Lima y Callao (76% de la población limeña), categorizados dentro de un nivel socioeconómico bajo o muy bajo, cuyos habitantes tienen menos de 3m^2 de áreas de esparcimiento por persona. La principal razón de esta brecha social es el ánimo de usufructuar el suelo para satisfacer exclusivamente intereses económicos de capitalistas, en detrimento del bien común (Castro *et al*., 2021). En otras palabras, la dinámica del mercado inmobiliario a expensas de una regulación efectiva del Estado que evite la afectación al interés general, en especial de los más desfavorecidos, ha privilegiado la rentabilidad y el valor comercial por sobre la necesidad humana de habitación; es decir, se ha implantado la lógica del ser humano a servicio de la economía y no a la inversa.

Para culminar este punto, considero pertinente citar la mirada crítica que el cronista Salazar Bondy (2018) realizó sobre el urbanismo peruano en el año 1956 para el diario La Prensa, ya que vislumbra el proceso paulatino de segregación urbana en nuestro país, entre Lima y las provincias y regiones del interior. Este es un asunto de larga data, lo cual ha germinado y exacerbado la fragmentación cultural y social que se manifiesta en mayor medida en ámbitos de participación ciudadana para la toma de decisiones políticas:

> El asfixiante centralismo en que ha vivido el Perú, durante casi toda su historia, ha consolidado en la conciencia selecta del país provinciano una idea de reprobación y rechazo hacia Lima, la absorbente capital, y ha fecundado, también, un correlativo resentimiento que, por estar justificado, nadie puede considerar arbitrario. Mientras Lima ha crecido y progresado, a costa sin duda de las energías robadas al trabajo y la producción del resto de la patria, la república entera se ha sumido en el ahogo que hoy, quizá más que nunca, la abruma. Ha sido una entrega total o un vasallaje, cuyo efecto negativo no es tanto la anémica condición de la economía provinciana cuanto la opulencia parcial de esta cabeza nacional en la cual, al modo de un reducido centralismo urbano, de la periferia hacia adentro, se distinguen los mismos escalones que muestra toda la nación, los que van de la miseria sórdida e inhumana al lujo desenfrenado y banal (p. 75).

a. Inobservancia del componente ambiental en la gestión urbana

Ahora pasaré a la dimensión ambiental, condición necesaria para la construcción de toda ciudad que aspire catalogarse como sostenible. En este ámbito de la gobernanza son las municipalidades las que cumplen un rol protagónico, debido a las funciones que el ordenamiento jurídico les ha atribuido para la gestión ambiental y administración de los recursos naturales en sus circunscripciones, a causa del proceso político de descentralización de la gobernabilidad y la gestión pública. Así, según la Ley 27783, Ley de Bases de la Descentralización, los objetivos de este proceso a nivel ambiental son:

> Ordenamiento territorial y del entorno ambiental, desde los enfoques de la sostenibilidad y del desarrollo.
>
> Gestión sostenible de los recursos naturales y mejoramiento de la calidad ambiental.
>
> Coordinación y concertación interinstitucional y participación ciudadana en todos los niveles del Sistema Nacional de Gestión Ambiental (2002, art. 6).

Estos objetivos buscan afianzar el denominado buen gobierno municipal, concepto conformado por un conjunto de herramientas técnico-normativas para la gestión eficiente de los recursos administrados por los Gobiernos Locales. Así, la Guía para el buen gobierno municipal en materia de gestión ambiental, elaborada por el Ministerio del Ambiente (en adelante, MINAM) (2019), señala que en materia de gobernanza ambiental existen disposiciones normativas que atribuyen competencias a las municipalidades para afrontar los problemas de afectación al medio ambiente, que introduzcan procesos de toma de decisiones políticas juntamente con la sociedad civil. Competencias tales como aprobar e implementar la Política Local Ambiental de manera articulada con las políticas y planes de desarrollo local en materias conexas; y aprobar e implementar el Sistema Local de Gestión Ambiental y sus instrumentos, los que deben ser concordantes con el Sistema de Gestión Ambiental Nacional y Regional, incluyendo a las entidades públicas y privadas que desempeñan funciones ambientales o que inciden sobre la calidad del ambiente, así como a la sociedad civil, incluyendo a la Comisión Ambiental Regional respectiva (capítulo I). Mientras que en materia de ordenamiento territorial ambiental las municipalidades deberán seguir los lineamientos diseñados por la autoridad sectorial (MINAM) para el mejor uso y ocupación del territorio, sobre la base de la zonificación ecológica económica, el cual es un instrumento que permite organizar el uso, aprovechamiento y ocupación del territorio conforme a sus potenciales y limitaciones, teniendo en cuenta las necesidades de la población (2019, capítulo V).

Por otro lado, la normativa técnica ambiental exige, entre otros instrumentos, la Evaluación Ambiental Estratégica (en adelante, EAE) en las polí-

ticas, programas y planes de desarrollo diseñados e implementados por la administración pública (Carruitero Lecca & Rojas Luján, 2019, pp. 199-200). Toda esta normativa exige que la gestión urbanística-ambiental sea un elemento del planeamiento urbano, a fin de internalizar el componente ambiental en la consecución del desarrollo sostenible de las circunscripciones administradas por los Gobiernos Locales. Esto en la realidad ha de materializarse en la reserva de metraje para la arborización urbana, para la creación de espacios públicos verdes y para las áreas de conservación regional y local, aunado al arbolado que pueda imponerse a los proyectistas de edificaciones a manera de incentivos para diseños ecológicos, cuyo sustento reposa en la función social de la propiedad. Sin embargo, en el caso de las áreas verdes urbanas, los indicadores revelaron un descenso anual en algunas regiones, según información, obtenida del Sistema de Información Ambiental Regional (en adelante, SIAR), actualizada al año 2014.

Tabla 1: Superficie de área verde urbana por habitante (m² por habitante)

Superficie de área verde urbana por habitante (m² por habitante)					
Serie	**2010**	**2011**	**2012**	**2013**	**2014**
Amazonas	2,43	2,77	2,25	1,99	1,64
Ancash	2,45	2,83	2,37	2,34	1,61
Apurímac	2,49	2,51	3,50	3,45	2,21
Arequipa	3,67	2,87	3,56	3,75	2,10
Ayacucho	2,98	2,45	2,81	2,14	1,50
Cajamarca	2,83	2,38	2,66	2,79	1,70
Callao	3,04	2,70	2,95	2,47	2,18
Cusco	2,80	1,99	2,67	2,27	1,17
Huancavelica	6,34	3,50	5,91	4,43	3,07
Huánuco	2,30	1,81	2,20	1,02	0,76
Ica	1,40	082	1,36	1,80	1,06
Junín	1,83	1,35	1,78	1,53	1,16
La Libertad	2,10	2,36	2,01	1,96	3,56
Lambayeque	1,21	1,19	1,18	1,56	1,04
Lima	3,34	3,47	3,23	3,59	3,97
Loreto	1,97	2,14	1,89	1,42	1,12
Madre de Dios	2,75	2,37	2,53	2,51	2,06
Moquegua	12,91	14,05	12,52	4,84	4,18
Pasco	1,86	1,26	1,78	1,49	2,16
Piura	1,67	1,09	1,62	1,51	0,58
Puno	1,35	1,19	1,27	0,89	0,71
San Martín	2,37	1,66	2,24	2,60	1,54
Tacna	4,81	3,48	4,67	4,23	1,30
Tumbes	1,48	0,76	1,41	1,05	0,50
Ucayali	1,77	1,06	1,69	2,13	1,51

Fuente: SIAR (2014).

Las regiones de Huánuco, Piura, Puno y Tumbes son las que menos metraje de área verde por habitante tenían; mientras que la región de Lima, la ciudad más poblada del Perú y con el mayor crecimiento vertiginoso de la ciudad, no superaba los 4m² al año 2014. Y aunque estos indicadores no están actualizados al 2021 por el SIAR, lo cierto es que grafican una tendencia predominantemente recesiva de arbolado urbano. Ahora bien, suele afirmarse en los discursos políticos que el metraje recomendado por la Organización Mundial de la Salud es de 9m² por habitante citadino; no obstante, lo cierto es que no existe una fuente oficial de esta información. Esto se debe a que los requerimientos de arbolado urbano varían conforme a las particularidades geográficas, culturales, cli-

matológicas y económicas de las ciudades y centros poblados. Pero a pesar de ello, esta exigencia –aunque imprecisa– debe servir para replantear el tratamiento que se ha venido dando a la planificación urbana, puesto que, no cabe duda, la arborización de las ciudades y centros poblados resulta beneficiosa por cuanto mejora la calidad de vida urbana.

Los estudios del urbanismo contemporáneo resaltan el rol de la arborización urbana y la califican como un componente del modelo de ciudad sostenible. En medio de la crisis progresiva del calentamiento global, la arborización urbana resulta una estrategia idónea para afrontar esta problemática, ya que la vegetación ostenta la capacidad biológica de capturar los gases de efecto invernadero, siendo el dióxido de carbono la emisión predominante en las actividades económico-urbanas, derivadas de la zonificación industrial y de los vehículos automotores que requieren combustibles fósiles para operar. Asimismo, la arborización regula la temperatura de los espacios públicos, minimiza el efecto de 'islas de calor' en las urbes y reducen el impacto de la radiación solar en las edificaciones. Por tanto, las áreas verdes, además de mejorar la estética y armonía del entorno paisajístico (elementos propios del ornato público), se constituyen como una infraestructura ecológica[12].

Por si fuera poco, estos fines públicos ambientales están positivizados en el Reglamento Nacional de Edificaciones, integrando a los parques como elementos físicos imprescindibles de la infraestructura urbana, para lo cual han de incluirse en los proyectos de habilitación de suelo urbanizable. Así, la Norma Técnica G.040, aprobada por Decreto Supremo 011-2006, define al parque como el

> [e]spacio libre de uso público con dimensiones normativas, destinado a la recreación pasiva y/o activa, con predominancia de áreas verdes naturales. Puede tener instalaciones para el esparcimiento, la práctica de deportes, así como el desarrollo de actividades culturales y/o comerciales (2006).

Estos fines políticos de buena gobernanza ambiental también se concretizan normativamente en la Ley Orgánica de Municipalidades, que en su artículo 73, párrafo 2, numeral 2.9, encarga a las municipalidades provinciales y distritales las competencias –que presuponen obligaciones de interés público– de establecer, conservar y administrar parques zonales, parques zoológicos, jardines botánicos, bosques naturales, directamente o a través de concesiones (2003). Es así que la Municipalidad Metropolitana de Lima (en adelante, MML) ha implementado un Sistema Metropolitano de Parques a través del Servicio de Parques de Lima, que tiene bajo su administración al Parque de la Exposición, Parque Universitario, Parque La Muralla, Parque de la Reserva (donde opera el Circuito Mágico del Agua), Campo de Marte (declarado área verde intangible del distrito de Jesús María), los denominados clubes zonales, tales como el Club Cápac Llupanqui, Huáscar, Lloque Llupanqui, Sinchi Roca, entre otros.

A pesar de los esfuerzos denodados para reservar áreas destinadas a parques, no han sido distribuidos con criterio de equidad espacial y territorial en el ámbito geográfico de la metrópoli limeña. Este es el problema que padecen los habitantes de los distritos de la periferia, popularmente llamados 'conos', cuya accesibilidad a parques se restringe a los mencionados clubes zonales, lo que a su vez genera problemas de movilidad urbana.

Para ahondar en la ausencia de una efectiva EAE en la planificación urbana en la gestión ambiental de Lima Metropolitana, mencionaré tres casos de notable relevancia. El primero se trata de la aprobación del Reajuste Integral de Zonificación (en adelante, RIZ) de Lurín, mediante ordenanza del 11 de marzo dictada por el Consejo Metropolitano de Lima. Esta propuesta técnica fue realizada por el Instituto Metropolitano de Planificación y contaba con la aprobación de la Municipalidad de Lurín. Sin embargo, instituciones como los Ministerios de Ambiente y Cultura, el Colegio de Arquitectos y diversas organizaciones de la sociedad civil, expresaron su discrepancia debido al atentado contra el entorno natural y el patrimonio cultural de la nación. Ello, dado que lo que se proponía era extender la zona destinada a usos comerciales y residenciales hasta áreas correspondientes al valle del río Lurín, el cual es una reserva ecológica y la última área con suelo agrícola de la capital peruana.

[12] Para mayor abundamiento sobre la funcionalidad de las arborizaciones urbanas, véase Vargas Gómez y Molina Prieto (2014).

Figura 3

Fuente: Jimenez, M. (s.f.)

Figura 4

Fuente: Castro, A. y Huamán, G. (2021).

De entrar en vigor esta ordenanza, los 36 km^2 (3600 hectáreas) destinados en la actualidad a usos comerciales, residenciales e industriales (área de color morado), se extenderían a 53 km^2, es decir, un aumento del 47%. Por tanto, estos 17 km^2 que hoy tienen uso agrícola, de recreación y esparcimiento (área de color verde), pasarían a uso comercial y residencial (área de color guinda). Además del eventual daño ambiental y paisajístico, según el Ministerio de Cultura, este cambio de zonificación del uso del suelo afectaría la Zona Arqueológica Monumental de Pachacamac y su zona de amortiguamiento, así como otros tres monumentos arqueológicos: San Pedro de Quilcay, Huaca Colorada y Las Terrazas (Castro & Huamán, 2021). Ahora bien, aunque esta ordenanza fuera publicada, podría ser invalidada por inconstitucionalidad en la forma, ya que no cuenta con la aprobación de los sectores ambiente y cultura, insoslayables debido a que la medida repercute en intereses tutelados por tales carteras. Por lo pronto, para bien de la sociedad, en aplicación del principio precautorio, el Concejo Metropolitano de Lima decidió suspender el RIZ por tiempo indefinido, pero se entiende que se mantendrá hasta que se levanten todas las observaciones formuladas (Ccoillo, 2021).

Otro caso ejemplificativo de la problemática ambiental es el de la ampliación del tramo norte del servicio de transporte público Metropolitano, que abarcará –según el proyecto aprobado por la gestión del alcalde de Lima, Jorge Muñóz– los distritos de Independencia, Comas y Carabayllo. Para

lo cual, la MML habría retirado más de dos mil árboles, entre palmeras y ficus, que se ubicaban plantados en la extensa avenida universitaria, los cuales fueron trasladados y replantados al Bosque de Ancón, como trabajos iniciales para la ejecución de dicho proyecto de arborización urbana (MML - Notas de prensa, 2021). Esta situación se agrava con la aprobación efectuada por el Consejo Metropolitano para ceder el uso de diez hectáreas del parque zonal Sinchi Roca para la implementación de un estacionamiento de dicho servicio de transporte integral, sin considerar la participación de la ciudadanía y el déficit de espacios públicos verdes en los distritos que componen Lima Norte (Ascarza, 2020).

Ante este 'arboricidio', calificado así por los vecinos afectados, en conversación personal, la Asociación de Gestión y Defensa del Parque Sinchi Roca y Espacios Públicos planteó una acción de amparo ante el Poder Judicial y una denuncia contra el actual burgomaestre por delito ambiental. Cuestionan, pues, serias deficiencias en el proyecto respecto de los criterios técnico-ambientales que sustentan la medida. Pero lo cierto es que basta con visualizar el estado de las avenidas comprometidas, así como del denominado 'corredor verde', para advertir la realidad del problema, que es la consecuencia de lo que venimos tratando: la disociación entre los estándares ambientales y el planeamiento urbano de los Gobiernos Locales.

El último caso que quiero mostrar como evidencia de la inobservancia del componente ambiental en el ejercicio de las potestades administrativas concernientes al desarrollo urbano es el peligro que corren las Lomas Costeras a propósito de la Ley 31056, Ley que amplía los plazos de la titulación de terrenos ocupados por posesiones informales y dicta medidas para la formalización, y su reglamento. El atentado contra las Lomas Costeras no es reciente, sino todo lo contrario, su depredación ha implicado un proceso paulatino conforme el crecimiento periférico de la capital. La importancia de estos humedales radica en que constituyen servicios ecosistémicos y patrimonio natural y paisajístico, por cuanto cumplen una función ecológica y estética que la naturaleza proporciona, por lo que son vitales para el desarrollo del ser humano en un entorno saludable.

Sucede también que las Lomas Costeras van desapareciendo progresivamente del imaginario colectivo de Lima debido al descenso de fomento de su goce como espacios públicos. La causa de este distanciamiento entre las urbes costeras y las lomas radica en el crecimiento urbano periférico y en la falta de control urbano de las municipalidades para evitar el asentamiento de posesiones informales y el tráfico ilegal de terrenos. Así, tal como podemos corroborar de estas imágenes capturabas por la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental (en adelante, SPDA), la cual ha señalado, en colaboración con la Red de Lomas del Perú, URBES-LAB – Centro de Investigación en Teoría Urbana y Territorial y UDEAl (organización de estudiantes de arquitectura y profesionales de temas urbanos), que las posesiones informales:

> representan un peligro contra los esfuerzos por conservar estos espacios estratégicos y mantener las condiciones que hacen posible la provisión de sus servicios ecosistémicos en la ciudad, como la regulación hídrica, la purificación del aire, albergue de especies de flora y fauna, entre otros (2020).

Figura 5

Fuente: Sociedad Peruana de Derecho Ambiental [SPDA] (2020).

Figura 6

Fuente: SPDA (2020).

La vulnerabilidad de estos humedales ha sido reconocida por el Servicio Nacional Forestal y de Fauna Silvestre, declarándolos ecosistemas frágiles debido a la desprotección de su flora y fauna ante las actividades de sobrepastoreo, minería artesanal y el turismo local no clandestino, así como ante las invasiones y el tráfico ilegal de terrenos (parcelación de terreno no urbanizable). Sin embargo, la desvinculación entre las normas urbanísticas y ambientales conjura la efectividad de tal declaración, pues ante la colisión entre la Ley 31056, que extiende el plazo de las posesiones informales para su titulación, y las normas municipales de protección de ecosistemas frágiles, tales como la Ordenanza 235-2017 de la Municipalidad de Villa María del Triunfo o la Ordenanza 515-217 de la Municipalidad del Rímac, prevalece la primera en los hechos. Ello debido a que incentiva el tráfico ilegal de tierras y la ocupación informal del suelo no urbanizable, imposibilitando la aplicación de las ordenanzas debido al crecimiento urbano informal que sobrepasa la capacidad de control y fiscalización de las municipalidades.

Una visión compatible entre el urbanismo, la preservación y conservación del ambiente, y la biodiversidad de flora y fauna que albergan las Lomas Costeras es, por cierto, un gran reto de afrontamiento necesario; y ello requiere una perspectiva inteligente y multifuncional de estos ecosistemas. Entonces, es una urgencia que el Estado realice acciones estratégicas, multiniveles y planificadas para el aprovechamiento de esta infraestructura ecológica, sin propiciar su depredación. Los beneficios de esta nueva visión serían múltiples: el cumplimiento del requerimiento ambiental de áreas verdes en algunos distritos costeros, la mitigación del calentamiento global, el fomento del turismo local sostenible, la optimización del libre desarrollo de la personalidad de los ciudadanos a través de actividades físicas y contemplativas que mejoren la salud psicosomática, la generación de espacios de integración social, entre otros (Nieuwland & Mamani, 2017, pp. 116-118)[13].

Con lo dicho hasta aquí he dejado por sentado que pensar y planificar la ciudad en estos tiempos exige introducir el componente ambiental en el planeamiento urbano, el acondicionamiento territorial y la gestión del uso del suelo, por cuanto la relación entre la persona y su entorno natural es un vínculo cuya ruptura supone su deshumanización. Ya Salazar Bondy (2018) denunció en 1959, en una columna titulada El poco verde que nos queda, las consecuencias nocivas de la reducción de la flora urbana limeña para la vida cotidiana y espiritual del citadino. Este reclamo bien puede ser trasladado a otras ciudades y centros poblados del país:

> Los jardines públicos son, entonces, avasallados por las construcciones, se reduce el ámbito arbolado con locales de uso exclusivo, se podan o talan el poco verde que nos han dejado los árboles con fines imprecisos y se hurta así al ciudadano anónimo, al que no tiene en su hogar respiro para sí y para los suyos, la posibilidad de tener un fugaz contacto con un paisaje distinto al de los bosques de cemento, las vías abigarradas, los objetos rígidos y las líneas tensas de la metrópoli actual [...] Los pocos parques que nos quedan, el poco verde que usurpaciones, talas, podas, abandonos, vejámenes y recortes nos han dejado, son todavía el refugio de los niños, los enamorados, los paseantes prosaicos de toda edad y hasta los melan-

[13] Para tomar consciencia sobre la afectación infligida por el crecimiento urbano en estos humedales, véase el caso de las Lomas de Amancaes (Soria Dall'Orso, & Romo Román, 2018)

> cólicos poetas que persiguen para sus sueños la paz del jardín dentro del tráfago de la urbe, y prestan, por ello, en su pobreza, un servicio a quien se lo solicita: extensión para el juego, recoveco para la cuita, ámbito para el reposo del trabajo, inspiración para los versos buenos y malos, estímulo en todo caso para sobrellevar la vida y vivirla con entusiasmo (pp. 209-211).

b. Deterioro del patrimonio cultural de la nación: caso del Centro Histórico de Lima

La última problemática que a mi consideración exige intervención prioritaria del Estado en cooperación con el sector inmobiliario y la sociedad civil, es la protección, recuperación y puesta en valor de los bienes inmuebles que integran nuestro patrimonio cultural de la nación, el cual se divide en diferentes categorías: obras arquitectónicas, monumentos, sitios arqueológicos, centros históricos, grupos de edificios, paisajes culturales, parques y jardines históricos, jardines botánicos y zoológicos, arqueología industrial y patrimonio industrial (Centro Internacional de Estudios para la Conservación y Restauración de los Bienes Culturales [ICCROM], Ministerio de Cultura de Colombia, & United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization [UNESCO], 2012, p. 21). Sobre este asunto me ocupé en otro breve artículo, tomando como ejemplo el caso del Centro Histórico de Lima, elevado a estatus de patrimonio cultural de la humanidad en la 12° Sesión del Comité del Patrimonio Mundial de la UNESCO, llevado a cabo en la ciudad de Brasilia el 05 de septiembre de 1988, y cuya ampliatoria del área inscrita fue realizada en la 15° Sesión del Comité realizado en la ciudad de Cartago el 09 de diciembre de 1991[14]. Ahora quiero desarrollar algunas ideas complementarias.

La decadencia del estado físico del Centro Histórico de Lima, y su consecuente pérdida de valor, constituye el caso más demostrativo del impacto negativo que ha generado la falta de planificación urbana en zonas urbanas monumentales cuya composición, trazado y paisaje urbano alberga un conjunto de bienes inmuebles que perpetúan los sucesos históricos y representan el proceso evolutivo de la sociedad limeña. Si había dicho que la informalidad de las edificaciones es la regla en el Perú, por consiguiente, el problema se agrava cuando tales edificaciones revisten un valor cultural, histórico, estético, artístico o simbólico que las hace merecedoras de protección especial por el marco normativo-urbanístico. Así como también, de un planeamiento urbano más interventor para su conservación, rehabilitación y puesta en valor; por ejemplo, cuando el propietario particular de un bien inmueble cultural no tiene la capacidad económica para asumir la carga cultural derivada del deber de preservación del patrimonio cultural de la nación, el Estado puede subsidiar la ejecución de tales obras.

Las siguientes tres fotografías que pertenecen a mi acervo personal, grafican el estado situacional del detrimento del patrimonio histórico inmueble, que se explicaría por la existencia de una relación antagónica entre el mercado inmobiliario contemporáneo y la preservación de los inmuebles con valor cultural en la ciudad. Esta pugna viene dada por la visión economicista de los proyectos inmobiliarios y de la gestión del uso del suelo, de tal modo que el patrimonio histórico es visto como una barrera que ha de ser derribada para el desarrollo económico con la ejecución de proyectos inmobiliarios de gran impacto o envergadura, tales como edificaciones destinadas para vivienda multifamiliar, hoteles o centros comerciales.

Figura 7: Edificio Giacoletti (agosto de 2021)

[14] Véase a Villalobos Villalobos (2020)

Figura 8: Inmueble 'protegido' por el escudo azul de Blue Shield International (agosto de 2021)

Figura 9: El Molino de Santa Clara (agosto de 2021)

Sobre la base de lo anterior, se identifica que una de las causas de este problema es la permisibilidad de usos incompatibles en estos inmuebles cuya infraestructura no resiste actividades económicas de comercio, que por su naturaleza implican una densidad que sobrepasa sus capacidades. Por ejemplo, la venta de bienes y prestación de servicios con un aforo no permitido por las normas de defensa civil. Asimismo, otra causa es el uso de estos inmuebles como vivienda para sectores poblacionales de bajos recursos quienes, debido a la segregación urbana y la desigualdad de oportunidades, son impulsados a adquirir viviendas de bajo costo –por estar tugurizadas– en zonas urbano-monumentales. Es por lo mismo que no tienen la capacidad para asumir las cargas culturales de conservación, mantenimiento o refacción, inmanentes a estos inmuebles (obligaciones *propter rem*) por su estatus jurídico de patrimonio cultural.

Sin perjuicio de lo anterior, el deterioro progresivo y consecuente destrucción total de los inmuebles conformantes del patrimonio cultura de la nación, **es un hecho irreversible, pero que puede ser pospuesto mediante políticas públicas y actividades administrativas de carácter urbanísticas**. Así, se precisa que las causas del deterioro provienen de fuente natural y humana: cambio climático, contaminación ambiental, terremotos, inundaciones y erupciones volcánicas, guerras, vandalismo, contaminación lumínica, humedad, animales, negligencia y/o abandono, falta de legislación adecuada, acciones ilícitas de los 'guaqueros'[15] y **el desarrollo urbano** (ICCROM *et al*., 2012, pp. 41-44). Las

[15] Persona que se dedica a explorar huacas a fin de sustraer restos arqueológicos.

funciones del Estado, a través de las instituciones de los tres niveles de gobierno con competencias y atribuciones en el ámbito de las actividades culturales de la sociedad, en todas sus manifestaciones, deben estar dirigidas al diseño, a la implementación y aplicación de los sistemas e instrumentos técnico-normativos (políticas, planes, programas, tratados internacionales, leyes, reglamentos, directivas y ordenanzas, correspondientes al sector cultura), necesarios para la gestión pública cultural. En este sentido, la gestión del patrimonio cultural de la nación ubicado en las áreas urbanas requiere la intervención estatal para tutelar el bien jurídico subyacente en una de las tantas expresiones de la cultura: el patrimonio cultural inmobiliario expuesto al vertiginoso dinamismo de las ciudades y centros poblados, cuyos espacios son transformados constantemente por sus habitantes a través del tiempo y en base a sus necesidades actuales y particulares.

Las intervenciones municipales ejecutadas actualmente para posponer el deterioro de los inmuebles culturales en el mayor tiempo posible, resulta ineficaz e inadmisible. El 'fachadismo', por ejemplo, consiste en la simplista remodelación estética de la fachada de un inmueble, sin intervenir en sus elementos estructurales que lo conviertan en una edificación portentosa y abigarrada. Esto sin considerar que las intervenciones en los monumentos no siempre respetan la corriente artística correspondiente a su época, pervirtiéndolo con elementos modernos que terminan por borrar los rasgos históricos. Se trata, pues, de una **técnica cortoplacista,** recurrentemente empleada en los Planes Maestros que hasta la fecha ha diseñado e implementado la MML[16]. Sin embargo, el transcurso del tiempo y el dinamismo de la ciudad terminan por convertirlas en edificaciones ruinosas e inhabitables, aniquilando así el valor cultural que sirvió de sustento para su protección especial a nivel nacional e internacional debido a su trascendencia universal.

El riesgo de los Centros Históricos y demás zonas o complejos culturales, ocasionado por el enfoque limitado de la planificación urbana bajo criterios economicistas, conlleva a la consecuencia última y progresiva de la alienación de la colectividad, la pérdida de la identidad nacional, el desconocimiento del pasado histórico y la claudicación de aquellos rasgos o elementos que individualizan y diferencia una ciudad, y con ella sus integrantes, de otra. La desatención de este problema urbanístico puede resultar fatídico para la sociedad peruana –caracterizada por ser multicultural– considerando que en todos los estadios de la República se encuentra presente un común denominador. Este ha sido la ausencia de integración entre los variados sectores sociales, étnicos y culturales, los cuales se rigen bajo el sistema colonial y de dominación, por lo que bien puede decirse que estamos ante una república inacabada y en proceso de forjamiento de ciudadanos. Por ello, el resguardo del patrimonio cultural peruano constituye una condición necesaria para el propósito de cohesionar las estructuras sociales y tender puentes de entendimiento intercultural, ya que perpetúa la memoria colectiva en favor de las generaciones venideras sobre los hechos históricos que describen nuestra nación y caracterizan la idiosincrasia y las costumbres de la sociedad de un tiempo determinado.

La importancia de la preservación del patrimonio cultural para el desarrollo es un asunto de agenda de los organismos internacionales para la cooperación entre los distintos Estados sobre políticas económicas y sociales. Así como en sede nacional, existen otras ciudades con un legado histórico plasmado en centros históricos y monumentales provenientes de su pasado colonial; este es el caso del distrito federal de México. En el libro Gestión urbana para el desarrollo sostenible en América Latina y el Caribe, el cual compila materiales de reflexión y aportes conceptuales que han orientado las actividades del proyecto Estrategias e Instrumentos de Gestión Urbana para el Desarrollo Sostenible en América Latina y el Caribe, se deja constancia de los aspectos comunes de la experiencia mexicana en materia de protección patrimonial de seis ciudades históricas, aspectos que bien pueden servir de estrategias para una gestión urbana eficiente de centros históricos en Perú:

> Sistema de planeamiento estructurado e integrado con el proceso de gobierno, estableciendo directrices y estrategias entre los niveles de gobierno regionales y municipales.

[16] El último documento técnico normativo elaborado por el Programa Municipal para la Recuperación del Centro Histórico (PROLIMA) es el Plan Maestro del Centro Histórico de Lima al 2029 con visión al 2035. El objetivo principal de este instrumento de gestión urbana municipal es la revitalización del Centro Histórico de Lima, según los lineamientos modernos internacionales recomendados por la UNESCO. De esta manera, la gestión de Lima Metropolitana apunta a superar los documentos antecesores que no lograron detener la fuerza del tiempo ni gestionar sosteniblemente las actividades humanas desarrolladas en esta área urbana-monumental declarada patrimonio cultural de la humanidad: Ordenanza 062-94-MML, que aprueba el Reglamento de Administración del Centro Histórico; y la Ordenanza 201-98-MML, que aprueba el Primer Plan Maestro, el cual estuvo vigente hasta el 2010 (Programa Municipal para la Recuperación del Centro Histórico [PROLIMA], 2019; MML, s.f.).

> Énfasis en la integración de los objetivos y programas de protección con los programas de desarrollo turístico, de fortalecimiento económico y de rescate de la centralidad de las ciudades.
>
> Existencia de legislación de protección en el ámbito nacional, regional y municipal.
>
> Existencia de planes regionales y municipales de protección de centros históricos, y de instrumentos legales, urbanísticos, financieros y promocionales que tienden a crear un ambiente positivo en la conservación.
>
> Desarrollo de una gestión más autónoma de los recursos públicos, por medio de la creación en el municipio y el ámbito privado de patronatos y fideicomisos.
>
> Búsqueda de consenso entre gobierno, empresarios y sociedad, teniendo como objetivo la captación de recursos y la ejecución de programas y acciones de protección.
>
> Procura del rescate y la valorización de los valores culturales, fisonómicos y panorámicos de los centros históricos.
>
> Tendencia a la mercantilización del patrimonio cultural, expresada en el propósito de colocar los bienes culturales en la bolsa de valores, la llamada "bursatilización" del patrimonio, cuya experiencia está en ejecución en el Centro Histórico de Guanajuato.
>
> Ejecución de programas y acciones encaminados a la mejoría de la imagen urbana (Arízaga Guzmán, 2003, p. 239).

Por tanto, es irrefutable que el componente cultural, materializado en las obras arquitectónicas, es insoslayable para el planeamiento del desarrollo urbano y el diseño de los instrumentos técnico-normativos que concretizan el modelo de ciudad sostenible, intercultural y democrática. Todo ello con la finalidad de conciliar el interés de lucro de las empresas inmobiliarias, la propiedad privada de las personas conformantes de la sociedad civil y la identidad cultural expresada en el patrimonio tangible de índole histórica, artística y religioso. Es esta perspectiva ecléctica entre la propiedad privada, de interés privado, y el patrimonio cultural, de interés público, la que constituye un principio del derecho urbanístico y el urbanismo contemporáneo. Para una mirada vivencial de este problema conviene citar un extracto de la lúcida crítica que Salazar Bondy (2018) hiciera en 1954 en el diario La Prensa, por medio de su columna titulada Por la ciudad que habitamos:

> Es cierto que no es lícito ni admisible desconocer el derecho que asiste a los propietarios de disponer de sus terrenos y sus casas como les parezca más conveniente, pero no es menor la importancia que tiene, para los que forman una comunidad, la conservación de un determinado aspecto del espacio que habitan, sobre todo si él representa una historia y, por ende, un espíritu [...] Ante fotografías y grabados es fácil comprobar con cuánta celeridad ha ido desapareciendo, en el decurso de medio siglo, mucho de lo que es la personalidad característica de Lima. A la bárbara acción del Presbítero Maestro se sumaron posteriormente los empeños falsamente modernizadores de otras gentes cuyos nombres algún día habrán de figurar en el libro negro de la destrucción. Para construir un palacio, un banco o un edificio se lanzó la pica sobre muros añosos, portadas sugestivas y torres airosas. Cayeron soportales colmados de carácter y se echaron por tierra mansiones consideradas por los especialistas como expresiones singulares de un tiempo y una sociedad. Peores que los terremotos, esas campañas por la ciudad que habitamos de equivocada renovación hicieron presa de todo lo que el mal gusto eligió como lugar para levantar sus monumentos neocoloniales o seudomodernos. Y el atropello estuvo a punto de consumarse totalmente (pp. 121-123).

IV. LA LEY DE DESARROLLO URBANO SOSTENIBLE: UN CAMBIO DE PARADIGMA EN LA PLANIFICACIÓN DE NUESTRAS CIUDADES Y CENTROS POBLADOS

De lo desarrollado en los acápites anteriores, es posible inferir que el impacto negativo en la ciudadanía, generado por el crecimiento urbano no planificado y la ocupación informal del suelo, el cual provoca múltiples consecuencias nocivas, ha perpetuado un estado de cosas, si se quiere, inconstitucional. Esto es así porque atenta sistemáticamente contra los derechos fundamentales e impide el pleno goce y vigencia de estas facultades inherentes al ser humano exigibles por el solo hecho de serlo. No he mencionado, por ejemplo, la gestión integral de residuos sólidos orgánicos e inorgánicos, la necesaria implementación de movilidad urbana intermodal, la huella de carbono dejada por las actividades industriales y la sobrepoblación de vehículos de transporte terrestre, la ineficiencia del sistema de transporte público, el aumento desmesurado de vehículos particulares y con ello el aumento de la ejecución de obras de infraestructura vial, en detrimento de los espacios públicos necesarios para la construcción de ciudadanía. Temas que de seguro abordaré en próximas investigaciones. Pero todo lo descrito hasta aquí ha justificado sobremanera la promulgación de la Ley 31313, Ley de Desarrollo Urbano Sostenible, publicada el 25 de julio de 2021 en el Diario Oficial El Peruano.

Esta Ley, vanguardista, por cierto, y de considerable extensión tanto en sus disposiciones normativas como en la exposición de motivos que la sustenta[17], generó grandes expectativas en la academia, especialmente entre arquitectos y urbanistas. De la misma manera, también las generó en los desarrolladores inmobiliarios y en los operadores públicos urbanos, tales como funcionarios públicos de municipalidades provinciales y locales, así como de organismos públicos especializados en funciones concernientes al desarrollo urbano, al acondicionamiento territorial y a la formalización de la ocupación del suelo por asentamientos humanos informales, tales como la Superintendencia Nacional de Registros Públicos, a través de su Registro de Propiedad Inmueble, la Superintendencia Nacional de Bienes Estatales o la Comisión de Formalización de la Propiedad Informal.

El motivo central de esta preocupación, y la consecuente expectativa por la primera ley de desarrollo urbano del país, germinó gracias al aumento de los problemas suscitados en la gran cantidad de ciudades y centros poblados del país, y la escasez de instrumentos técnico-normativos, competencias, atribuciones, capacidades y recursos para hacerles frente. Tal como lo expliqué en el segundo tópico del presente trabajo, antes de la vigencia de esta ley no había un marco normativo de alcance general que establezca los principios, lineamientos y normas que regulen el acondicionamiento territorial, la planificación urbana, y el uso y la gestión del suelo urbano y urbanizable, en armonía con el bien común y el interés general. Estos últimos conceptos subyacen en la normativa que regula el desarrollo urbano y las actuaciones urbanizadoras de los agentes intervinientes en la construcción y modificación del territorio, sean individuales o colectivos, con personería pública o privada. A partir de esta ley las competencias y atribuciones de planeamiento y gestión, que realicen las entidades públicas vinculadas al desarrollo urbano y al ordenamiento territorial, deberán efectuarse articulada y multisectorialmente, coordinadas entre los tres niveles de gobierno y concertadas con la sociedad civil a través de mecanismos de participación ciudadana en la elaboración de los planes urbanos.

Analizar las bondades de cada una de las disposiciones normativas e instrumentos técnicos implementados por esta ley, escapa en demasía los límites de este trabajo, los cuales de seguro serán objeto de estudio por distintos académicos en lo sucesivo. Pues, hay muchos instrumentos que, si bien ya tienen una larga data en algunos de los países de la región, son novedosos en nuestro medio; esto busca cambiar en definitiva el paradigma tradicional de la gestión de la ciudad y del derecho de propiedad, aún vigente en el Perú. Por ello, en esta sección empezaré describiendo el impulso de las nuevas exigencias de la postmodernidad sobre el derecho contemporáneo, lo que es constatable en el derecho comparado concerniente al sistema jurídico urbanístico. La observación de otras latitudes fue determinante para la presentación de diversas iniciativas legislativas destinadas a promulgar una Ley de Desarrollo Urbano Sostenible, objetivo que se concretó con la Ley 31313. Seguidamente, abordaré dos temáticas medulares de esta ley, subyacentes en un conjunto de normas, que a mi consideración constituyen su espíritu o esencia debido a que inspiran e informan las demás disposiciones normativas, las cuales serán desarrolladas y concretizadas por el respectivo reglamento, los reglamentos y directivas sectoriales, las leyes complementarias y las ordenanzas municipales. La nueva ley fortalece las capacidades de la administración pública urbana con la finalidad de efectivizar en la realidad el ideal que fundamenta una de las políticas recomendadas por los organismos internacionales: el desarrollo urbano sostenible.

A. Una ley que responde a las tendencias de la postmodernidad

Bien analizados los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados, es posible identificar elementos comunes; ello responde a que la cultura jurídica, afectada por la globalización, cada vez más se va homogeneizando, aunque, claro está, con elementos distintivos provenientes de la idiosincrasia de cada pueblo. Esta idea también puede explicar el incipiente interés en nuestro medio sobre el derecho urbanístico, porque, de un estudio comparado entre los países de la región latinoamericana, cuyos ordenamientos se han construido en base al derecho romano-germánico, se advierte que desde hace varias décadas se busca el tránsito del paradigma civilista decimonónico al urbanístico, en cuanto al régimen de la propiedad y de las actividades urbanizadoras se refiere. Chang Lobatón (2014)

[17] La Ley 31313, Ley de Desarrollo Urbano Sostenible, es la síntesis del estudio de varias iniciativas legislativas de grupos parlamentarios y del Poder Ejecutivo mediante el MVCS, de las cuales la propuesta por este último fue la de mayor relevancia por su nivel de estudio técnico sobre el estado de la cuestión urbanística, plasmado en su exposición de motivos, y su prolija formulación normativa diseñada por profesionales arquitectos, urbanistas y abogados, así como por las sugerencias de la sociedad civil. Este documento, y el dictamen de la Comisión de Vivienda y Construcción, pueden ser visualizados en el expediente virtual de la ley comentada: https://www2.congreso.gob.pe/sicr/tradocestproc/Expvirt_2011.nsf/visbusqptramdoc1621/07861?opendocument.

describe este cambio del tratamiento normativo sobre el fenómeno urbano de la siguiente manera:

> En América Latina existen tres paradigmas legales vinculados al derecho de la propiedad predial: el derecho civil, el derecho administrativo y el derecho urbanístico. Históricamente, el paradigma civilista es el que ha prevalecido, ya que está basado en cuerpos normativos históricos constituidos por los códigos civiles. Este ha venido siendo reformado gradualmente por el paradigma más intervencionista provisto por el derecho administrativo. Un movimiento incipiente reciente ha avanzado un paso más, reclamando que solo el marco más progresivo del derecho urbanístico podría proporcionar un paradigma legal comprensivo para los tiempos actuales (p. 50).

Como lo ilustra el maestro De Trazegnies Granda (2018), la función del derecho civil en los inicios de la modernidad (siglo XVIII) fue la de constituir el medio por el cual la sociedad capitalista garantice la libertad individual de acción en oposición a las injerencias de los individuos y del propio Estado. Es decir, el derecho civil, en tanto resultado de la filosofía de la ilustración, buscaba darle primacía absoluta a la subjetividad individual. Para ese propósito, el derecho se concibió como un sistema predictible a fin de que no ocasione opacidades en la actividad racional de los individuos, motivo por el cual la legislación debe tener un orden cerrado, sin vacíos ni lagunas, de aplicación genérica y uniforme. Es así como nace la práctica legislativa de la codificación decimonónica; de modo que el formalismo se instaura para consolidar la concepción individualista de la actividad económica (pp. 39-43). Pero, con el trascurso del tiempo, estas reglas lógico-formales pronto cedieron ante los cambios sociales, siempre dinámicos. El tradicional estatuto de la propiedad y los derechos sobre las cosas ajenas, instituciones típicas del derecho civil, se muestran ahora insuficientes ante la realidad en la que el crecimiento de las ciudades es un fenómeno tan complejo como para ser encorsetado y dirigido por un conjunto de normas elucubradas en torno a la situación jurídico-privada del propietario.

Ante la pérdida de prestigio del derecho civil en tiempos contemporáneos, De Trazegnies Granda (2018) afirma que se viene produciendo el éxodo de áreas que pertenecían tradicionalmente a su campo de regulación. Algunas instituciones han pasado al estudio del derecho público y otras han adquirido una naturaleza híbrida por adoptar principios de derecho público-privado, y se estima que esta tendencia se mantendrá en la postmodernidad. Las críticas han consistido en denunciar el atraso del positivismo civilista para regular la vida social, caracterizada por ser agitada y presentar objetos sin precedentes, tales como las nuevas tecnologías de la información, las técnicas desarrolladas por las ciencias naturales y los cambios en las estructuras sociales. Por este motivo:

> […] las leyes cuyo espíritu y técnica son ajenas a la tradición civilista, fueron poco a poco haciendo retroceder a las fronteras del derecho civil, en materias tales como la propiedad de la tierra rústica y los contratos agrícolas, **la urbanización**, los contratos de inquilinato […] (pp. 53-54) [el énfasis es nuestro].

La postmodernidad, por la fuerza de los hechos, está motivando a que las acciones humanas sobre el espacio físico sean objeto de estudio y regulación por el derecho urbanístico, dotando de categorías jurídicas a técnicas que eran exclusivas de la arquitectura y el urbanismo, tales como el acondicionamiento territorial, el planeamiento y control urbano, los instrumentos de gestión de uso del suelo, los instrumentos de financiamiento urbano, entre otras.

En el derecho comparado se hacen **más visibles** estos nuevos planteamientos de la postmodernidad respecto al **régimen jurídico del hábitat urbano**; contexto en el cual se encuentran leyes análogas a la recientemente aprobada en Perú, y que se promulgaron con el propósito de implementar un estatuto capaz de articular las funciones estatales de carácter urbanísticas, a fin de superar las complejidades de la heterogeneidad geográfica, social y cultural del territorio. El caso mexicano es ejemplar de lo aquí apuntado. En efecto, la Ley de Desarrollo Urbano del Distrito Federal, publicada el 15 de julio de 2010, tiene como finalidad controlar el crecimiento urbano y planear el proceso de desarrollo sostenible de las urbes a partir de **bases mínimas de política urbana específicas para esta metrópoli de dimensiones colosales**. Delgadillo Polanco (2012), en El derecho a la ciudad en la ciudad de México: ¿una retórica progresista para una gestión urbana neoliberal?, comenta respecto a la funcionalidad del derecho a la ciudad, que se trata de un derecho humano cuyo reconocimiento progresivo en las fuentes normativas de varios países de la región responde a la reivindicación social y política de distintas urbes del mundo; visto de esta manera, "el derecho a la ciudad es un discurso y una estrategia retórica que, en la Ciudad de México, es utilizada de acuerdo con los intereses que representan los distintos actores sociales y políticos (Ejecutivo y Legislativo locales, partidos políticos y dependencias de gobierno)" (p. 127).

Para explicar esta reivindicación social y política desembocada en el reconocimiento jurídico del

derecho a la ciudad, el autor describe uno de los muchos problemas que padecen las ciudades contemporáneas y que es objeto de estudio del urbanismo:

> El uso de la vialidad urbana da cuenta de una de las formas de apropiación privada del espacio público. De los más de 4 millones de autos que diariamente circulan por las calles de la capital mexicana (la tercera parte son de los municipios y estados vecinos), el 80% es privado y traslada al 20% de la población, mientras que el 80% de la población se mueve en transporte colectivo. La política pública ha intentado confrontar esta problemática a través de las muy cuestionadas infraestructuras viales y recientemente a través de una política que apuesta por el transporte masivo (Delgadillo Polanco, 2012, p. 130).

No obstante, el autor critica la eficacia de la Ley de Desarrollo Urbano del Distrito Federal en la era neoliberal, denunciando que los partidos políticos autodesignados 'progresistas' que acceden al Poder Ejecutivo y Legislativo, desarrollan políticas urbanas que privilegian y facilitan las condiciones de acción de un grupo minoritario, reduciendo a su vez los espacios de participación de los ciudadanos en beneficio del sector privado. Añade que en la práctica no se inhibe la especulación inmobiliaria, ni se distribuye con criterio de justicia las cargas y beneficios generados del proceso urbano; tampoco se garantiza la libertad de circulación, ya que las calles siguen privatizadas, y mucho menos se ejecutan proyectos de viviendas de interés social a partir de la recuperación de inmuebles ociosos, porque el gobierno no tiene atribuciones legales para ello (Delgadillo Polanco, 2012, pp. 132-133).

Por su parte, el derecho urbanístico español es de los sistemas jurídicos más desarrollados en esta materia y de fuerte influencia en los países hispanoamericanos por el legado cultural dejado como consecuencia del periodo virreinal en estas tierras. Matesanz Parellada (2009), en un trabajo destinado a difundir la propuesta de institucionalizar el criterio de sostenibilidad en el planeamiento urbano español, ya advertía a fines de la primera década del presente siglo que el proceso de urbanización en este país, impulsado principalmente por las actividades constructivas de las corporaciones, trajo como consecuencia la ocupación indiscriminada del territorio, estando este sometido a las dinámicas del mercado inmobiliario. El desorbitado precio del acceso a la vivienda, al que se le atribuyó tradicionalmente a la carestía de suelo, sirvió de justificación a la urgencia de ocupar más territorio. Ante ello, la autora denunciaba que, desconociendo la naturaleza no renovable del suelo, como el agua o las energías fósiles, no había racionalización que imponga **límites** a su consumo. Los instrumentos de ordenación y planeamiento vigentes hasta ese entonces establecían el marco de actuación en el territorio, y propiciaron durante todo aquel tiempo el uso intensivo de este recurso natural (p. 7).

La problemática descrita dio mérito a que se dictara el Real Decreto Legislativo 7/2015, publicado el 31 de octubre de 2015, propuesto por el Ministerio de Fomento y de acuerdo con el Consejo de Estado y previa deliberación del Consejo de Ministros, mediante el cual se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (en adelante, TRLSRU). Es decir, el estatuto que regula el uso del suelo en España, en virtud de la Constitución que faculta al Gobierno Central a aprobar un texto en el que **se integre la ley de suelo para todo el territorio nacional**.

Este TRLSRU introduce reglas específicas para las actuaciones estatales que se ejecuten en el suelo urbano, con énfasis en las que impliquen mejoras de accesibilidad universal a la vivienda. No obstante, lo más resaltante es que el propósito de este texto fue el de facilitar la tarea de los operadores jurídicos, al **concentrar y simplificar en una norma toda la regulación estatal que afecta a la ordenación del territorio y el urbanismo de las regiones españolas**. Ello debido a la tradición urbanística de esta nación basada en un urbanismo expansivo, sin intervenir sistemáticamente en el mantenimiento, rehabilitación, renovación y recuperación de las zonas urbanas ya existentes (Ortega-Moreno, 2021, p. 12).

Otro caso que merece nuestra atención es el acontecido en el ordenamiento jurídico brasileño, por cuanto su derecho urbanístico vigente fue el resultado de haber transitado del Código Civil al *Estatuto da Cidade*, publicado el 11 de julio de 2001 mediante *Lei 10.257*. Al respecto, Edésio Fernandes (2004) explica que desde 1934 en las Constituciones se reconocía el derecho colectivo de los ciudadanos de participar en la gestión urbana, sin que hubiera tenido un desarrollo operativo a través de mecanismos e instrumentos constitucionales y legales que garantizaran su ejecutividad. No es hasta la *Constituição brasileira* de 1988 (en adelante, Constitución Federal) que la función social de la propiedad fundamenta varios preceptos del régimen económico brasilero y sustenta la creación de instrumentos de gestión del suelo urbano a cargo de las autoridades públicas. Los gobiernos municipales aparecen como los órganos competentes para controlar el proceso de desarrollo urbano mediante la formulación de políticas de ordenamiento territorial, destinados a lograr que

los intereses individuales de los propietarios de predios urbanos puedan coexistir con los intereses sociales, culturales y ambientales de otros grupos poblacionales, de modo que la ciudad sea concebida como un todo (p. 65).

La función social de la propiedad se enfatiza en el capítulo II de la Constitución Federal, en el cual se instituye disposiciones que van regir la política urbanística brasileña. El artículo 182, inciso 2, es claro en este sentido: "La propiedad urbana cumple su función social cuando atiende las exigencias fundamentales de **ordenación de la ciudad expresadas en el plan director**" (Constitución Federal, 1988) [el énfasis es nuestro]. El Estatuto de la Ciudad es la norma que concretiza este capítulo. El autor antes mencionado nos comenta que su aprobación estuvo precedida por más de 10 años de asiduas discusiones y duros embates, promovidos por grupos conservadores, entre políticos y juristas, vinculados al sector inmobiliario, quienes trataban de evitar la superación de la vieja visión liberal sobre la propiedad predial y el control jurídico del desarrollo urbano como expresión del poder público. Su crítica al ámbito académico se centra en la dificultad que han impuesto los juristas brasileños formados en la tradición civilista ante el cambio de paradigma liberal por el tratamiento de la gestión urbana en el derecho urbanístico; objeciones y reticencias que se derivan de la observación la ciudad desde la perspectiva del lote privado. (Fernandes, 2004, pp. 65-66) De este modo, la aprobación del Estatuto de la Ciudad en Brasil:

> [...] consolidó un nuevo paradigma no sólo para la planificación urbana, sino también para la gestión urbana, especialmente por el hecho de reglamentar instrumentos jurídicos de implementación de políticas urbanísticas tales como edificación obligatoria, transferencia del derecho de construir, expropiación con pago en títulos de la deuda pública, impuesto progresivo de bienes inmobiliarios y usucapión especial urbana. (Fernandes, 2004, p. 68)

Son estas algunas de las experiencias internacionales que evidencian el tránsito a la autonomía del derecho urbanístico dentro de los diversos ordenamientos jurídicos. Lo llamativo de este fenómeno jurídico es la dialéctica que encierra. Por un lado, un sector conservador que defiende la ideología liberal decimonónica que abrió paso a la modernidad, cuyo estandarte era la preminencia de la subjetividad individual y la concepción del derecho como un sistema lógico-formal. Y, por otro, uno progresista que advierte los nuevos desafíos de la postmodernidad y propone una reforma epistemológica sobre el estudio de los procesos de urbanización, para lo cual introduce herramientas, técnicas y metodologías de las ciencias sociales, con la finalidad de crear un marco jurídico conceptual factible, es decir, capaz de ejecutarse en la realidad material. La Ley de Desarrollo Urbano Sostenible peruana es el resultado de esta dialéctica.

B. El nuevo enfoque en la forma de pensar, construir y gestionar la ciudad

La primera bondad de esta ley, en la cual radica sus fundamentos y finalidades, es la positivización de principios innovadores en la forma en que hasta la actualidad se ha venido pensando, construyendo y gestionando las ciudades y centros poblados del Perú: la urbanización en función de los intereses de los propietarios particulares sobre las parcelas de suelo. Esto es, como un hecho privado regulado por el derecho civil continental a expensas del entorno natural y de los impactos que se genera en la sociedad. Este sistema racional-formalista inspirado por el liberalismo decimonónico, ha ocasionado una serie de perjuicios ya muy arraigados a nuestra cultura urbana, tal como se constata a partir de los datos. Mediante esta ley se busca reformar las bases de la gestión pública en materia de gobernanza urbana y ordenamiento territorial, así como institucionalizar en nuestro país los nuevos principios del derecho urbanístico que en otras latitudes ya tienen mayor desarrollo gracias a las investigaciones científicas de académicos (juristas, arquitectos, urbanistas, gestores públicos) que han sido lo suficientemente críticos para advertir que la urbanización es un hecho social de relevancia pública. Por dicho motivo, las decisiones a ser realizadas en el marco de este fenómeno deben ser tomadas por las autoridades detentadoras de poder político dentro del Estado-aparato en todos sus niveles, conforme a técnicas de distribución de competencias y de la mano de la ciudadanía por medio de canales de participación.

Martínez-Carande García de Enterría (1978), en un estudio de fines de la década de 1970 sobre el derecho urbanístico español, ya apuntaba estas consideraciones de avanzada:

> Las decisiones básicas sobre el urbanismo se han disociado definitivamente del derecho subjetivo de propiedad y se han atribuido a la Administración. Traspasar suelo rústico a un aprovechamiento urbano, las utilizaciones que en el ámbito urbano son posibles, la localización y el tipo de los elementos urbanos definitorios (calles, parques, barrios, servicios mínimos de infraestructura, destino de los fundos, clases de construcciones y aun su magnitud en altura, volumen, ocupación de suelo, etc.), **son decisiones que ya no pueden entenderse incluidas entre las facultades de la propiedad**

> **del suelo** [...] Lo que la doctrina inglesa llama *development rights*, los derechos al desarrollo de un aprovechamiento urbano, se han separado de la titularidad dominical del suelo y se han sustantivado como contenido de una **competencia pública directa**. En este sentido decimos que el urbanismo se ha convertido (en España desde la Ley del Suelo de 1956) en una **función pública** (pp. 303-304) [el énfasis es nuestro].

Bajo estos fundamentos, en especial sobre el planeamiento urbano como una competencia pública, lo que se ha hecho a través de esta ley es, en primer lugar, reconocer y examinar a profundidad la problemática urbana del país, identificar las demandas ciudadanas y hacer un diagnóstico de la evolución de nuestro urbanismo. Ello es necesario para, en segundo lugar, establecer un haz mínimo de normas con un alto grado de generalidad e indeterminación que informen, inspiren y orienten las actuaciones de todos los agentes urbanos. Siendo estos últimos entendidos como el conjunto de personas, individuales o colectivas, públicas o privadas, que, en ejercicio de sus libertades, derechos, facultades, competencias y atribuciones, modifican el espacio físico y acondicionan el territorio nacional con la dotación de viviendas, equipamiento y servicios públicos que satisfagan las necesidades particulares o generales de la población.

De este modo, la Ley de Desarrollo Urbano Sostenible cumple con una de las más elementales funciones del derecho: **encauzar, regular y prescribir la conducta humana hacia el deber ser subyacente en las normas jurídicas; deber ser que es establecido en base a los valores superiores que imperan en un momento histórico y espacio de una determinada sociedad**. Así, esta ley tiene vocación de transformar la precaria realidad urbana por medio de la aplicación de los instrumentos técnico-normativos orientados y regidos por los principios allí regulados. Por tanto, la consideración de tales principios son tan o más importantes que las concreciones desarrolladas en la misma ley o en las que ha de realizarse en los reglamentos y las ordenanzas municipales sucesivas, sean de naturaleza jurídica o técnica. Ello es así porque vinculan a la administración pública en el ejercicio de su competencia de planeamiento urbano y en el diseño de instrumentos de gestión, obligando de esta manera a las entidades públicas que la conforman a cambiar el enfoque con el que han venido gestionando las ciudades y centros poblados del país.

Por ello, conviene precisar, en primer orden, los principios orientadores de la planificación urbana, del desarrollo urbano sostenible y del acondicionamiento territorial, que **integran ideales de equidad, igualdad e inclusividad**, tan necesarios para forjar ciudadanía en la población, es decir, miembros de una comunidad política detentadores de derechos y responsables de sus deberes para con la ciudad. La importancia de enfatizar estos principios radica en que aún perduran acentuadas brechas socioeconómicas en nuestras ciudades, lo que ha propiciado la fragmentación social y la marginación de un sector poblacional en el acceso a viviendas dignas, a servicios básicos, tales como obras de saneamiento de agua, luz y alcantarillado, y a oportunidades para una mejor calidad de vida.

En suma, estos principios que cimientan el urbanismo moderno se encuentran prescritos en el artículo 4.1 de la referida ley, a partir de los cuales –a mi juicio– los más significativos son los siguientes:

> **Igualdad**: El desarrollo urbano sostenible y el acceso a la vivienda social tienen en cuenta el principio de igualdad y no discriminación, entendido como **valoración de las diferencias**.
>
> **Equidad espacial y territorial**: Igualdad de oportunidades, acceso a servicios y a condiciones urbanas para una vida digna, consolidando el **reparto equitativo de los beneficios y cargas urbanísticas** derivados de la planificación y el desarrollo urbanos, y las intervenciones urbanas.
>
> **Diversidad**: **El reconocimiento y respeto de las diferencias o diversidades** geográficas, económicas, institucionales, intergeneracionales, sociales, étnicas, lingüísticas, de género y culturales del país en las actuaciones urbanísticas y en los instrumentos que se adopten en planes y propuestas, buscando eliminar cualquier forma de discriminación.
>
> **Productividad y competitividad**: La promoción del desarrollo urbano orientado a impulsar el desarrollo de ciudades y centros poblados competitivos con adecuada dotación de servicios, **que se constituyan como centros atractores de población y generación de actividades económicas**, basado en las vocaciones productivas del área de territorio sobre el que se asientan y en el aprovechamiento responsable de sus recursos naturales.
>
> **Cohesión social**: La creación de un **sentido de pertenencia que promueva la confianza y el vínculo entre la ciudadanía**, a efectos de propiciar el desarrollo de capacidades locales y la organización de las comunidades, a través de la búsqueda del bienestar de toda la sociedad, y evitando toda forma de discriminación, exclusión o marginación (2021) [el énfasis es nuestro].

En este sentido, la amplia gama de instrumentos de planificación urbana debe interpretarse y aplicarse en consonancia con estos principios, puesto

que constituyen su fundamento o esencia. Los instrumentos de regulación urbana son ejemplo de ello, ya que sus objetivos son evitar prácticas que distorsionan el valor del suelo y facilitar la adquisición del suelo público y privado, con la finalidad de lograr el desarrollo urbanístico de las ciudades y centros poblados (art. 47). Estos instrumentos son la declaración de zonas especiales de interés social (art. 48), la zonificación inclusiva (art. 49) –ambas destinadas a fomentar proyectos de viviendas de interés social–, el valor del anuncio de proyectos públicos que faculta a la entidad ejecutora o concedente a determinar referencialmente el valor comercial, a criterio de mercado, de los predios ubicados en el área de la futura ejecución de un programa, de un proyecto o de una obra de utilidad pública o interés social, o su área de influencia (art. 50), y la carga de conservación, destinada a salvaguardar el patrimonio cultural inmobiliario imponiendo ciertas cargas a los propietarios de predios ubicados en áreas de regeneración, declarado inhabitable o declarado integrante del patrimonio cultural de la nación (art. 51).

El segundo orden de principios que modifican la forma de pensar, construir y gestionar las ciudades y centros poblados peruanos, se caracteriza porque, a diferencia de los anteriores, **vinculan exclusivamente a las autoridades estatales que conforman el sistema de gobernanza urbana**. De esta forma se le otorga un rol protagónico en la planificación urbana –restando la visión individualista del propietario predial que propugna por una gestión privatista del suelo–, se fortalecen sus competencias y atribuciones, distribuyéndolas en los tres niveles de gobierno con base en la política de descentralización, sistematizando y armonizando las normas e instrumentos que conforman el derecho urbanístico, y se limita todo ejercicio arbitrario del poder público en la gestión y planificación urbana. Estos principios están regulados en el artículo 4.2 de la ley, a partir de los cuales merecen resaltarse los siguientes:

> **Función pública de la planificación urbana**: El rol del Estado como **promotor del acondicionamiento y planificación urbana de las ciudades y centros poblados**, buscando lograr un desarrollo urbano sostenible, **priorizando el interés público**, la participación ciudadana efectiva, la priorización del cierre de brechas en infraestructura, con impacto en la calidad de vida de la población, y la garantía de sus derechos.
>
> **Coherencia y concordancia**: La garantía de la emisión de instrumentos normativos y el establecimiento de procedimientos administrativos **coherentes y concordantes entre sí**, así como la aplicación de políticas públicas multisectoriales articuladas y eficientes, sobre la base de acuerdos entre agentes políticos, económicos y sociales involucrados.
>
> **Integridad**: La reducción progresiva de todo orden paralelo de ocupación, explotación y construcción de suelo **que vaya contra la equidad y el respeto a la autoridad o se sustenten en la ilegalidad o en la especulación**.
>
> **Sistematización**: El desempeño de una gestión **integral y multisectorial**, articulada institucionalmente sobre la base de **competencias claras**, responsabilidades y recursos de las Entidades Públicas, respetando principios de transparencia, eficiencia, cooperación, cobertura, consistencia y continuidad en las relaciones con los demás sectores y niveles de gobierno.
>
> **Descentralización**: Una política descentralizadora, nacional y transversal en la gestión pública, que **articule y distribuya las competencias entre los niveles de gobierno**, para promover una mayor capacidad de planificación y gestión urbanas, que se encuentre **alineada con las políticas nacionales** aprobadas por el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento (2021) [el énfasis es nuestro].

Cabe añadir como idea de cierre de este apartado, que los principios prescritos en la ley comentada son resultado de lo que se ha dado a llamar la 'estatalización del urbanismo', que significa, según Ríos Álvarez (2015), el sometimiento [de este fenómeno] a las directivas del Estado o a las de instancias superiores a los municipios, sin perjuicio de dejar incorporada a estos la actividad urbanística. Nos dice este jurista español que la fuerza de los hechos es la causa de que se asigne la competencia de gestionar las actividades urbanizadoras a la autoridad central de los Estados (gobierno central o federal, según la forma de Estado). Es decir, a la ocurrencia de fenómenos socioeconómicos que desbordan la capacidad de los municipios, –tales como el desplazamiento masivo de la población, el centralismo, el crecimiento demográfico, la expansión vertiginosa de las urbes, la falta de articulación entre estas, las grandes obras públicas que se ejecutan a costa de toda la nación– exigen que los Estados, en sus más altos niveles territoriales y organizacionales, planifiquen el urbanismo a través de instrumentos técnicos y legislativos de alcance general (pp. 175-176).

De aquí el fundamento de la promulgación en sede nacional de la Ley de Desarrollo Urbano Sostenible y la implementación de la Política Nacional de Vivienda y Urbanismo al 2030, la cual busca definir las prioridades y estrategias principales que orienten y articulen las acciones, esfuerzos y recursos en los tres niveles de gobierno, el sector privado y la sociedad civil en materia de vivienda y urbanismo.

C. El carácter ecléctico del derecho a la ciudad y el cambio de paradigma de la propiedad

Desde hace un tiempo considerable, gran sector de la doctrina jurídica viene enriqueciendo el concepto de función social de la propiedad, cuyo respaldo normativo se encuentra en el nivel más alto del sistema de fuentes de derecho en los Estados modernos: la Constitución Política del Perú de 1993. Conforme al artículo 70, el Estado garantiza la inviolabilidad del derecho de propiedad, el cual se ejerce en **armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley**; la que, a su vez, **puede ser privada exclusivamente por causa de seguridad nacional o necesidad pública**, declarada por ley y previo pago justipreciado. Este precepto constitucional, que configura el régimen económico peruano, fundamenta la denominada en el derecho administrativo 'potestad ablatoria'. Esta es entendida como uno de los poderes **jurídico-políticos más intensos de la administración pública, por cuanto su ejercicio produce una privación o eliminación de derechos privados en atención a un interés público que el ordenamiento jurídico** nacional califica en su grado más elevado bajo la categoría de expropiación por utilidad pública o seguridad nacional[18] (Cassagne, 2017, p. 273).

Sin embargo, la potestad ablatoria no es la única recogida en el texto constitucional, que es una **limitación expresa y concreta**. Este precepto además fundamenta **limitaciones expresas y generales a la propiedad** cuando hace mención al bien común y a dentro de los límites de la ley como condicionantes al ejercicio de las facultades de este derecho subjetivo, sin sacrificarlo parcial o totalmente; dentro de las cuales ingresarían las limitaciones por vecindad, de zonificación, superficies limitadoras de obstáculos, derechos de vías, prescripción adquisitiva, tercero de buena fe registral, servidumbres eléctricas, etc. (Astuhuaman, 2021a). En suma, estas limitaciones, o más propiamente dicho, delimitaciones[19], son puestas a la luz mediante la función legislativa del Congreso y ejecutadas por la **administración pública en el marco de sus competencias y atribuciones**. Ello con el objetivo de lograr que los propietarios particulares cumplan deberes y obligaciones inspirados en bienes jurídicos de interés público, tales como la preservación del medio ambiente, la salvaguarda del patrimonio cultural, la gestión del riesgo de desastres, la salud pública, la seguridad ciudadana, el desarrollo urbano sostenible, entre otros de titularidad colectiva.

La Ley de Desarrollo Urbano Sostenible es una concreción legislativa de la delimitación constitucional expresa y genérica estipulada en el mencionado artículo 70, ya que, además de establecer los principios, lineamientos, instrumentos y normas que regulan el acondicionamiento territorial, la planificación urbana, el uso y la gestión del suelo urbano, refuerza el cambio de paradigma del concepto de propiedad. Dicho cambio genera que esta sea catalogada como solo un **componente** –aunque, claro está, de los más importantes– del **compuesto** denominado 'ciudad' y, por ende, puesta al servicio de los intereses colectivos, sin que ello avale interferencias irrazonables y desproporcionadas a las facultades del propietario individual. Es así como esta ley tiene como propósito compatibilizar el ejercicio de la propiedad particular con el despliegue de las competencias urbanísticas del Estado, garantizando de esta manera a los ciudadanos la protección del contenido constitucional de sus derechos patrimoniales que les permitan servirse de sus bienes inmuebles y explotarlos dentro de las limitaciones del estatuto urbanístico.

Ahora bien, en un proceso de inconstitucionalidad incoado por algunos ciudadanos de Lince –distrito limeño– contra una ordenanza municipal que disponía algunas medidas para la conservación y gestión del área de reserva ambiental Parque Mariscal Ramón Castilla, el Tribunal Constitucional sostuvo que el derecho a la ciudad no puede ser reconocido como un derecho fundamental. Ello porque resulta innecesario reconocer derechos implícitos

[18] La Constitución de 1993 no menciona textualmente al interés social como causal habilitante de la expropiación, la cual sí estaba contemplada expresamente en su antecesora, la Constitución de 1979; sin embargo, mal se haría en afirmar que el interés social estipulado en los artículos 923 y 925 del Código Civil de 1984, han sido derogados. En efecto, la vigencia de este supuesto radica en el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el cual forma parte del derecho interno desde su celebración, según lo prescrito en el artículo 55 de la actual Constitución; idea que es reforzada con la cuarta disposición final y transitoria, según la cual las normas relativas a los derechos y libertades consagradas constitucionalmente se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú. Esto quiere decir que, el contenido del derecho fundamental a la propiedad está compuesto, además del derecho interno, por el derecho internacional de los derechos humanos. (Astuhuaman, 2021b).

[19] En teoría de los derechos fundamentales se ha distinguido entre limitación y delimitación como formas hermenéuticas para determinar el contenido constitucionalmente protegido de los preceptos iusfundamentales. Así, por limitación se entiende a las restricciones creadas extrínsecamente por el intérprete para frenar el ejercicio de los derechos fundamentales; en cambio, por delimitación se entiende al ejercicio interpretativo de revelar o extraer los límites intrínsecos de los derechos fundamentales en cada situación concreta. (Castillo Córdova, 2020, p. 133)

en otros ya existentes y porque supondría irrogarse competencias para orientar políticas gubernamentales en materia urbanísticas[20].

Sin embargo, en oposición al primer argumento, la Ley de Desarrollo Urbano Sostenible positiva y define en su artículo 17 el derecho a la ciudad como un derecho macro, ecléctico, integrador y conciliador, a favor de los ciudadanos, que les permite habitar, utilizar, ocupar, producir, transformar, gobernar y disfrutar ciudades o centros poblados justos, inclusivos, seguros, sostenibles y democráticos, garantizando el acceso a los servicios que se aglomeran en la ciudad, y estando sujeto a las limitaciones establecidas por la normativa de la materia, el bien común y el interés general[21] (2021). Y a su vez en su artículo 18 se prescriben los deberes de las personas en la producción de un hábitat seguro y saludable, los que están dirigidos especialmente a las empresas desarrolladoras en mérito a su gran capacidad urbanizadora[22] (2021). Por consiguiente, de entrada, la ley propone un sistema jurídico-urbanístico que reúna las ideas, los valores y las tendencias liberalistas, librecambistas y colectivistas que, en principio, proponen regímenes jurídicos distintos en torno al suelo, a fin de compatibilizarlos.

El alcance de esta ley trasciende, en definitiva, la esfera jurídica de los propietarios prediales, pues integra a todo ciudadano peruano asentado en ciudades o centros poblados, en cuyo caso tendrá derechos que le permitirán exigir a las autoridades públicas y a los demás particulares el cumplimiento de ciertas prestaciones u omisiones destinadas a brindarle bienestar y condiciones mínimas de habitabilidad. De igual forma, establece deberes que cumplir en aras coadyuvar a la gestión sostenible del espacio urbano, siendo el hábitat en donde se desarrolla su existencia. Este punto de vista me lleva a concordar con Martínez-Carande García de Enterría (1978) cuando afirma que los elementos que construyen una ciudad tales como:

> La localización […], su configuración concreta, su magnitud mayor o menor, su disposición, su funcionalismo y su orden no son, en absoluto, ni pueden ser, en nuestra compleja civilización, hechos privados, en el sentido de que pertenezcan al exclusivo círculo de interés de los propietarios de suelo […] (p. 304).

Y esto es así porque el ser humano, desde sus formas más primitivas, siempre ha estado conectado y condicionado por su entorno, natural y artificial, y en constante convivencia con sus congéneres. En consecuencia, los procesos de asentamientos humanos y las actividades urbanizadoras que acondicionan el terreno a uno habitable:

> […] son **más bien hechos colectivos primarios**, que interesan a la colectividad entera en cuanto tal, puesto que condicionan su misma vida comunitaria y personal de manera directa y a la vez postulan consecuencias inmediatas respecto a la existencia, extensión y disposición de una serie de servicios públicos inequívocamente tales (vías públicas, transportes colectivos, servicios higiénicos y sanitarios, servicios de enseñanza y asistencia social, lugares de esparcimiento, dotación de agua, electricidad, teléfonos, etc.) (Martínez-Carande García de Enterría, 1978, p. 304) [el énfasis es nuestro].

[20] Véase la sentencia recaída en el Expediente 00013-2017-PI/TC (2020, fundamentos 87-110).

[21] Artículo 17.- Derecho a la ciudad

> Las competencias y facultades a las que se refiere esta Ley procuran la efectividad del ejercicio del derecho a la ciudad, definido como el derecho de los ciudadanos a habitar, utilizar, ocupar, producir, transformar, gobernar y disfrutar ciudades o centros poblados justos, inclusivos, seguros, sostenibles y democráticos, garantizando el acceso a los servicios que se aglomeran en la ciudad, y estando sujeto a las limitaciones establecidas por la normativa de la materia, el bien común y el interés general.
>
> El derecho a la ciudad comprende, a título enunciativo mas no limitativo: el derecho a un hábitat seguro y saludable, el derecho a una vivienda adecuada y digna, el derecho a la participación ciudadana efectiva y al acceso a la información; el derecho a la propiedad predial en todas sus modalidades; el derecho al acceso y uso, en condiciones no discriminatorias, de los espacios, equipamientos y servicios públicos; garantizando el acceso a personas con discapacidad y a las minorías; el derecho a recurrir al órgano jurisdiccional para exigir la observancia de la normativa en acondicionamiento territorial, planificación, uso y gestión del suelo y desarrollo urbano en las actuaciones de instituciones públicas o privadas (Ley 31313, 2021).

[22] Artículo 18.- Deberes de las personas en la producción de un hábitat seguro y saludable

> Toda persona tiene el deber de:
>
> 1. Respetar las disposiciones del desarrollo urbano sostenible, el acondicionamiento territorial y la planificación urbana establecidas en la normativa de la materia.
>
> 2. Colaborar con las Entidades Públicas en la defensa de su integridad, continuidad y difusión.
>
> 3. Proteger el ambiente, los recursos naturales, el patrimonio cultural.
>
> 4. Conservar y usar racionalmente los espacios y bienes públicos.
>
> 5. Ejecutar las habilitaciones urbanas y edificaciones conforme con la normativa de la materia y respetando las disposiciones establecidas en los Planes para el Acondicionamiento Territorial y Desarrollo Urbano (Ley 31313, 2021)

Sin embargo, entre el enfoque decimonónico de la propiedad –aquella inspirada en los fundamentos filosóficos-políticos del Estado Liberal, que entronizaba al individuo y su esfera absoluta de libertad en oposición y reacción al Antiguo Régimen o Absolutismo, convirtiéndolo en un Estado mínimo, y las intervenciones fundadas en el concepto de función social, ambiental, económica y cultural de la propiedad– y en el novísimo derecho a la ciudad, hay una constante tensión que subsiste en la actualidad. Esto se da cuando los distintos niveles de gobierno pretenden implementar instrumentos de gestión urbana, conducentes a la gestión racional del uso del suelo, el planeamiento urbano, el establecimiento y control de parámetros de edificabilidad y diseño, y el financiamiento de obras en beneficio de la ciudad.

Es de notar que el diseño de estas técnicas corresponde a campos de conocimiento ajenas al derecho positivista, concebido como un conjunto de normas regidas internamente por una lógica-formal, pero que los hechos sociales contemporáneos exigen que sean integradas al nuevo sistema normativo como su fundamento. De modo que el Derecho pase de ser un sistema abstracto a uno teleológico, es decir, diseñado para alcanzar fines de política económica. De Trazegnies Granda (2018) menciona como ejemplo de esta cuestión a las formas de usar la propiedad inmueble para urbanizarla y dividirla en lotes de terreno, pues ya no puede estar sujeta únicamente a las reglas generales del Código Civil. Es menester un régimen jurídico que se construya con conocimientos técnicos de ingeniería, economía, arquitectura, urbanismo y sociología, alimentándose así de elementos empíricos y pragmáticos[23] (p. 61).

En este sentido, es significativo resaltar que la Ley de Desarrollo Urbano es una manifestación del cambio de paradigma legal vinculado al derecho de propiedad que, como ya lo he apuntado en parágrafos anteriores, varios países de la región vienen propugnando desde la incipiente disciplina del derecho urbanístico. A pesar de esta nueva propuesta epistemológica en el campo de las ciencias jurídicas, esta ley no se escapa de las críticas conservadoras de un sector de la academia jurídica y de partidarios de grupos políticos, quienes se muestran reacios a la idea de cualquier tipo de regulación estatal en cualquier sector del mercado. Se tratan de objeciones que, por cierto, son anacrónicas por sustentarse en doctrinas privatistas-decimonónicas y librecambistas, que consideran al suelo urbano y urbanizable como bienes de aprovechamiento absoluto, o, en su forma extremista, como mercancía, soslayando que se trata de un recurso natural escaso, de carácter no renovable.

Por mencionar un ejemplo, se han esbozado una serie de críticas a un instrumento de financiamiento urbano estipulado en la ley bajo comentario: la participación del Estado en el incremento del valor del suelo, también llamada captación o apropiación de la plusvalía urbana. Al respecto, se ha afirmado erradamente que esta carga se pagaría cuando el propietario de un predio realice acciones sobre la edificación tales como el aumento del área techada, la elevación de pisos o ejecución de obras de remodelación. Lo que genera supuestamente la obligación a cargo del propietario y los vecinos colindantes de pagar a la entidad de Gobierno Local la cuantía calculada en aplicación de las fórmulas que mediante ordenanza se establezcan. Asimismo, se ha afirmado que se trataría de un impuesto confiscatorio y contrario a la libertad del propietario de una parcela de terreno (O'Hara, 2021).

Para desmitificar este instrumento es necesario remitirnos a las normas que lo regulan. Los artículos 54 al 60 de la Ley de Desarrollo Urbano Sostenible facultan a los Gobiernos Locales a participar en el incremento del valor del suelo urbano en un porcentaje de entre el 30% al 50%, cuyo cálculo, liquidación, exigibilidad y cobro serán reglamentados por las Municipalidades Provinciales mediante ordenanza, a partir de hechos generadores (actuaciones administrativas-urbanísticas) perfectamente tipificados en los artículos 55 y 58, que generen beneficios económicos a los propietarios prediales:

> 1. Hechos generadores por la clasificación del suelo:
>
> La incorporación mediante una actualización del Plan de Desarrollo Metropolitano o Plan de Desarrollo Urbano de suelo urbanizable como suelo urbano y la incorporación de suelo rural como suelo urbanizable, siempre que el suelo urbano o urbanizable se encuentre dentro del área de concesión de las empresas prestadoras de servicios de agua, desagüe y energía eléctrica correspondientes, que efectivamente puedan brindarle los servicios públicos del caso.
>
> 2. Hechos generadores por la calificación del suelo:

[23] Idéntico criterio se utiliza para la formulación del régimen jurídico aplicable a los bienes materiales integrantes del patrimonio cultural de la nación, por cuanto las normas de la propiedad civil resultan insuficientes para la preservación del valor cultural, que es de interés público; además de la lógica formal, es necesario el conocimiento de la historiografía, la arqueología y la antropología.

a. La asignación de zonificación y la actualización de la zonificación de los usos del suelo a uno de mayor rentabilidad o aprovechamiento en los Planes de Desarrollo Urbano, siempre que el suelo urbano o urbanizable se encuentre dentro del área de concesión de las empresas prestadoras de servicios de agua, desagüe y energía eléctrica correspondientes, que efectivamente puedan brindarle los servicios públicos del caso.

b. La aprobación en Planes de Desarrollo Urbano y sus actualizaciones de un mayor aprovechamiento del suelo con mayores derechos edificatorios, por el incremento del área techada o mayor coeficiente de edificabilidad o altura de edificación.

c. La ejecución de proyectos de inversión pública de equipamiento urbano, creación o mejoramiento de espacios públicos, obras vinculadas a la mejora del Patrimonio Cultural de la Nación y obras de infraestructura de servicios básicos, por parte de la autoridad correspondiente, que generen un incremento en el valor de la propiedad, salvo que para financiar su ejecución se hubiera empleado la contribución Especial por Obras Públicas prevista en la legislación de la materia.

d. Otros determinados por los Gobiernos locales, mediante el Plan de Desarrollo Metropolitano o Plan de Desarrollo Urbano, debiendo encontrarse los mismos ejecutados con intervención del Estado y debidamente sustentado en estudios técnicos correspondientes (Ley 31313, 2021, art. 55).

3. Participación en el incremento del valor del suelo por ejecución de obras pública:

En caso se ejecuten obras públicas previstas en los Planes para el Acondicionamiento Territorial y Desarrollo Urbano que no hayan utilizado para su financiamiento la Contribución Especial por Obra Pública, en alguna de sus modalidades, regida por la legislación de la materia, los Gobiernos locales podrán determinar el incremento del valor del suelo y liquidar el cálculo de dichos incrementos mediante ordenanza que deberá emitirse dentro de los seis (6) meses de concluidas las obras, en donde se determinará el valor promedio del incremento de valor producido por metro cuadrado y definirá las exclusiones a que haya lugar. La forma en que se determina el incremento de valor, así como la determinación del área de influencia, se establece en el Reglamento de la Ley (Ley 31313, 2021, art. 58, numeral 1).

El común denominador de todos estos hechos generadores de la plusvalía urbana es la intervención estatal mediante acciones urbanizadoras en beneficio de una cantidad reducida de propietarios, quienes no realizaron esfuerzo alguno para el alza del valor comercial de su predio. Es decir, la inversión privada, sea individual o colectiva, que acreciente el valor comercial de los predios de un área de influencia, no habilitan a la administración pública a capturar la plusvalía. Es todo lo contrario, este instrumento busca compensar el gasto público por la ejecución de obras de interés general y reinvertirlo en la ejecución de obras de agua y saneamiento, construcción y mantenimiento de equipamiento urbano y comunitario, creación y mantenimiento de espacios públicos y áreas verdes, fomento de programas y proyectos de vivienda de interés social, y protección y promoción de patrimonio cultural, natural y paisajístico (Ley 31313, 2021, art. 59).

La finalidad es, pues, redistribuir la riqueza propiciada por el Estado –efecto que probablemente solo ocurra en el planeamiento urbano y el acondicionamiento territorial– a favor de unos pocos, en aplicación del principio de equidad espacial y territorial, según el cual la planificación y gestión urbana ha de buscar la distribución de cargas y gravámenes entre los ciudadanos, a efectos de alcanzar objetivos de interés público (carácter teleológico y finalista del derecho urbanístico por sobre el racionalismo lógico-formal del derecho civil decimonónico).

La utilidad de este instrumento para financiar el desarrollo urbano mediante la participación del Estado en el incremento del valor comercial del suelo urbano ya ha sido reconocida por otros gobiernos de la región. Por su gran similitud con la norma peruana, mencionaré el caso colombiano, en cuya Constitución de 1991, artículo 82, concede a la Administración Pública, distrital o municipal, el derecho a participar en las plusvalías generadas como consecuencia de sus actividades urbanizadoras en beneficio de los ciudadanos; acciones como otorgar a determinada zona de la ciudad un uso más rentable o una mayor explotación del suelo, maximizando derechos edificatorios. Vargas Apráez (2018) ha realizado una investigación sobre el procedimiento de cobro de la participación en plusvalía adelantadas para la Administración de la ciudad de Bogotá, reglamentado por el Acuerdo de Concejo 118 del 30 de diciembre de 2003, describiendo su estructura en cinco etapas (pp. 64-65):

a) **Estudio comparativo de norma**: consiste en determinar el hecho generador de plusvalía, comparando los beneficios establecidos en la nueva norma o derivados de la acción urbanística, con los contemplados en el ordenamiento precedente. Por consiguiente, si de este ejercicio se obtiene que la nueva norma otorga un uso más rentable o un ma-

yor aprovechamiento en edificabilidad, o los dos beneficios a la vez, se concluye que existe un hecho generador de plusvalía.

b) **Cálculo del efecto plusvalía**: aquí se realiza dos avalúos, uno teniendo en cuenta los beneficios otorgados en la acción urbanística y otro, en la norma anterior a esta. Luego se hace una resta tomando el resultado del avalúo aplicando la acción urbanística y el del ordenamiento anterior; si el resultado es positivo, se afirma que existe efecto plusvalía. El autor además apunta que existen casos en los que, a pesar de existir un hecho generador de plusvalía, tras realizar el cálculo del efecto plusvalía se obtiene un resultado negativo, lo que lo lleva a concluir que no siempre que la acción urbanística de la Administración otorgue un uso más rentable o mayor aprovechamiento en edificabilidad, genere un efecto plusvalía por regla general.

c) **Emisión de acto administrativo**: una vez calculado el efecto plusvalía con resultado positivo, la Administración emite un acto administrativo de liquidación, el cual puede ser impugnado mediante recurso de reposición.

d) **Inscripción del acto administrativo**: el procedimiento culmina con la inscripción del acto administrativo de liquidación en el folio de matrícula inmobiliaria del predio afectado, momento en el que la liquidación deviene en exigible; para este propósito se remite el acto a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos. Cabe resaltar que para esta etapa dicho acto ha adquirido la calidad de firme.

e) **Cobro de la plusvalía**: el pago de la plusvalía calculada no se efectúa inmediatamente a la inscripción del acto administrativo en el folio de matrícula, sino cuando se realicen los siguientes actos: i) transferencia de dominio, exceptuando los casos de transmisión *mortis causa*, expropiación liquidación de sociedad conyugal, usucapión y cesión anticipada obligatoria a favor del distrito recaudador de la plusvalía; y ii) petición de licencia de construcción, excepto en las modalidades de modificación, reforzamiento estructural, restauración, reconstrucción, demolición y cerramiento, o cuando se trate del trámite de modificación de licencia.

Como se observa, hay similitudes entre la implementación de este instrumento de financiamiento urbano en Colombia y la estipulada en la Ley de Desarrollo Urbano Sostenible, por lo que la reglamentación y aplicación por los gobiernos locales peruanos deberían considerar dicha experiencia, en especial sobre las fases del procedimiento, así como la de otros países tales como Costa Rica[24], México[25], Venezuela[26], Uruguay[27], Buenos Aires (Argentina)[28] y Ecuador[29]. Por ejemplo, es importante resaltar que en la normativa antes descrita se prescribe que la sola verificación de un hecho generador no es suficiente para determinar el efecto plusvalía. Sin duda el estudio de derecho comparado coadyuvará a los Gobiernos Locales peruanos a implementar adecuadamente su participación en el incremento del valor comercial del suelo. Este se justifica constitucionalmente en los principios de la economía social de mercado, régimen que tiene como elemento esencial a la cláusula de la función social de la propiedad, el cual a su vez es solo un aspecto de la política pública de ordenamiento territorial a cargo del Estado, en tanto expresión de su soberanía territorial y función gubernativa.

Conviene además analizar la experiencia comparada de países que ya han implementado este instrumento desde hace varios años, para así evaluar su marco teórico, procedimental y metodológico, que sirvieron para enfrentar eficazmente los problemas urbanos locales. Por mencionar un caso, Garcés Medrano (2010), motivado por la problemática de la informalidad urbana, se planteó la cuestión referida a si la participación en plusvalía a favor del municipio de Santiago de Cali, un instru-

24 Ley 4240, Ley de Planificación Urbana, del 15 de noviembre de 1968.

25 Véase el artículo 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917).

26 Véase el artículo 167 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999).

27 Véase el artículo 46 de la Ley 18.308, Ley de Ordenamiento Territorial y Desarrollo Sostenible (2008).

28 Especial atención merece el Municipio de Trenque Lauquen, ubicado en la provincia de Buenos Aires, Argentina. Mediante Ordenanza 3184/2009, amparada en la Ordenanza General 165 del año 1973, la Asamblea de Concejales y Mayores Contribuyentes de este Municipio modifica su Ordenanza Fiscal agregando el tributo 'contribución por mejoras', a partir del cual queda facultado para participar en la plusvalía urbana generada no solo de la ejecución de inversión pública, sino también de las decisiones administrativas que cambien los instrumentos de gestión urbana (aumento del potencial edificatorio, asignación de usos de suelo a uno de mayor rentabilidad, fraccionamiento de tierra en zonas antes no permitidas autorizaciones para realizar urbanizaciones cerradas), permitiendo un mayor aprovechamiento económico del suelo y así poder capturar un porcentaje del incremento del valor comercial inmobiliario.

29 Véase el artículo 86 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (2010).

mento tributario confiscatorio, lesivo del derecho de propiedad, tiene como efecto el incremento del valor del suelo. O, si por el contrario, contribuye eficientemente al beneficio colectivo de la circunscripción distrital o municipal. Interrogante a la que respondió con la siguiente conclusión:

> En suma, y pese a los inconvenientes que genera disminuir la informalidad, una de las herramientas para tratar de contrarrestarla es el fortalecimiento financiero de los entes municipales a través de una figura en particular: la participación en plusvalía, la cual –en principio– no tiene mayor complejidad. Solamente con establecer una estructura metodológica, con soporte teórico-normativo, expidiendo los respectivos actos administrativos y determinando las dependencias encargadas, el municipio de Santiago de Cali podría obtener recursos importantes para equilibrar este fenómeno (p. 46).

Con todo, la Ley de Desarrollo Urbano Sostenible peruana aspira a los objetivos trazados por la Política Nacional de Vivienda y Urbanismo, con horizonte al 2030, encuadrándose en el reciente paradigma del derecho urbanístico, por cuanto está destinada a regular los nuevos hechos económicos, sociales y políticos, con ayuda de categorías jurídicas. Además, cumple la función de conciliar el interés privado con el interés público en el ejercicio del derecho de propiedad, mediante enfoques, principios, reglas e instrumentos técnicos, construidos sobre la base del tradicional racionalismo formal y de los acontecimientos de la realidad. De modo que, se logre armonizar las necesidades particulares del propietario predial, delimitando sus facultades, y los intereses públicos de la ciudad, concebida esta ya no como un conjunto de individuos con derechos sobre parcelas de tierra, sino como una entidad compuesta por distintos elementos conectados física y espiritualmente, en la que las personas proyectan su existencia individual y colectiva.

V. CONCLUSIONES

A manera de síntesis, mencionaré las siguientes conclusiones:

– El urbanismo peruano, desde su génesis, adoptó una característica espontánea y desordenada. Se encontraba condicionado por la estratificación socioeconómica que el colonialismo implantado por la corona española dejó como rezagos hasta mediados del siglo pasado, en que la reforma efectuada por el denominado Gobierno Revolucionario de las Fuerzas Armadas pretendiera derribar las bases estructurales de dicho sistema de diferenciación de clases. La inestabilidad política padecida desde los inicios de la República ha impedido la planificación integral, democrática y sostenible del territorio, y la búsqueda de la cohesión social. La economía mercantilista y librecambista propició el aprovechamiento irracional de los recursos naturales y la distribución inequitativa de las riquezas en la sociedad. Este contexto político-económico se vio reflejado en los primeros cuerpos normativos, que constituyen los antecedentes del urbanismo contemporáneo, de modo que la falta de sistematización y unidad de sus preceptos repercutió en la ingobernabilidad del suelo urbano y del territorio nacional.

– Tal estado de cosas se ha prolongado hasta la actualidad, a tal punto que, a mi consideración, los principales problemas a ser afrontados por el urbanismo contemporáneo, y que ameritan ser priorizados en la agenda política 2021-2026, son: el déficit habitacional y la ocupación informal del suelo, la inobservancia del componente ambiental en la gestión urbana y el deterioro del patrimonio cultural de la nación. Estos problemas, los cuales he evidenciado con datos fácticos que, si bien atañen a la ciudad de Lima Metropolitana, brindan un mensaje de alarma sobre la planificación urbana de las demás ciudades y centros poblados del país, así como sobre la falta de una efectiva política nacional de ordenamiento territorial. Uno de los factores de este problema ha sido la visión antagónica entre el mercado inmobiliario –que busca maximizar el espacio físico con fines de redito económico, producido gracias a la especulación del suelo y la comercialización de la vivienda– y, en contra partida, el interés público inmerso en las demandas de viviendas de interés social, la salvaguarda del patrimonio cultural, el acceso igualitario a servicios básicos y el reparto equitativo de cargas, deberes e incentivos urbanos.

– La reciente Ley 31313, Ley de Desarrollo Urbano Sostenible, publicada el 25 de julio de 2021 en el Diario Oficial El Peruano, constituye el primer paso hacia una seria planificación urbana en nuestro país. A mi juicio, por las siguientes razones: a partir de los principios estatuidos en la ley, se da un viraje rotundo en la forma de pensar, construir y gestionar las ciudades y centros poblados, otorgando un rol protagónico a la administración pública en el desarrollo urbano y el

acondicionamiento territorial. Asimismo, se fomenta en la ciudadanía una visión colectiva y democrática del hábitat urbano, la cual desarraiga por completo la forma de entender la ciudad como la suma de propietarios individuales, para sustituirla por un pensamiento más complejo, pero a su vez más justo, que consiste en la ciudad como entidad física y espiritual, albergadora del género humano, con objetivos comunes y generales a ser alcanzados cooperativamente. De esta afirmación se deriva la siguiente razón expuesta en mi trabajo, el cual consiste en la implementación de instrumentos técnico-normativos, tales como la participación del Estado en el incremento del valor del suelo y la tasa diferenciada del impuesto predial, que concretizan la función social de la propiedad; concepto este tan pronunciado en los discursos académicos, pero poco materializado en la función urbanística estatal y en el ejercicio de la propiedad predial por los particulares.

Ya en el final de este estudio, queda decir que el propósito principal planteado fue el de concientizar al lector sobre la trascendencia de trabajar, desde el lugar en el que nos encontremos y en cualquier ámbito, para la consecución de un desarrollo urbano sostenible y así mejorar la calidad de los espacios que componen el hábitat urbano.

REFERENCIAS

Arízaga Guzmán, D. (2003). Recuperación de las áreas centrales. En R. Jordán Fuchs, & D. Simioni (comps.), *Gestión urbana para el desarrollo sostenible en América Latina y el Caribe* (pp. 203- 242). Comisión Económica para América Latina y el Caribe.

Ascarza, L. (26 de noviembre de 2020). Demandan a la MML por ceder 10 hectáreas de parque Sinchi Roca al Metropolitano. *Wayka*. https://wayka.pe/demandan-a-la-mml-por-ceder-10-hectareas-de-parque-sinchi-roca-al-metropolitano/

Astuhuaman, J. (30 de enero de 2021a). Prescripción Adquisitiva a favor del Estado en el Perú. *Ius 360*. https://ius360.com/prescripcion-adquisitiva-a-favor-del-estado-en-el-peru-juan-astuhuaman/

(10 de abril de 2021b). La supuesta derogación del "interés social" de la propiedad en el Perú. *Ius 360*. https://ius360.com/la-supuesta-derogacion-del-interes-social-de-la-propiedad-en-el-peru-taller-jose-leon-barandiaran/

Bromley, J., & Barbagelata, J. (1945). *Evolución urbana de la ciudad de Lima*. Editorial Lumen.

Castro, A., & Huamán, G. (14 de marzo de 2021). Presión sobre el valle de Lurín: cambian 1.700 hectáreas con fines comerciales y residenciales. *Ojo Público*. https://ojo-publico.com/2559/lurin-cambian-1700-hectareas-con-fines-comerciales-y-residenciales

Castro, A., Escobedo, M. C., Huamán, G., Montes, D., Seoane, C., &, Tavera, T. (7 de marzo de 2021). Cartografía de la desigualdad: sobrevivir la pandemia y las cuarentenas sin parques ni áreas de esparcimiento en Lima y Callao. *Ojo Público*. https://ojo-publico.com/especiales/cartografia-de-la-desigualdad/

Calderón Cockburn, J. (2003). Los barrios marginales de Lima, 1961-2001. *Ciudad y Territorio Estudios Territoriales*, *35*(136-7), 375-389.

Camacho Caro, P. A. (2020). Derecho urbanístico como función pública. En G. Puertas Villavicencio, I. Ortiz Sánchez, & J. Ortiz Pasco (coords.), *Propiedad: enfoque urbanístico y registral* (pp. 36-51). Editorial Jurídica THĒMIS.

Carruitero Lecca, F., & Rojas Luján, V. (2019). *Fundamentos de Derecho y Gestión Ambiental*. A&C Ediciones.

Cassagne, J. C. (2017). *Derecho administrativo* (2da ed., tomo II). Palestra Editores.

Castillo Córdova, L. (2020). La interpretación iusfundamental en el marco de la persona como inicio y fin del derecho. En L. Castillo (Ed.), *Derechos fundamentales y procesos constitucionales* (2da ed., pp. 93-138). Zela.

Castro-Pozo Díaz, H. (2007). *Derecho Urbanístico* (2da ed.). Grijley.

Ccoillo, M. (1 de abril de 2021) Concejo de Lima suspende cambio de zonificación de Lurín tras críticas. *La República*. https://larepublica.pe/sociedad/2021/04/01/concejo-de-lima-suspende-cambio-de-zonificacion-de-lurin-tras-criticas/

Basadre Ayulo, J. (2011). *Historia del Derecho Universal y Peruano*. Ediciones Legales.

Centro Internacional de Estudios para la Conservación y Restauración de los Bienes Culturales [ICCROM], Ministerio de Cultura de Colombia, & United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization [UNESCO] (2012). *Intro-*

duciendo a los jóvenes en la protección del patrimonio cultural y los centros históricos. Una guía práctica para maestros en Colombia. https://www.iccrom.org/sites/default/files/publications/2021-04/iccromguiaparaensenarpatrimonio_col_sp.pdf.

Chanamé Orbe, R. (2019). *Tratado de Derecho Constitucional*. Instituto Pacífico.

Chang Lobatón, R. (2014). De la concepción civilista del derecho de propiedad predial a la concepción urbanística, una necesaria evolución. *Revista de Derecho Administrativo*, (14), 43-64.

Cotler Dolberg, J. S. (2005). *Clases, Estado y Nación en el Perú* (3ra ed.). Instituto de Estudios Peruanos.

De Trazegnies Granda, F. (2018). *Postmodernidad y derecho* (2da ed.). Grijley.

Delgadillo Polanco, V. M. (2012). El derecho a la ciudad en la ciudad de México. ¿Una retórica progresista para una gestión urbana neoliberal? *Andamios*, *9*(18), 117-139.

Escudo Azul – Comité Peruano (s.f.). *Quiénes somos*. Escudo Azul Comité Peruano. https://www.escudoazul.com/quienes-somos.

Espinoza, A., & Fort, R. (2020). *Mapeo y tipología de la expansión urbana en el Perú*. http://www.grade.org.pe/wp-content/uploads/EspinozaFort_GRADEADI_expansionurbana.pdf

Fernandes, E. (2004). Del Código Civil al Estatuto de la Ciudad: algunas notas sobre la trayectoria del derecho urbanístico en Brasil. *Boletín mexicano de derecho comparado*, *37*(109), 41-69.

Garcés Medrano, A. (2010). La informalidad urbana y los instrumentos de gestión del suelo. Caso: La participación en plusvalía en la ciudad de Cali. *Revista Científica Guillermo de Ockham, 8*(1), 39-48.

O'Hara, G. (21 de julio de 2021). Congreso crea nuevo impuesto a inmuebles. *Gestión*. https://gestion.pe/economia/congreso-crea-nuevo-impuesto-a-inmuebles-noticia/?ref=gesr

Gonzales Barrón, G. (2013). *Derecho Urbanístico* (7ma ed., Vol. 1). Ediciones Legales.

Instituto Nacional de Estadística e Informática [INEI] (2018). *Perú: Perfil Sociodemográfico. Informe Nacional*. https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1539/cap01.pdf

Jimenez, M. (s.f). Vista parcial de la parte baja del Valle de Lurin [Fotografía]. https://caretas.pe/wp-content/uploads/2020/08/zzzzlurin-750x480.jpg

Martínez-Carande García de Enterría, E. (1978). Los principios de la organización del urbanismo. *Revista de administración pública*, (87), 301-336.

Matesanz Parellada, A. (2009). El suelo en la legislación urbanística española. *Boletín CF+S*, (51), 7-61.

Medina Canelo, H. (2016). *Responsabilidad civil en el derecho inmobiliario*. Instituto Pacífico.

Ministerio del Ambiente [MINAM] (2019). *Guía para el buen gobierno municipal en materia de Gestión Ambiental*. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/303477/Guia_del_Buen_Gobierno_Municipal_en_materia_de_gestion_ambiental_2019.pdf

Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento [MVCS] (s.f.). *Agua y saneamiento. Inversión*. Página del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento. http://www3.vivienda.gob.pe/ejes/agua_saneamiento/agua_y_saneamiento.html

Municipalidad Metropolitana de Lima [MML] (29 de enero de 2021). MML realiza traslado y replantado de árboles del proyecto de ampliación norte del metropolitano al Bosque de Ancón. *MML – Nota de prensa*. https://www.munlima.gob.pe/2021/01/29/mml-realiza-traslado-y-replantado-de-arboles-del-proyecto-ampliacion-norte-del-metropolitano-al-bosque-de-ancon/

(s.f). *Plan Maestro del Centro Histórico de Lima (al 2029 con visión al 2035)*. Municipalidad de Lima. https://aplicativos.munlima.gob.pe/extranet/plan-maestro/

Nieuwland, B., & Mamani, J. M. (2017). Las lomas de Lima: enfocando ecosistemas desérticos como espacios abiertos en Lima metropolitana. *Espacio y Desarrollo*, (29), 109-133. https://doi.org/10.18800/espacioydesarrollo.201701.005

Ortega-Moreno, I. (2021). Ley de Suelo de 2015: urbanismo sostenible y acceso a la vivienda. *Ciudad Y Territorio Estudios Territoria-*

les, *53*(207), 5-22. https://doi.org/10.37230/CyTET.2021.207.01.

Ortiz Sánchez, J. (2020). El derecho urbanístico y la evolución del marco normativo en el Perú. En G. Puertas Villavicencio, I. Ortiz Sánchez, & J. Ortiz Pasco (coords.), *Propiedad: enfoque urbanístico y registral* (pp. 18-35). Editorial Jurídica THĒMIS.

Ríos Álvarez, L. A. (2015). *El urbanismo y los principios fundamentales del derecho urbanístico* (tesis doctoral). Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España.

Ríos Valdivieso, R. (2015). Percepciones del Centro Histórico de Lima a través de la poesía de la generación del 60. *Investiga Territorios*, (2), 83-91.

Salas Serrano, J. (1992). *Contra el hambre de vivienda. Soluciones tecnológicas latinoamericanas*. ESCALA.

Salazar Bondy, S. (2018). *La ciudad como utopía: artículos periodísticos sobre Lima 1953-1965* (2da ed.). Fondo Editorial de la Universidad de Lima.

Sociedad Peruana de Derecho Ambiental [SPDA] (22 de octubre de 2020). Lomas en riesgo: Congreso promulgó cuestionada ley sobre posesiones informales. *Actualidad Ambiental.* https://www.actualidadambiental.pe/ley-posesiones-informales-lomas-en-riesgo/

Soria Dall'Orso, C., & Romo Román, P. (2018). Rompiendo lo frágil. La experiencia del crecimiento urbano en las Lomas de Amancaes. *THĒMIS Revista de Derecho*, (74), 163-177. https://doi.org/10.18800/themis.201802.015

Programa Municipal para la Recuperación del Centro Histórico [PROLIMA] (2019). *Plan Maestro del Centro Histórico de Lima al 2029 con visión al 2035*. https://aplicativos.munlima.gob.pe/uploads/PlanMaestro/plan_maestro_resumen_ejecutivo.pdf

Vargas Apráez, E. A. (2018). Análisis jurídico de la participación en plusvalía en la ciudad de Bogotá D.C.: 2004-2016. *Revista Ciudades, Estados y Política, 5*(1), 61-73. https://doi.org/10.15446/cep.v5n1.66873

Vargas Gómez, O., & Molina Prieto, L. F. (2014). Arborizaciones urbanas: estrategia para mitigar el calentamiento global. *Nodo: Arquitectura. Ciudad. Medio Ambiente, 8*(16), 99-108.

Villalobos Villalobos, V. B. (16 de diciembre de 2020). Urbanismo no planificado: el caso del Centro Histórico de Lima. *Enfoque Derecho* https://www.enfoquederecho.com/2020/12/16/urbanismo-no-planificado-el-caso-del-centro-historico-de-lima/

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Código Civil [CC], Decreto Legislativo 295, Diario Oficial *El Peruano*, 25 de julio de 1984 (Perú).

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización [COOTAD], Registro Oficial, 19 de octubre de 2010 (Ecuador).

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela [Const.] (1999).

Constitución Política de Colombia [C.P.] (1991).

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [CP], Diario Oficial de la Federación [DOF], 5 de febrero de 1917, últimas reformas DOF 11 de junio de 2013.

Constitución Política del Perú [Const.] (1993).

Constituição Federal [C.F.] [Constitución] (Bras.).

Decreto Legislativo 803, Ley de Promoción al Acceso a la Propiedad Formal, Diario Oficial *El Peruano*, 22 de marzo de 1996 (Perú).

Decreto Legislativo 1192, Ley Marco de Adquisición y Expropiación de inmuebles, transferencias de inmuebles de propiedad del Estado, liberación de Interferencias y dicta otras medidas para la ejecución de obras de infraestructura, Diario Oficial *El Peruano*, 23 de agosto de 2015 (Perú).

Decreto Supremo 011-2006-VIVIENDA, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento Nacional de Edificaciones, Diario Oficial *El Peruano*, 08 de mayo de 2006 (Perú).

Decreto Supremo 035-2006-VIVIENDA, que aprueba el Texto Único Ordenado del Reglamento de la Ley 27157, Ley de Regularización de Edificaciones, del Procedimiento para la Declaratoria de Fábrica y del Régimen de Unidades Inmobiliarias de Propiedad Exclusiva y Propiedad Común, Diario Oficial *El Peruano*, 8 de noviembre de 2006 (Perú).

Decreto Supremo 022-2016-VIVIENDA, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de Acon-

dicionamiento Territorial y Desarrollo Urbano Sostenible, Diario Oficial *El Peruano*, 24 de diciembre de 2016 (Perú).

Decreto Supremo 010-2018-VIVIENDA, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento Especial de Habilitación Urbana y Edificación, Diario Oficial *El Peruano*, 11 de julio de 2018 (Perú).

Decreto Supremo 008-2019-VIVIENDA, Decreto Supremo que modifica el Reglamento de la Ley 27157, Ley de Regularización de Edificaciones, del Procedimiento para la Declaratoria de Fábrica y del Régimen de Unidades Inmobiliarias de Propiedad Exclusiva y de Propiedad Común, aprobado por Decreto Supremo 008-2000-MTC, Diario Oficial *El Peruano*, 12 de febrero de 2019 (Perú).

Decreto Supremo 019-2019-VIVIENDA, Texto Único Ordenado de la Ley 29151, Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales, Diario Oficial *El Peruano,* 10 de julio de 2019 (Perú).

Decreto Supremo 029-2019-VIVIENDA, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de Licencias de Habilitación Urbana y Licencias de Edificación, Diario Oficial *El Peruano*, 6 de noviembre de 2019 (Perú).

Decreto Supremo 008-2021-VIVIENDA, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley 29151, Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales, Diario Oficial *El Peruano*, 11 de abril de 2021 (Perú).

Decreto Supremo 163-2020-PCM, Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley 28976, Ley Marco de Licencia de Funcionamiento y los formatos actualizados de Declaración Jurada, Diario Oficial *El Peruano,* 3 de octubre de 2020 (Perú).

Decreto Supremo 012-2021-VIVIENDA, Decreto Supremo que aprueba la Política Nacional de Vivienda y Urbanismo, con horizonte temporal al 2030, Diario Oficial *El Peruano*, 15 de julio de 2021 (Perú).

Decreto Supremo 006-2017-VIVIENDA, Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley 29090, Ley de Regulación de Habilitaciones Urbanas y de Edificaciones, Diario Oficial *El Peruano,* 28 de febrero de 2017 (Perú).

Ley 7844, Ley de revisión de los contratos de promesa y compraventa, celebrados entre las Empresas Urbanizadoras y los compradores de lotes de terreno, Diario Oficial *El Peruano*, 26 de octubre de 1933 (Perú).

Ley 8682, Creando el Consejo Nacional del Urbanismo del Perú y señalando sus atribuciones, Diario Oficial *El Peruano*, 6 de agosto de 1938 (Perú).

Ley 10723, la Oficina Nacional de Planeamiento y Urbanismo y el Consejo Nacional de Urbanismo; y, elevando la alcabala de enagenaciones de los inmuebles rústicos y urbanos de Lima y Callao, Diario Oficial *El Peruano*, 30 de diciembre de 1946 (Perú).

Ley 13517, Ley Orgánica de Barrios Marginales y Aumento del Capital de la Corporación Nacional de la Vivienda, Diario Oficial *El Peruano*, 15 de febrero de 1961 (Perú).

Ley 4240, Ley de Planificación Urbana, Diario Oficial *La Gaceta*, 15 de noviembre de 1968 (Costa Rica).

Ley 27157, Ley de Regularización de Edificaciones, del Procedimiento para la Declaratoria de Fábrica y del Régimen de Unidades Inmobiliarias de Propiedad Exclusiva y Propiedad Común, Diario Oficial *El Peruano*, 20 de julio de 1999 (Perú).

Ley 10257, de 11 de julio de 2001, Diário Oficial da União [D.O.U.] 12.07.2001 (Bras.).

Ley 27783, Ley de Bases de la Descentralización, Diario Oficial *El Peruano*, 20 de julio de 2002 (Perú).

Ley Orgánica 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, Diario Oficial *El Peruano,* 27 de mayo de 2003 (Perú).

Ley 28296, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación, en cuanto a bienes materiales inmuebles, Diario Oficial *El Peruano*, 22 de julio de 2004 (Perú).

Ley 18.308, Ley de Ordenamiento Territorial y Desarrollo Sostenible, Diario Oficial, 30 de junio de 2008 (Uru.).

Ley de Desarrollo Urbano del Distrito Federal, Diario Oficial de la Federación [DOF], 15-07-2010 (Mex.).

Ley 31056, Ley que amplía los plazos de titulación de terrenos ocupados por posesiones informales y dicta medidas para la formalización,

Diario Oficial *El Peruano*, 21 de octubre de 2020 (Perú).

Ley 31199, Ley de Gestión y Protección de los Espacios Públicos, Diario Oficial *El Peruano,* 22 de mayo de 2021 (Perú).

Ley 31264, Ley que modifica la Ley 27157, Ley de Regularización de Edificaciones, del Procedimiento para la Declaratoria de Fábrica y del Régimen de Unidades Inmobiliarias de Propiedad Exclusiva y de Propiedad Común, para responder ante Emergencias Sanitarias y Similares, Diario Oficial *El Peruano*, 09 de julio de 2021 (Perú).

Ley 31313, Ley de Desarrollo Urbano Sostenible, Diario Oficial *El Peruano*, 25 de julio de 2021 (Perú).

Ordenanza 3184/2009, que Modifica Ordenanza Fiscal y agrega tributo por contribución por mejoras, 7 de enero de 2009: http://www.habitarargentina.org.ar/wp-content/uploads/2016/08/Trenque-Lauquen_3184_2009-Modifica-Ordenanza-Fiscal-agrega-TRIBUTO-POR-CONTRIBUCI%C3%93N-POR.pdf, *Honorable Concejo Deliberante de Trenque Lauquen* (Arg.).

Real Decreto Legislativo 7/2015, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (B.O.E. 2015, núm 261) (Esp.).

Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 188-2004-SUNARP-SN, que aprueba el Reglamento del Índice de Verificadores del Registro de Predios, Diario Oficial *El Peruano*, 13 de mayo de 2004 (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 9 de junio de 2020, sentencia recaída en el Expediente 00013-2017-PI/TC (Perú).

10.18800/themis.202102.009

EL 'DERECHO A LA CIUDAD' Y SU RECONOCIMIENTO DENTRO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

THE 'RIGHT TO THE CITY' AND ITS RECOGNITION IN THE PERUVIAN LEGAL SYSTEM

Luis Fernando Rioja García*
Pontificia Universidad Católica del Perú

Ximena Nicole Segura Martel**
Pontificia Universidad Católica del Perú

Ximena Alejandra Vílchez Vargas***
Pontificia Universidad Católica del Perú

Iván Ortiz Sánchez****
Pontificia Universidad Católica del Perú

Erick Lau Gastelo*****
Grupo de Investigación en Urbanismo, Gobernanza y Vivienda Social - CONURB

José Carlos Fernández Salas******
Pontificia Universidad Católica del Perú

Daniel Ramírez Corzo Nicolini*******
Pontificia Universidad Católica del Perú

Andrés Devoto Ykeho********
Grupo de Investigación en Urbanismo, Gobernanza y Vivienda Social - CONURB

* Estudiante de noveno ciclo de la Facultad de Arquitectura y Urbanismo de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Asistente de docencia del curso de Derecho Urbanístico en la PUCP. Coordinador de Comunicaciones e investigador asistente en el Grupo de Investigación en Urbanismo, Gobernanza y Vivienda Social - CONURB (Lima, Perú). Contacto: fernando.rioja@pucp.edu.pe

** Estudiante de doceavo ciclo de la Facultad de Derecho de la PUCP. Expresidenta de la Asociación Civil Derecho y Sociedad. Investigadora asistente en el Grupo de Investigación en Urbanismo, Gobernanza y Vivienda Social - CONURB (Lima, Perú). Contacto: segura.ximena@pucp.edu.pe

*** Bachillera en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Adjunta de docencia del curso de Derecho Urbanístico de la PUCP. Investigadora asociada en el Grupo de Investigación en Urbanismo, Gobernanza y Vivienda Social - CONURB (Lima, Perú). Contacto: xvilchez@pucp.pe

**** Abogado. Magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y candidato a Doctor por la misma casa de estudios. Docente en el Departamento de Derecho de la PUCP y en la Academia de la Magistratura. Coordinador del Grupo de Investigación Urbanismo, Gobernanza y Vivienda Social - CONURB. Miembro del Consejo Directivo del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) (Lima, Perú). Correo: iortiz@pucp.edu.pe

***** Abogado. Magíster en Desarrollo Económico Urbano por la University College London. Investigador Principal en el Grupo de Investigación Urbanismo, Gobernanza y Vivienda Social - CONURB (Lima, Perú). Contacto: elau@pucp.pe

****** Abogado. Magíster en Urbanismo por la Universidad de Harvard. Docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Exdirector de Urbanismo y Desarrollo Urbano en el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento. Investigador Principal en el Grupo de Investigación en Urbanismo, Gobernanza y Vivienda Social - CONURB (Lima, Perú). Contacto: josec.fernandez@pucp.edu.pe

******* Antropólogo. Estudios de posgrado en Sociología la Universidad de Manchester y la Universidad Rovira i Virgili de Cataluña. Docente en la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Investigador en el Centro de Investigaciones en Arquitectura en la Ciudad de la Pontificia Universidad Católica del Perú y en el Grupo de Investigación en Urbanismo, Gobernanza y Vivienda Social - CONURB (Lima, Perú). Contacto: dramirez@pucp.edu.pe

******** Abogado. Activista por el Colectivo despierta Lima. Investigador Asociado en el Grupo de Investigación en Urbanismo, Gobernanza y Vivienda Social - CONURB (Lima, Perú). Correo: adevotoy@pucp.pe

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 30 de enero de 2022, y aceptado por el mismo el 02 de febrero de 2022.

The following article evidences the importance of considering the concept and the components of the right to the city in the Peruvian legislation. For that purpose, it considers the growing recognition of the importance of cities under the 'New Urban Agenda' and the search for assurance of decent life quality for the inhabitants of a city.

Moreover, the authors propose to overcome the conception of the city as a physical space where its sole purpose is to produce individual wealth and benefits, for its recognition as a space of interaction and citizen development as a collectivity. Based on this definition, the right to the city implies a guiding principle that seeks to generate spaces for community participation, a fair distribution of urban charges and benefits, and the promotion of active citizenship.

Keywords: Right to the city; social function of property; adequate housing; public spaces; citizens' participation.

El presente artículo busca evidenciar la importancia de la introducción del concepto y los componentes del derecho a la ciudad en la legislación peruana. Para ello, se toma en cuenta el creciente reconocimiento de la importancia de las ciudades en la 'Nueva Agenda Urbana' y la búsqueda de asegurar una calidad de vida adecuada a los habitantes de una ciudad.

Asimismo, los autores plantean la superación de la concepción de la ciudad como un espacio físico en donde únicamente se busca producir riquezas y beneficios individuales, en favor del reconocimiento de la ciudad como espacio de interacción y desarrollo de los ciudadanos en colectividad. A partir de esta concepción, el derecho a la ciudad se identifica como un principio rector que busca generar espacios de participación colectiva, un adecuado reparto de beneficios y cargas urbanísticas, y promover el desarrollo de una ciudadanía activa.

Palabras clave: Derecho a la ciudad; función social de la propiedad; vivienda digna; espacios públicos; participación ciudadana.

I. INTRODUCCIÓN

La modernización trajo consigo diversos cambios en la vida de las personas. Los procesos industriales de producción y la instrumentalización del capitalismo –como modelo económico– influyeron en la dimensión social de los Estados y en su gestión. Así, las formas de vivir y habitar se vieron transformadas en la medida que el crecimiento demográfico y el avance tecnológico incorporaron nuevos elementos que se volverían parte de la vida moderna en sus diferentes dimensiones. Las ciudades se vieron en la necesidad de crecer y evolucionar. La transformación de la vida pública demandó un cambio en el espacio habitable para instaurar las nuevas dinámicas propias de la vida moderna.

Según el Banco Mundial (2020), en la actualidad, más del 55% de personas en el mundo viven en zonas urbanas. Por otra parte, según el Instituto Nacional de Estadística e Informática (en adelante, INEI), en el Perú, esta cantidad supera el 79,3% (2017). Estas cifras crecen cada año haciendo que los debates sobre la calidad de vida en las ciudades y el surgimiento del derecho a la ciudad se mantengan constantes. Debido a ello, las Naciones Unidas incluyeron al desarrollo urbano sostenible como parte de los objetivos de desarrollo sostenible previsto para el año 2030 (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2015, p. 10). En esta línea, para la Organización de las Naciones Unidas (s.f.), "las soluciones a algunos de los principales problemas a los que se enfrentan los seres humanos –la pobreza, el cambio climático, la asistencia sanitaria y la educación– deben encontrarse en la vida de la ciudad" (p. 1), lo que nos lleva a pensar en un futuro predominantemente urbano y en los diversos problemas que esto puede conllevar.

Ahora bien, la pandemia generada por el COVID-19 nos empujó nuevamente a ejecutar cambios estructurales dentro de nuestra sociedad. Nos obligó a reinventarnos en nuestra forma de habitar, relacionarnos, aprender, trabajar, entre otros, y a adecuar espacios para tales fines. Sin embargo, sus efectos no quedaron allí, pues si algo ha evidenciado esta pandemia es la gran desigualdad que existe en nuestra sociedad, así como la fuerte labor y tarea pendiente en la producción de un espacio urbano más justo y equitativo para la humanidad. En consecuencia, necesitamos plantear una 'nueva normalidad' en un hábitat seguro y saludable, con acceso a una vivienda digna, espacios públicos y participación ciudadana en el marco de la efectividad del derecho a la ciudad.

Llegados a este punto, se ha visibilizado la situación vulnerable de los espacios públicos peruanos, y la relevancia que tienen dentro del imaginario colectivo y de la vida urbana de los ciudadanos. La búsqueda de espacios de recreación próximos a la vivienda se volvió una prioridad y a la vez una problemática, debido a la necesidad de esparcimiento negada por la gran desigualdad urbana en las ciudades peruanas y en la falta de acceso a estos espacios. La vida pública es parte fundamental del desarrollo social de las personas y es necesario cuestionarnos si la ciudad contemporánea está diseñada para responder a estas necesidades. A partir de esta problemática, el presente ensayo tiene como objetivo proponer y delimitar el contenido del derecho a la ciudad, sus implicancias y evaluar su incorporación en la normativa peruana a través del derecho a habitar, derecho a la vivienda y a la participación ciudadana (por medio de la planificación urbana) como materialización de este derecho.

II. EL DERECHO A LA CIUDAD

La expansión urbana trajo como consecuencia la necesaria implementación de nuevos espacios públicos con equipamiento urbano y acceso a servicios básicos en las ciudades del mundo, con el objetivo de satisfacer las demandas de vivienda y conexión social de la población. Sin embargo, diversos autores, como Jan Gehl (2010) y Jane Jacobs (1961), coinciden en que las ciudades han priorizado a los dispositivos modernos, automóviles y edificios como entes unitarios, antes que a las personas. Lo dicho por estos autores se materializa en ciudades donde la movilidad peatonal no es el medio principal de transporte, anteponiéndose la construcción de infraestructuras vehiculares que impiden el tránsito a la vida urbana de los ciudadanos.

Como describe Jane Jacobs, "las necesidades básicas de los automóviles se aceptan y satisfacen más fácilmente que las complejas necesidades de las ciudades" (1961, p. 33). Entonces, la modernidad trajo consigo cambios en las prioridades y en la forma de organizar las ciudades. Se deshumaniza la experiencia urbana de habitar la ciudad bajo el utilitarismo y funcionalismo propio del urbanismo moderno. Por lo tanto, la modernidad trajo consigo cambios en las prioridades y en la forma de organizar las ciudades. Se deshumaniza la experiencia urbana de habitar la ciudad bajo el utilitarismo y funcionalismo propio del urbanismo moderno.

En este contexto, a partir de una crítica a la influencia de la industrialización y del capitalismo en el planeamiento de ciudades de mediados del siglo XX, Henri Lefebvre acuña por primera vez el término **derecho a la ciudad** refiriéndose al derecho de los ciudadanos a disfrutar de la vida urbana, participar en las dinámicas que esta promueva, ser incluidos en la gestión pública y poder

habitar el espacio urbano con una buena calidad de vida (1968, p. 138). Los postulados planteados por Lefebvre desplazaban las denuncias de la privatización del espacio hacia un concepto liberal no solo dentro de debates teóricos, sino también en escenarios políticos.

Dicho esto, se debe tener en cuenta que las ciudades están conformadas por una serie de actores como ciudadanos, gobernantes, entre otros, que interactúan entre sí e intervienen en la producción y construcción sociopolítica del espacio en donde habitan. Por ello, según Daniela Gargantini y Natalí Peresini, "[l]os actores que participan de diferentes maneras en esta producción poseen distintas representaciones de lo vivido y de los modos de producción del espacio" (2017, p. 127). De este modo, contribuyen con poner sobre la mesa urbana los pensamientos de cada grupo social al que representan, construyendo vías de comunicación e interacción social en las ciudades a través del planeamiento urbano.

Al respecto, el planeamiento urbano es un acto colectivo de competencia pública que influye en la forma de vida de las personas y en cómo estos se relacionan con su entorno. Como menciona Jan Gehl, "si hay vida y actividad dentro de la ciudad, hay numerosos intercambios sociales, mientras que, si las calles están vacías y desoladas, no ocurre nada" (2010, p. 22). A partir de lo señalado, el derecho a la ciudad debe ser visto desde una escala colectiva aterrizada en la participación y el planeamiento urbano, cuyo objetivo es hacer de las ciudades espacios justos, inclusivos, seguros, sostenibles y democráticos para todos, tal como ha sido definido por el Programa de Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos (en adelante, ONU-Hábitat) (2020, párr. 8).

Dicho esto, incorporar la figura del derecho a la ciudad en las estrategias de planificación urbana puede promover una mayor calidad y diversidad de relaciones interpersonales entre las personas que habitan la ciudad. En referencia a ello, Harvey plantea que:

> El derecho a la ciudad es por tanto mucho más que un derecho de acceso individual o colectivo a los recursos que esta almacena o protege; es un derecho a cambiar y reinventar la ciudad de acuerdo a nuestros deseos. Es, además, un derecho más colectivo que individual, ya que la reinvención de la ciudad depende inevitablemente del ejercicio de un poder colectivo sobre el proceso de urbanización (2012, p. 20).

Ahora bien, como señalamos anteriormente, el **derecho a la ciudad** ha sido definido por la ONU-Hábitat, como "el derecho de todos los habitantes a habitar, utilizar, ocupar, producir, transformar, gobernar y disfrutar ciudades, pueblos y asentamientos urbanos justos, inclusivos, seguros, sostenibles y democráticos, definidos como bienes comunes para una vida digna" (2020, párr. 1). No obstante, la definición involucra diversos aspectos.

De acuerdo con Fernando Carrión y Manuel Dammert-Guardia, el derecho a la ciudad se inscribe dentro de un marco de referencia de ámbitos políticos, académicos, sociales, entre otros, así como de ser una categoría polisémica (2019, p. 13). Sin embargo, a pesar de ser un debate surgido en el siglo pasado, el concepto de derecho a la ciudad se mantiene vigente. La falta de planificación urbana, el déficit de infraestructura y servicios necesarios para brindar calidad al hábitat urbano hacen que el derecho a la ciudad cobre mucha más relevancia en la actualidad, sobre todo en una época pandémica, en la cual "el impacto del COVID-19 es más devastador en las zonas urbanas pobres y densamente pobladas, […] donde el hacinamiento dificulta cumplir con las medidas recomendadas, como el distanciamiento social y el aislamiento" (Organización de las Naciones Unidas, s/f, párr. 4).

Por otra parte, el término 'derecho' en la expresión 'derecho a la ciudad' tiende a llevar la discusión a un plano jurídico, con la finalidad de evaluar la efectividad de su inclusión en el marco normativo de los países. Sin embargo, también es necesario considerar que la vida en las ciudades se rige bajo la forma en la que estas han sido establecidas y por las interacciones sociales de sus miembros (Jacobs, 1961). Así, para comprender a profundidad este concepto, es necesario una mirada interdisciplinaria que permita incorporarlo y materializarlo en la vida cotidiana urbana, tal como menciona Norberto Alvarado en la siguiente expresión:

> El derecho a la ciudad es el concepto jurídico, que enmarca la reivindicación de la garantía y protección de los derechos humanos en la ciudad, es decir, reivindica el papel de las autoridades locales como garantes de estos derechos, que están consignados constitucional y convencionalmente […] pues se enfoca más en la planificación e implementación de políticas públicas de prevención, que en la acción sancionadora o reparadora (2016, p. 8).

En este sentido, el derecho a la ciudad "opera como un paraguas general que involucra distintas demandas urbanas socialmente no satisfechas" (Carrión Mena & Dammert-Guardia, 2019, p. 13). Asimismo, tomando lo señalado por ONU-Hábitat (2020, párr. 6), este derecho es entendido como un conjunto de principios, valores y derechos que

describen la relación entre ciudadanos y el territorio en el que habitan. Por ello, si bien el contenido del derecho a la ciudad es amplio y general, debe enmarcarse en cada contexto específico, apreciando las particularidades de las ciudades, las cuales pueden estar relacionadas con las tradiciones, formas de vida, costumbres, entre otros elementos que identifican tanto a las ciudades como a sus habitantes.

Sin perjuicio de lo mencionado, al vivir en ciudades, indirectamente se pone en cuestión el rol y la definición de lo que involucra la **ciudadanía**. En la actualidad, este concepto se ha visto transformado. El reconocimiento de la ciudadanía "supone y representa ante todo la plena dotación de derechos que caracteriza al ciudadano en las sociedades democráticas contemporáneas" (Arango, 2006, p. 1). Por ello, el derecho a la ciudad se fundamenta en el ideal de la democratización del gobierno de la ciudad, de las prácticas y costumbres, y del acceso homogéneo a los espacios públicos y servicios que brinda la ciudad. Esto implica una serie de derechos y deberes de los ciudadanos frente a la ciudad, producto de los acuerdos sociales establecidos por los actores implicados. Así, Edesio Fernandes describe a la ciudadanía, a partir de las ideas de Henri Lefebvre, como una fuente de obligaciones que rigen un pacto entre el Estado y los ciudadanos:

> […] una fuente de obligaciones y […] una fórmula contemporánea para la ciudadanía social, expresando un "proyecto social" que exigía un nuevo contrato político entre el Estado y los ciudadanos para reducir la brecha entre el Estado y el gobierno, y entre el poder institucional y el poder de la sociedad civil (2010, p. 9).

En conclusión, como señala Edesio Fernandes (2010), el derecho a la ciudad se puede entender como un conjunto de otros derechos, como el derecho a la libertad, el derecho a transitar, derecho a opinar y a participar en los procesos democráticos, entre otros, en el marco de buscar garantías para la participación de los ciudadanos en la construcción de su presente y su futuro. Así, se apela a la capacidad de los ciudadanos de tomar decisiones sobre diversos aspectos que influyen transversalmente en su forma de vida y se materializan en la movilidad, el tránsito y el transporte, así como de la posibilidad de desplazarse por espacios públicos de manera que no sienta vulnerados sus derechos o se sienta discriminado. También, se promueve el uso de los espacios que otorgan el disfrute de la ciudad de manera libre en el marco de la ley y de aquellas limitaciones establecidas en normas derivadas del poder de policía de la administración pública.

En esa línea, al involucrarse la aplicación de otros derechos dentro de la definición del derecho a la ciudad, se puede considerar que no es necesaria su incorporación dentro del marco normativo. Sin embargo, debido al innegable proceso de continuo crecimiento urbano, reconocer este derecho permitirá evidenciar la necesidad de implementar políticas que posibiliten a los ciudadanos tener mejor calidad de vida urbana. Por tanto, es necesario priorizar a la ciudad como el espacio que debe ser planificado con una visión multiescalar, a nivel metropolitano, distrital y también desde la perspectiva de la dimensión humana y de las experiencias que se desarrollan al habitar el espacio público.

El derecho a la ciudad promueve el acceso a espacios y servicios en la ciudad procurando la calidad y continuidad de estos. La vida cotidiana se desenvuelve en espacios públicos y privados, por lo que existe una constante transición entre la vida urbana y la vida doméstica. Para ambos ámbitos, se requiere condiciones mínimas de habitabilidad que aseguren que el espacio es digno para el desarrollo de diversas actividades. Así, una ciudad que promueve el encuentro entre personas y la diversidad de actividades tiene calidad urbana a escala peatonal. La planificación urbana debe ser capaz de aplicar las soluciones propuestas que traigan beneficios a nivel multiescalar desde una perspectiva territorial, económica y social, incorporando la vida pública y doméstica de las personas, reconfigurando la visión clásica y tradicional que se da al derecho de propiedad, la vivienda y a los espacios públicos de la ciudad.

En resumen, el derecho a la ciudad es un derecho de carácter colectivo. Este destaca la participación democrática de los actores urbanos, teniendo como perspectiva la integración territorial y la completa realización de los derechos económicos, sociales, culturales, políticos y civiles de los seres humanos, dentro de un contexto en el cual las ciudades reclaman la implementación y mejoramiento de espacios públicos y equipamiento urbano, y una ciudad inclusiva para todos y todas en condiciones de igualdad y sin discriminación, garantizando, así, el acceso equitativo y accesible a la vivienda y servicios urbanos, salvaguardando la diversidad y respeto cultural.

III. EL DERECHO A LA CIUDAD DENTRO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

En el caso peruano, uno de los primeros intentos –sin embargo, fallido– de reconocer al derecho a la ciudad como un derecho propio lo encontramos en la sentencia recaída en el Expediente 00013-2017-PI/TC, sobre el caso del Parque Mariscal Ramón Castilla de Lince. En este se aborda la restricción

del derecho de reunión y libertad de expresión en el espacio público, por la aprobación de la Ordenanza 376-2016-MDL, y el carácter inconstitucional de ciertos lineamientos.

En esta demanda, los demandantes apelaron al derecho a la ciudad como derecho fundamental innominado, definido como "el derecho de los residentes y vecinos a gozar de todos los beneficios de la ciudad en forma igualitaria, así como participar en la gestión y planificación de los espacios públicos de todos los servicios de la ciudad" (Expediente 00013-2017-PI/TC, 2020, fundamento 87). No obstante, el Tribunal Constitucional entendió el derecho a la ciudad como uno que abarca otro conjunto de derechos, los cuales son materializados en las dinámicas sociales desarrolladas en el espacio público; como el derecho a la libertad de tránsito, la recreación y la participación ciudadana en la gestión pública. Por tanto, el Tribunal Constitucional consideró innecesario el reconocimiento expreso de este derecho, en la medida que, a su entender, otros derechos mencionados en el artículo 2 de la Constitución garantizan la misma posibilidad de acceso y goce del espacio público que el recurrido derecho a la ciudad.

Ahora bien, en el año 2021 con la publicación de la Política Nacional de Vivienda y Urbanismo (en adelante, PNVU) se incluyó el derecho a la ciudad como uno de los principales ejes rectores que orienta la propuesta de los lineamientos señalados en este documento. En la PNVU, se define al derecho a la ciudad como aquel "principio que sostiene que la ciudadanía pueda habitar, utilizar, ocupar, producir, transformar, gobernar y disfrutar ciudades o centros poblados justos, inclusivos, seguros, sostenibles y democráticos sujeto a las limitaciones establecidas por la normativa de la materia y el bien común" (Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, 2021, p. 32). El reconocimiento del derecho a la ciudad como principio dentro de esta política permite que los planificadores urbanos tengan en cuenta la experiencia del peatón y las diversas formas de habitar el espacio público como parte del diseño urbano a través de lineamientos que fomenten la inclusividad y garanticen calidad de vida en lo que denominan habitabilidad interna (derecho a la vivienda) y externa (derecho a la ciudad) (Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, 2021).

Por otro lado, en nuestro marco jurídico se incorpora por primera vez el derecho a la ciudad a través de la Ley 31199, Ley de Gestión y Protección de los Espacios Públicos (en adelante, Ley 31199). Es en este cuerpo normativo publicado el 22 de mayo de 2021 se reconoce en su artículo 2, numeral 1, el derecho a la ciudad como aquel principio encargado de garantizar a los ciudadanos el acceso a servicios y demás aspectos vinculados a la ciudad, señalando lo siguiente:

> Artículo 2. Principios
> Para efectos de la aplicación de la presente ley, se debe considerar los siguientes principios:
> 1. Derecho a la ciudad. Garantiza a todas las personas el acceso a todos los servicios que se aglomeran en la ciudad, como servicios básicos, derecho a la vivienda, creación de espacios públicos, mecanismos de participación, servicios ambientales, culturales, económicos y financieros, reconocidos por la Constitución Política del Perú y los tratados internacionales suscritos por el Perú en la materia, con la finalidad de alcanzar el pleno ejercicio de un nivel de vida adecuado […] (Ley 31199, 2021).

Además, en la misma línea, la Ley 31313, Ley de Desarrollo Urbano Sostenible (en adelante, Ley 31313), publicada el 25 de julio de 2021, reconoció por primera vez, de manera literal y expresa, el derecho a la ciudad como el derecho de los ciudadanos a habitar, utilizar, ocupar, producir, transformar, gobernar y disfrutar ciudades o centros poblados, asociándolo de manera transversal a los objetivos recogidos por dicha norma. El derecho a la ciudad se encuentra recogido en el artículo 17 de este cuerpo normativo el cual señala lo siguiente:

> Artículo 17. Derecho a la ciudad
> Las competencias y facultades a las que se refiere esta Ley procuran la efectividad del ejercicio del derecho a la ciudad, definido como el derecho de los ciudadanos a habitar, utilizar, ocupar, producir, transformar, gobernar y disfrutar ciudades o centros poblados justos, inclusivos, seguros, sostenibles y democráticos, garantizando el acceso a los servicios que se aglomeran en la ciudad, y estando sujeto a las limitaciones establecidas por la normativa de la materia, el bien común y el interés general (Ley 31313, 2021).

Como se señaló anteriormente, el Tribunal Constitucional, en el caso del Parque Mariscal Ramón Castilla de Lince, no quiso reconocer jurisprudencialmente la existencia de este derecho por considerarlo tutelable vía otros derechos ya reconocidos en la Constitución Política del Perú. Por ende, tanto la Ley 31199 como la Ley 31313 no solo introducen el concepto del derecho a la ciudad dentro del ordenamiento jurídico peruano, sino que también representan un cambio en el pensamiento jurídico que se tenía sobre este derecho.

Las leyes mencionadas caracterizan al derecho a la ciudad como un 'derecho continente' que incor-

pora un conjunto de derechos de los ciudadanos relacionados con el desarrollo de su ciudad. Así, el derecho a la ciudad, según la Ley 31313, contiene

> entre otros, al derecho a un hábitat seguro y saludable, el derecho a una vivienda adecuada y digna, el derecho a la participación ciudadana efectiva y al acceso a la información; el derecho a la propiedad predial en todas sus modalidades; el derecho al acceso y uso, en condiciones no discriminatorias, de los espacios, equipamientos y servicios públicos; y el derecho a recurrir al órgano jurisdiccional para exigir la observancia de la normativa en acondicionamiento territorial, planificación, uso y gestión del suelo, y desarrollo urbano en las actuaciones de instituciones públicas o privadas (2021).

Por otra parte, no se puede dejar de lado que la pandemia generada por el COVID-19 tuvo un gran impacto en lo relativo al derecho a la ciudad. La crisis de las ciudades generada por esta pandemia puso en grave riesgo diversos derechos fundamentales como los derechos a la vivienda, salud, alimentación, trabajo, recreación, entre otros; principalmente en el caso de personas y grupos vulnerables. Personas sin acceso a una vivienda adecuada, servicios básicos y espacios públicos fueron las más afectadas, al no contar con espacios seguros donde habitar. Por consiguiente, las políticas de confinamiento social nos permitieron advertir que, hoy en día, contar con una vivienda adecuada es un lujo que no todos suelen gozar y tener espacios públicos de calidad en donde se respete el distanciamiento mínimo es una utopía.

Así, la pandemia nos demostró la importancia de la planificación urbana para el adecuado desarrollo de los seres humanos y la necesidad de políticas públicas en sanidad y vivienda basadas en derechos humanos y no únicamente con finalidades lucrativas. Además, conlleva a pensar en la redistribución de beneficios y cargas urbanas vinculadas con la función social del derecho de propiedad.

En síntesis, el derecho a la ciudad, establecido en la Ley 31313, es un derecho complejo y abierto (Ortiz Sánchez & Lau Gastelo, 2021) que intenta abarcar y maximizar el ámbito de actuación y decisión de la población con respecto al desarrollo de su hábitat urbano. No es de extrañar, por ello, que el derecho a la ciudad incluya en esta definición al derecho a la vivienda, al acceso a espacios y equipamientos públicos e incluso a participar en los procesos decisivos de la configuración de las ciudades. De este modo, la definición que se otorga al derecho a la ciudad incluye el carácter colectivo que tiene este derecho. Así, se debe entender el gobierno y disfrute de la ciudad como el "espacio colectivo de realización y desarrollo de la persona donde los principales componentes están vinculados al uso libre y sostenible del espacio público y en la participación en la gestión y planificación urbana" (Ortiz Sánchez, 2020).

IV. EL DERECHO A LA CIUDAD Y SUS PRINCIPALES COMPONENTES

Entre los principales componentes del derecho a la ciudad se encuentra la conquista de la dimensión colectiva de la ciudad en términos de captura de plusvalías, el disfrute colectivo de la riqueza por el suelo y la apropiación de las oportunidades urbanas en términos de movilidad, residencia y localización. Asimismo, como señala Iván Ortiz, el derecho a la ciudad se relaciona, entre otros derechos, con el derecho a la vivienda, el espacio y con el derecho a la propiedad (2020). En ese sentido, en las siguientes líneas desarrollaremos el contenido principal del derecho de propiedad (y su función social), el derecho a una vivienda adecuada y la importancia de los espacios públicos como principales componentes del derecho a la ciudad.

A. El derecho de propiedad y la función social

Tradicionalmente, el derecho de propiedad ha sido entendido como el derecho real por excelencia, el cual otorga al dueño de una cosa las autorizaciones para su uso, aprovechamiento y disposición. Sin embargo, esta concepción no otorga facultades absolutas, pues, al igual que todo derecho, la propiedad se encuentra limitada frente a los derechos de otros y demás normas legales vigentes.

El contenido del derecho de propiedad es el resultado de una larga evolución histórica (Pérez Álvarez, 2016, p. 19) basada en la construcción de ideas sociales, políticas y económicas predominantes en un período específico de tiempo dentro de las naciones (Diez-Picazo & Guillón, 1987, p. 153). Así, en las últimas décadas, la manera en cómo se ha entendido este derecho se enmarca en el campo del derecho privado. Por lo tanto, se advierte una visión de exclusividad al carácter tradicional de la propiedad privada (Fernández Salas, 2020, p. 459), amparado en lo dispuesto en la regulación civil y del artículo 70 de nuestra Constitución Política.

El artículo 70 de la Constitución Política del Perú refiere lo siguiente:

> **Artículo 70. El derecho de propiedad es inviolable**.
> El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de

> ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio (1993) [el énfasis es nuestro].

Por su ubicación, el reconocimiento del derecho de propiedad constituye un elemento fundamental dentro del régimen económico dispuesto en la Constitución. Por su importancia y relación con el ámbito político, el Estado tiene el deber de tutelarlo en la medida que a nadie pueda privarse de este, con excepción de causales de seguridad nacional o necesidad pública. No obstante, de una lectura del artículo 70 de la Constitución, considerando la realidad político-social actual, podemos advertir que el derecho de propiedad puede ser entendido, de un lado, desde una perspectiva subjetiva o liberal; mientras que, por otro, desde una dimensión objetiva o prestacional.

Ahora bien, lo mencionado concuerda con lo referido en los párrafos precedentes, pues los derechos no son estáticos, sino que evolucionan como respuesta a las necesidades que van apareciendo a lo largo del tiempo. Tal es así que, en los últimos años, la visión civilista, que se encuentra regulada en la mayoría de las constituciones políticas del mundo, no ha satisfecho los nuevos requerimientos de la sociedad. En ese contexto es que "en Latinoamérica, desde mediados del decenio del setenta, los movimientos de reforma urbana han subrayado los principios de sostenibilidad, democracia, justicia social y el cumplimiento de la función social de la propiedad y la ciudad" (Fernandes, 2010, p. 515), dando paso a una interpretación del derecho de propiedad desde una concepción objetiva o prestacional, enfocado no solo como un aspecto individual, sino abarcando también el espacio colectivo. Desde este enfoque, se entiende que el poder político se encarga de garantizar que los derechos fundamentales adquieran obligaciones en calidad de acciones, y en el caso del derecho de propiedad, estas obligaciones se concreticen por medio de la función social del derecho de la propiedad.

Por otro lado, respecto a la dimensión subjetiva, el derecho de propiedad, como lo ha definido el Tribunal Constitucional, es:

> el poder jurídico que permite a una persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Así, la persona propietaria podrá servirse directamente de su bien, percibir sus frutos y productos, y darle [*sic*] destino o condición conveniente a sus intereses, [...] e incluso podrá recuperarlo si alguien se ha apoderado de él sin derecho alguno (Expediente 0008-2003 AI/TC, 2003, fundamento 26).

Así las cosas, la función social, como reconoce el Tribunal Constitucional, "explica la doble dimensión del derecho de propiedad y determina que, además del compromiso del Estado de proteger la propiedad privada y las actuaciones legítimas que de ella se deriven, pueda exigir también un conjunto de deberes y obligaciones concernientes a su ejercicio, en atención a los intereses colectivos de la Nación" (Expediente 00048-2004-PI/TC, 2005, fundamento 79)[1]. Asimismo, su aplicación en nuestra sociedad se deriva de la interpretación que se le puede dar al bien común establecido en el propio artículo 70 de la Constitución, tal como precisó el Tribunal Constitucional:

> Ahora bien, la referencia al bien común establecida en el artículo 70° de la Constitución, es la que permite reconocer la función social que el orden reserva a la propiedad.
>
> El funcionamiento del sistema económico en armonía con los principios constitucionales depende de que los bienes sean destinados a los fines económicos y sociales que su naturaleza exige. La propiedad no sólo supone el derecho del propietario de generar con la explotación del bien, su propio beneficio individual. Tampoco se restringe a aceptar la existencia de límites externos que impidan al titular de los bienes utilizarlos en perjuicio de terceros. Acorde con la Constitución, es fundamental que el propietario reconozca en su propiedad la funcionalidad social que le es consustancial. Así, en la propiedad no sólo reside un derecho, sino también un deber: la obligación de explotar el bien conforme a la naturaleza que le es intrínseca, pues sólo de esa manera estará garantizado el bien común. Ello requerirá la utilización de los bienes conforme a su destino natural en la economía […] (Expediente 0008-2003 AI/TC, 2003, fundamento 26).

A partir de la concepción de la función social del derecho de propiedad, este derecho no puede entenderse como uno estrictamente civilista. Por el contrario, es necesario reconocer la obligación de cada propietario de ejercer su derecho de propiedad con la finalidad de:

[1] De la misma manera, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la función social del derecho de propiedad en las sentencias recaídas en los Expedientes 239-2010/AA (2012), 3258-2010/AA (2011) y 6251-2013/AA (2017).

> asegurar la justicia distributiva entre los afectados por el procedimiento urbanizador y edificatorio, que se traduce en una igual distribución de los beneficios y cargas y en una participación de la comunidad en las plusvalías, derivados en ambas hipótesis de la acción urbanística de los entes públicos (Medina de Lemus, 1999, p. 13).

Ante la situación descrita, surge por defecto cuestionarnos sobre la existencia de un vínculo entre la función social del derecho de propiedad y el derecho a la ciudad en el actual contexto urbano. La generación de nuevas urbanizaciones y el desarrollo inmobiliario –ya sea a nivel formal o informal– tienen un fuerte impacto respecto al incremento de la demanda de los servicios públicos, saneamiento, transporte urbano, servicios públicos, infraestructura, el medio ambiente, entre otros. Es aquí en donde la función social de la propiedad hace presencia a través del cobro de plusvalías para el equitativo reparto de beneficios en la sociedad fomentando el disfrute de la vida urbana con una buena calidad de vida como señala Lefebvre. El aumento del valor del suelo por la implementación de obras de infraestructura y demás acciones estatales; así como la mayor utilización de recursos públicos por el incremento de densidad de las zonas urbanas son beneficios que se obtienen sin mediar acción alguna por parte del propietario. En estos casos, resulta necesario incorporar herramientas que permitan a su titular (en este caso, el Estado en representación de la colectividad) recuperar el valor invertido por el mayor beneficio obtenido para su redistribución y equidad dentro de un modelo urbano, en donde los beneficios deben ser proporcionales a los aportes y las cargas a los beneficios. Esto es lo que se conoce como la participación en plusvalía.

Visto que la propiedad privada no puede entenderse individualizada de la sociedad ni excluida de obligaciones frente a la ciudad, pasaremos a revisar dos escalas en las que se desarrolla la vida de los ciudadanos: la vivienda y los espacios públicos.

B. El derecho a la vivienda

El derecho a la vivienda es un derecho cuyo reconocimiento inicialmente se ha dado a nivel internacional. Instrumentos como la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) (1966), y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) (1966) fueron los primeros cuerpos normativos en los cuales se recogió este derecho.

A nivel nacional, si bien nuestra Constitución Política no reconoce de manera expresa el derecho a la vivienda, este derecho debe ser considerado dentro de nuestro ordenamiento por la cláusula de derechos innominados establecida en el artículo 3 de la Constitución, tal como queda sentado en los argumentos presentados por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 0007-2012-PI/TC (2012, fundamento 63).

Sumado a ello, el Perú ha suscrito diversos tratados internacionales en los cuales el derecho a la vivienda forma parte de sus disposiciones. En estos casos, por aplicación de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, la cual establece que "[l]as normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú" (1993). De este modo, el Estado peruano reconoce la vivienda digna como un derecho fundamental, asumiendo "obligaciones internacionales en relación al [*sic*] respeto, protección, aseguramiento y promoción de este derecho" (Expediente 0018-2015-PI/TC, 2020, fundamento 122).

Ahora bien, la Ley 31313 ha tratado de suplir este vacío reconociendo a nivel legislativo, en su artículo 81, numeral 1, el derecho de toda persona a una vivienda digna y adecuada, y el deber del Estado de garantizar este derecho (2021). Asimismo, contamos con una actual y vigente PNVU que busca definir prioridades y estrategias que orienten, y articulen esfuerzos y recursos de los principales actores urbanos teniendo como eje principal el derecho a la vivienda y el derecho a la ciudad.

Dicho esto, toda persona tiene derecho a una vivienda adecuada; esto como parte de un nivel de vida dentro de parámetros de respeto por la dignidad humana. Así pues, la vivienda es fundamental para el disfrute de otros derechos y tutela del ser humano en tanto se vincula con un derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad (Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos [ACNUDH], 2009, p. 3). Por ello, es el Estado el ente encargado de promover entornos apropiados para hacer frente a la demanda de este derecho a través del "desarrollo de políticas y prácticas para responder a las necesidades de vivienda a largo plazo por los cambios poblacionales, y la regulación de la provisión de vivienda por parte del sector privado" (Red Internacional para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, s.f.).

Sin embargo, definir el contenido de vivienda adecuada resulta complicado. Cada ciudad y sociedad tienen requerimientos distintos para llamar a un espacio como vivienda digna. Por ello, la

Observación General 4, elaborada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas, nos presenta siete elementos o características que debe tener una vivienda para ser considerada digna. Estos son elementos mínimos, esenciales e interrelacionados que aseguran que el derecho a la vivienda se materializa en un lugar adecuado para su habitabilidad. Estos elementos son: (i) seguridad jurídica de la tenencia; (ii) disponibilidad de servicios, materiales, instalaciones e infraestructura; (iii) asequibilidad; (iv) habitabilidad; (v) accesibilidad; (vi) ubicación; y (vii) adecuación cultural (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas, 1991).

A partir de los elementos especificados en el párrafo anterior, es posible afirmar que, en la actualidad, uno de los principales problemas en la sociedad es el déficit habitacional[2]. Según la Encuesta Nacional de Hogares (ENAHO) del INEI, el Perú tiene un déficit cuantitativo de 455 mil hogares y un déficit cualitativo de 1054 mil hogares (INEI, 2020). Además, según la Encuesta Nacional de Programas Presupuestales (ENAPRES), el 52.5% de familias urbanas (de los niveles socioeconómicos C, D y E) no acceden a servicios de infraestructura y equipamiento urbano (INEI, 2019). Este grave e histórico problema ha sido recogido en la PNVU en la medida que existe un déficit creciente en la oferta de viviendas y las condiciones inadecuadas de estas para los sectores pobres de nuestro país, promoviendo la segregación espacial, discriminación y vulnerando el derecho a la vivienda adecuada.

En esta línea, vinculado al déficit histórico en materia habitacional, la pandemia generada por el COVID-19 nos ha permitido advertir más claramente el gran problema en materia habitacional que sufre nuestro país. Las políticas de confinamiento en el marco de las políticas públicas durante el Estado de Emergencia nos ayudaron a comprender que existe un alto porcentaje de personas dentro de las ciudades que no cuenta con una vivienda en donde habitar, o, de tenerla, no cumple con los 7 elementos básicos reconocidos por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas. Basta con mirar a las periferias de Lima Centro para advertir que existe un déficit de viviendas tanto a nivel cualitativo como cuantitativo que conlleva a la mayoría de las personas a establecerse en zonas de riesgo, lo que atenta contra su vida y derechos fundamentales.

Por lo observado, tanto los instrumentos internacionales como las normas internas tienen como objetivo construir una ciudad más equitativa, sostenible, accesible, inclusiva y justa a través del reconocimiento del derecho a la vivienda. El derecho a la ciudad es la posibilidad de construir una ciudad en donde, según la Ley 31313, las personas puedan vivir dignamente. Así, la vivienda no puede ser entendida como un ente independiente del entorno en el que se encuentra inmersa. La vivienda forma parte de un área geográfica, un contexto social y de la interacción con los demás miembros que conforman el territorio. De esta manera, se contribuye con el desarrollo del ser humano en parámetros de habitabilidad adecuados, con acceso a infraestructura, servicios y equipamientos de calidad, promoviendo la efectividad de derechos fundamentales conexos, como el trabajo, la salud, educación, participación, acceso a la información, entre otros.

C. Los espacios públicos

Los espacios públicos son aquellos territorios o espacios abiertos de la ciudad en donde las personas tienen el derecho de circular libremente sin discriminación alguna. Es el área destinada para el uso y disfrute común el cual genera conexiones sociales, facilita el libre tránsito de las personas, promueve espacios de trabajo, fomenta la cultura y espacios de representatividad, y permite otras actividades que contribuyan con el libre desarrollo del ser humano. En este sentido, como señala Lucía Nogales:

> La historia de las ciudades es la historia de sus espacios públicos. Las relaciones entre los habitantes y el poder y la ciudadanía se materializan, se expresan en la conformación de las calles, plazas, los parques, los lugares de encuentro ciudadano, en los monumentos. La ciudad entendida como sistema de redes o de conjunto de elementos – tanto si son calles y plazas como si son infraestructuras de comunicación (estaciones de trenes y autobuses), áreas comerciales, equipamientos culturales, es decir, espacios de uso colectivos debido a la apropiación progresiva de la gente que permiten el paseo y el encuentro, que ordenan cada zona de la ciudad y le dan sentido, que son el ámbito físico de la expresión colectiva y

[2] El déficit habitacional se encuentra relacionado con las condiciones de habitabilidad. Por habitabilidad entendemos a las características físicas y espaciales de las viviendas (habitabilidad interna) así como a las características del barrio y el entorno urbano o rural en donde se sitúe; permite el desarrollo físico, biológico, psicológico, social y cultural de la personas y de los colectivos (Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, 2021, pp. 4-6).

> de la diversidad social y cultural. Es decir que el espacio público es a un tiempo el espacio principal del urbanismo, de la cultura y de la ciudadanía. Es un espacio físico, simbólico y político (2001).

Por consiguiente, los espacios públicos son las manifestaciones de los seres humanos. Se caracterizan por ser territorios accesibles para todos. Son lugares de especificación simbólica de grupos en donde la intervención del Estado debe responder a las necesidades de sus habitantes en un ambiente colectivo, de igualdad y respeto por la diversidad cultural.

Sin embargo, en la mayoría de los casos, el espacio público no es gestionado en este sentido[3]. La falta de equipamiento urbano dentro de los espacios públicos y la poca comprensión de las dinámicas sociales a escala barrial permiten que se genere esta desigualdad urbana al no otorgar igualdad de condiciones en el aprovechamiento del espacio. Así, al incorporar el derecho a la ciudad, se deberá velar por el cuidado y seguridad en los diferentes espacios utilizados por las personas (parques, calles, veredas, ciclovías, entre otros) y fomentar la diversidad de usos y actividades para crear entornos más seguros y experiencias urbanas más ricas en interacción y contacto (Jacobs, 1961).

Ahora bien, con la pandemia generada por el COVID-19, los espacios públicos adquirieron un rol relevante. Las políticas de distanciamiento social, como forma de prevenir el contagio, hacen de los espacios públicos las mejores áreas para convivir en sociedad, en la medida que permiten las relaciones e interacciones sociales entre seres vivos en un área abierta y ventilada. En consecuencia, los espacios públicos se vuelven nuestros principales aliados. Dado a esta importancia que anteriormente, quizás, no valorábamos, nace la necesidad de planificar sobre la base de nuestros requerimientos, manifestaciones culturales y demás características, en pro de servir como área para la puesta en práctica y promoción de nuestro derecho a la ciudad.

Por ende, se puede concluir que los espacios públicos necesitan de planificación, medidas y acciones para mejorar las políticas urbanas. Por ello, como se mencionó anteriormente, con fecha 22 de mayo del 2021, se publicó la Ley 31199 –ley pionera en reconocer el derecho a la ciudad en nuestro país–, con la finalidad de establecer el marco normativo para la gestión, protección, manejo y sostenibilidad de los espacios públicos, en tanto son elementos esenciales para la mejora de la calidad de la vida de las personas y del ambiente en la ciudad (2021, art. 1). Asimismo, mediante esta ley se regulan derechos y deberes de los ciudadanos frente a los espacios públicos como la preservación, conservación y valoración de ellos sin afectar y restringir su uso a los demás, y utilizarlos conforme a su naturaleza y destino sin discriminación.

V. LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y PLANIFICACIÓN URBANA COMO MATERIALIZACIÓN DEL DERECHO A LA CIUDAD

La planificación urbana está sumamente vinculada con la participación ciudadana, pues son los ciudadanos quienes aprovechan y disfrutan de la ejecución de los planes urbanos. Por ello, es importante reconocer a la organización ciudadana como un órgano de autogobierno y autogestión que trabaja, se esfuerza y lucha por el reconocimiento de derechos, tanto a nivel normativo como aplicativo. Estos esfuerzos serían reconocidos al incorporarse el derecho a la ciudad. Así, esta evolución a la ciudadanía social nos da la idea que no es solamente una protección a la persona individual (derechos individuales o la idea de igualdad), sino la necesidad de pensar en cuestiones que afectan a la sociedad en general.

En concreto, debemos identificar que en las pocas ciudades en donde se ha intentado alguna intervención estatal mediante planes urbanos, zonificaciones y legislación, se ha formado una tradición de planificación tecnocrática, pero basada en disposiciones urbanas elitistas (Fernandes, 2010, p. 505). Con ello, nos referimos a que las ciudades necesitan planificarse, pero no según su rentabilidad, sino sobre la base de la participación ciudadana efectiva, mediante su intervención en la coproducción de planes urbanos. Teniendo en cuenta lo mencionado, podríamos afirmar que

[3] Según la investigación realizada por Huamán *et al*. (2021), en alianza con Espacio y Análisis, y con el apoyo de Aliados/as, se determinó que actualmente más de la mitad de los distritos de Lima y Callao no superan los 3m^2 de área de esparcimiento (espacios públicos y áreas verdes) por habitante. Según la investigación realizada, 25 de 44 distritos analizados tienen entre 0.3 y 3 m^2 de áreas de esparcimiento por persona cuando lo recomendable, según señala el mismo informe, es de 8 m^2 por habitante. Son San Isidro, Miraflores, San Borja y la Molina los distritos que se acercan o superan esta cifra óptima para los ciudadanos; mientras que los distritos categorizados como dentro de un nivel socioeconómico bajo o muy bajo concentran el mayor déficit de espacios públicos. En esa línea, en palabras de Juan José Alcázar Flores

> el déficit de áreas de recreación públicas es una consecuencia del crecimiento desordenado y no planificado, sumado a la fuerte presión por usufructuar el suelo está afectando la disponibilidad de parques y otros espacios públicos […]. Ahora tenemos urbanizaciones que no tienen parques ni plazas (2021, párr. 12).

existe una ruptura entre la legislación y la realidad, porque la planificación es un instrumento que se articula con la participación ciudadana. Sin embargo, los Gobiernos Locales no han considerado esta participación en la ejecución de los planes de desarrollo, porque es más conveniente realizar obras, cambios de zonificación, entre otros, según la necesidad del momento, sin tomar en cuenta la planificación previa. Por ello, debemos dirigirnos a cambiar la lógica de la implementación de la planificación, guiada no por los beneficios económicos, sino por las necesidades sociales que pueden ser visibilizadas mediante las organizaciones sociales, entendidas como grupos de autogestión.

Por otra parte, se debería partir de la idea de tener una ciudad ordenada, mediante una planificación multiescalar, con el apoyo de las organizaciones sociales, porque ello nos acercará al ejercicio efectivo del derecho a participar en la planificación de las ciudades, como una expresión del derecho a la ciudad. Por ello, como menciona Fernandes, un principio del nuevo orden urbano-legal es la indivisibilidad del derecho urbano y la gestión urbana, el cual se expresa mediante tres procesos: (i) la renovación de la democracia representativa mediante el reconocimiento del derecho colectivo a la amplia participación de la gestión urbana; (ii) la descentralización del proceso de toma de decisiones; y (iii) la creación de un nuevo marco legal-administrativo (2010, p. 507).

Respecto del primer proceso, es necesario que el Estado y la ciudadanía realicen pactos de trabajo en conjunto, para que esta última participe de manera activa como promotora del desarrollo y la planificación de la ciudad. Sobre el segundo, se debe entender a la descentralización como la articulación entre los Gobiernos Locales, de manera intergubernamental para poder solucionar los problemas urbanos. Finalmente, en cuanto al tercero, es necesario aclarar las relaciones entre el Estado y la sociedad mediante la extensión a nivel colectivo de los derechos que fueron individuales, para poder entender de qué manera se puede normar, limitar o promover la apropiación del espacio. Todo ello con el objetivo de fomentar la participación de los ciudadanos y que formen parte de este sistema (la ciudad) y se apropien de este sobre la base del sentido de pertenencia del lugar que habitan.

Siguiendo con la misma línea, la organización ciudadana permite que los ciudadanos puedan participar de la elaboración de los planes urbanos. Esto con el fin de ordenar la ciudad en un trabajo en conjunto con el Estado. Pues, si bien la planificación urbana es una competencia de la administración pública, esta no puede excluir a los ciudadanos, debido a que se vincula con el uso del espacio físico orientado al desarrollo sostenible y mejora de calidad de vida, sin dejar de lado el control de riesgos, el respeto al medio ambiente, la cultura, entre otros.

Actualmente, el marco normativo de procedimientos técnicos y administrativos es el Reglamento de Acondicionamiento Territorial y Desarrollo Urbano Sostenible (en adelante, RATDUS), aprobado por el Decreto Supremo 022-2016-VIVIENDA. Mediante este reglamento se puede entender el sistema de planificación urbana que rige a nivel nacional. Este instrumento técnico-normativo separa en dos grupos los tipos de planes y los regula en su artículo 12[4].

Sin embargo, lo común entre estos tipos de planes es que ambos cumplen con un proceso de aprobación específico, en donde se incluye la participación ciudadana para la posterior aprobación del plan, el cual tiene rango legal. Esta parte del proceso la ejecuta la municipalidad provincial, que, dentro del plazo señalado, realiza una audiencia convocando a autoridades, organizaciones sociales, civiles, sindicales y empresariales para que puedan emitir opiniones o realizar consultas sobre un proyecto de planificación, con lo cual se evidencia que el legislador toma en cuenta la opinión ciudadana en la aprobación de los planes.

Del mismo modo, vinculado a la participación ciudadana, no podemos dejar de referirnos a la Ley 31313, la cual regula la planificación urbana optimizando el aprovechamiento del suelo entre el

[4] El RATDUS establece lo siguiente:

Artículo 12.- Instrumentos de Acondicionamiento Territorial y de Desarrollo Urbano

Los Gobiernos Locales, en materia de Acondicionamiento Territorial y Desarrollo Urbano, aprueban los siguientes instrumentos:

12.1 El Plan de Acondicionamiento Territorial - PAT, corresponde a los ámbitos urbanos y rurales de las provincias, cuencas o espacios litorales.

12.2 Los Planes de Desarrollo Urbano que comprenden:

1. El Plan de Desarrollo Metropolitano - PDM, para la Metrópoli Nacional y ciudades o conglomerados urbanos, considerados Metrópolis Regionales.

2. El Plan de Desarrollo Urbano - PDU, para ciudades o conglomerados urbanos cuya población está por encima de los 5,000 habitantes (2016).

bien común y el interés general. Cabe resaltar que, en su artículo 4 inciso d, establece como principio la participación ciudadana efectiva, definida como "la intervención, concentración y cooperación activa de la sociedad civil en la toma de decisiones y la coproducción de los planes urbanos, gestión urbana, monitoreo y rendición de cuentas, en las diferentes escalas de planificación urbana" (Ley 31313, 2021).

Ante ello, debemos analizar si se concretiza lo propuesto por Edesio Fernandes al expresar que los ciudadanos no pueden definirse por su apellido o lugar de residencia, sino por la forma en la que participan de una red de prácticas sociales distintas en su familia, profesión y hábitat (ciudad, región, país), y con el orden estatal, para establecer vínculos en favor de una sociedad pluralista (2010, p. 501). Por tanto, la participación ciudadana debe realizarse de manera activa para poder consolidar la identidad urbana de cada persona o grupo social respecto de lo que necesitan de la ciudad. De esta manera, se podrá tener la opinión ciudadana respecto a una planificación que incluye propuestas de ordenamiento de suelo, sistema de movilidad, sistema de infraestructura, instrumentos de financiamiento, entre otros.

Es por todo ello que actualmente debemos esforzarnos por el reconocimiento del derecho a la ciudad en nuestra Constitución Política, y se emita jurisprudencia que avale su ejercicio y ejecución en la realidad. Todos los derechos ciudadanos son necesarios a la vez, dependientes entre ellos, de las políticas públicas y de la participación activa de la ciudadanía (Borja Sebastià, 2019, p. 56).

Así las cosas, los derechos son una expresión de las necesidades colectivas de la sociedad; por tanto, sin la participación ciudadana no se podría concretar el reconocimiento ni el ejercicio de estos. Debido a esta importancia, el Estado debe incentivar la participación ciudadana de manera inclusiva, eliminando sesgos vinculados a privilegios por la educación y por el lenguaje técnico que implica entender un plan urbano.

En el caso peruano, es vital que la opinión ciudadana se tome en cuenta en los planes de desarrollo, ya que son los ciudadanos quienes conocen cuáles son las necesidades de su propio entorno. Del mismo modo, los especialistas podrían conocer y tomar en consideración para la modificación del proyecto las problemáticas que tal vez se están dejando de lado o se crean con la implementación del plan urbano.

Con lo mencionado, podemos entender a la ciudad como una construcción que tiene beneficios y deben ser aprovechados colectivamente. Sin embargo, como expresan Carrión y Dammert-Guardia, a pesar de las diferencias existentes en los procesos de desarrollo urbano de la región, la organización ha consolidado procesos combinados de exclusión social, segregación espacial y degradación ambiental (2019, p. 495). Por ello, debemos enfocarnos en la idea de socializar la producción de la ciudad y los beneficios de la vida urbana.

Actualmente, nos cuesta mucho ver las dimensiones sociales de lo urbano, por lo que debemos centrarnos en construir un modelo de ciudad inclusiva, dinámica y sostenible. Ello, procurando que estos sistemas no concentren las riquezas, sino que las distribuyan equitativamente. Así, se busca que la justicia espacial funcione para redistribuir los bienes y servicios que provee la ciudad de manera equitativa. Del mismo modo, esta dificultad se expresa por la falta de responsabilidad del Estado de asumir un rol promotor de vivienda y ciudadanía, lo que hace que los ciudadanos asuman la creación de sus viviendas y que solo responsabilicen al Estado de suministrar los servicios básicos indispensables.

Es por todo ello que las autoridades gubernamentales deben buscar nuevos recursos que cubran las demandas de la ciudad (Lau Gastelo, 2020, p. 177), debido a que se ve la necesidad de tener instrumentos de captura de plusvalías que sirvan para planificar y financiar la ciudad a través de la re-obtención del incremento del valor del suelo ante los cambios normativos relacionados con la zonificación y la construcción de proyectos estatales. Todo ello persigue poder invertir más recursos en el desarrollo urbano, sostenible e inclusivo de la ciudad, tomando en cuenta la correcta inversión de los recursos y ejecución de los proyectos. No obstante, actualmente es complicado realizarlo, ya que, tanto el mercado como algunas políticas públicas, invisibilizan las necesidades sociales respecto de la ciudad, la vivienda, los servicios, entre otros.

En resumen, la organización social se vincula con la participación ciudadana con respecto a la planificación de desarrollo urbano. Sin embargo, aún falta mucho por consolidar para lograr la participación activa y efectiva de la ciudadanía en la ejecución de los planes de desarrollo urbano, así como por invertir en la ejecución del plan de desarrollo para poder lograr una ciudad inclusiva, sostenible y dinámica. Si bien ya contamos con un marco de protección a nivel legal con la nueva Ley 31313, este tiene que percibirse de manera tangible. Por lo tanto, consideramos que un acercamiento para ejecutar de manera efectiva lo previsto en los planes de desarrollo urbano debe darse a través del reconocimiento del derecho a la ciudad en nuestra Constitución Política.

VI. CONCLUSIONES

La pandemia generada por el COVID-19 nos permitió ser conscientes de la gran desigualdad urbana existente en nuestras ciudades. Por tanto, es necesario plantear una 'nueva normalidad', no solo mediante políticas de cuidado en la salud, sino también mediante la consideración de la importancia de la ciudad para el desarrollo de los seres humanos. En este sentido, se deben promover planes que busquen instaurar un hábitat seguro y saludable, con acceso a una vivienda digna, espacios públicos y participación ciudadana en el marco de la efectividad del derecho a la ciudad.

En esa línea, el derecho a la ciudad es concebido como la aplicación de diversos derechos fundamentales en el contexto urbano. Es un derecho de carácter colectivo en el cual destaca la participación democrática de los actores urbanos, teniendo como perspectiva la integración territorial, y la completa realización de los derechos económicos, sociales, culturales, políticos y civiles de las personas; ello en el marco de la implementación y mejoramiento de espacios públicos y equipamiento urbano en condiciones de equidad e inclusión social.

Sobre el particular, la Ley 31199 y la Ley 31313 incorporan en su definición aspectos relevantes sobre el derecho a la ciudad. Tal es así que se ve identificado como un derecho transversal con respecto a "la vivienda, el acceso a espacios y equipamientos públicos, e incluso al participar en los procesos decisivos de la configuración de las ciudades" (Ortiz Sánchez & Lau Gastelo, 2021). A través de esta definición, se enfatiza en el carácter colectivo que este derecho ostenta y su relación directa con otros derechos humanos.

Por otro lado, en los últimos años, el derecho de propiedad ha ido ampliando su contenido, abriendo espacio a nuevos aspectos anteriormente poco desarrollados. Esta es la función social del derecho de propiedad, por la cual se entiende que el propietario no solo goza de beneficios sobre su predio, sino también de obligaciones y deberes frente a la sociedad y la ciudad. Así, surge la necesidad de establecer mecanismos de recuperación y de redistribución de beneficios derivados de la actuación del Estado, lo que se conoce como captura o participación en plusvalías.

En ese contexto, es importante mencionar que la vivienda y los espacios públicos son elementos esenciales de la ciudad. En efecto, son los principales lugares en donde el ser humano se desarrolla, socializa y desarrolla su identidad. En ese sentido, la planificación y participación en su formación y estructuración es fundamental como parte de crear espacios más seguros, accesibles y equitativos para todos.

A través de la planificación urbana se pueden generar mecanismos que promueven la diversidad de usos y encuentros, con la finalidad de otorgar mejor calidad de vida dentro de las ciudades para todos los seres humanos en calidad de equidad y sin discriminación.

Finalmente, es importante tener en consideración la participación ciudadana, representada por grupos organizados, en la ejecución de los planes urbanos para poder visibilizar las necesidades de la sociedad con respecto a la ciudad. Todo ello, con el fin de lograr el reconocimiento del derecho a la ciudad y, de esta forma, exigir una participación activa y efectiva de la ciudadanía con respecto a la planificación urbana.

A partir de todo lo mencionado, en el Perú, el derecho a la ciudad va estructurando su contenido, considerando principalmente las necesidades urbanas de cada ciudad. A nivel normativo, el ordenamiento jurídico peruano ha logrado un gran avance en la construcción de este derecho a través de la publicación y entrada en vigor de dos leyes importantes: la Ley 31313 y la Ley 31199. Sin embargo, estamos transitando aún en su reconocimiento constitucional como un derecho fundamental de naturaleza colectiva y difusa que debe responder a las necesidades urbanas de vital importancia.

REFERENCIAS

Alcázar, J. (2021). Cartografía de la desigualdad Sobrevivir la pandemia y las cuarentenas sin parques ni áreas de esparcimiento en Lima y Callao. *OjoPúblico*. https://ojo-publico.com/especiales/cartografia-de-la-desigualdad/index.html

Alvarado Alegría, N. (abril de 2016). *El derecho a la ciudad como derecho social en el Estado Constitucional*. Ponencia presentada en el Primer Congreso de Filosofía del Derecho para el Mundo Latino de la Universidad de Alicante, Alicante, España. http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/EL%20DERECHO%20A%20LA%20CIUDAD%20COMO%20DERECHO%20SOCIAL%20EN%20EL%20ESTADO%20CONSTITUCIONAL%2005-04-2016.pdf

Arango, J. (2006). *Ciudadanía, diversidad y civismo*. Centro de Estudios sobre Ciudadanía y Migraciones del Instituto Universitario Ortega y Gasset.

Banco Mundial (2020). *Población urbana (% del total).* https://datos.bancomundial.org/indicator/SP.URB.TOTL.IN.ZS

Borja Sebastià, J. (2019). Ciudadanía, derecho a la ciudad y clases sociales. O la democracia versus el derecho. En F. Carrión Mena, & M. Dammert-Guardia (eds.), *Derecho a la ciudad: una evocación de las transformaciones urbanas en América Latina* (pp. 25-59). CLACSO

Carrión Mena, F., & Dammert-Guardia, M. (2019). El Derecho a la ciudad: una aproximación. En F. Carrión Mena, & M. Dammert-Guardia (eds.), *Derecho a la ciudad: una evocación de las transformaciones urbanas en América Latina* (pp. 9-21). CLACSO.

Diez-Picazo, L., & Guillón, A. (1987). La Propiedad. En L. Diez-Picazo, & A. Guillón (eds.), *Sistema de Derecho Civil* (3ra ed., Vol. III, pp. 153-154). Tecnos.

Fernandes, E. (2010). La construcción del "Derecho a la ciudad" en el Brasil. En C. Santos, & A. Rossbach (coords.), *El Estatuto de la Ciudad: un comentario* (pp. 494-518). Alianza de las Ciudades.

Fernández Salas, J. C. (2020). La propiedad y el común: reflexiones sobre el valor de la comunidad en el presente de crisis. En *Derecho de los Desastres: Covid-19* (pp. 451- 468). Pontificia Universidad Católica del Perú.

Gargantini, D. M., & Peresini N. (2017). La disputa por la ciudad: el rol de los actores sociales en la gobernanza del suelo urbano en la ciudad de Córdoba (Argentina). *Cuaderno Urbano*, (23), 125-146.

Gehl, J. (2010). *Ciudades para la gente*. Ediciones Infinito.

Harvey, D. (2012). *Ciudades rebeldes: Del derecho a la ciudad a la revolución urbana.* Ediciones Akal.

Huamán, G., Aramís, C., Tavera, T. Escobedo, M. C., Seoane, C., & Montes, D. (7 de marzo de 2021). Cartografía de la desigualdad: sobrevivir la pandemia y las cuarentenas sin parques ni áreas de esparcimiento en Lima y Callao. *Ojo Público.* https://ojo-publico.com/especiales/cartografia-de-la-desigualdad/index.html

Instituto Nacional de Estadística e Informática [INEI] (2017). *Censos Nacionales 2017: XII de Población, VII de Vivienda y III de Comunidades Indígenas*. https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1539/libro.pdf

(2019). *Encuesta Nacional de Programas Presupuestales*.

(2020). *Encuesta Nacional de Hogares. Instituto Nacional de Estadística e Informática*. https://www.datosabiertos.gob.pe/dataset/encuesta-nacional-de-programas-presupuestales-enapres-2019-instituto-nacional-de-estad%C3%ADstica

Jacobs, J. (1961). *Muerte y Vida de las Grandes Ciudades*. Capitán Swing.

Lau Gastelo, E. (2020). Instrumentos de financiamiento urbano y de captura de valor del suelo: análisis de los mecanismos previstos en el RATDUS. En F. Nuria Vega, P. Jordi Sardá, & G. Johanna Mosqueira, *Propiedad: enfoque urbanístico y registral* (pp. 173-195). Editorial Jurídica THĒMIS.

Lefebvre, H. (1968). *El derecho a la ciudad*. Capitán Swing.

Medina de Lemus, M. (1999) *Derecho Urbanístico*. Librería Bosch S.L.

Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento (2021). *Política Nacional de Vivienda y Urbanismo*. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2017413/Pol%C3%ADtica%20Nacional%20de%20Vivienda%20y%20Urbanismo.pdf

Nogales, L. (2001). ¿Qué es el espacio público? Webinar presentado en Líderes Urbanos: El Espacio Público de Lima Como Vamos, Lima, Perú.

Organización de las Naciones Unidas. (s.f.). *Ciudades Sostenibles: ¿por qué son importantes?* https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/wp-content/uploads/sites/3/2016/10/11_Spanish_Why_it_Matters.pdf

(s.f.). *Objetivo 11: Lograr que las ciudades sean más inclusivas, seguras, resilientes y sostenibles.* https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/cities/

Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos [ACNUDH]. (2009). *El derecho a una vivienda adecuada.* https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FS21_rev_1_Housing_sp.pdf

ONU-Hábitat. (24 de febrero de 2020). *Componentes del Derecho a la Ciudad*. https://onuhabitat.org.mx/index.php/componentes-del-derecho-a-la-ciudad#:%7E:text=El%20Derecho%20a%20la%20Ciudad,comunes%20para%20una%20vida%20digna

Ortiz Sánchez, I. (27 de enero de 2020). El derecho a la ciudad y la idea de inclusividad en Latinoamérica. *Parthenon*. https://www.parthenon.pe/publico/administrativo/el-derecho-a-la-ciudad-y-la-idea-de-inclusividad-en-latinoamerica/

Ortiz Sánchez, I. & Lau Gastelo, E. (4 de agosto de 2021). La Ley de Desarrollo Urbano Sostenible, el Derecho a la ciudad y los nuevos instrumentos de financiamiento urbano. *Ius 360*. https://ius360.com/la-ley-de-desarrollo-urbano-sostenible-el-derecho-a-la-ciudad-y-los-nuevos-instrumentos-de-financiamiento-urbano-ivan-ortiz-y-erick-lau/

Pérez Álvarez, M. P. (2016). La función social de la propiedad privada: Su protección jurídica. *Revista Jurídica Universidad Autónoma De Madrid*, (30), 17-47.

Asamblea de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos del Programa de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos [ONU-Hábitat] (2020) *Actividades del Programa de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos* (Informe de la Directora Ejecutiva HSP/HA/1/2). https://unhabitat.org/sites/default/files/2020/05/hsp_ha_1_2_s.pdf

Red Internacional para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (s.f.). *El derecho a la vivienda*. https://www.escr-net.org/es/derechos/vivienda

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General 4 El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto), E/1992/23 (13 de diciembre de 1991).

Constitución Política del Perú [Const.] (1993).

Decreto Supremo 012-2021-VIVIENDA, Decreto Supremo que aprueba la Política Nacional de Vivienda y Urbanismo, con horizonte temporal al 2030, Diario Oficial *El Peruano*, 15 de julio de 2021 (Perú).

Decreto Supremo 022-2016-VIVIENDA, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de Acondicionamiento Territorial y Desarrollo Urbano Sostenible, Diario Oficial *El Peruano*, 24 de diciembre 2016 (Perú).

Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 70/1 (21 de octubre de 2015).

Ley 31313, Ley de Desarrollo Urbano Sostenible, Diario Oficial *El Peruano*, 25 de julio de 2021 (Perú).

Ley 31199, Ley de Gestión y Protección de los Espacios Públicos, Diario Oficial *El Peruano*, 22 de mayo de 2021 (Perú).

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), dic. 16, 1966, 999 U.N.T.S. 171.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), dic. 16, 1966, 993 U.N.T.S. 3.

Tribunal Constitucional [T.C.], 5 de marzo de 2020, sentencia recaída en el Expediente 0018-2015-PI/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 9 de junio de 2020, sentencia recaída en el Expediente 00013-2017-PI/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 1 de abril de 2005, sentencia recaída en el Expediente 00048-2004-PI/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 26 de octubre de 2012, sentencia recaída en el Expediente 0007-2012-PI/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 11 de noviembre de 2003, sentencia recaída en el Expediente 0008-2003 AI/TC (Perú).

10.18800/themis.202102.010

TALENTOS Y VIRTUDES: LA NECESIDAD DE PROFESIONALIZACIÓN DEL SERVICIO CIVIL EN EL PERÚ

TALENTS AND VIRTUES: THE NEED TO PROFESSIONALIZE THE CIVIL SERVICE IN PERU

Juan José Rastrollo Suárez*
Universidad de Salamanca

The professionalization of the civil service in Peru has had a remarkable development in the last decades. This process guarantees the proper functioning of the state apparatus, the fight against corruption and the institutional reinforcement. Nevertheless, there are historical conditions that inhibit the development of this necessary process, such as political instability, lack of independence, lack of legal cohesion and inequality.

In this article, the author examines the process of the formation of public bureaucracy in Peru, in its historical context since the country's declaration of independence. Then, he studies the development of public management since the Constitution of 1993, focusing on specific legal norms such as Legislative Decree 728 of 1997, which began the process of 'laboralization' of the civil service, or Statute Law 30057 of 2013, which gave birth to the corps of public managers and regulated many competences of the National Authority of the Civil Service. Finally, based on the study of legislation and jurisprudence, the author revises certain key elements for a future reform of public employment in a context of crisis.

Keywords: Peru, civil service, professionalization, civil service career, National Authority of the Civil Service.

La profesionalización del servicio civil en el Perú ha tenido un notable desarrollo en las últimas décadas. Este proceso permite garantizar el adecuado funcionamiento del aparato estatal, la lucha contra la corrupción y el fortalecimiento de las instituciones. No obstante, existen diversos factores de carácter histórico que aún inhiben el desarrollo de este necesario proceso, tales como la inestabilidad política, la falta de independencia, la falta de cohesión jurídica y la desigualdad.

En el presente artículo, el autor examina el proceso de formación de la burocracia en el Perú en su contexto histórico desde la proclamación de la independencia. Luego, estudia la evolución de la función pública a partir de la Constitución de 1993, haciendo hincapié en algunas normas como el Decreto Legislativo 728 de 1997, que supuso el comienzo del proceso de 'laboralización' del servicio civil o la Ley 30057 de 2013, que dio lugar al nacimiento del cuerpo de gerentes públicos y reguló muchas de las competencias de la Autoridad Nacional del Servicio Civil. Por último, apoyándose en el estudio de la legislación y jurisprudencia, revisa determinados aspectos clave para una futura reforma del empleo público en un contexto de crisis.

Palabras clave: Perú, servicio civil, profesionalización, carrera administrativa, Autoridad Nacional del Servicio Civil.

* Abogado. Doctor Europeus (Universidad de Salamanca/Universidad de Coimbra) en Derecho y Premio extraordinario de Grado y Doctorado. Profesor Titular de Universidad de Derecho administrativo en la Universidad de Salamanca (Salamanca, España). Secretario de la Revista Documentación Administrativa, del Instituto Nacional de Administración Pública de España. Ha sido profesor invitado, entre otras, en las Universidades de los Andes (Bogotá, Colombia), de Nariño (Nariño, Colombia), Andina Simón Bolivar (Quito, Ecuador) o James Madison de Virginia (Estados Unidos). Consultor y docente para servidores públicos en distintas instituciones de América Latina (Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social de El Salvador, Contraloría de Costa Rica, Procuraduría de Paraguay). Miembro de los grupos de investigación State and Nation Making in Latin America and Spain (Universidad de Princeton, Estados Unidos), Sustaintable cities and communities (Universidades de Coimbra, Ioan Cuza, Jena, Pavia, Poitiers, Salamanca y Turku) y Next Generation EU (Universidad de Salamanca) e investigador de la Unidad de Investigación Consolidada de la Junta de Castilla y León (núm. 302). Autor de cuatro monografías, más de 30 artículos y más de 15 capítulos de libro en revistas y obras colectivas de Europa y América. Sus principales líneas de investigación son el urbanismo, la contratación pública y el empleo público y, en general, la reforma y modernización de la Administración pública en Europa y América Latina. Contacto: rastrollo@usal.es

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 4 de agosto de 2021, y aceptado por el mismo el 28 de enero de 2022.

I. INTRODUCCIÓN

La inestabilidad política y social es una constante a lo largo de la historia del Perú. El siglo XIX se caracterizó por una larga sucesión de conflictos armados y políticos vinculados al caudillismo, que alcanzaron su máximo exponente durante la Guerra del Pacífico y terminarían por dejar al país en bancarrota. El siglo XX se define a partir de la concatenación entre dictaduras y breves periodos democráticos para terminar con el mandato de Alberto Fujimori, condenado a veinticinco años de cárcel por crímenes de lesa humanidad. No es una excepción: será tan solo el primero de los cinco presidentes que durante el siglo XXI han sido condenados, tienen pendientes procesos ante la justicia o se han suicidado para no enfrentarlos.

La continua tensión a lo largo de las décadas se convirtió en generadora y consecuencia de la aparición de movimientos terroristas. Algunos, como Sendero Luminoso, especialmente sanguinarios. Todo ello, constata la brecha generada a lo largo de las décadas entre distintos segmentos sociales y el poder público, que tiene una de sus principales razones de ser en la acusada desigualdad social (Narváez Liceras, 2020, p. 229).

Por si fuera poco, el Perú ha sido uno de los países de América Latina más afectados durante la pandemia ocasionada por el COVID-19. A la cantidad de infectados y fallecidos –el mayor porcentaje en América Latina en relación al número de habitantes–, hay que sumarle los escándalos de corrupción derivados de la administración irregular de vacunas al presidente Vizcarra y otros altos cargos. Posiblemente una de las causas se encuentre en la confluencia entre la baja calidad de los servicios públicos y la falta de capacidad de acción del gobierno, superado ante la necesidad de encauzar una sociedad tan desigual en un momento de crisis (Delgado Pugley, 2020, p. 10).

La profesionalización de la función pública es un elemento clave para asegurar la estabilidad política, la fortaleza institucional y el crecimiento económico (Evans & Rauch, 1999; Dahlström, Lapuente & Teorell, 2011). Comprende, desde una perspectiva jurídico-administrativa, la existencia de un régimen de la función pública que garantice el acceso igualitario basado en el mérito, el desarrollo de la carrera administrativa fundado en la evaluación y el cese en la condición de servidor público por razones estrictamente fundadas en la Ley. De esta manera, se pretende evitar la situación de *Spoils System*, en la que el grueso de los empleados públicos –entre los que no incluimos a aquellos de elección política– son designados y cesados arbitrariamente en paralelo al mandato del dirigente político, lo que compromete la seguridad jurídica, la prestación de servicios de calidad o el desarrollo de políticas públicas a largo plazo.

Sin embargo, tradicionalmente no ha sido objeto de atención suficiente ni en las diferentes Constituciones ni en sus normas de desarrollo. La permanente inestabilidad, las tentaciones totalitarias de caudillos y militares y los excesos presidencialistas –justificados en una situación de conflicto constante–, han hecho de la falta de independencia y la maleabilidad del servicio público la base sobre la cual edificar algunos mandatos repletos de casos de corrupción, que han generado un hondo desencanto hacia las instituciones (Durand Arp Nissen, 2018).

Según las estadísticas del Banco Interamericano de Desarrollo, el índice de desarrollo del servicio civil peruano era de 14 en 2004, solo por encima de Panamá, Paraguay, El Salvador y Honduras, dentro de los países analizados, y por debajo de Ecuador, Nicaragua, Guatemala, Bolivia y República Dominicana. No obstante, el proceso de profesionalización iniciado a partir de 2008 supuso un importante revulsivo. Así, en 2013 se había incrementado hasta los 29 puntos, superando a Bolivia, Ecuador, Guatemala o Paraguay. Y en 2014 llegó a los 41 puntos, rebasando la media regional de 38 puntos (A & Strazza, 2014, p. 19; Iacoviello & Zuvanic, 2006, pp. 421-446; Iacoviello, 2015; Iacoviello & Chudnovsky, 2015).

Pese a su exponencial mejora, el servicio civil peruano desarrolla su proceso de profesionalización en un escenario complejo por la fragmentación política y la desigualdad, que se ha recrudecido aún más a partir de la crisis sanitaria de 2020. La situación del país –que registra el sexto producto bruto interior de América Latina en 2021, según datos del Fondo Monetario Internacional (International Monetary Fund, s.f.)– debe servir para asegurar la continuidad del proceso de profesionalización del servicio civil, asegurando el desarrollo económico del país en el futuro.

A lo largo del presente trabajo describimos el proceso de formación de la burocracia peruana a lo largo de la historia, examinando el fundamento constitucional y la evolución legislativa que está detrás de su conformación desde 1823. En segundo término, estudiamos la evolución de la función pública desde la aprobación de la Constitución de 1993, haciendo hincapié en algunas normas de referencia, como la Ley de Productividad y Competitividad Laboral o la Ley del Servicio Civil. Por último, apoyándonos en el estudio de la legislación y la jurisprudencia, revisamos determinados aspectos clave con relación a futuras

reformas del empleo público, como el acceso, la carrera administrativa, el cese o el funcionamiento de la Autoridad Nacional del Servicio Civil (en adelante, SERVIR).

II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y BASES CONSTITUCIONALES

La Constitución de 12 de noviembre de 1823, pese a su breve periodo de vigencia, es un claro exponente del ideario liberal de quienes la elaboraron. Como consecuencia de ello, tras aludir a la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, determinó que quedaban abolidos los empleos y privilegios hereditarios (art. 23). Para el acceso a estos sería necesario ser peruano –requisito característico de un proceso de construcción de una identidad nacional y un sistema institucional propios–, si bien este requisito se obviaba para los nacionales que aún no la tuvieran y ostentaran empleos que no exigieran edad legal (art. 22). Además, hizo una alusión expresa a la responsabilidad de los empleados cuando en su artículo 154 estableció que una ley reglamentaria de hacienda fijaría "la responsabilidad de los empleados y el modo de rendir y liquidar las cuentas".

El siglo XIX se caracterizó por el carácter pendular de los textos constitucionales, que reflejan –como demuestran los distintos conflictos bélicos que se sucedieron–, una continua acción y reacción entre ideas liberales y conservadoras. Sea cual fuere el signo político de la Constitución, ninguna desterró el clientelismo de la política peruana, de tal manera que la llegada al poder de cada uno de los distintos presidentes suponía la selección de los afines para ocupar cargos. Posiblemente, una de las razones se encontraba en la debilidad de un Estado en proceso de construcción (Soriano, 1982, pp. 48-49). A lo largo del siglo, se distinguirá entre empleos perpetuos o en propiedad –a desempeñar indefinidamente, hasta la solicitud de la pensión de jubilación–, interinos, temporales y comisiones –a desempeñar siempre de manera temporal– (Quintana Sánchez, 1998).

La Constitución de 1826 o Constitución Vitalicia, de sesgo conservador, no fue especialmente ambiciosa en lo relativo a los empleos públicos. Sin embargo, determinó en su artículo 83, inciso 28 que era una competencia del presidente "suspender hasta por tres meses a los empleados", siempre que hubiera causa para ello. La sumisión del cese al principio de legalidad se reiteraba con relación a los magistrados y jueces, a los que se reservaban además fueros especiales (el de la Cámara de los Senadores y las Cortes del distrito a los primeros y el previo conocimiento del Gobierno con relación a los segundos).

Antes de elaborar y dictar la norma de 1826, Simón Bolívar había dejado latente su pretensión de hacer partícipes del ejercicio de potestades públicas únicamente a los afines. Así, mediante el Decreto de 28 de octubre de 1824 –dictado a consecuencia del levantamiento de sargentos encabezado por Dámaso Moyano por la falta de salarios y el desacuerdo con las órdenes de ir a la guerra– determinó que los empleados subordinados no tenían derecho a conservar sus destinos, al ser de la República y tener esta la obligación de distribuir los empleos públicos entre los ciudadanos (Quintana Sánchez, 1998, p. 330).

Habrá que esperar hasta 1828 para encontrar en la Constitución, en paralelo a la caída del régimen bolivariano, la vuelta del ideario liberal a la norma fundamental. Así se refleja en la proclamación del acceso igualitario al empleo público del artículo 158, según el cual "todos los ciudadanos pueden ser admitidos a los empleos públicos, sin otra diferencia que la de sus talentos y virtudes", estableciendo, por tanto, talentos y virtudes como fundamento de este. No es esta la única referencia de interés sobre el empleo público que encontramos en la norma fundamental de 1828. Con el objeto de cortar los hilos entre la república y el antiguo gobierno colonial y evitar la 'patrimonialización' del empleo público por ciertos grupos sociales, advirtió en su artículo 160 que no se reconocían "empleos ni privilegios hereditarios, ni vinculaciones laicales".

Estas referencias pueden encontrarse en los artículos 159 y 170 la Constitución de 1834, también de carácter liberal y especialmente orientada a limitar cualquier tentación totalitaria, que además incorpora una mención expresa a la responsabilidad de magistrados, jueces y demás empleados del Poder Judicial por no actuar conforme a la ley (art. 128) y de los administradores del tesoro por cualquier cantidad extraída para fines distintos a los efectos e inversiones ordenadas por esta (art. 172). Poco antes de su promulgación, Luis José de Orbegoso decidió premiar a quienes se habían rebelado contra el levantamiento de Pedro Bermúdez mediante un Decreto en el que literalmente se recogió que:

> […] todos los ciudadanos que hubieran servido con decisión a la lucha que se había sostenido y se sostenía contra los enemigos de las libertades patrias serían colocados en los empleos de libre elección, calificados que fueran sus servicios y las aptitudes que se requirieran para las plazas a que aspiraran (Oviedo, 1861, citado por Saravia Salazar, 2018).

La etapa de la Confederación Perú-Boliviana se caracterizaría por un incremento del caudillismo

o, mejor dicho, por su evidente proyección en las normas fundamentales y, por tanto, por una limitación del carácter liberal-regenerador que nos encontramos en las Constituciones de 1823, 1828 y 1834. Ello se justifica en el interés por mantener las cuotas de poder más amplias posibles en la administración, intención que no le era ajena a personajes históricos como Andrés de Santa Cruz o Felipe Santiago Salaverry. De hecho, ni en el Decreto de 28 de octubre de 1836 (que establece la Confederación), ni en las Constituciones de los Estados Sud-Peruano (1836) y Nor-Peruano (1836) se hace alusión alguna al empleo público, mientras que el artículo 30 de la Ley Fundamental de la Confederación (1837), le atribuía al 'Protector' la potestad de "nombrar y remover a los Ministros de Estado de la Confederación y a los demás empleados del gobierno general".

Sin embargo, por la especial tensión política y bélica de fondo, pueden encontrarse normas durante el periodo de la Confederación que son un claro exponente de las tentaciones patrimonialistas sobre el empleo público, especialmente presentes en un escenario de caudillismo exacerbado. Así, más allá de que se llegara a exigir mediante circular el enrolamiento en la guardia nacional para acceder a empleos, cargos y comisiones, se destituyó a todos los magistrados y funcionarios firmantes del Acuerdo para el establecimiento del orden constitucional (Acuerdo del 24 de agosto de 1838) –que dio lugar a la elección de Gamarra como presidente– y al año siguiente, en sentido opuesto, se declaró interinos a todos los empleos civiles y de hacienda mediante el Decreto de 14 de febrero de 1839, facilitando su posible separación del cargo (Quintana Sánchez, 1998, p. 331).

La llegada de la restauración trajo consigo el regreso de las referencias constitucionales a la responsabilidad de magistrados y jueces, la igualdad en el acceso al empleo y la eliminación de privilegios en los términos que encontramos en la Constitución de 1828, a partir de los artículos 130, 161 y 163 de la Constitución de 1839, de signo conservador.

Tras el triunfo de la revolución liberal de 1854, la Constitución de 1856 supone un paso más, en la medida en que la referencia a la proscripción de privilegios hereditarios, fueros personales y empleos en propiedad se incorpora en el artículo 6 y la referencia a la responsabilidad de los empleados públicos "en todo tiempo, con arreglo a las leyes" en el artículo 12, entre las garantías constitucionales. Además, supone un importante cambio con relación al acceso igualitario al empleo público, toda vez que deja atrás la genérica referencia a los talentos y virtudes como base para la garantía de igualdad al determinar, en el artículo 38, que "todos los ciudadanos pueden optar a empleos públicos, siempre que reúnan las cualidades especiales que la ley exija para cada cargo".

La Constitución de 1860, pese a reproducir las referencias contenidas en la norma anterior respecto a la abolición de privilegios y la responsabilidad (arts. 6 y 11), omite hacer referencia alguna al acceso igualitario al empleo público, base de cualquier proceso de profesionalización. Posiblemente es ese carácter mesurado del texto –que se refleja en la moderación de las referencias que incorpora–, el que permitió su vigencia durante sesenta años y la prolongación de la paz, tras la sangrienta guerra civil que había asolado al país de 1856 a 1858. Cabe destacar que el 11 de abril de 1861 se reintegró por ley a los cesantes resultantes del ajuste de cuentas de la revolución de 1855.

La Constitución de 1867, con apenas cinco meses de vigencia, recuperó las referencias a la proscripción de privilegios en el artículo 5, pero incorporó la referencia genérica en ese artículo a la prohibición de que se removiera a empleados judiciales, civiles y de hacienda, excepto por causa legal comprobada judicialmente. También alude a la responsabilidad de los empleados en general (art. 11). Sin embargo, evita –como su antecesora– hacer referencia alguna al acceso igualitario al empleo público. Por tanto, pese a su carácter liberal y restaurador de la democracia, no supone un avance tan significativo como el que hubiera podido esperarse.

Llegados al siglo XX, la Constitución de 1920, aunque vuelve a referirse a cuestiones como la prohibición de privilegios (art. 6) o la responsabilidad (art. 14) y pese a su carácter progresista, siguió obviando la proyección del principio de igualdad en el acceso. No obstante, incorpora como novedad la referencia a la incompatibilidad, al determinar el artículo 12 que "nadie podrá gozar más de un suelo o emolumento del Estado sea cual fuere el empleo o función que ejerza" y el artículo 77 que "hay incompatibilidad entre el mandato legislativo y todo empleo público, sea de Administración Nacional, sea de la local."

La Constitución de 1933, tras el oncenio –que había dado lugar a un incremento considerable del aparato administrativo (Saravia Salazar, 2018, p. 152)–, supone pocos avances, más allá de incorporar la referencia a que el mandato de dedicación exclusiva a los empleados púbicos no se lesiona al compatibilizarlo con la enseñanza. No obstante, inaugurará una etapa que, dividida en varios periodos, estará marcada por un incesante incremento de la burocracia, primero por la planificación y el incremento sostenido del carácter

prestacional del Estado y después, durante el gobierno dictatorial del general Juan Velasco Alvarado, por la militarización.

Este periodo no se caracteriza por una señalada profesionalización de la función pública, que en su última etapa está tomada por la cúpula militar, con la permeabilidad a prácticas corruptas y las limitaciones a la profesionalización del empleo público que ello suele suponer. En 1937 se creó la Intendencia General de Hacienda, con la finalidad de gestionar los recursos humanos del sector público que después sería sustituida por la Dirección General de Escalafón y Listas pasivas (Alonso *et al.*, 2007, p. 104).

Sin embargo, no puede negarse que detrás de la regulación del empleo público durante este periodo no hubiera cierta intención 'profesionalizante', al menos sobre el papel. En este sentido, hay que destacar el Decreto Ley 11377 del Estatuto y Escalafón del Servicio Civil de 1950 que, dictado durante el 'ochenio' –y por tanto en plena época de represión militar–, partió de la consideración de que el Estado debía garantizar la estabilidad en sus cargos a los empleados públicos, crear la carrera administrativa y garantizar la igualdad en el acceso a todos los ciudadanos. Este distinguió entre empleados de carrera –con carácter estable que tenían acceso a la carrera administrativa–, de contrata –con carácter transitorio–, adscritos –cargos de confianza cerca de altos funcionarios públicos– e interinos –que definía como servidores manuales con plaza de presupuesto en una repartición del Estado– (art. 6). Para formar parte del primer grupo, era preciso "presentarte y ser aprobado en el concurso sobre las materias que determinaban los Reglamentos de las respectivas Reparticiones" (art. 22, inciso f). Además, con relación a la carrera administrativa, el ascenso se identificó como recompensa "a la capacidad, idoneidad y comportamiento", si bien entre las posibles causas de destitución se incorporaba un concepto jurídico indeterminado tan genéricamente interpretable como el de la "inmoralidad comprobada" (art. 39, inciso c) (Hopkins, 1969a & 1969b).

También en 1950, la Dirección General del Servicio Civil vino a sustituir a los órganos que anteriormente se habían dedicado a la gestión de recursos humanos. Posteriormente, tomarían el relevo de esta la Oficina Nacional de Personal, dependiente del Primer Ministro y, en 1973, el Instituto Nacional de la Administración Pública, que pese a configurarse desde los inicios como una entidad independiente, nunca lo fue por completo, toda vez que los salarios no dejaron de ser una competencia del Ministerio de Economía y Finanzas (Alonso *et al.*, 2007, p. 104). Este periodo se caracterizará por un proceso de impulso a la prestación de servicios, que implicará la creación de una considerable cantidad de empresas públicas encargadas de su gestión a partir de 1969 (Reyna Alfaro & Ventura Saavedra, 2008, p. 598).

La Constitución de 1979 es la que, por primera vez, regula con detalle el régimen de la función pública en el Perú en su Capítulo VI. Como principales novedades, incorpora la referencia a la carrera administrativa, conceptualizándola como un derecho exclusivamente concerniente a determinados empleados públicos (art. 58) –excluyendo a los funcionarios que desempeñan cargos de confianza y a trabajadores de empresas del Estado o sociedad– y la extensión a estos del derecho de sindicación y huelga, excepción hecha de los funcionarios con poder de decisión o de elección política y los miembros de las fuerzas armadas y policiales (art. 61).

Sin embargo, sigue sin encontrarse en la norma fundamental referencia alguna al acceso igualitario al empleo público, más allá de la mención (que ya se encontraba de una u otra manera en constituciones anteriores) a que "la ley regula lo relativo al ingreso, derechos y deberes que corresponden a los servidores públicos así como los recursos contra las resoluciones que los afecten". Tan solo se hace alusión a la necesidad de hacer previo concurso de méritos y evaluación personal con relación al nombramiento de los magistrados de la Corte Suprema y de las Cortes Superiores.

La norma de referencia sobre el empleo público en esta etapa será el Decreto Legislativo 276, que reguló la carrera administrativa y el sistema único de remuneraciones. Esta se define como "el conjunto de principios, normas y procesos que regulan el ingreso, los derechos y los deberes que le corresponden a los servidores públicos que, con carácter estable prestan servicios de naturaleza permanente a la Administración Pública", con el objeto de "permitir la incorporación del personal idóneo, garantizar su permanencia, asegurar su desarrollo y promover su realización personal en el desempeño del servicio público", expresada en una estructura orientada a la ubicación de los servidores públicos según calificaciones y méritos. La norma recogió la igualdad de oportunidades, la estabilidad, la garantía de nivel adquirido y la retribución justa y equitativa como principios de la carrera administrativa, proyectados desde el ingreso y durante la prohibición, y apostó por "una burocracia profesionalizada con base en el mérito para el acceso y el ascenso" (Díaz Roncal, 2019, p. 304).

III. LA "LABORALIZACIÓN" DEL EMPLEO PÚBLICO

La Constitución de 1993 se pronuncia en términos muy similares, sin suponer ningún avance significativo en la materia. Sin embargo, la década de los noventa se caracterizará por ser especialmente convulsa en lo referente a la función pública. Para comenzar, la llegada al poder del presidente Alberto Fujimori supondrá la aprobación de un conjunto de medidas de austeridad fiscal (Martinelli & Vega, 2018, p. 32), que incluyeron la prohibición de procesos de contratación y dieron lugar al incremento desmesurado de contratos bajo la modalidad de servicios no personales, como apuntó el informe de la Comisión Multisectorial encargada de estudiar la situación del personal de la Administración Pública Central creada durante el gobierno transitorio de Valentín Paniagua mediante Decreto Supremo 004-2001-TR (2001, p. 70).

En esta etapa, la norma de referencia será la Ley de Productividad y Competitividad Laboral que, pese a ser una norma orientada al sector privado, extrapoló sus efectos al ámbito de la administración, lo que supuso un proceso de 'laboralización' de la función pública con los efectos que ello entraña (Decreto Supremo 003-97-TR, 1997). En consonancia con esta política, el Instituto Nacional de la Administración Pública se disolvió en 1995 a través de la Ley 26507, pasando las competencias de gestión a depender de cada entidad del sector público (Alonso *et al.*, 2007, p. 104).

De esta manera, comenzaron a convivir en el país los empleados públicos bajo el régimen estatutario del Decreto Legislativo 276, los regidos por lo determinado en el Decreto Legislativo 728 bajo el régimen laboral privado –que empezó a ser la vía de entrada normal en la administración a partir de ese momento– y los contratados mediante servicios no personales, que no tenían tan siquiera legislación aplicable.

La extensión sin más de los efectos previstos en la normativa laboral al empleo público supuso un torpedo en la línea de flotación del proceso, lento e irregular, de profesionalización de la función pública peruana. La ausencia de procedimientos administrativos que regularan el acceso, la carrera y la terminación de la relación entre el empleado y la administración para una gran cantidad de empleados, conllevó la limitación de la igualdad sobre la base del mérito como criterio para el acceso y el ascenso y la negación de su independencia respecto al poder ejecutivo. Todo ello, en clara conexión con el reforzamiento del carácter clientelar de la burocracia en un periodo de amplia mayoría fujimorista en el congreso.

A finales de la última década del siglo XX, el Perú carecía de un sistema de centralización de datos en lo referido al número, los puestos de trabajo ocupados y el salario de los empleados públicos (que estaba en buena medida condicionado a una serie de pagos adicionales). Se calculaba que el 45% de empleados pertenecían al régimen laboral público, 15% al privado y 40% al régimen de servicios no personales. Como apuntó la Comisión Multisectorial encargada de estudiar la situación del personal de la Administración Pública Central creada en el año 2000, se hacían imprescindibles una serie de reformas tales como impulsar de nuevo una carrera administrativa fundada en criterios de igualdad o crear un órgano rector y centralizador de la función pública y un tribunal administrativo llamado a resolver los litigios relacionados con el personal de la administración.

Como respuesta a lo anterior, el Decreto Legislativo 1057 de 2008, que regula el régimen especial de contratación administrativa de servicios, incorporó por primera vez, durante el mandato del presidente Alan García, la referencia a los principios de "mérito y capacidad, igualdad de oportunidades y profesionalismo de la administración pública" (art. 1) como principios a garantizar, si bien con relación a un nuevo tipo de contrato –el contrato administrativo de servicios–, con un carácter temporal y ajeno a la carrera administrativa. Tanto su contenido como su relevancia fueron limitadas en el tiempo. Sin embargo, a finales de la primera década del siglo XXI –y especialmente a partir del año 2008, con la aprobación del Decreto Legislativo 1023 que creó SERVIR–, la profesionalización del servicio público empezó tomar relevancia dentro de la agenda política (Cortázar Velarde, 2014, p. 30).

IV. SERVIR O EL INTENTO DE PROFESIONALIZAR EL SERVICIO CIVIL

La Ley 30057, Ley del Servicio Civil, del 4 de julio de 2013, aprobada durante el mandato del presidente Ollanta Humala, es también esencial para entender el nacimiento de un nuevo régimen del empleo público en el Perú, caracterizado por el impulso a la profesionalización y al principio de mérito, al establecer que "el acceso, la permanencia, progresión, mejora en las compensaciones y movilidad, se basa en la aptitud, actitud, desempeño, capacidad y evaluación permanente para el puesto de los postulantes y servidores civiles" (art. III del Título Preliminar).

Respecto al acceso, establece la necesidad de llevar a cabo procesos de selección para todos los tipos de empleados públicos –que no son de elección política– previstos en la norma (directivos públicos, servidores civiles de carrera y ser-

vidores de actividades complementarias) "sobre la base del mérito, competencia y transparencia, garantizando la igualdad en el acceso a la función pública" (art. 8). No obstante, no desarrolla con detalle el contenido de estos procesos, lo que deseablemente debería haberse fijado en sus aspectos básicos.

Con relación a la carrera, impulsa decisivamente la evaluación del desempeño, a la que le dedica todo el Capítulo III, estableciendo como requisito mínimo para participar en procesos de progresión haber calificado previamente como personal de rendimiento distinguido o de buen rendimiento (art. 26), si bien se restringe el número máximo de servidores civiles que pueden contar con esta calificación en cada evaluación a un 10%. El exceso de celo que se puso con relación a su regulación e implementación fue quizá uno de los principales problemas derivados de la norma. En tal sentido, hay que recordar que la obtención de la calificación 'desaprobado' (por segunda vez después de recibir formación o por no participar en procesos de evaluación), da lugar a la terminación del vínculo laboral con la administración.

En cuanto a la terminación de la relación laboral, contiene un catálogo de faltas de carácter disciplinario (art. 85) a graduar por el órgano encargado de imponer la sanción sobre la base de determinados criterios (art. 91), la regulación completa del procedimiento disciplinario (arts. 93 y siguientes) y la creación del Tribunal del Servicio Civil, con la función de resolver controversias (art. 7).

No obstante, las aportaciones más importantes al régimen del servicio civil peruano son, en primer lugar, la creación del cuerpo de gerentes públicos y, en segundo lugar, la regulación del catálogo completo de funciones atribuidas a SERVIR. Los primeros, se seleccionan sobre la base de exigentes criterios meritocráticos y se destinan a las entidades públicas que lo soliciten para ocupar cargos directivos y de mando intermedio, tanto en el nivel nacional como en el nivel regional y local (Chudnovsky, 2017). Por su parte, SERVIR cuenta con múltiples competencias reconocidas a lo largo de todo el texto (art. 5).

Con carácter general, se determina que:

> […] formula la política nacional del Servicio Civil, ejerce la rectoría del sistema y resuelve las controversias de conformidad con lo establecido en el Decreto Legislativo 1023 y sus normas modificatorias, garantizando desde su elección como órgano técnico su autonomía, profesionalismo e imparcialidad (Ley 30057, 2013, art. 5).

Pero además, de forma más concreta, el texto identifica distintas funciones que le corresponden a la entidad, como:

- Establecer "las disposiciones, lineamientos, instrumentos o herramientas de gestión" en materia de recursos humanos (art. 6, inciso a).
- Acoger el Tribunal del Servicio Civil como un órgano integrante de la Autoridad (art. 7).
- "Planificar, priorizar, desarrollar, así como gestionar y evaluar la política de capacitación para el sector público" (art. 12).
- Certificar "los programas de capacitación laboral y profesional ofrecidos en universidades, institutos y otros centros de formación profesional y técnica, preferentemente sobre los temas de Gestión Pública, Políticas Públicas, Desarrollo y Gestión de Proyectos para los tres niveles de gobierno" (art. 15).
- Establecer las formas para llevar a cabo procesos de evaluación (art. 21).
- Enviar anualmente a la Comisión de Presupuesto y Cuenta General del Congreso y a la Contraloría "un informe sobre los resultados obtenidos en las evaluaciones de desempeño realizadas en el Estado" (art. 21).
- Establecer "criterios objetivos para definir el tipo de evaluación de desempeño que corresponde en cada caso" (art. 23).
- Establecer por resolución los "métodos y criterios de evaluación" para llevar a cabo la evaluación de los empleados (art. 26).
- Aprobar "los lineamientos y las metodologías para el desarrollo de los procesos de evaluación" así como su supervisión (art. 27). Coordinar con el Ministro de Economía y Finanzas la emisión de un decreto supremo que apruebe la "distribución de la valorización Principal por familia y la Ajustada", dentro de las compensaciones económicas (art. 31).
- Emitir opinión técnica con relación a la supresión del puesto o de la entidad dentro de las causales de término del servicio civil (art. 49), emitir resoluciones de cara a determinar el nivel orgánico que pueden desempeñar los directivos públicos (art. 59).
- Realizar los concursos de selección de directivos en representación de las entidades

del sector público por autorización expresa (art. 60).

– Establecer límites con relación al número total de servidores civiles previstos en el cuadro de puestos de la entidad y su naturaleza y funciones, así como publicar cada tres años la lista de directivos públicos existentes en cada entidad las plazas que puedan ocupar servidores de confianza (art. 64).

– Establecer mediante resolución de Presidencia Ejecutiva debidamente justificada los topes mínimos o máximos en cuanto a los servidores de confianza que pueden existir en cada entidad (art. 77).

– Administrar el Registro Nacional de Sanciones de Destitución y Despido (art. 98).

– Aprobar, mediante resolución del Consejo Directivo, el cuadro de puestos (Disposición Complementaria Final Cuarta).

– Registrar títulos y grados obtenidos en el extranjero, administrar el registro y fiscalizar la legalización del Ministerio de Relaciones Exteriores sobre los documentos registrados (Disposición Complementaria Final Octava).

– Proponer normas reglamentarias con relación a distintos aspectos del servicio civil (Disposición Complementaria Final Décima).

– Colaborar en la elaboración de los instructivos con relación a la publicación electrónica de metas, indicadores de desempeño y compromisos de mejora por parte de las entidades públicas (Disposición Complementaria Final Duodécima).

V. PROPUESTAS DE MEJORA EN UN ENTORNO DE CRISIS

A. Construir un régimen jurídico homogéneo de la función pública

El Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto que, dentro del ordenamiento jurídico peruano, la función pública debe entenderse como la realización de funciones en una entidad pública, al margen del contrato laboral que vincule a la persona con el Estado (Expediente 05057-2013-PA/TC, 2015, fundamento 8). En tal sentido, hay que destacar que "si por autorización legal se posibilita que una determinada institución estatal se pueda regir por el régimen laboral de la actividad privada, ello no implica convertir a los funcionarios y servidores de dicha institución en trabajadores de la actividad privada" (sentencia recaída en el Expediente 05057-2013-PA/TC, 2015, fundamento 8).

Aludiendo a la doctrina peruana, podemos destacar que el derecho administrativo es el régimen aplicable a las funciones administrativas, con independencia del sujeto que las realice (Abruña Puyol & Baca Oneto, 2014, p. 5), lo que implica la necesidad de hacer del derecho de la función pública una rama con sustantividad propia dentro del derecho administrativo peruano (Díaz Roncal, 2019), de aplicación preferente en lo relativo a la regulación de la función pública.

Aunque el ordenamiento jurídico en la materia se conforma en sus aspectos básicos por los Decretos Legislativos 276 y 1057 y la Ley 30057, estas no son las únicas normas referidas a los regímenes laborales en el sector público peruano. Las anteriores normas se complementan por otras que dejan de manifiesto su carácter atomizado, como la Ley de Productividad y Competitividad Laboral o el Decreto Legislativo 1024 de gerentes públicos. Pero además existe un conjunto de normas en vigor en lo referido a Carreras Especiales (Ley 28091, del Servicio Diplomático de la República; Ley 23733, del régimen de los profesionales que se rigen por la Ley Universitaria; Ley 23536, del régimen de los profesionales de la salud; Ley 28359, de oficiales de las Fuerzas Armadas; Decreto Legislativo 1148, del personal de la Policía Nacional del Perú; Ley 29709, de la Carrera Especial Pública Penitenciaria; Decreto Legislativo 052, de servidores del Ministerio Público o Ley 29277, de magistrados adscritos a la carrera judicial). Asimismo, hay que sumar otros casos *sui géneris* como los vinculados a la Ley 29806, que regula la contratación del personal altamente calificado en el sector público y dicta otras disposiciones, y el Decreto Ley 25650, de contratación bajo el Fondo del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) (Díaz Roncal, 2019, p. 307).

Este exceso de regímenes dificulta impulsar una política homogénea con relación al empleo público en el Perú que evolucione de forma paralela al proceso de modernización de la Administración que se pretende impulsar desde el año 2008 (Torres Balcázar, 2018, p. 172). Más allá de principios y aspectos genéricos, la Ley 30057 regula de forma excesivamente genérica ciertos aspectos tan relevantes como el acceso, que se contiene fundamentalmente en la normativa reglamentaria. Por ello, en primer término, sería fundamental asegurar una regulación general, pormenorizada y lo más completa posible de la función pública, que garantice unas bases mínimas con relación a los aspectos que entendemos son clave para asegurar una profesionalización continua.

Ello no implica que no tengan que regularse especialidades, pues como ha indicado el Tribunal Constitucional:

> […] la sola existencia de diferencias entre este régimen especial y el establecido por la Ley SERVIR no significa per se que el primero sea manifiestamente inconstitucional. Más allá de ello, y en atención a lo previamente expuesto, […] la exclusión de los servidores del […] ámbito de la Ley SERVIR solo será legítima si se respeta lo establecido supra, respecto a la existencia de particularidades en la función y progresión en el ascenso" (sentencia recaída en el Expediente 00029-2018-PI/TC, 2020, fundamento 62).

Pero sí implica que los aspectos más relevantes –como el ingreso, la carrera administrativa y el cese– se regulen con el mayor detalle posible, como ocurre fundamentalmente con la evaluación del desempeño.

B. Favorecer un ingreso realmente igualitario

Pese al reconocimiento expreso del derecho al acceso en condiciones de igualdad al empleo público por el artículo 21, inciso 2, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 25 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y el artículo 23, inciso 1, numeral c de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de los que el Perú es signataria, este no se expresa con suficiente claridad en la Constitución de 1993 (sentencia recaída en el Expediente 05057-2013-PA/TC, 2015). Su consagración constitucional debe extraerse de la conjunción del artículo 40, que indica que "la ley regula el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos", y el inciso 1 del artículo 26, que habla de la necesidad de respetar en la relación laboral el principio de "igualdad de oportunidades sin discriminación".

No obstante, como ha reconocido el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 05057-2013-PA/TC, forma parte del catálogo de derechos de la Constitución peruana por reconocerse en tratados internacionales de derechos humanos de los que forma parte el Estado (2015).

Concretando aún más su sentido y alcance en el ámbito del ordenamiento peruano, la sentencia recaída en los expedientes 00025-2005-PI/TC y 00026-2005-PI/TC determinó que tal derecho está a su vez conformado por los de i) acceder o ingresar a la función pública; fi) ejercerla plenamente; iii) ascender en la función pública; y iv) condiciones iguales de acceso" (2006, fundamento 43). El Tribunal ha señalado, además, que el derecho de acceso a la función pública tiene "como principio consustancial el principio de mérito, el cual vincula plenamente al Estado y a toda entidad pública en general" (sentencia recaída en el Expediente 05057-2013-PA/TC, 2015, fundamento 8). A su vez, la sentencia recaída en el Expediente 04250-2016-AA/TC vino a reconocer, vinculando el principio de mérito al objetivo constitucionalmente marcado de conseguir la calidad en la prestación de servicios públicos, lo siguiente:

> […] el establecimiento de criterios objetivos como los meritocráticos para el ingreso y la permanencia […] coadyuva de manera directa y decidida a la consecución de la idoneidad […] así como contribuye de manera importante en la mejora de la calidad […], fines constitucionalmente legítimos exigidos por el segundo párrafo del artículo 16 de la Constitución (2018, fundamento 40).

Sin embargo, es la normativa especial, y fundamentalmente la reglamentaria, la que determina el contenido y el desarrollo de los concursos de acceso a la función pública. Para regular el acceso en un entorno 'profesionalizante', y en el marco del derecho administrativo, se hace imprescindible tener en cuenta una serie de elementos que servirán para dar cumplimiento al mandato del Tribunal Constitucional cuando en la sentencia recaída en los expedientes 00025-2005-PI/TC y 00026-2005-PI/TC determinó que el contenido esencial del derecho de acceso o ingreso a la función pública es el ejercicio pleno de la función pública, el ascenso y las condiciones de igualdad en el acceso (2006).

En primer término, consagrar legislativamente que el acceso debe producirse a través de un procedimiento administrativo, en el que dos órganos administrativos independientes participen: uno encargado de la instrucción –o lo que es lo mismo: de la comprobación de los méritos– y otro de la resolución, esto es, de la toma de la decisión final sobre la base de las conclusiones extraídas en la fase anterior. La independencia de estos órganos y su alejamiento del poder político es una garantía imprescindible para evitar que la politización de la función pública permanezca. Este procedimiento debe contar con las máximas garantías de publicidad y transparencia. En este sentido, es preciso tener en cuenta tanto la particular idiosincrasia del Perú y el grado de alfabetización digital de la población (con lo que posiblemente no sea suficiente la publicación de ofertas laborales en la plataforma digital única del Estado), como la necesidad de establecer recursos accesibles y gratuitos ante SERVIR.

En segundo término, es preciso regular que, en la medida de lo posible, las prácticas dentro de los

concursos no se alejen de los principios de publicidad y transparencia, como ocurre con la realización de entrevistas no grabadas –y por lo tanto difícilmente recurribles– y con un peso ponderado excesivamente alto dentro de la puntuación final, aminorando una parte del que debería atribuirse a la realización de pruebas adaptadas a la naturaleza del puesto a ocupar.

Por último, se debe tener en cuenta que la función pública peruana debe ser reflejo de la diversidad social. Esto sobre la base de que constitucionalmente se ha establecido que el principio de "igualdad de oportunidades sin discriminación" debe regular la relación laboral (art. 26, inciso 1, Constitución Política del Perú, 1993). Por ello, es importante evitar que la falta de una regulación suficiente del ingreso favorezca un exceso de discrecionalidad administrativa en la elección y restrinja las posibilidades de acceso al empleo público de mujeres o minorías (como los miembros de pueblos indígenas o afrodescendientes) creando, si es preciso, programas orientados a promocionar su acceso al empleo público.

La función pública, que es un elemento clave para asegurar el establecimiento y permanencia de las clases medias y debe ser fiel reflejo de la sociedad a la que sirve para garantizar su actuación conforme al principio de eficacia, puede ayudar, de esta forma, a paliar la desigualdad y el desarraigo social que tradicionalmente han caracterizado al país.

En este sentido, es reseñable la aprobación por parte del Congreso de la eliminación del régimen del contrato administrativo de servicios en 2021, en consonancia con lo establecido por el Tribunal Constitucional al indicar, entre otras ocasiones, mediante la sentencia recaída en el Expediente 05057-2013-13A/TC, que "existen suficientes y justificadas razones para asumir que el ingreso a la administración pública mediante un contrato a plazo indeterminado exige necesariamente un previo concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada" (2015, fundamento 9). Ello, en conexión con el artículo 3, inciso d de la Ley 30057, que alude a la meritocracia y que, como se reconoce en la sentencia, "constituye un criterio objetivo fundamental en el ingreso y permanencia en la actividad estatal para la prestación de un servicio público" (sentencia recaída en el Expediente 05057-2013-13A/TC, 2015, fundamento 10).

C. Garantizar una carrera administrativa gestionada desde la independencia

Como indica el artículo 1 del Decreto Legislativo 276, la carrera administrativa es "el conjunto de principios, normas y procesos que regulan el ingreso, los derechos y los deberes que le corresponden a los servidores públicos que, con carácter estable prestan servicios de naturaleza permanente a la Administración Pública", para "permitir la incorporación del personal idóneo, garantizar su permanencia, asegurar su desarrollo y promover su realización personal en el desempeño del servicio público". Hace referencia, por tanto, a cuestiones muy diferentes entre sí. Además, se trata de "un bien jurídico garantizado por la Constitución cuyo desarrollo se delega al legislador" (sentencia recaída en el Expediente 00008-2005-PI/TC, 2005, fundamento 44).

El Tribunal Constitucional se ha encargado de hacer una serie de concreciones relevantes a este respecto. La sentencia recaída en el Expediente 00019-2010-AI/TC dejó de manifiesto que ascenso y acceso "son dos situaciones jurídicas distintas" (2011, fundamento 27). Asimismo, en tal sentencia se sostuvo que el Estado cuenta con "una vinculación positiva para con ambas posiciones iusfundamentales, consistente en no menoscabar, restringir o limitar ilegítimamente el ejercicio pleno de ambas facultades de este derecho fundamental" (2011, fundamento 27). Por ello, la sentencia recaída en el Expediente 00019-2010-AI/TC justificó la validez del subsistema cerrado dentro de la carrera judicial, en la medida en que

> [...] el ascenso en la función pública era una posición iusfundamental distinta del acceso o ingreso a la función pública, aun cuando ambas puedan pertenecer a un mismo derecho fundamental [que tiene por objeto la promoción del funcionario] en base a los méritos (capacidad e idoneidad) que se pueda observar en su desempeño del cargo mismo (2011, fundamento 25).

La Ley 30057 impulsó una regulación de la función pública basada en buena medida en la gestión del rendimiento y la evaluación del desempeño, a la que dedica el Capítulo III. Esta se define en el artículo 22 de la norma como:

> […] proceso obligatorio, integral, sistemático y continuo de apreciación objetiva y demostrable del rendimiento del servidor público en cumplimiento de los objetivos y funciones de su puesto […] llevada a cabo obligatoriamente por las entidades públicas en la oportunidad, forma y condiciones que señale el ente rector.

Es acertado el estímulo a la evaluación del desempeño para impulsar una carrera administrativa basada en el mérito y evitar la 'patrimonialización' de la función pública –es decir, que la posición asegurada de los empleados públicos de carrera en la administración constituya un obstáculo que evite

procedimientos de modernización en el empleo público– que se liga a la supervisión de SERVIR y a la capacitación (Rastrollo Suárez, 2018). La evaluación del desempeño debe configurarse como un derecho y un deber de los empleados públicos, al igual que la capacitación (bien definida en el artículo de la norma como procedimiento enfocado a)

> […] buscar la mejora del desempeño de los servidores civiles para brindar servicios de calidad a los ciudadanos [así como] fortalecer y mejorar las capacidades de los servidores civiles para el buen desempeño y es una estrategia fundamental para alcanzar el logro de los objetivos institucionales (art. 10).

La evaluación es un derecho en la medida en que está directamente ligada a otros, como el ascenso a la carrera y la capacitación pero, a su vez, es un deber en la medida en que es requisito necesario para asegurar el funcionamiento de la función pública sobre la base de los principios de eficacia y eficiencia recogidos en el artículo 2, inciso b de la Ley 30057. Es decir, lo mismo que ocurre con la capacitación.

No obstante, no podemos perder de vista que para que este engranaje funcione es preciso asegurar la profesionalización e independencia de todos los implicados en el proceso, desde las oficinas de recursos humanos y los directivos públicos –habiendo de ser una referencia en este sentido el cuerpo de gerentes públicos– hasta SERVIR.

D. Garantizar un cese basado en causas objetivas

Un cese basado en causas objetivas recogidas expresamente en la ley tras un procedimiento con todas las garantías es la forma última de asegurar que este no se produce por causas políticas.

El derecho disciplinario, como el sancionador, es una rama del ordenamiento jurídico-administrativo particularmente compleja y en continuo proceso de construcción. No resulta sencillo modular las garantías características del derecho penal de un Estado democrático en el marco de la autoorganización administrativa, en el entorno de la relación estatutaria que vincula al empleado público con su empleador y asegurando además la protección de la buena imagen y la eficacia administrativas como bienes jurídicos a tutelar. Si una de las razones de ser fundamentales del derecho administrativo es, desde su nacimiento, la limitación de la discrecionalidad y la proscripción de la arbitrariedad, resulta singularmente complicado conseguir este objetivo en el ámbito del derecho disciplinario, especialmente dado a asumir relevantes márgenes de discrecionalidad y el uso de conceptos jurídicos indeterminados (Rastrollo Suárez, 2020).

En el ámbito del ordenamiento jurídico peruano, específicamente, en la Ley del Servicio Civil, podemos encontrar un catálogo completo de faltas en el artículo 85, de infracciones en el artículo 87 y la regulación del procedimiento administrativo disciplinario en los artículos 93 y siguientes (Ley 30057, 2013).

Si hay un rasgo característico de la referencia al derecho disciplinario en la norma de 2013 es el de la generalidad. Con el objeto de mejorar la regulación existente, sería aconsejable que las normas sobre empleo público reflejen claramente y con carácter general una distinción entre distintos tipos de faltas sobre la base de las cuales se pudiera establecer un margen a partir del cual determinar la posible sanción, toda vez que el ámbito de decisión que se le otorga al órgano administrativo a partir de determinados criterios es demasiado amplio.

Aunque en la Ley 30057 no abundan los conceptos jurídicos indeterminados, es necesario limitar su número en la normativa reglamentaria de desarrollo aplicable a las distintas instituciones públicas, estando llamado el Tribunal del Servicio Civil a jugar un papel relevante en la interpretación y fijación de su contenido.

E. Repensar la Autoridad Nacional del Servicio Civil

Una entidad con tantos poderes, para servir eficazmente a un proceso de profesionalización, ha de estar provista de la suficiente capacidad técnica e independencia. Examinando el Decreto Legislativo 1023 del 21 de junio de 2008, vemos que su Consejo Directivo está conformado como órgano colegiado cuyos miembros son nombrados directa o indirectamente por el Ejecutivo –bien por el Ministerio de Economía o por el Consejo de Ministros–. Aunque la norma habla de determinados requisitos previos (designación de los tres consejeros en mérito a sus calificaciones profesionales y "reconocida trayectoria en sus campos de trabajo; con sólida experiencia en gestión pública y/o en gestión de recursos humanos" (art. 8) y de la duración de su mandato por plazos de cuatro años renovables por idénticos periodos, no se perfila cual debe ser el alcance de esos méritos, ni se establece que el mandato no debe coincidir con el del Ejecutivo.

Asegurar la independencia del órgano y su capacidad para desarrollar una política de profesionalización de la función pública sostenida en el tiempo y no condicionada por proyectos políticos cortopla-

cistas, exige repensar el diseño de la institución. Pareciera más lógico incorporar la referencia al texto constitucional (como ocurre, por ejemplo, con el caso de la Comisión Nacional del Servicio Civil colombiana). A su vez, hubiera sido aconsejable hacer depender los nombramientos de sus miembros a la Cámara de Representantes en lugar del Gobierno –asegurando así una mayor contribución al sistema de pesos y contrapesos– y exigir una mayoría cualificada para la elección de los consejeros, que asegurara en su dirección el reflejo de un consenso suficiente. También, sería deseable la referencia expresa a la necesidad de que los mandatos del Consejo Directivo no coincidieran con los del Congreso o el presidente de la República.

No se entiende que un órgano tan relevante como el Tribunal del Servicio Civil, encargado de conocer recursos de apelación con relación al acceso al servicio, el pago de retribuciones, la evaluación y progresión en la carrera, el régimen disciplinario y la terminación de la relación de trabajo, se encuentre inserto en el organigrama de SERVIR. Si bien no se trata, pese a su nombre, de un órgano jurisdiccional, sino de una última instancia administrativa, asegurar en la medida de lo posible su independencia pasa por eliminar, siquiera formalmente, los hilos que le vinculan al Ejecutivo, evitando tanto la dependencia indirecta con el Gobierno y la presión que ello puede suponer –si bien sus vocales se seleccionan por concurso público por el Consejo Directivo, este último es elegido por el Consejo de Ministros–, como la posición de juez y parte que debe adoptar en los distintos procesos.

VI. CONCLUSIONES

Pese a su exponencial mejora a lo largo de la segunda mitad del siglo XXI, el servicio civil peruano viene profesionalizándose en una coyuntura difícil, caracterizada por la fragmentación política y la desigualdad. Estos problemas se han acentuado más aún a partir de la crisis sanitaria de 2020. No obstante, la situación del país –que registra el sexto producto interior bruto de América Latina en 2021, según datos del Fondo Monetario Internacional– supone un marco idóneo para consolidar la continuidad del proceso. La profesionalización de la función pública resulta clave para asegurar aspectos tan relevantes como la lucha contra la corrupción, la confianza de la ciudadanía en las instituciones, la eficacia en la actuación de los poderes públicos o la seguridad jurídica y, por lo tanto, el desarrollo económico del país en el futuro.

La historia de la burocracia en el Perú a partir del examen de sus constituciones y su normativa revela la tensión constante ente las pretensiones de perpetuar el *spoils system* y los intentos de reforma. Posiblemente, la expresión más firme de estas ansias reformistas se encuentre en la creación de SERVIR en 2008.

No obstante, el análisis de la legislación sobre el empleo público peruano revela la necesidad de abordar una serie de mejoras con relación a distintos aspectos.

En primer lugar, el impulso a un régimen jurídico más homogéneo. Pese a que en sus aspectos básicos la función pública se regula por los Decretos Legislativos 276 y 1057, y la Ley 30057, existen un exceso de normas sectoriales. Esta diversidad de regímenes dificulta impulsar una política homogénea que evolucione de forma paralela al proceso de modernización de la administración.

En segundo lugar, garantizar un acceso realmente igualitario, lo que debe plasmarse en distintos puntos. En primer término, en la consagración de un procedimiento administrativo transparente, que garantice la objetividad y la independencia de los órganos competentes. En segundo término, en la garantía de que las pruebas incorporadas a los concursos no se alejen de los principios de publicidad y transparencia y estén adaptadas a la naturaleza del puesto a ocupar. En tercer término, en la obligación de asegurar que el procedimiento no resulta discriminatorio para ninguna persona o colectivo dentro de la sociedad peruana.

En tercer lugar, garantizar la independencia en la gestión de la carrera administrativa –por parte de órganos que actúen con plena separación de cualquier criterio político–. Esta debe girar en torno a la evaluación del desempeño y la capacitación, configuradas como derecho y deber de los empleados públicos.

En cuarto lugar, asegurar que el cese se produzca siempre sobre la base de causas objetivas, limitando tanto el exceso en los márgenes de discrecionalidad, como el abuso de los conceptos jurídicos indeterminados en el ámbito –especialmente sensible a su existencia– del derecho disciplinario.

Por último, impulsar la independencia política y la suficiencia de medios técnicos por parte de SERVIR para, de esta manera, garantizar un proceso de profesionalización y reforma sostenido en el tiempo y desligado de intereses políticos cortoplacistas. Ello toda vez que viene conformado como órgano colegiado cuyos miembros son nombrados directa o indirectamente por el Ejecutivo –bien por el Ministerio de Economía o por el Consejo de Ministros–. A su vez, en aras de garantizar su independencia, resulta preciso desligar al Tribunal del Servicio Civil de la entidad.

REFERENCIAS

Abruña Puyol, A., & Baca Oneto, A. (2014). *Notas al Curso de Derecho administrativo*. Universidad de Piura.

Alonso, P., De La Cruz, R., Payne, M., Straface, F., Alonso, J., & Linder, A. (2007). *República del Perú. Evaluación de la gobernabilidad democrática* (informe). https://www.researchgate.net/publication/41311468_Republica_del_Peru_Evaluacion_de_la_gobernabilidad_democratica.

Comisión Multisectorial encargada de estudiar la situación del personal de la administración pública central (2001). *Informe de la Comisión Multisectorial encargada de estudiar la situación del personal de la Administración Pública Central*. https://www4.congreso.gob.pe/historico/cip/materiales/empleo_publico/comision.pdf

Cortázar Velarde, J. (2014). *Perú: gradualidad e innovación en la reforma del servicio civil* (Banco Interamericano de Desarrollo Informe IDB-TN-686). https://publications.iadb.org/es/publicacion/13805/peru-gradualidad-e-innovacion-en-la-reforma-del-servicio-civil.

Chudnovsky, M. (2017). La tensión entre mérito y confianza en la Alta Dirección Pública de América Latina. *Reforma y democracia*, (69), 5-40.

Dahlström, C., Lapuente, V., & Teorell, J. (2011). The Merit of Meritocratization: Politics, Bureaucracy, and the Institutional Deterrents of Corruption. *Political Research Quarterly,* (16), 1-13. https://doi.org/10.1177/1065912911408109

Delgado Pugley, D. (2020). La covid en el Perú: una pequeña tecnocracia enfrentándose a las consecuencias de la desigualdad. *Análisis Carolina,* (26), 1-16. https://doi.org/10.33960/AC_26.2020.

Díaz Roncal, K. (2019). El empleo público como disciplina autónoma. La necesidad de superar el diletantismo entre lo laboral y lo administrativo. *Anuario de investigación del Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica*, 291-314.

Durand Arp Nissen, F. (2018). *Odebrecht. La empresa que capturaba gobiernos*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Evans, P., & Rauch, J. (1999). Bureaucracy and Growth: A Cross-National Analysis of the Effects of 'Weberian' State Structure on Economic Growth. *American Sociological Review*, *64*(5), 748-765. https://doi.org/10.2307/2657374.

Hopkins, J. W. (1969a). *The government executive of modern Perú*. University of Florida Press.

(1969b) Comparative observations on peruvian bureaucracy. *Journal of Comparative Administration*, *1*(3), 301-320.

Iacoviello, M., (2015). *Diagnóstico institucional del servicio civil en América Latina: Perú* (Banco Interamericano de Desarrollo Informe IDB-TN-845). https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Diagn%C3%B3stico-institucional-del-servicio-civil-en-Am%C3%A9rica-Latina-Per%C3%BA.pdf

Iacoviello, M., & Chudnovsky, M. (2015). *La importancia del servicio civil en el desarrollo de capacidades estatales en América Latina* (Banco de Desarrollo de América Latina Working Paper 2015/02). https://scioteca.caf.com/bitstream/handle/123456789/757/IACOVIELLO%20%26%20CHUDNOVSKY%202014%20CAF-Capacidad%20Estatal%20y%20Servicio%20civil.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Iacoviello, M., & Strazza, L. (2014). Diagnóstico del servicio civil en América Latina. En J. Cortázar Velarde, M. Lafuente, & M. Sanguinés (eds.), *Al servicio del ciudadano. Una década de reformas del servicio civil en América Latina (2004-13*) (pp. 13-58). Banco Interamericano de Desarrollo.

Iacoviello, M., & Zuvanic, L. (2006). Síntesis del diagnóstico. Caso Perú. En K. Echebarría, (ed.), *Informe sobre la situación del servicio civil en América Latina* (pp. 421-446). Banco Interamericano de Desarrollo.

International Monetary Fund (s.f.). IMF DATA. https://www.imf.org/en/Data

Martinelli, C., & Vega, M. (2018). *La historia monetaria y fiscal de Perú, 1960-2017: experimentos radicales de política, inflación y estabilización* (Departamento Académico de Economía PUCP Documento de trabajo 468). http://doi.org/10.18800/2079-8474.0468.

Narváez Liceras, A. (2020). Desigualdad y hambre en el Perú: 2001-2017. *Investigaciones Sociales, 22*(42), 287-301.

Quintana Sánchez, E. (1998). Empleos en propiedad en el Perú del XIX. *Boletín del Instituto Riva Agüero,* (25), 225-363.

Rastrollo Suárez, J. (2018). *Evaluación del desempeño en la administración: hacia un cambio de paradigma en el sistema español de empleo público*. Tirant lo Blanch.

(2020). El acceso a la función pública en Colombia: discrecionalidad del ejecutivo y control judicial de sus decisiones. *Revista Digital de Derecho Administrativo,* (23). https://doi.org/10.18601/21452946.n23.03.

Reyna Alfaro, L. M. & Ventura Saavedra, K. (2008). Los servicios públicos en el Perú: Una visión preliminar. En D. Cienfuegos Salgado, & L. G. Rodríguez Lozano, (coords.), *Actualidad de los servicios públicos en Iberoamérica* (pp. 589-600). Universidad Nacional de Educación a Distancia.

Saravia Salazar, J. (2018). La gestión pública en el Perú en perspectiva histórica (siglos XIX-XXI). *En líneas generales,* (2), 143-161. http://dx.doi.org/10.26439/en.lineas.generales2018.n002.2674.

Soriano, G. (1982). Esquemas de interpretación para la historia política de Hispanoamérica. *Revista de Estudios Políticos (Nueva época), (*25), 25-52.

Torres Balcázar, T. (2018). La reforma del servicio civil en el Estado peruano: análisis de los factores que explican los avances de un proceso que sigue constituyendo un desafío. *Politai,* (17), 147-175. https://doi.org/10.18800/politai.201802.005.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS CONSULTADOS

Acuerdo para el restablecimiento del orden constitucional, 24 de agosto de 1838 (Perú).

Constitución Política del Estado Nor-Peruano [Const.] (1836).

Constitución Política del Estado Sur-Peruano [Const.] (1836).

Constitución Política del Perú [Const.] (1823).

Constitución Política del Perú [Const.] (1826).

Constitución Política del Perú [Const.] (1828).

Constitución Política del Perú [Const.] (1834).

Constitución Política del Perú [Const.] (1839).

Constitución Política del Perú [Const.] (1856).

Constitución Política del Perú [Const.] (1860).

Constitución Política del Perú [Const.] (1867).

Constitución Política del Perú [Const.] (1920).

Constitución Política del Perú [Const.] (1933).

Constitución Política del Perú [Const.] (1979).

Constitución Política del Perú [Const.] (1993).

Decreto Legislativo 052, Ley Orgánica del Ministerio Público, Diario Oficial *El Peruano*, 18 de marzo de 1981 (Perú).

Decreto Legislativo 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, Diario Oficial *El Peruano*, 24 de marzo de 1984 (Perú).

Decreto Legislativo 728, Ley de Fomento del Empleo, Diario Oficial *El Peruano*, 12 de marzo de 1991 (Perú).

Decreto Legislativo 1023, Decreto Legislativo que crea la autoridad nacional del servicio civil, rectora del sistema administrativo de gestión de recursos humanos, Diario Oficial *El Peruano*, 21 de junio de 2008 (Perú).

Decreto Legislativo 1024, Decreto Legislativo que crea y regula el cuerpo de gerentes públicos, Diario Oficial *El Peruano*, 21 de junio de 2008 (Perú).

Decreto Legislativo 1057, Decreto Legislativo que regula el régimen especial de contratación administrativa de servicios, Diario Oficial *El Peruano*, 27 de junio de 2008 (Perú).

Decreto Legislativo 1148, Ley de la Policía Nacional del Perú, Diario Oficial *El Peruano*, 11 de diciembre de 2012 (Perú).

Decreto Ley 11377, Estatuto y Escalafón del Servicio Civil, Diario Oficial *El Peruano*, 16 de junio de 1950 (Perú).

Decreto Ley 25650, Crean el Fondo de Apoyo Gerencial al Sector Público, Diario Oficial *El Peruano*, 11 de agosto de 1992 (Perú).

Decreto que establece la Confederación Perú-Boliviana, 28 de Octubre de 1836 (Perú).

Decreto Supremo 003-97-TR, Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y

Competitividad Laboral, Diario Oficial *El Peruano*, 27 de marzo de 1997 (Perú).

Ley 23536, Ley que establece las normas generales que regulan el trabajo y la carrera de los profesionales de la salud, Diario Oficial *El Peruano*, 25 de diciembre de 1982 (Perú).

Ley 23733, Ley Universitaria, Diario Oficial *El Peruano*, 17 de diciembre de 1983 (Perú).

Ley 26507. Declaran en disolución al Instituto Nacional de Administración Pública, Diario Oficial *El Peruano*, 20 de Julio de 1995 (Perú).

Ley 28091, Ley del Servicio Diplomático de la República, Diario Oficial *El Peruano*, 19 de octubre de 2003 (Perú).

Ley 28359, Ley de situación militar de los oficiales de las Fuerzas Armadas, Diario Oficial *El Peruano*, 13 de octubre de 2004 (Perú).

Ley 29277, Ley de la Carrera Judicial, Diario Oficial *El Peruano*, 7 de noviembre de 2008 (Perú).

Ley 29709, Ley de la Carrera Especial Pública Penitenciaria, Diario Oficial *El Peruano*, 17 de junio de 2011 (Perú).

Ley 29806, Ley que regula la contratación del personal altamente calificado en el sector público y dicta otras disposiciones, Diario Oficial *El Peruano*, 24 de noviembre de 2011 (Perú).

Ley 30057, Ley del Servicio Civil, Diario Oficial *El Peruano*, 4 de julio de 2013 (Perú).

Ley Fundamental de la Confederación Perú-Boliviana, 1 de mayo de 1937 (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 12 de agosto de 2005, sentencia recaída en el Expediente 00008-2005-PI/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 25 de abril de 2006, sentencia recaída en los Expedientes 00025-2005-PI/TC y 00026-2005- PI/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 21 de junio de 2011, sentencia recaída en el Expediente 00019-2010-AI/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 16 de abril de 2015, sentencia recaída en el Expediente 05057-2013-PA/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 12 de diciembre de 2018, sentencia recaída en el Expediente 04250-2016-AA/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 20 de agosto de 2020, sentencia recaída en el Expediente 00029-2018-PI/TC (Perú).

10.18800/themis.202102.011

APROXIMACIONES A LA VIABILIDAD JURÍDICA Y ECONÓMICA DE LA APLICACIÓN DEL CONSENTIMIENTO PRESUNTO COMO POLÍTICA PÚBLICA DE FOMENTO Y PROMOCIÓN DE LA DONACIÓN DE ÓRGANOS Y TEJIDOS EN EL PERÚ

APPROACH TO THE LEGAL AND ECONOMIC VIABILITY OF THE APPLICATION OF PRESUMED CONSENT AS A PUBLIC POLICY FOR THE ENCOURAGEMENT AND PROMOTION OF ORGAN AND TISSUE DONATION IN PERU

Braylyn Paredes Aranda*
Rubio, Leguía, Normand Abogados

Beremiz Rojas Morán**
Ministerio de Economía y Finanzas

Gianpierre Valverde Encarnación***
RegulaTech Perú

In this article, the authors address the problem related to the low number of organ and tissue donations in Peru. A statistical review shows that the rate of organ and tissue donations is lower than in other countries in the region, while patient demand is higher than the number of organs available.

In this sense, from a constitutional and economic point of view, the authors develop the feasibility of implementing a public policy that postulates the substitution of informed consent for presumed tacit consent. To this end, first, they study the legal categories involved, their legal treatments, etc. Secondly, they analyze the current context of organ donation in the country, its operational shortcomings, lack of regulation, etc. Finally, they analyze the need and legal feasibility of formulating and implementing a change in the paradigm of the regulation of donations with the adoption of presumed consent as a central axis.

Keywords: Organ donation; informed consent; presumed consent; reasonableness; regulatory impact analysis.

En el presente artículo, los autores abordan la problemática relacionada al número reducido de donaciones de órganos y tejidos en el Perú. A partir de una revisión estadística, se constata que el índice de donaciones de órganos y tejidos es inferior en comparación a otros países de la región, mientras que la demanda de pacientes es superior a la cantidad de órganos disponibles.

En ese sentido, desde la óptica constitucional y económica, los autores desarrollan la viabilidad de implementar una política pública que postule la sustitución del consentimiento informado por el presunto tácito. Para ello, primero, estudian las categorías jurídicas involucradas, sus tratamientos jurídicos, etc. Segundo, analizan el contexto actual de la donación de órganos en el país –falencias en el funcionamiento, ausencia de regulación, etc–. Finalmente, analizan la necesidad y viabilidad jurídica de formular e implementar un cambio en el paradigma de la regulación de las donaciones que tenga como eje central la adopción del consentimiento presunto.

Palabras clave: Donación de órganos; consentimiento informado; consentimiento presunto; razonabilidad; análisis de impacto regulatorio.

* Bachiller en Derecho. Asociada del área de Derecho Administrativo y Regulatorio del Estudio Rubio, Leguía, Normand Abogados (Lima, Perú). Contacto: braylyn.paredes@pucp.pe

** Economista. Asistente de Investigación, Desarrollo e Innovación del Ministerio de Economía y Finanzas (Lima, Perú). Contacto: beremiz.rojas@unmsm.edu.pe

*** Abogado. Socio fundador de la consultora RegulaTech.pe (Lima, Perú). Presidente de la Red Iberoamericana Juvenil de Derecho Administrativo – RIJDA (Lima, Perú). Contacto: gvalverde@pucp.edu.pe

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 5 de agosto de 2021, y aceptado por el mismo el 9 de marzo de 2022.

I. INTRODUCCIÓN

En el Perú, aproximadamente 6000 pacientes (Sausa, 2018) se encuentran en la espera de un órgano que les brinde una esperanza de vida y una mejor calidad de salud. Sin embargo, el índice de órganos disponibles por cada peruano es significativamente reducido a comparación de otros países, lo cual impacta desfavorablemente en la sociedad.

Aunada a esta realidad, se advierte la inexistencia de una política pública de alcance nacional o sectorial que establezca los ejes de acción, objetivos y lineamientos para fomentar e incrementar el índice de donantes por millón de habitantes, así como también, contar con una legislación que privilegie la decisión tomada por las personas en vida y que esta no sea revocada por sus familiares cuando hayan fenecido. Por ello, como pregunta de investigación nos planteamos si es viable introducir como política pública la implementación del consentimiento presunto absoluto para la donación de órganos y tejidos.

Consideramos que el cambio del esquema actual –nos referimos al consentimiento informado o consentimiento presunto relativo– sobre el cual funciona la disposición de órganos y tejidos en el país podría generar un incremento en el porcentaje de personas dispuestas a donar una parte de su cuerpo como acto solidario hacia otros seres humanos.

Uno de los objetivos de este estudio es demostrar las implicancias jurídicas que tendría aquel cambio de estructura del consentimiento presunto para el tema de la donación de órganos en el país. Para ello se realiza un análisis del funcionamiento y la normativa de la donación de órganos que opera en la actualidad, identificando las falencias y demás factores que influyen en la baja tasa de donantes. Ello nos permitirá mostrar si es posible adoptar un sistema de donación con presunción a favor de donantes en el Perú.

Con base en ello, el segundo objetivo propuesto para este trabajo descansa en demostrar el beneficio que deriva de un procedimiento médico de trasplante de órganos en un paciente cuyos órganos se encuentran enfermos y con necesidad de cambiarlos en contraposición con los tratamientos que este recibe en lugar de la operación. Para comprobarlo nos basaremos en un análisis económico de costo-beneficio que determinará si es más beneficioso y eficiente realizar un trasplante de órganos o continuar con el tratamiento designado por el médico especialista.

Así, para alcanzar nuestros objetivos, la estructura de la presente investigación estará compuesta por cuatro secciones, las cuales mostrarán un análisis legal de las características e implicancias de adoptar como política pública el esquema del consentimiento presunto y el costo-beneficio que generan los trasplantes de órganos y tejidos.

De esta manera, en la primera sección realizaremos una definición del acto de donar órganos a través del cual se establecerán sus elementos y componentes. En la segunda sección brindaremos un mapa general de la situación actual de la donación de órganos en el Perú, exponiendo los antecedentes, la ausencia de políticas públicas en materia de donación de órganos, el marco jurídico, el tratamiento del acto de donar y la problemática a la que se enfrenta este tipo de donaciones.

En la tercera sección analizaremos la propuesta desde una perspectiva jurídica y económica a efectos de determinar si la formulación e implementación de una política sobre donación de órganos que tenga como eje central la adopción del consentimiento presunto es necesaria y viable. Por último, brindaremos conclusiones generales que permitirán sintetizar el objetivo del trabajo.

II. DONACIÓN DE ÓRGANOS Y TEJIDOS

A. Concepto de donación de órganos y tejidos

La donación de órganos y tejidos es la manifestación de la voluntad mediante un comportamiento voluntario en el que una persona física cede sus órganos o tejidos con el fin de salvaguardar la vida o mejorar la salud de otro ser humano, el mismo que se perfecciona con la extracción e inserción de las partes de un cuerpo humano en otro.

Se trata, en consecuencia, de una donación gratuita y voluntaria de cualquier tejido o célula de origen humano destinada a ser aplicada terapéuticamente en el cuerpo humano (Consejo Iberoamericano de Donación y Trasplantes, 2008b). Por su lado, Carrasco Andrino sostiene que en la obtención y utilización de órganos humanos "además del respeto a los derechos fundamentales de la persona y a los postulados éticos […] se deben observar los principios de voluntariedad, altruismo, confidencialidad, ausencia de ánimo de lucro y gratuidad y equidad en el acceso […]" (2015, p. 65).

Esta definición tiene arraigo en la conceptualización desarrollada desde una perspectiva sociológica. Como bien anota Guerra Carrasco (2005), el concepto más difundido de la donación de órganos se basa en un acto altruista, es decir un comportamiento orientado a beneficiar a otros sin esperar a cambio una compensación externa.

Ahora bien, es importante rescatar que el ordenamiento jurídico peruano acusa la falta de una definición cuyo sentido de aplicación se encuentre en un cuerpo normativo. Ello se comprueba al revisar las disposiciones del Código Civil peruano, en concreto, los artículos 7 y 1621[1].

Así, conviene acotar que el artículo 7 no proporciona una definición de donación de órganos que deje entrever su naturaleza, restringiéndose solo a establecer un límite a las partes del cuerpo que pueden ser donadas. Y el artículo 1621 nos ofrece una definición de lo que significa la donación, pero de bienes patrimoniales que tiene una naturaleza totalmente diferente a la donación de órganos.

En ese sentido, se advierte que el concepto de la donación de órganos y tejidos se construye a partir del acto jurídico que ejecuta una persona viva o fallecida a favor de otra que se encuentra en una situación de vulnerabilidad fisiológica.

B. Caracterización jurídica

La donación de órganos o tejidos no es sinónimo de trasplante debido a que este último debe entenderse como el procedimiento médico que realizan los especialistas para insertar en otro ser humano aquellos órganos que le son de necesidad, mientras que la donación de órganos y tejidos es un acto que pone a disposición las partes del cuerpo humano.

Así lo hacen notar García y Fernández (2009) cuando señalan que el trasplante de órganos es una modalidad de la disposición de órganos, consistente en un procedimiento quirúrgico, debido a que implica insertar en un cuerpo humano un órgano sano o parte de él, procedente de otra persona, para sustituir al órgano enfermo.

Lo anterior lleva a colegir que la donación de órganos constituye un acto jurídico y no un negocio jurídico, ya que no se configura por un acuerdo entre dos o más partes en la que existe una contraprestación de por medio[2].

Una vez establecido que nos encontramos frente a un acto jurídico, es de precisar que la donación de órganos tiene naturaleza unilateral, en la medida que solo basta la manifestación de la voluntad de la persona que desea donar para que se generen consecuencias jurídicas[3].

Otra característica tiene vinculación con los efectos jurídicos que se deriven de la donación de órganos. Estos se perfeccionarán con la extracción de los mismos, ya que, mientras se encuentren dentro del cuerpo de la persona (viva o cadavérica), este acto permanecerá sujeto a condición suspensiva de la ablación. A este perfeccionamiento se le añadirán cuestiones médicas como el examen y la verificación de si los órganos son compatibles con el receptor, e institucionales como el procedimiento del levantamiento del cadáver[4].

C. Elementos de la donación de órganos y tejidos

1. Elemento subjetivo

Se refiere a los sujetos que forman parte del acto de donación. Autores como Bergoglio y Bertoldi (1983), manifiestan que al ser un acto jurídico de donación diferente al de derecho privado, no es posible referirse a 'donante y donatario' o 'cedente y cesionario', siendo la designación más adecuada

---

1 Artículo 7:

> La donación de partes del cuerpo o de órganos o tejidos que no se regeneran no debe perjudicar gravemente la salud o reducir sensiblemente el tiempo de vida del donante. Tal disposición está sujeta a consentimiento expreso y escrito del donante. Artículo 1621: "Por la donación el donante se obliga a transferir gratuitamente al donatario la propiedad de un bien" (Código Civil, 1984).

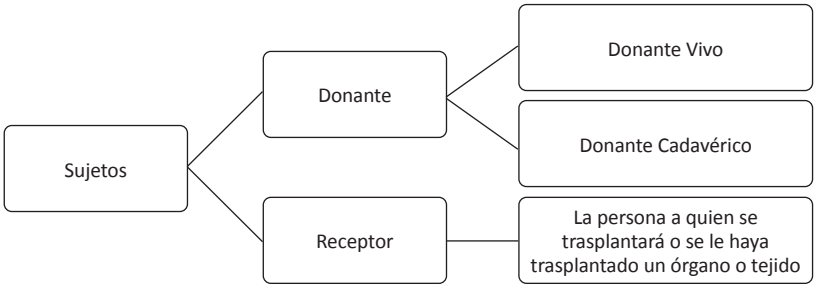
2 Esta singularidad permite diferenciar a la figura de otras instituciones jurídicas que tienen presencia en otros ámbitos del Derecho, de modo que no podemos asemejarla con la donación regulada en el ámbito civil.

3 Cabe precisar que no es posible etiquetar a la donación de órganos como un contrato unilateral. El acto jurídico produce efectos independientes del concurso de voluntades, mientras que en el contrato unilateral se necesita el consentimiento de ambas partes (Vidal Ramírez, 2013). En la misma línea, Bergoglio y Bertoldi (1983) aseguran que la donación de órganos no configura por lo tanto un contrato, ya que está totalmente desprovisto de la fuerza obligatoria de los mismos y no genera obligaciones en estricto sentido. Ello significa que no existiría un incumplimiento por una de las partes y, por ende, una responsabilidad civil. No estamos ante escenarios de obligaciones recíprocas o unilaterales, toda vez que, tanto el acto de disposición como la declaración de necesidad de un órgano, son solo una manifestación de la voluntad no revestida de obligatoriedad y sujetas a revocación hasta momentos antes de la extracción.

4 Una vez extraído el órgano o tejido del donante vivo o cadavérico, será responsabilidad de médicos especialistas determinar si aquellos se encuentran en óptimas condiciones para el trasplante y si es compatible con algún receptor de la lista de espera. En ese sentido, la disposición del órgano o tejido dependerá de su extracción ya que mientras se encuentre dentro del cuerpo humano del donante, este solo podrá manifestar su intención de donar, perfeccionándose la donación al momento de la ablación por el especialista encargado, quien a partir de ese momento será quien dispondrá del mismo para trasplantarlo a otro cuerpo.

la de 'dador y receptor' (pp. 81-82). Sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico[5] los regula como 'donante' y 'receptor', clasificándolos de la siguiente manera:

Figura 1: Clasificación de los sujetos partícipes del acto de donación de órganos y tejidos



Fuente: Elaboración propia a partir del Reglamento de la Ley General de Donación y Trasplante de Órganos y/o Tejidos Humanos, aprobada por el Decreto Supremo 014-2005-SA (2005).

Comentario aparte merece el tratamiento jurídico que se le proporciona al donante, toda vez que este puede ser clasificado en donante vivo o donante cadavérico como se muestra en la Figura 1; a diferencia del receptor, a quien solo le bastará manifestar que se encuentra en estado de necesidad de un trasplante, teniendo como único límite la prescripción o autorización médica de ser apto para un procedimiento quirúrgico de esta naturaleza.

a. Aspectos subjetivos de la donación relacionados al donante vivo

– Contar con mayoría de edad: nuestro ordenamiento ampara la donación de órganos realizada por personas mayores de edad. Sin embargo, establece que los menores de edad o incapaces también podrán ser donantes siempre que los padres o tutores otorguen la autorización correspondiente[6], con validación del juez competente en la materia. Ello responde a que, muchas veces, son los hermanos menores u otros parientes quienes tienen mayor compatibilidad con el receptor de la donación.

– Contar con capacidad: debe entendérsela como el estado en el que una persona puede hacer uso pleno de sus facultades mentales y, así, discernir su decisión de convertirse en donante (Bergoglio & Bertoldi, 1983). Lo descrito permite entender el carácter personalísimo de la donación de órganos puesto que se trata de un acto que solo puede ser realizado por el donante, lo cual proscribe cualquier decisión que sea adoptada mediante representación.

– Contar con certificación médica de estar apto físicamente para donar un órgano o tejido: el tercer aspecto está referido a la compatibilidad y demás condiciones físicas que deberá reunir el potencial donante para considerarse como apto para un trasplante de órganos o tejidos. Para acreditar ello, se tendrá que someter a una serie de análisis y procedimientos quirúrgicos que serán evaluados y certificados por un médico especialista.

b. Aspectos subjetivos de la donación relacionados al donante cadavérico

Se le considera como donante cadavérico a la persona fallecida que en vida manifestó la voluntad de ser donante luego de que se produjera su muerte. En este escenario el acto de disposición opera una vez se haya producido el fallecimiento de la persona.

No obstante, hay escenarios en los que es cuestionable considerar al donante cadavérico como tal. Este es el caso de los cadáveres no reclamados, en los que muchas veces no se tiene certeza o información de cuál fue su voluntad en vida. Este problema trasciende el plano jurídico para formar parte de un cuestionamiento ético. Así Angoitia Gorostiaga aprecia que:

[5] Nos referimos a la Ley General de Salud, Ley 26842 (1997); Ley General de donación y trasplante de órganos y/o tejidos humanos, Ley 28189 (2004); el Reglamento de la Ley 28189, Decreto Supremo 014-2005-SA (2005); la Ley que promueve la obtención, la donación y el trasplante de órganos o tejidos humanos, Ley 29471 (2009); su Reglamento, Decreto Supremo 011-2010-SA (2010) y el Código Civil Peruano (1984).

[6] Así lo disponen los artículos 26 y 35 del Reglamento de la Ley General de Donación y Trasplante de Órganos y/o Tejidos Humanos, aprobada por Decreto Supremo 014-2005-SA (2005).

> Los cadáveres de reclusos y ejecutados, indigentes y vagabundos fallecidos en hospitales y establecimientos de beneficencia pública han subvenido, así durante décadas, a la satisfacción de las demandas de la ciencia médica, particularmente en sus vertientes docente e investigadora, sin que el culto a los muertos y el respeto a su sagrada dignidad parecieran alcanzar a los mismos […] (1996, pp. 109-110).

El cuestionamiento se centra en las implicancias jurídicas y éticas de disponer de aquellos cadáveres que, al no ser reclamados por otros, parecerían poseer una justificación para la libre disposición de los demás. En palabras de Angoitia Gorostiaga, "a la necesidad de que el Derecho renueve la vigencia de los parámetros sobre los que asentó la protección de los valores y convicciones que nuestra cultura sostiene respecto al destino de nuestros cuerpos una vez agotada su existencia" (1996, p. 111).

2. Elemento objetivo

El elemento objetivo que conlleva el acto jurídico de la donación de órganos y tejidos hace alusión a estos como partes físicas del cuerpo humano. Así, es señalado por la ciencia médica que los órganos susceptibles de ser donados son el corazón, el hígado, los pulmones, páncreas, intestinos o riñones, y respecto a los tejidos, las córneas, piel, los huesos, la médula ósea, cartílago, tendones, entre otros. Ahora bien, la disposición de estos últimos dependerá de si nos encontramos frente a un donante vivo o cadavérico.

El ordenamiento jurídico peruano señala que, en el caso de donantes vivos, podrán cederse (i) tejidos regenerables y (ii) órganos[7]. Respecto al primero, la consideración de tejidos regenerables se sustenta en los criterios señalados por la ciencia médica pues su condición como tal se apoya en la historia médica, exámenes físicos y otros apoyos de diagnóstico del donador[8]. Ello establece el límite mediante el cual puedan ser donados en vida aquellos tejidos que tengan la posibilidad de regenerarse, renovarse o usarse nuevamente.

En relación con los órganos que una persona en vida puede donar, nuestro ordenamiento establece como límite la razonabilidad y el criterio de que este acto no cause un grave perjuicio a la salud del donante. Así también, establece una exigencia referida a que no haya otra alternativa de tratamiento y a la necesidad de que exista una alta posibilidad de éxito para conservar o mejorar la salud del receptor[9].

Para el caso de donantes cadavéricos, la lista de órganos y tejidos suele ser más amplia, debido a que la extracción no generará perjuicios a la salud ni a la apariencia del cadáver. Sin embargo, se deben tener en cuenta dos requisitos antes del procedimiento de trasplante: (i) la manifestación en vida del donante sobre qué órganos pueden ser extraídos y (ii) la evaluación del médico que certifique qué órganos o tejidos son aptos para ser objeto de trasplante.

3. Elemento finalista

Estamos ante un escenario en el cual existe una persona en estado crítico de salud que lo posiciona en estado de necesidad y, por encima de ella, otra que posee la capacidad física y cumple con las exigencias jurídicas que enmarca el ordenamiento para socorrerla. En ese sentido, aparece la primera justificación del acto de donar: darle la oportunidad de seguir viviendo a otro ser humano, mediante el beneficio físico que le genere el órgano o tejido donado. Pero, sin perder de vista que se trata de un acto gratuito o altruista que prohíba de manera genérica la obtención "de compensación alguna por la donación de órganos y específicamente de compensación económica para el donante o la exigencia de precio para el receptor" (Carrasco Andrino, 2015, p. 65).

Este beneficio trasciende a un ámbito más amplio pues no solo se tratará de la utilidad que signifique para la vida del receptor, sino también de un progreso por parte de la sociedad en su conjunto. Ello responde al hecho de considerar a una persona como parte integrante y necesaria de una comunidad y, por ende, el beneficio que obtenga será también provecho para la colectividad de la que forma parte (Vélez Vélez, 2007).

D. Componentes de la donación de órganos y tejidos

Después de establecer los confines del concepto de donación de órganos y exponer sus elementos, es necesario realizar un análisis de los com-

[7] Reglamento de la Ley General de Donación y Trasplante de Órganos y/o Tejidos Humanos, aprobado por Decreto Supremo 014-2005-SA (2005).

[8] Inciso a) del artículo 26 del Reglamento de la Ley General de Donación y Trasplante de Órganos y/o Tejidos Humanos, aprobado por Decreto Supremo 014-2005-SA (2005).

[9] Véase el artículo 28 del Reglamento de la Ley General de Donación y Trasplante de Órganos y/o Tejidos Humanos, aprobado por Decreto Supremo 014-2005-SA (2005).

ponentes que lo constituyen: el consentimiento y el acto de disposición.

1. Consentimiento

a. Definición

El consentimiento es un componente de relevante importancia en materia de donación de órganos y tejidos, toda vez que constituye un requisito indispensable para el acto de donación, pues supone el asistimiento y la voluntariedad de donar un órgano o tejido.

Entonces, ¿qué se debe entender por consentimiento? Partamos de la idea de que el consentimiento, como lo define el diccionario de la Real Academia Española (en adelante, RAE), es la expresión o actitud con la que una persona permite o acepta algo (Real Academia Española [RAE], s.f.). Esta permisividad o aceptación devienen de la voluntad interna de la persona luego de un proceso psíquico mediante el cual decide o no a realizar una determinada acción.

No obstante, la voluntad interna no es la que, en principio, interesa al Derecho, sino la manifestación de aquella voluntad en el mundo exterior. Así, cuando hacemos alusión a voluntad interna, nos estamos refiriendo a la voluntad que aún no ha sido exteriorizada y se encuentra en el ámbito psicológico del sujeto. Y, en consecuencia, mientras ésta no sea declarada de manera expresa o mediante comportamientos y actos humanos, no serán susceptibles de generar ninguna consecuencia a modo de situación o relación jurídica.

Así también sostienen Castillo y Sabroso, citando a Vidal Ramírez, cuando señalan que la manifestación de voluntad constituye un requisito de validez y ella misma es la conclusión del proceso formativo de la voluntad jurídica, que es el resultado de la voluntad interna y de la voluntad exteriorizada o manifestada (2008). Para estos autores, la manifestación de la voluntad interna del sujeto es el requisito para que la misma se convierta en una de índole jurídica, en el sentido de ser válida para perseguir los efectos jurídicos del ordenamiento jurídico. En ese sentido, la voluntad jurídica vendría a ser la declaración de la voluntad.

El consentimiento se determina como aquella declaración de la voluntad destinada a producir efectos jurídicos mediante la cual se permite o acepta algo. Para efectos de la donación de órganos y tejidos, el sujeto permitirá o aceptará donar partes de su cuerpo y lo manifestará así en base a las exigencias o parámetros del ordenamiento jurídico en el que se encuentre (Amado, 1988).

En síntesis, para que esta expresión de voluntad sea válida jurídicamente debe ser otorgada y exteriorizada libre de vicios; por una persona con capacidad para brindar el consentimiento informado y donde se configure una voluntad ilustrada (Solórzano *et al*., 2019, p. 22).

b. Tipos de consentimiento

– Consentimiento informado

Es aquella declaración de voluntad mediante la cual se permite la disposición de órganos y tejidos, después de haberse instruido o informado acerca de las diferentes consecuencias que trae el acto de donar partes del cuerpo humano en vida o después de la muerte. El consentimiento informado es una muestra del deber de diligencia que una persona realiza a la hora de poner a disposición sus órganos, de los efectos tanto jurídicos como clínicos que ello acarrea.

Así lo anota la Organización Panamericana de la Salud (2013), para quien la información proporcionada debe ser clara y comprensible, además debe brindar una explicación sobre las secuelas físicas y psicológicas ciertas o potenciales derivadas del trasplante; situación que le deparará limitaciones y riesgos previsibles e imprevisibles a medida que se produzcan los efectos terapéuticos causados por los medicamentos.

Las características que se atribuyen a este tipo de consentimiento derivan principalmente en que deben ser libres, conscientes y estar revestidas de una forma expresa. De lo contrario, podríamos encontrarnos en el escenario que lo deseado no es acorde a lo manifestado y, por ende, tal declaración no existiría como válida para el ordenamiento.

En virtud de ello, seguimos lo explicado por Guerra García y Vega Rojas (2012) respecto de la característica del consentimiento informado, el cual consiste en la manifestación de la voluntad de aquella persona que tiene la calidad de donante o receptor de un órgano o tejido, que es expresada de forma libre luego de recibir y entender la información relativa al procedimiento.

Así también lo considera el Consejo Iberoamericano de Donación y Trasplantes (2008a), para quien la conformidad es requisito imprescindible del consentimiento informado, el mismo que debe ser libre, sin coacción, altruista del donante y con la posibilidad de poder ser revocado en cualquier momento.

Por último, se encuentra la condición de que sea de forma expresa, toda vez que, sin una exterio-

rización clara o evidente de la voluntad de ser donante, el consentimiento informado dejaría de ser una declaración de voluntad para quedarse en el ámbito interno o psicológico del sujeto.

Estas características del consentimiento informado llevan a concederle el *status* de derecho fundamental innominado, dado que no existe la posibilidad que sea coaccionado ni ser objeto de alteración de la decisión del donante. Con ello se eleva una auténtica barrera al abuso y a la "cosificación que podría generarse" (Solórzano *et al*., 2019, p. 25). Así, para que se configure el consentimiento informado, el sujeto deberá acercarse a la entidad pública competente para manifestar su asistimiento informado de querer convertirse en donador.

– Consentimiento tácito o presunto

El consentimiento presunto es una declaración tácita de la voluntad. En este caso, el asistimiento a la disposición de donar órganos o tejidos se encuentra establecido por el ordenamiento jurídico que lo adopte. Para este tipo de consentimiento, por ende, no será necesario que el sujeto que tenga la intención de ser considerado como donador se acerque a una entidad del Estado para manifestarlo. Su consentimiento se encuentra en el ámbito de la presunción, en la cual no se hace necesaria una constancia de aceptación.

La presunción a la que hacemos referencia se asocia a la suposición que realiza el Estado a favor de la donación de órganos y tejidos, mediante la cual coloca al potencial donante en el ámbito de aceptación y conocimiento de lo que deriva el acto de donar partes del cuerpo humano. Dado que la manifestación de donar es susceptible de revocación por el propio donante en cualquier momento o etapa antes del trasplante, esta presunción se perfecciona una vez fallecida la persona.

Es así que, en el consentimiento presunto, hay una inversión de la carga por parte del potencial donante. Esta inversión se refiere a la obligación del sujeto que *prima facie* es considerado como donante, a acercarse a una entidad pública para manifestar su negativa en seguírsele considerando como tal. En consecuencia, la regla para este tipo de consentimiento descansa en la idea que, si una persona desea ser donante, se le considerará como tal por su aceptación tácita al no recurrir a una entidad para manifestar lo contrario (Dukeminier, 1970).

Es resaltante como es que este tipo de consentimiento inicialmente opera en lo que respecta al fallecimiento de la persona que no dejó patente su decisión de no ser donador, ya que la ausencia de esta permite que sus órganos o tejidos puedan ser aprovechados para salvaguardar la vida de otro ser humano en vida, pues se presume que esa fue su voluntad antes de fallecer.

Autores como Zúñiga (2015) reconocen que, pese a la relación existente entre la presunción de consentimiento y las tasas de donación, el asunto resulta ser muy complejo, pues existen diversos factores a considerar como la cantidad y disponibilidad de donadores potenciales, la infraestructura necesaria, entre otros. De hecho, se ha determinado que las normas sobre el consentimiento presunto contienen un índice superior de donaciones en comparación con países que optan por el consentimiento explícito, máxime si ello, considera la autora, se acompaña con el principio de reciprocidad.

Uno de los países de la región que ha desarrollado legislativamente este tipo de presunción, desde el año 2010, ha sido Chile a través de la Ley 20413, Ley de la donación de órganos (2010). Al respecto, debemos hacer la precisión que, si bien se estableció el consentimiento presunto, se evidenció un bajo porcentaje en la donación de órganos, un limitado número de trasplantes y, por el contrario, un aumento en el registro de no donantes (Zúñiga, 2015). Pues, los ciudadanos chilenos optaron por registrarse como no donantes al renovar sus documentos de identidad.

Ante dicho escenario, el ordenamiento jurídico chileno optó por establecer un nuevo requisito para el registro de no donantes, ya no solo a través de las renovaciones de los documentos de identidad, sino a través de un procedimiento de firma de un documento especial ante notario público (Zúñiga, 2015).

Debido a los debates sobre la legitimidad moral de la medida antes señalada, Zúñiga (2015) señala que el ordenamiento jurídico chileno debate el principio de reciprocidad, pues, a través de este se establece que quien pretenda recibir un órgano, debe estar dispuesto a su vez, a dar uno propio. De esa manera, se podría fortalecer la aplicación del consentimiento presunto en la realidad chilena.

Ahora bien, un aspecto adicional a lo previamente señalado corresponde a los tipos de consentimiento presunto. Por un lado, se advierte el **consentimiento presunto absoluto**, que se entiende como aquella presunción irrevocable por cualquier otra persona que no sea el donador en vida. Es decir, el carácter absoluto descarta que los familiares del fallecido puedan revocar o variar el consentimiento de manera póstuma, privilegian-

do el bien y la utilidad general que generarán los órganos disponibles.

Este tipo de consentimiento es el que siguen países como España, pues se establece un consentimiento presunto sin oposición de parientes y es necesario declarar la voluntad de no ser donante a través de cualquier centro sanitario (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2012).

Por otro lado, se encuentra el **consentimiento presunto relativo**. A diferencia del absoluto, este tipo de consentimiento sí habilita a los familiares o terceros a revocar la presunción y decidir que no se haga disposición de los órganos para donación, así el donante no haya manifestado su decisión de no ser considerado como tal. En nuestro ordenamiento jurídico, esta última figura es la que opera en la actualidad, los familiares pueden decidir sobre los órganos de los fallecidos cuando estos no hayan manifestado su deseo expreso de ser calificados como donantes.

Esto último también se evidencia en otros países de la región como Venezuela, en el que se establece un consentimiento presunto relativo para personas mayores de edad y civilmente hábiles. Pues, por un lado, es necesario manifestar la negativa a la donación, a través del Sistema Nacional de Información sobre Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células; y, por otro, en existe la posibilidad de oposición por parte de los familiares. Incluso, se regula que, para los casos de menores de edad fallecidos, el padre y la madre (o representante legal) tienen la obligación de autorizar la disposición de órganos del menor para fines terapéuticos (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2012).

2. Acto de disposición de órganos y tejidos

Cuando se trata de la disposición del órgano o tejido, estamos aludiendo al momento a partir del que se puede disponer de los mismos. Ello dependerá del tipo de donante, donantes en vida o donantes cadavéricos. Las consecuencias y exigencias que se susciten en cada escenario distan una de la otra como podrá observarse en los siguientes párrafos.

El ámbito de los donantes vivos no trae consigo más inconvenientes que las formalidades que las normas de cada ordenamiento establezcan. En el caso del Perú, estas se manifiestan en los requisitos que debe cumplir un sujeto para ser donante. Así, se podrá disponer de los órganos o tejidos del donante vivo cuando se cumplan con determinadas exigencias, como la de ser mayor de edad, estar en pleno uso de sus facultades y la prescripción médica que evidencia que la extracción del órgano o tejido no perjudicará la vida del donante, entre otras específicas que se susciten en la normativa.

Por otro lado, el derecho como ciencia ordenadora de la sociedad, por si sola, no puede establecer el momento en que los órganos de un cadáver puedan ser aptos para un procedimiento quirúrgico. Es por ello, que gran parte la normativa de donación de órganos y tejidos, se basa en el criterio de la ciencia médica.

En este último apartado, es donde más cuestionamientos se han dado a lo largo de los años. Después de varios debates acerca de cuál es el momento que marca el inicio de la muerte, el conocimiento médico y el ordenamiento jurídico, establecieron como punto de partida para el trasplante el cese irreversible del sistema cerebral. La justificación consiste en que, al ser irreversible esta etapa de la muerte biológica de una persona, no cabe posibilidad alguna en la que pueda regresar o tener esperanzas de vida con conciencia (Morales Godo, 1997).

III. ESTADO DE LA CUESTIÓN DE LA DONACIÓN DE ÓRGANOS Y TEJIDOS EN EL PERÚ

A. Antecedentes

En el Perú, los procedimientos médicos sobre trasplantes de órganos y tejidos se manifestaron a partir de los años sesenta. Las primeras prácticas quirúrgicas sobre trasplantes no estaban dotadas de la mejor calidad, siendo sus resultados poco satisfactorios. Tampoco existía una regulación específica sobre la materia que permitiese garantizar el tratamiento de estas prácticas médicas. Así lo evidencian Belizán Benetti, y Santa María Ruiz cuando se realizó una reseña histórica de los primeros trasplantes en Perú:

> En nuestro país, se inician los trasplantes de órganos con el trasplante renal en el año 1965, en el Hospital Félix Torrealva de Ica. El Dr. Augusto Hernández, realizó dos trasplantes de riñón en ese año. Luego, en 1968, se realizó un tercer trasplante renal, pero sin éxito. Ninguno de los pacientes trasplantados tuvo una sobrevivencia mayor de dos meses. En agosto de 1969, el Dr. Raúl Romero Torres realiza el primer trasplante renal exitoso en el Hospital Naval. El paciente tuvo una sobrevivencia de cinco años con el órgano trasplantado […].
>
> En el Perú, la primera práctica de trasplante de corazón se realizó en marzo de 1972 a cargo del Dr. Marino Molina en el Hospital Almenara. La persona trasplantada tuvo una sobrevivencia de un año y ocho meses (2013, pp. 8-29).

Si bien los primeros trasplantes de órganos y tejidos no tuvieron los resultados esperados, bastaron pocos años para que los especialistas de la ciencia médica se encargaran de perfeccionarlo. Así, en la actualidad, los pacientes cuentan con tratamientos modernos que elevan la satisfacción de esta práctica médica, lo cual trajo como consecuencia que los pacientes con órganos deteriorados tuvieran la posibilidad de prolongar su vida y mejorar exponencialmente su salud.

Sin embargo, el avance y fortalecimiento de la cultura de donación en el Perú no ha tenido un impacto sostenido en la población. En el 2017, la Dirección General de Donaciones, Trasplantes y Banco de Sangre (en adelante, DIGDOT), comprobó que "existían 883 pacientes en lista de espera para trasplante renal, y que en promedio se trasplantan 120 pacientes por año" (Mendoza Chuctaya, 2020, p. 356).

Según los datos ofrecidos por Mendoza Chuctaya, nuestro país se sitúa en la última posición de los países de Sudamérica en cuanto a trasplantes, con una tasa de 4 trasplantes por millón de habitantes al año 2019, siendo la cifra más baja en comparación con países como Brasil, Chile, Argentina, Estados Unidos y España, conforme lo establece el Boletín de Trasplantes de la Dirección Europea (2020).

Si bien como evidenció el Ministerio de Salud (en adelante, MINSA), la cifra de la negativa familiar respecto a la donación de órganos de sus familiares descendió de un 76% al 56% (Gop.be, 2019); en la actualidad, se advierte un descenso en el número de donantes por millón de habitantes, pasando de 2 en el 2019 a solo 0.5 en el 2020 (El Peruano, 2021).

Estas cifras han sido acreditadas por la DIGDOT en su Informe de Gestión del periodo correspondiente del 19 de noviembre de 2020 al 12 de febrero de 2021 (en adelante, el Informe de Gestión). En este informe se evidencia que, a febrero de 2021, se contó con un registro de 7 305 pacientes en espera de recibir un trasplante de órgano en todo el Perú. En el detalle de la información, se puede advertir que el órgano con mayor demanda es el riñón (943 solicitudes), mientras que las córneas (6 343 solicitudes) son el tejido más requerido. Aunado a ello, el Informe de Gestión expresa lo siguiente:

> Durante el año 2020 con una estimación de la Población según INEI 2020 de: 32, 625, 948 habitantes se obtuvo una tasa de 0.5 donantes P.M.H., lo que equivale a un total de 17 donantes. Cabe señalar que la tasa de donación propuesta para ese año fue de 6 donantes por millón de habitantes (Dirección General de Donaciones, Trasplantes y Banco de Sangre [DIGDOT], 2021).

Con todo, los datos arrojados por el Informe de Gestión son alarmantes. Preocupa sobre todo la ratio de donantes que tiene el Perú por millón de habitantes que termina siendo insuficiente. En la comparación regional, también resulta ser una cifra que no cubre la demanda existente en nuestro país y constituye una oportunidad para fundamentar la necesidad de discutir y emprender políticas públicas específicas para mejorar, promocionar y acrecentar la cantidad de donaciones de órganos y tejidos.

B. La necesidad de una política referida a la donación de órganos y tejidos

1. La ausencia de una política pública nacional y/o sectorial sobre donación de órganos y tejidos

De manera preliminar, resulta necesario señalar que de conformidad con el inciso 1 del artículo 4 de la Ley 29158 (2007), Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, el Poder Ejecutivo tiene la competencia exclusiva para diseñar y supervisar las políticas nacionales y sectoriales, las mismas que son de cumplimiento obligatorio por parte de todas las entidades del Estado en todos los niveles de gobierno.

En virtud de ello, el artículo 5 del Reglamento que regula las políticas nacionales, aprobado por Decreto Supremo 029-2018-PCM, establece que las políticas de estado y las políticas nacionales constituyen políticas de alcance nacional aplicables en todo el territorio peruano. En esa línea, se señala que las primeras constituyen lineamientos generales que orientan el accionar del Estado en el largo plazo a fin de lograr el bienestar de los ciudadanos y el desarrollo sostenible del país, y se encuentran en el Acuerdo Nacional, concretándose en el artículo 6 del Plan Estratégico de Desarrollo Nacional elaborado por el Centro Nacional de Planeamiento Estratégico (en adelante, CEPLAN), también conocido como Plan Bicentenario 2021 (Centro Nacional de Planeamiento Estratégico [CEPLAN], 2011). Y, respecto de las segundas, el artículo 8 inciso 1, establece que aquellas constituyen decisiones de política a través de las cuales se prioriza un conjunto de objetivos y acciones para resolver un determinado problema público de alcance nacional y sectorial o multisectorial en un periodo de tiempo (Decreto Supremo 029-2018-PCM, 2018).

En adición, también es oportuno referirse a la Política General de Gobierno para el periodo 2021-2026, aprobada por el Decreto Supremo 164-2021-

PCM, en el que se detallan los ejes, lineamientos prioritarios y líneas de intervención (2021). Si bien en el eje 1, sobre la generación de bienestar y protección social con seguridad alimentaria, no existe una mención expresa a una línea de intervención que atienda la necesidad de contar con un marco institucional, regulatorio y de infraestructura para la donación de órganos y tejidos en el Perú.

En atención a lo anterior, se contaba con el Plan Nacional Concertado de Salud, aprobado por Resolución Ministerial 589-2007-MINSA, el cual establecía una serie de lineamientos de política de salud para los años 2007 al 2020, con objetivos concretos, metas, estrategias e intervenciones. Sin embargo, no se logra advertir lineamiento, objetivo, meta o estrategia alguna relacionada a la donación de órganos y tejidos, solo se advierten dos sub objetivos respecto de la donación de sangre.

En relación con las políticas públicas vigentes que guardan una vinculación mínima con la donación de órganos y tejidos, se debe tener en cuenta la Política Nacional Multisectorial de Salud al 2030 Perú, país saludable, aprobada por Decreto Supremo 026-2020-SA. Esta política es comandada por el MINSA y se corresponde con la Agenda de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (en adelante, ODS) al 2030.

En dicha política nacional, únicamente se detalla dentro del apartado 'Análisis y Estructuración del Problema Público', como una de las causas directas del mismo, la 'limitada Cobertura y Acceso de la Población a Servicios Integrales de Salud', donde se encuentra el 'limitado acceso al trasplante de órganos o tejidos en el Perú' (Ministerio de Salud [MINSA], 2020).

Al respecto cabe señalar que en dicho sub apartado solo se mencionan datos estadísticos sobre la baja cifra de trasplantes y la alta cantidad de personas que necesitan de dicha intervención por tipo de enfermedad. No obstante, se precisa que el limitado acceso al trasplante de órganos tiene varias aristas, donde destacan, entre otros, la donación de órganos y tejidos, en específico, en la cultura para la donación y aspectos legales.

Finalmente, cabe señalar que mediante la Resolución Ministerial 783-2021-MINSA, publicada el 24 de junio de 2021, se aprobó la Norma Técnica de Salud para la Procura de Órganos y Tejidos Humanos[10], la cual tiene por finalidad contribuir a mejorar el proceso de donación de órganos y tejidos humanos en aras de optimizar la provisión de los mismos para trasplante.

Así, dicha norma técnica tiene como objetivos los siguientes: (i) establecer el marco técnico normativo para las actividades de procura de órganos y tejidos humanos, con fines de trasplante; y (ii) establecer los criterios mínimos para la organización y funcionamiento de las Unidades de Procura en los establecimientos de salud.

2. Razones a favor de la formulación e implementación de una política pública de donación de órganos y tejidos en el Perú

De las políticas, planes y normas técnicas antes señaladas se evidencia que, si bien existe un incipiente reconocimiento sobre el bajo porcentaje de donaciones de órganos y tejidos en nuestro país, no se evidencia una Política Nacional o Plan Sectorial de Salud dirigida concretamente a la donación de órganos y tejidos de manera específica como política pública sectorial que establezca de manera clara y precisa los lineamientos, objetivos, metas y estrategias dirigidas a ampliar o aumentar la cifra de donaciones.

Ello muestra que no se le ha brindado la importancia necesaria al más alto nivel de decisión y planificación, tanto a corto como a largo plazo. Como bien apuntan Bregaglio Lazarte *et al.*,

> [c]ualquiera sea el tipo de política pública que se tenga, todas generan dispositivos que guían su implementación y/o ejecución, y pueden ser de carácter aspiracional, operacional (es decir, que constituyen herramientas para su desarrollo e implementación) o servir como guías o marcos generales. En ese sentido, podemos afirmar que las políticas públicas son ante todo un canal de acción y un flujo de información que guía los procesos de toma de decisión, de encauzamiento institucional, de adjudicación de recursos y de control de la autoridad en el ejercicio de sus funciones y competencias. (2014, p. 15)

Efectivamente, la formulación y publicación de una política pública, relacionada directa y específicamente a la donación de órganos y tejidos en el

[10] Cabe precisar que dicha norma técnica es de aplicación a: (i) todos los establecimientos de salud públicos, entiéndanse a los del Ministerio de Salud, Seguro Social – EsSalud, Sanidades de las Fuerzas Armadas, Sanidad de la Policía Nacional del Perú, la de los Gobiernos Regionales y Locales o quien haga sus veces, las Direcciones de Redes Integradas de Salud o las que hagan sus veces; y (ii) establecimientos privados y mixtos del Sector Salud que cuenten con las Unidades Productoras de Servicios de Salud (UPSS) Cuidados Intensivos y Emergencia, así como en las instituciones Administradoras de Fondos de Aseguramiento en Salud (IAFAS).

Perú, permitiría una mejor implementación y ejecución de medidas para incrementar el número de donaciones, toda vez que serviría como una guía o marco general para reconocer, definir, organizar e implementar las herramientas necesarias que coadyuven al aumento de donaciones. Sin un marco general todos los esfuerzos implementados por las diferentes entidades públicas, empresas privadas y sociedad civil, quedarán dispersos y no articulados.

Adicionalmente, debe resaltarse que las políticas públicas brindan una serie de etapas conducentes a: (i) realizar un sincero diagnóstico y recojo de evidencia, abriendo así el debate público que involucra a diversos agentes (etapa de planeamiento de la agenda); (ii) elaborar una clara misión y visión que, a su vez, permita definir las estrategias, programas y recursos para su realización (etapa de diseño); (iii) programar y ejecutar aquellas estrategias a través de metas y objetivos concretos con sus respectivas acciones de control y monitoreo (etapa de implementación); y (iv) reconocer los impactos y resultados de la implementación, bajo enfoques de eficacia y eficiencia (etapa de evaluación) (Bregaglio *et al*., 2014).

Cabe señalar que dichas etapas también se encuentran establecidas en la Guía de Políticas Nacionales, aprobada por Resolución de Presidencia de Consejo Directivo 00047-2018/CEPLAN/PCD del CEPLAN. Teniendo en cuenta lo anterior, se brindan algunos ejes de acción sobre los que debería elaborarse una política pública de fomento de la donación de órganos que tenga como eje central la implementación de una legislación que privilegie el consentimiento presunto absoluto y no relativo:

- Acceso universal a servicios de salud para los peruanos.
- Dotación de infraestructura y equipamiento para trasplantes y almacenamiento de órganos y tejidos a nivel nacional y de manera descentralizada.
- Implementación de estrategias y acciones comunicativas de concientización y desmitificación de la donación de órganos
- Mecanismos de incentivos para que la población exprese voluntariamente su interés en ser donantes de órganos y tejidos.
- Simplificación de los trámites administrativos, policiales, médicos, entre otros.
- Modificación e instauración del marco jurídico favorable al consentimiento presunto (2018).

C. La disparidad del marco jurídico sobre donación de órganos y tejidos

1. Marco jurídico existente

La regulación de la donación de órganos y tejidos tiene base constitucional, de acuerdo a los artículos 7, 9 y 65 de la Constitución Política del Perú[11] que reconoce el derecho a la protección de la salud y a la información, así como también impone al Estado la obligación de diseñar y conducir una política nacional de salud a favor de la ciudadanía.

En cuanto a la normativa sectorial, una de las primeras expresiones legislativas fue la Ley 23415, Ley que regula los Trasplantes de Órganos y Tejidos de cadáveres, así como los trasplantes de órganos y tejidos de personas vivas, que fue publicada en 1982 y modificada en 1987 por la Ley 24703[12].

Posteriormente, en 1997 se aprueba la Ley 26842, Ley General de Salud, en donde se establece que, para la disposición de órganos y tejidos, el poten-

[11] Artículo 7:

> Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad, así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad (1993).

Artículo 9: "El Estado determina la política nacional de salud. El Poder Ejecutivo norma y supervisa su aplicación. Es responsable de diseñarla y conducirla en forma plural y descentralizadora para facilitar a todos el acceso equitativo a los servicios de salud" (1993).

Artículo 65:

> El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo, vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población (1993).

[12] Un aspecto a resaltar de la legislación glosada está referido a la consideración que realiza sobre los restos mortales de la persona humana en cuanto los estableció como objeto de derecho después del fallecimiento. Tal disposición fue relevante en la medida que nuestro Código Civil, en su artículo 61 (1984), se limitaba a establecer que la muerte significaba el fin de la persona humana, y no señalaba qué consecuencias jurídicas se derivaban de ese hecho jurídico. Otro aspecto que llama la atención en la Ley 23415 (1982) es el hecho que a través de este dispositivo legal se les permitía a los familiares decidir si los órganos o tejidos de la persona fallecida podían ser donados o trasplantados, si es que la persona que falleció no manifestó su voluntad en vida.

cial donante deberá declararlo en su Documento Nacional de Identidad (en adelante, DNI), con la posibilidad que dicha decisión pueda ser revocada ulteriormente[13]. Mediante este dispositivo legal, se regula el consentimiento informado, estableciendo una carga del potencial donador a declarar lo contrario.

En el 2000 se aprueba la Ley 27282, Ley de Fomento de la Donación de Órganos y Tejidos Humanos, mediante la cual se introducen los principios de la donación de órganos como la voluntariedad, la solidaridad y el altruismo. Asimismo, se regulan los derechos y obligaciones del donante, del receptor y otras personas involucradas tanto para las donaciones de sangre como para los órganos y tejidos[14].

En la actualidad existen dos leyes vigentes referidas al acto de donar órganos y tejidos. Por un lado, se tiene la Ley 28189, Ley General de Donación y Trasplante de Órganos y/o Tejidos Humanos, aprobada en 2004[15] y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo 014-2005-SA, aprobado en 2005.

Por otro lado, se tiene la Ley 29471[16], Ley que Promueve la Obtención, la Donación y el Trasplante de Órganos y/o Tejidos, publicada en diciembre de 2009 y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo 011-2010. Cabe señalar que la Ley 29471 fue modificada por la Ley 30473 de 2016 (en específico, su art. 2), esta señala que la autorización para donar solo puede ser revocada por el propio donante y no puede ser objeto de oposición por parte de terceros.

2. Apreciaciones sobre la disparidad y contradicciones del marco jurídico

Resulta necesario señalar que pese a la modificación que se realizó a la Ley 29471, respecto de la revocación sobre la autorización para donar órganos, se evidencia que, en el plano fáctico, los familiares todavía tienen facultad para decidir sobre la donación de los órganos y tejidos, revocando de esa manera la decisión de quien en vida manifestó su voluntad de ser donante.

Así también lo reconoce Neciosup Santa Cruz, cuando señala que el sistema actual no crea las condiciones para el aumento de la donación de órganos, ya que "la familia adquiere un poder gravitante en la decisión final de donar o no los órganos para ser trasplantados" (2018, p. 14). En esa línea, se identifica al problema de la decisión de la familia como el factor decisivo para que se realice la extracción de órganos pues "no terminan respetando la voluntad del donante" (2018, p. 26).

Lo anterior se explica en la existencia de una antinomia entre dos normas con el mismo rango. Por un lado, el artículo 9 del Código Civil peruano (1984), que señala que es revocable el acto por el cual una persona dispone en vida de parte de su cuerpo para después de su muerte, pues deja dicha decisión revocable a los familiares. Por otro lado, lo establecido en la Ley 29471 (2009), la cual señala que la autorización para donar solo puede ser revocada por el propio donante y no puede ser objeto de oposición por parte de terceros.

Finalmente, es de señalar que el último intento de subsanar dicha contradicción se encuentra en el Proyecto de Ley 4247/2018-CR, Proyecto de Ley que modifica la Ley General de Donación y Trasplante de órganos y/o tejidos humanos. Allí se establece como objeto crear las condiciones para facilitar y fomentar la donación de órganos y tejidos de donantes cadavéricos, buscando cubrir la brecha existente en la lista de espera de trasplantes por medio del fortalecimiento del respeto a la voluntad, tanto de quien hubiere efectuado la donación en vida respecto a la disposición de parte de su cuerpo, como del ciudadano que en vida desea donar.

---

13 Artículo 8:

> Para la disposición de órganos y tejidos de cadáveres se estará a lo declarado en el Documento Nacional de Identidad, salvo declaración posterior en contrario hecha en vida por el fallecido que conste de manera indubitable y los casos previstos en el Artículo 110 de la presente ley […] (Ley General de Salud, 1997).

14 Artículo 1:

> La presente ley tiene por objeto promover, proteger e incentivar la donación de órganos y tejidos como acto voluntario, solidario y altruista con fines terapéuticos y/o de investigación, así como regular los derechos y obligaciones del donante, del receptor y otras personas involucradas en el acto de donación (Ley 27282, 2000).

15 Con la Ley 28189 (2004), se derogaron la Ley 23415 (1982) más su Reglamento, y la Ley 27282 (2000), a excepción del Capítulo II referente a la Donación de Sangre y Componentes Sanguíneos, Sanguíneos y el artículo 16 sobre la Declaración del Día Nacional del Donante de Órganos y Tejidos. De esa manera, esta ley regula las actividades y procedimientos relacionados con la obtención y utilización de órganos y/o tejidos humanos para fines de donación, trasplante y fines de investigación.

16 Cabe señalar que la Ley 29471 declara como interés nacional la promoción de donación de órganos, regulando lo concerniente a la autorización para donar, la cual podrá realizarse mediante la declaración en el Registro Nacional de Identidad y Estado Civil (en adelante, RENIEC) o por la suscripción del acta de consentimiento para la donación voluntaria en centros de salud. Asimismo, la citada ley se pronuncia sobre la última voluntad del donante, la cual se considerará como válida en caso haya discrepancia entre los documentos antes señalados.

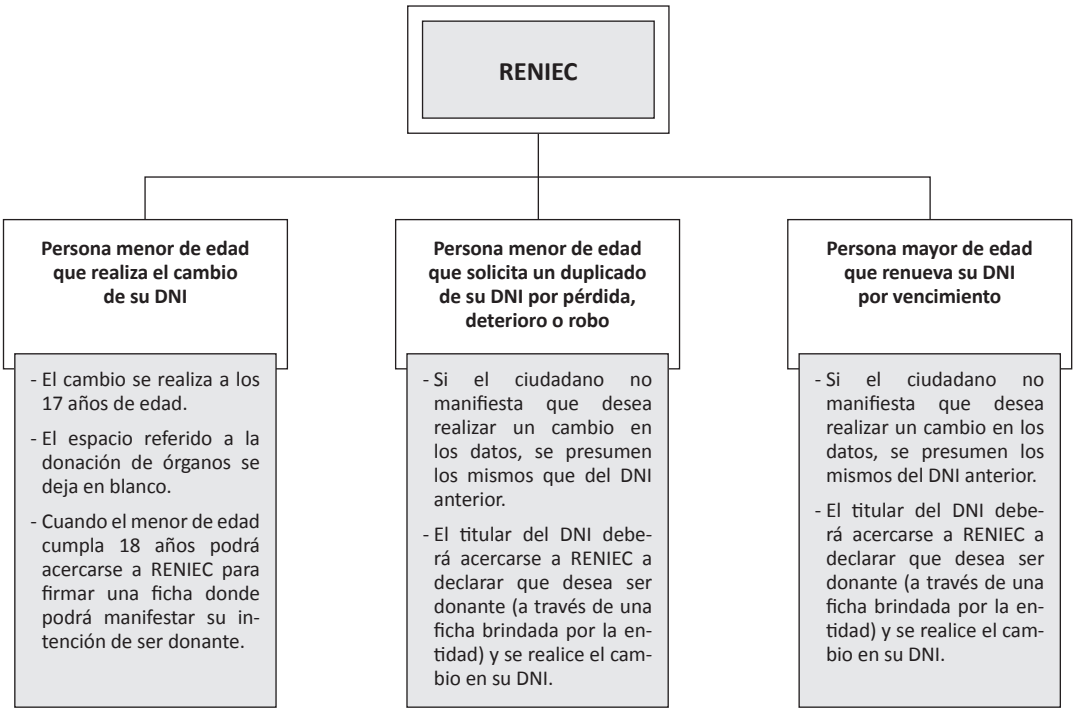
D. Tratamiento jurídico del acto de donación de órganos y tejidos

El funcionamiento y la disposición de donación de órganos y tejidos en el país se encuentran establecidos en la Ley 29471 (2009). Sobre la base de esta norma, el procedimiento del acto de donación de órganos y tejidos en el Perú se inicia con la declaración del interés en ser donante, para lo cual se debe emitir el consentimiento, a través de dos canales.

El primer canal consiste en emitir la declaración ante el RENIEC. Para ello, se tiene que suscribir una declaración jurada por parte del titular cuyo contenido garantiza el derecho al consentimiento informado de los titulares de la donación de órganos y tejidos, y cuya vigencia se cuenta desde la suscripción hasta que esta sea revocada por otro documento que la deje sin efecto. La información de las declaraciones juradas las posee únicamente el RENIEC, no permitiéndose que otra autoridad administrativa o judicial pueda disponer de la misma, a excepción del MINSA mediante un procedimiento de consulta centralizada[17].

La segunda vía dentro del RENIEC es el procedimiento para dejar expresa la voluntad en el DNI. En este último escenario se presentan tres supuestos para realizar dicha declaración, tal como se puede observar en la Figura 2:

Figura 2: Procedimientos en RENIEC para manifestar la declaración del donante



Fuente: Elaboración propia a partir de la información brindada por el funcionario Arturo Aranda, operador del servicio de atención al ciudadano en RENIEC (comunicación personal, 28 de agosto de 2019).

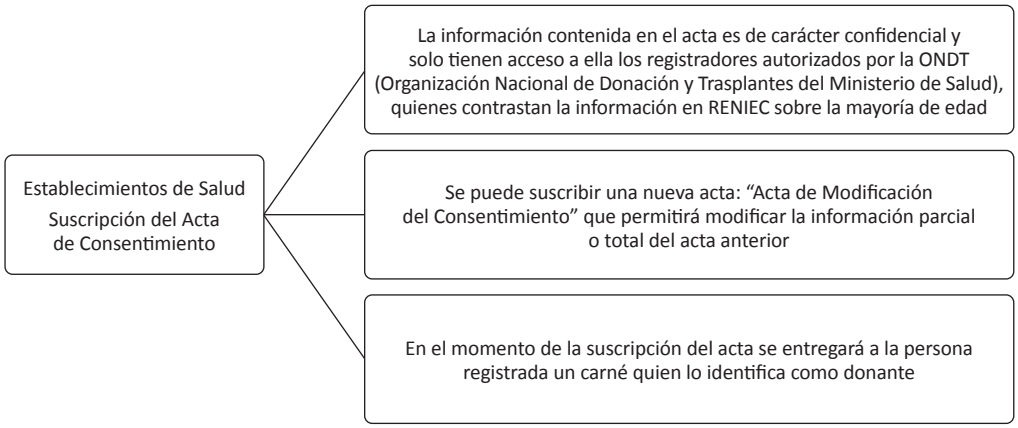
El segundo canal consiste en la suscripción de un Acta de Consentimiento para la Donación Voluntaria de Órganos y Tejidos ante un establecimiento de salud, las cuales son rellenadas por profesionales de la salud capacitados en el tema y que acuden a los diferentes establecimientos de salud, instituciones privadas y/o públicas e instituciones educativas según cronograma, brindando charlas de sensibilización a la población en general (Mily Barba, comunicación personal, 1 de septiembre de 2019)[18].

Las principales características que engloban al Acta de Consentimiento son las siguientes:

[17] Artículo 3 de la Ley 30473, Ley que modifica los artículos 2,3 y 4, y la disposición complementaria única de la Ley 29417, Ley que promueve la obtención, la donación y el trasplante de órganos o tejidos humanos, de 2016.

[18] Información proporcionada por la funcionaria pública de comunicaciones de la DIGDOT del MINSA, Mily Barba Chumpitaz.

Figura 3: Características del Acta de Consentimiento



Fuente: Elaboración propia a partir del Reglamento de la Ley 29471, Ley que promueve la obtención, la donación y el trasplante de órganos o tejidos humanos, aprobado mediante Decreto Supremo 011-2010-SA en 2010; modificado por Ley 30473 del 2016.

A modo de resumen, el funcionamiento del acto de donación se realiza cuando la persona que desea manifestar su voluntad de ser donante acude a una entidad pública a declararla. Para ello, tendrá dos opciones: (i) acercarse a realizar el cambio en su DNI ante RENIEC; o (ii) podrá optar por firmar el Acta de Consentimiento Voluntario para la Donación de Órganos y Tejidos, en las Oficinas de la Dirección de Donaciones y Trasplantes (en adelante, DIDOT), o en las campañas sobre donación de órganos y tejidos que realiza el MINSA a nivel nacional.

E. Dificultades de la donación de órganos y tejidos en el contexto del COVID-19

El acto de donación de órganos en el Perú no solo depende del notable desarrollo de la ciencia médica en temas de trasplantes. Esta práctica se encuentra dentro de un marco jurídico, social y ético que responde a los componentes culturales y morales que se han desarrollado a lo largo de los años sobre el acto en que una parte del cuerpo es insertada en otro ser humano. De esa manera, se generan obstáculos que traen como consecuencia que esta práctica médica se vea disminuida y no pueda servir para beneficiar a las personas que necesitan de un trasplante de esta naturaleza.

En tal sentido, concordamos con autores como Belizán Benetti y Santa María Ruiz que apuntan que:

> La evolución de la regulación sobre la donación de órganos ha sido lenta y hoy en día se encuentra paralizado […], a pesar de que como práctica médica se denote un buen desarrollo, existen una serie de trabas que hacen que los demás objetivos, como legales y sociales, puedan retardar o paralizar el mismo (2013, p. 7).

Es por tal motivo que resulta importante reconocer los factores que se encuentran alrededor de la donación de órganos debido a que nuestra legislación no toma en consideración aquellos elementos que infieren directa o indirectamente en el marco de una regulación.

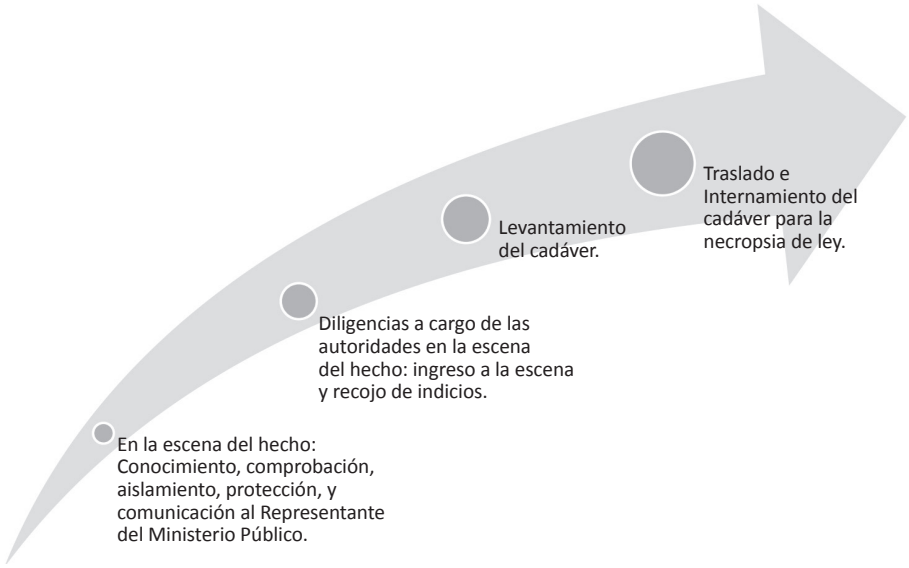
Ahora bien, cabe resaltar que esta problemática revela su valor en un contexto de emergencia sanitaria debido a la propagación del COVID-19, toda vez que se presentan los siguientes escenarios: (i) aumento de la cantidad de muertes o de personas en cuidados intensivos por no haber tenido previamente un trasplante de órganos y tejidos que coadyuve a superar o afrontar de mejor manera el coronavirus; y (ii) personas con necesidad urgente de donaciones de órganos y tejidos debido a las secuelas por cuidados intensivos.

1. Factores institucionales

En los casos de donadores cadavéricos, uno de los factores institucionales que dificulta indirectamente el inicio de la fase de trasplante se encuentra en la etapa del levantamiento de cadáver. De la revisión del Manual Interinstitucional del Ministerio Público y la Policía Nacional de Perú para la Investigación de Muerte Violenta o Sospechosa de Criminalidad (2010), se observa el establecimiento de una serie de pasos y actuaciones de las personas involucradas, que no están pensadas en el limitado tiempo de utilidad que poseen los órganos del cadáver para ser objetos de trasplante.

Para los profesionales a cargo del levantamiento del cadáver, este procedimiento tiene como prioridad investigar y establecer si la muerte fue de etiología violenta, natural o sospechosa de criminalidad. Por ello, es necesario contar con un prolongado lapso de tiempo para establecer los elementos necesarios de la investigación. Así, el manual referido contiene las siguientes etapas:

Figura 4: Etapas del Manual Interinstitucional del Ministerio Público y la Policía Nacional del Perú para el levantamiento del cadáver



Fuente: Elaboración propia a partir del Manual Interinstitucional del Ministerio Público y Policía Nacional del Perú para la Investigación de Muerte Violenta o Sospechosa de Criminalidad (Ministerio Público, 2010)

Esto último implica una dilación en el proceso de disposición del órgano o tejido, en virtud del derecho a la justicia por querer determinar cuáles fueron los hechos que produjeron la muerte de una persona, sobre el derecho a la salud y a la vida del sujeto que se encuentra en la lista de espera para el procedimiento de trasplante.

Otro factor institucional que influye en la problemática de la baja tasa de donantes es la escaza o inexistente difusión de una cultura de donación de órganos y tejidos. Si bien este factor está reconocido como deficiencia en el análisis de los proyectos de ley sobre donación de órganos, no se realiza nada más que la simple identificación del mismo. La falta de medidas del Estado ante esta situación influye no solo en cuanto la información que puedan recibir los potenciales donantes, sino en la concientización e importancia de lo que significa ser un donador.

2. Factores materiales

Otro aspecto que condiciona el procedimiento de trasplante de órganos está determinado por factores materiales, los cuales deben ser entendidos como aquellas situaciones o circunstancias que ocasionan la falta de una buena calidad en la infraestructura sanitaria.

Son pocos los centros médicos autorizados para un adecuado procedimiento de trasplante, dado que no cuentan con la infraestructura adecuada para ese tipo de intervenciones quirúrgicas, ni con implementos de calidad para realizar dicha operación. Esto tiene repercusión en el traslado del órgano, puesto que se mantendrá más tiempo fuera de un cuerpo, en espera de ser trasplantado.

Son trece los centros médicos a nivel nacional que están autorizados para este tipo de procedimientos, de los cuales siete se encuentran en Lima. Así lo expone la página de EsSalud (s.f.):

a) EsSalud:

– Hospital Edgardo Rebagliati Martins.

– Hospital Guillermo Almenara Irigoyen.

– Hospital Almanzor Aguinaga Asenjo (Chiclayo, riñones y córneas).

– Hospital Nacional Ramiro Prialé (Huancayo, riñones y córneas).

– Hospital Nacional Adolfo Guevara Velasco (Cusco, riñones y córneas).

– Hospital Nacional Carlos Alberto Seguín Escobedo (Arequipa, riñones y córneas).

– Hospital de Tacna.

– Instituto Peruano de Oftalmología de Piura (córneas).

b) Ministerio de Salud:

– Hospital Cayetano Heredia (riñones).

– Instituto Nacional de Oftalmología (córneas).

– Instituto de Salud del Niño (piel).

– Hospital Hipólito Unanue (válvulas cardíacas).

– Hospital San Juan de Dios (huesos).

El bajo número de centros médicos autorizados y la concentración de la mayoría de estos en la capital del Perú generará más costos a los receptores que se encuentren en una provincia o zona alejada del país que no cuente con un centro médico certificado. No solo correrán con el gasto económico que derive del procedimiento quirúrgico, sino también con los gastos del traslado y estadía del receptor y sus familiares.

Cabe recordar que, desde el diagnóstico de muerte cerebral, "Los médicos solo tienen 24 horas en promedio para aprovechar los órganos de la persona fallecida" (Belizán Benetti & Santa María Ruiz, 2013, p. 25). Esto significa que, si el centro médico no posee la autorización o aun contando con ella, no contiene dentro de sus instalaciones las herramientas o maquinarias necesarias para el procedimiento del trasplante, el órgano no podría ser utilizado[19].

3. Factores jurídicos

El primer obstáculo se presenta cuando la manifestación del donador en vida sobre la disposición a donar voluntariamente se enfrenta a la revocación póstuma de su declaración por parte de un tercero consanguíneo. A pesar de que el ordenamiento dote con potestad decisoria al donante mientras este permanezca vivo, debe precisarse que esta potestad también será considerada para el momento después de su fallecimiento. Sin embargo, el mayor problema que encontramos en la actualidad y en el plano fáctico es cuando la familia se apropia de aquella potestad una vez producida la muerte de su familiar.

En tal sentido, resulta importante respetar la decisión adoptada por el donador y evitar que los parientes consanguíneos la revoquen indebidamente, ya que debe aceptarse que:

> La autonomía de una persona se manifiesta justamente en las decisiones que libremente adopta, el respeto de las mismas (también en los casos en los que el decisor no puede controlar su cumplimiento) equivale al respeto de la autonomía personal (Garzón Valdés, 1999, p. 241).

Esto se apoya en que el ordenamiento brinda al donador en vida la posibilidad de revocar su decisión en cualquier momento, incluso instantes antes de la ablación de sus órganos. En ese sentido, una vez producida su muerte y al no haberse encontrado documento o manifestación alguna de haber revocado aquella decisión, se establece el deber de la familia de respetar aquella decisión.

Este problema trasciende a considerar el cuerpo del donante cadavérico como objeto de derecho perteneciente a los herederos o familiares como si se tratara de un bien que pasaría a formar parte del patrimonio de los mismos y por ende justificarse aquella potestad decisoria. Sin embargo, pretender tener derechos de propiedad sobre una persona es equivalente a querer transformarlo en un objeto (Garzón Valdés, 1999, p. 222). Ello no se contradice si consideramos al cadáver como aquel objeto de derecho revestido de una especial connotación moral y ética y no como un mero bien jurídico.

Incluso, podría señalarse que se trata de una persona y, por ende, sujeto de derecho. Esto se basa en que la muerte que establece el ordenamiento se fundamenta en el cese irreversible del sistema cerebral y ello no coincide con la desintegración por completo del cuerpo humano, con lo cual la muerte legal se encuentra en pacientes vivos con esa condición de irreversibilidad.

En ese sentido, no podríamos tratar a los muertos cerebrales como cadáveres porque todavía no lo

[19] Tomemos en consideración que para diagnosticar la muerte cerebral existe un proceso que se desarrolla de la siguiente forma:

- Un neurólogo hace una tomografía, entre otros exámenes, y certifica que el cerebro del paciente ya no tiene actividad. Acá es cuando se diagnostica muerte cerebral clínica.
- Luego, la persona debe pasar por un encefalograma para corroborar ausencia de actividad cerebral.
- Pasadas 3 horas debe pasar por un encefalograma más para confirmar el anterior.
- Luego, los médicos deben hacer un examen neurológico para rectificar el primer diagnóstico de muerte cerebral clínica.
- Posteriormente, se junta el comité de comprobación de muerte cerebral conformado por un representante del directorio del centro médico u hospital (que generalmente es el jefe de guardia), el neurólogo que hizo el diagnóstico de la muerte cerebral clínica y el médico de la unidad de cuidados intensivos o médico de emergencia.
- Los tres redactan un acta de comprobación y certificación de muerte cerebral que, para la ley, es la muerte legal (Belizán Benetti & Santa María Ruiz, 2013, pp. 24-25).

son, no obstante, podemos tratarlos de manera diferente a las personas con un sistema cerebral que funciona porque los primeros ya lo han perdido (Garzón Valdés, 1999). Esta diferencia es la que hace que el cadáver sea más que un bien o cosa inanimada.

Otra justificación que encuentra la doctrina se basa en que, si bien un cadáver es considerado como una cosa y, por tanto, no puede tener derechos, ello no quiere decir que un cadáver no tenga relevancia moral (Garzón Valdés, 1999). En ese sentido, este objeto de derecho no puede considerarse como un bien patrimonial susceptible de herencia, porque de él dependen terceras personas destinatarias las cuales se encuentran en un estado de necesidad. Dado que los familiares no tendrían aquella potestad decisoria, cabría preguntarse ahora quién sería el legitimado para tomar aquella decisión. Ante esa interrogante, Angoitia Gorostiaga nos proporciona una respuesta:

> En ese contexto, y habida cuenta de la naturaleza atávica e irracional con que el propio hecho de la muerte y una cultura secular basada en la superstición y en la ignorancia condicionan nuestros sentimientos, aparecería justificado que el Estado, en cuanto aglutinante de la voluntad colectiva e instrumento del que la misma se dota para subvenir a sus fines y establecer un orden social justo, sustrajera el destino de los restos mortales de sus componentes del ámbito de libre determinación del individuo, para integrarlo en el conjunto de decisiones cuya imposición fundamenta el bien común (1996, p. 116).

Sería el Estado quien poseería, no la titularidad como bien patrimonial o público del cadáver, sino una potestad de disponer de aquel solo para fines de salvaguardar la vida o la salud en un sentido de protección de la comunidad en su conjunto.

IV. ANÁLISIS DE LA VIABILIDAD JURÍDICA Y ECONÓMICA DE LA ADOPCIÓN DEL CONSENTIMIENTO PRESUNTO ABSOLUTO DE LA DONACIÓN DE ÓRGANOS Y TEJIDOS COMO POLÍTICA PÚBLICA

La propuesta del presente artículo reposa en la implementación del consentimiento presunto para la donación de órganos y tejidos como parte de una política pública que favorezca el crecimiento de la tasa de donadores en Perú.

Para ello, hemos de realizar, en primer lugar, un análisis de razonabilidad para justificar la constitucionalidad de la propuesta y, en segundo lugar, desarrollaremos un análisis de impacto regulatorio en el que dilucidaremos si la propuesta tiene lógica y sentido desde el punto de vista económico.

A. Análisis de razonabilidad de la medida

Para comprobar si esta medida resulta razonable y compatible con el orden jurídico será necesario, como primer paso, definir cuáles son los bienes jurídicos protegidos que se encuentran involucrados en una situación que pueda llegar a colisionarlos. De esa manera, surgiría la necesidad de realizar un test de ponderación para analizar qué derecho debería privilegiarse.

Así, seguimos el postulado de Bernal Pulido en relación a que los ordenamientos jurídicos no solo están compuestos por nomas jurídicas ordinarias, entiéndase como tradicionales, sino también de principios (2005). Y son estos principios los mandatos de optimización que hacen que algo sea realizado en la mayor medida posible cuando se encuentran frente a razones que juegan en sentido contrario.

Esta justificación se aplica a la propuesta de política pública de implementar el consentimiento presunto absoluto en la donación de órganos, toda vez que involucra derechos constitucionales que, como tales, poseen la misma jerarquía normativa. Nos referimos al derecho a la integridad personal y el derecho a la salud pública contenidos en los artículos 2 inciso 1 y el artículo 7, respectivamente (Constitución política del Perú, 1993).

En cuanto al derecho a la integridad personal, este se encuentra establecido en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política y establece que toda persona tiene derecho a su integridad física, psíquica y moral (1993). El concepto de dicho derecho es expuesto por Landa Arroyo de la siguiente manera:

> Por ello se configura, primero, como un derecho a no ser objeto de tratamientos que lesionen el cuerpo (ámbito somático), como podrían ser los tratamientos médicos no justificados o la cesión de órganos que pueden comprometer la vida o la salud de la persona. Por ejemplo, no es lo mismo donar sangre que donar un hígado […].
>
> Finalmente, tercero, la preservación del espíritu (ámbito moral) de la persona supone que no se anule su capacidad para expresarse conforme a sus propias convicciones y creencias. Por ello resultaría atentatorio contra la integridad moral imponer a otro las propias convicciones o creencias sobre el mundo, la vida, la sociedad, la política, etcétera, con la finalidad de anular su propia capacidad de autodeterminación (2017, pp. 41-42).

Conforme a lo señalado, se aprecia que la adopción normativa del consentimiento presunto absoluto potencialmente conculca el derecho a la integridad personal en tanto se podría estar imponiendo a otros convicciones o creencias sobre el mundo, la vida, la sociedad, etc., al presumir que son potenciales donadores de órganos y tejidos luego de la muerte de la persona.

Respecto al derecho a la salud pública, este se encuentra previsto en el artículo 7 de la Constitución Política, el cual expresa que todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad, así como el deber de contribuir a su promoción y defensa (1993). Al respecto, Alvites Alvites, luego de la revisión de varios pronunciamientos de la jurisprudencia por parte del Tribunal Constitucional, señala que este derecho se le concibe como aquel derecho humano de carácter indispensable para el ejercicio de otros derechos (2007).

Lo anterior se explica en el sentido que el derecho a la salud pública constituye uno de los derechos directamente vinculados con el derecho a la vida, en tanto es el medio principal para poder ejercer otros derechos humanos. Así, el ámbito de la salud pública cobra mayor importancia, en tanto se trata de la salud de la sociedad en su conjunto, la cual permitirá o verá limitado el ejercicio de sus derechos, tanto individuales como colectivos.

1. Subjuicio de idoneidad o adecuación

En el subjuicio de idoneidad o adecuación se busca demostrar que la medida aplicable cumple una función y finalidad con apego constitucional, estableciendo una relación de causalidad entre un problema detectado en la realidad y un efecto beneficioso buscado con la implementación de una determinada medida (sentencia recaída en el Expediente 045-2004-PI/TC, 2005, fundamento 22), en lo que respecta a nuestro caso, la aplicación del consentimiento presunto absoluto. De la misma manera, este análisis exige:

> Que la medida sea adecuada, útil o idónea para alcanzar la finalidad perseguida, lo que ocurrirá si es capaz de conducir a un estado de cosas en que la realización de dicha finalidad se vería aumentada, en relación con el estado de cosas existentes antes de la medida (Indacochea Prevost, 2008, p. 293).

De acuerdo a lo mencionado, el medio adoptado en esta propuesta reposa en el cambio del denominado consentimiento informado por el esquema que privilegia el consentimiento presunto absoluto. Mediante este planteamiento el derecho a la integridad personal no se ve limitado en su totalidad, toda vez que el sistema del consentimiento presunto no conlleva la restricción de la integridad física y moral o espiritual. Existe la posibilidad de recurrir a las entidades involucradas y manifestar la negativa de ser un sujeto donante y poder revocar la decisión en cualquier momento. Por el contrario, coadyuvaría a salvaguardar el derecho a la salud pública.

Por ello, de acuerdo a este subjuicio, se colige que la medida planteada resulta adecuada, útil e idónea, toda vez que el fin que se persigue con la misma descansa en el incremento del bajo número de donadores en el Perú por medio de un consentimiento presunto absoluto, la misma que estriba en una cantidad cercana a 7 000 personas en espera en el Perú en situación de espera de un órgano que pueda salvarles la vida.

De esa manera, se aumentaría la estadística de personas que podrían prolongar su vida y mejorar notablemente su salud. El fin recae directamente en la protección de la salud pública.

En base a ello, la relación de causalidad del medio con el fin se encuentra en que el cambio del sistema de la donación de órganos al consentimiento presunto no afectaría al derecho a la integridad física, en vista que este no es desprovisto por el Estado peruano y favorece el incremento notable del número de donadores.

2. Subjuicio de necesidad

Mediante el análisis de necesidad se busca identificar si existen otras alternativas a la adoptada que no sean gravosas o al menos que lo sean en menor intensidad (sentencia recaída en el Expediente 045-2004-PI/TC, 2005, fundamento 23).

Adicionalmente, Salvatierra Castro ha manifestado que a través de este subjuicio se pretende evaluar que no exista otro medio alternativo que revista la misma idoneidad para alcanzar el mismo objetivo inicial y que sea más benigno (2017).

En efecto, si bien existen otras medidas que tienen como finalidad el incremento de la tasa de donantes en el país, las medidas hasta ahora adoptadas frente a los factores institucionales, materiales y jurídicos no han sido satisfactorias, lo que se refleja en que en promedio solo 0.5 personas por millón de habitantes son donantes.

En base al análisis de idoneidad previo, donde se determinó que una restricción parcial al derecho a la integridad personal resulta útil e idónea en aras de salvaguardar el derecho a la salud públi-

ca, la medida de implementar un sistema de consentimiento presunto constituye un mecanismo que no tiene sustituto en términos de satisfacción y eficacia.

En ese sentido, a pesar que existen otras medidas que conlleven al mismo fin de la propuesta, y que ya han sido implementadas o están en proceso de hacerlo, estas no resultan ser eficaces. Por esa razón, el cambio al consentimiento presunto se vuelve de necesidad no solo para un individuo en particular sino para el desarrollo de toda la sociedad en su conjunto.

3. Subjuicio de proporcionalidad en sentido estricto

Para la evaluación de la proporcionalidad en sentido estricto se constituye una comparación entre el grado de realización u optimización del fin constitucional y la intensidad de la intervención en el derecho (sentencia recaída en el Expediente 045-2004-PI/TC, 2005, fundamento 25).

Sobre este subjuicio, Indacochea Prevost establece que "la limitación que una medida implica en el contenido del principio constitucional afectado debe ser proporcionada en comparación con la finalidad que ésta persigue, guardando con ella una relación de equilibrio razonable" (2008, p. 295).

De esta manera, la protección a la salud pública de aquellos miembros de la comunidad que poseen un órgano en condiciones no adecuadas y les resulta necesario un procedimiento quirúrgico de trasplante, constituye un derecho que adquiere mayor grado de prevalencia o de mayor intensidad sobre el derecho a la integridad personal. Este análisis también se encuentra revestido del principio de razonabilidad. Así, como considera el Tribunal Constitucional:

> Dentro de la esfera de la protección de fines constitucionales relevantes, una intervención estatal en el seno de los derechos fundamentales solamente se justifica en virtud del principio de razonabilidad que exige que una medida restrictiva conlleve la necesidad de preservar o proteger un fin constitucionalmente valioso (sentencia recaída en el Expediente 045-2004-PI/TC, 2005, fundamento 27).

En ese sentido, resulta proporcional la aplicación del consentimiento presunto en sustitución del consentimiento informado pues los beneficios que aporta el primero son mayores a los costos que le puede irrogar al segundo, toda vez que la salud pública es un bien jurídico que merece ser atendido, sobre todo, en una situación tan crítica y urgente como la peruana en la cual el índice de donadores es demasiado bajo en comparación a otros países y al nivel de demanda que se da en nuestro país.

Esto último se confirma con el dato que un donante de órgano puede salvar la vida de 10 personas y que el porcentaje de peruanos que no acepta la donación alcanza un porcentaje de 77% que podría revertirse en donantes potenciales si se llega a implementar una política fundada en el consentimiento presunto.

B. Análisis de impacto regulatorio

En el apartado anterior hemos analizado la razonabilidad de la medida propuesta con la finalidad que esta se ajuste a los cánones del bloque constitucional que nuestro ordenamiento jurídico cautela y protege. La conclusión a la que hemos llegado sobre este análisis es favorable a la implementación de una política pública consistente en la adopción del consentimiento presunto para la donación de órganos. Cabe señalar que, entre la literatura especializada, se encuentra una diversidad de investigaciones que han centrado sus esfuerzos en evaluar y comparar económicamente los tratamientos sustitutivos renales.

Roseelli *et al.* construyeron un modelo de Markov con ciclos mensuales en un horizonte temporal de cinco años para el caso colombiano (2015). Los indicadores de efectividad fueron meses de vida ganados, meses de diálisis evitados y muertes prevenidas. El costo total fue de USD 76 718 para trasplante y USD 76 891 para diálisis. Además, el trasplante renal representó 6.9 meses ganados, 35 meses en diálisis evitados por paciente y una muerte evitada por cada uno de los cinco pacientes trasplantados en cinco años. Concluyeron que el trasplante renal mejora las tasas de supervivencia global y la calidad de vida y es una alternativa económica en comparación con la diálisis.

A su vez, Sánchez Cedillo *et al*. (2020) estimaron los costos promedio de atención de la diálisis-hemodiálisis y del TR evaluados desde el punto de vista de los prestadores de servicios públicos de salud en México. Entre sus resultados, evidenciaron que si bien en el primer año, el trasplante renal tiene un costo promedio mayor en 2% que la hemodiálisis y 72% que la diálisis, a partir del tercer año, la situación cambiaba a favor del trasplante renal, siendo ahora 74% menos costoso que una hemodiálisis y 56% menos que una diálisis.

Por su parte, Torales *et al.* (2021) realizaron un estudio de costes de las diferentes modalidades de

terapia de sustitución renal en Argentina, Costa Rica y Uruguay, mediante un modelo de Markov determinístico con proyección de hasta 5 años. Como resultado, encontraron que el trasplante es la técnica con mejor coste y efectividad frente a la diálisis; sin embargo, este punto se alcanzaba a partir de los 21 meses para el caso argentino, 26 meses para el costarricense y 23 meses para el uruguayo, esto debido a los altos costos iniciales que tiene la intervención.

A modo de comparación, se tiene al caso de un país como Suecia, que cuenta con un desarrollado sistema de seguro social. Jarl *et al*. (2018) emplearon un diseño comparativo de antes y después, en el que los pacientes sirvieron como sus propios controles. Asumieron que los costos de atención médica del año anterior al trasplante continuarían en ausencia de un trasplante y, por lo tanto, se calculó el ahorro de costos como la diferencia entre los costos esperados y los costos reales durante el período de seguimiento de 10 años. Llegaron a la conclusión de que se evitó entre el 66% y el 79% de los costos de atención médica esperados durante el periodo gracias el trasplante de riñón. Los ahorros fueron los más altos para los trasplantes exitosos, pero en promedio, el tratamiento también ahorró costos para los pacientes que regresaron a la diálisis.

Ahora bien, lo que corresponde en seguida es someter esta propuesta a un análisis económico bajo el enfoque del impacto regulatorio que podría causar una medida de esta naturaleza.

1. Identificación del problema

En la actualidad, el Perú es uno de los países con los índices más bajos de donación de órganos en la región latinoamericana. En este contexto, Uruguay presenta un promedio de 16 donantes por millón de habitantes; Brasil y Argentina, 15; y países de la Unión Europea como España, 35; mientras que en nuestro país llegamos a 2.2 donantes.

Esta cifra se repite o no tiene variación significante año tras año, tal como lo explica Sausa, "En 2011, donaban sus órganos 4.3 personas por cada millón de habitantes en 2012 la cifra bajó a 3.2; en 2014 a 2.2; en 2016 a sólo 2 y actualmente hay apenas 1.6 donantes por cada millón de peruanos" (2018).

En nuestro país, EsSalud realiza un 95% de los trasplantes de órganos y es la única institución que efectúa este tipo de operaciones de corazón, hígado, páncreas y pulmón (EsSalud, 2017). Esto último evidencia que la situación en el Perú respecto al índice de donadores es grave en comparación a otras realidades de la región. De ahí que la proporción entre población de peruanos y donantes sea reducida, pues ello impacta desfavorablemente en la disponibilidad de órganos y tejidos para personas que requieran un trasplante.

En tal sentido, y para efectos prácticos, tomaremos como muestra el caso específico del trasplante renal, con fecha de cierre al año 2017, para los casos de insuficiencias renales crónicas. Ello nos permitirá proyectar los resultados a los demás órganos solicitados. Los motivos por los cuales hemos elegido el trasplante renal como parámetro de evaluación son los siguientes:

– El riñón es el órgano con mayor participación relativa entre los trasplantes realizados en el periodo 2001-2017.

– La cantidad de trasplantes de riñón tiene un alto coeficiente de correlación (0.85) con la cantidad total de trasplantes.

– La insuficiencia renal crónica es una de las enfermedades que más aqueja a la población peruana.

– Los costos del tratamiento de diálisis y trasplante renal tienen un valor uniforme cuantificado; mientras que, para otras enfermedades, este costo dependerá mucho de las particularidades y síntomas que presente el paciente.

– Los años de sobrevida de los pacientes con insuficiencia renal crónica terminal (en adelante, IRCT) que hayan sido sometidos o no a un trasplante renal sigue una distribución normal, haciendo posible su trabajo con la media (Meneses Liendo *et al*., 2011).

– La información más consistente es la que se tiene al año 2017.

a. La insuficiencia renal crónica en el Perú

Según la Fundación Renal Iñigo Álvarez de Toledo, la insuficiencia renal crónica (en adelante, IRC):

> es una enfermedad que se caracteriza por el deterioro progresivo de la función renal que tiene como consecuencia que el riñón pierda la capacidad de producir orina y, a su vez, la capacidad de eliminar las toxinas de la sangre, entre otras funciones que son necesarias para la vida (2020).

Es importante destacar que la insuficiencia renal se clasifica en cinco estadios:

Figura 5: Clasificación de la insuficiencia renal

Estadio	Descripción
1	Daño renal estructural con filtrado glomerular normal, >/= a 90 ml/min/1.73m2, (suele ser asintomática).
2	Daño renal con filtrado glomerular levemente alterado de 60-90 ml/min/1.73m2, (suele ser valorada con analíticas de control y valoración por su médico de atención primaria).
3	Filtrado glomerular moderadamente deprimido de 30-59 ml/min/1.73m2, ésta a su vez se subclasifica en estadios A y B.
4	Filtrado glomerular gravemente deprimido de 29-15 ml/min/1.73m2, este caso puede presentar sintomatología y debe ser valorado por un nefrólogo.
5	Fallo renal terminal, con < de 15 ml/min/1.73m2 de filtrado glomerular, presentando importantes síntomas y con la necesidad de iniciar tratamiento sustitutivo renal.

Fuente: Fundación Renal Iñigo Álvarez de Toledo (2020)

En nuestro país, para el año 2017, EsSalud realizó una estimación de la población con IRC para el Perú, basándose en una investigación del National Health and Nutrition Examination Survey (en adelante, NHANES), obteniendo los siguientes resultados:

Figura 6: Estimación de la población con IRC para el Perú y EsSalud

Estadios de la IRC	NHANES 2011-2014	Perú 2017	EsSalud 2017
	Porcentaje promedio (%)	Población promedio con IRC	Población promedio con IRC
Estadio 1	4.69%	952.226	365.041
Estadio 2	2.94%	596.918	228.832
Estadio 3	6.59%	1.337.989	512.925
Estadio 4	0.43%	87.304	33.469
Estadio 5	0.17%	34.516	13.232
IRC	14.82%	3.008.952	1.153.498

Fuente: Centro Nacional de Salud Renal (solicitud de acceso a la información 89-CNSR-ESSALUD-2019)

Comparando las cifras anteriores de EsSalud con las estimaciones y estadísticas del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), la población del Perú totalizó 31 237 384 personas al 2017, eso quiere decir que aproximadamente un 9.6% se encontraba en algún estadio de IRC. A su vez, en el mismo año, EsSalud contaba con 11 141 726 de asegurados, por lo que aproximadamente un 10.4% de ellos padecía de IRC.

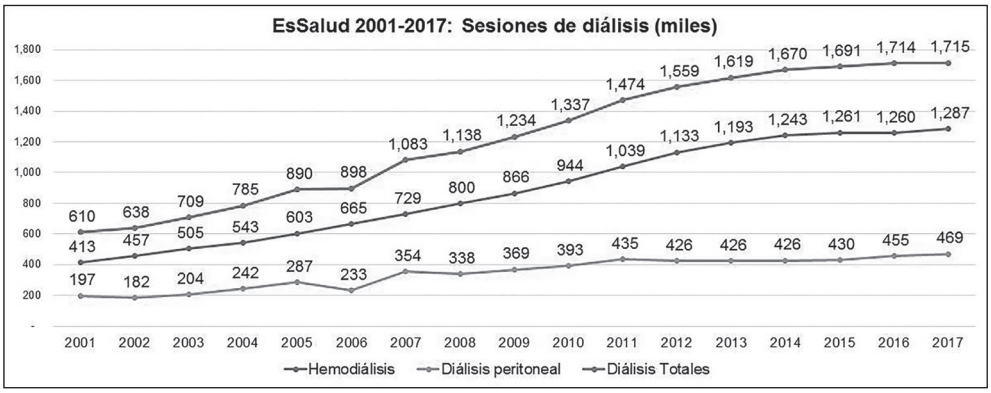
b. Terapias de reemplazo renal

Si un paciente se encuentra en uno de los dos últimos estadios de IRC, se le diagnostica como paciente con IRCT y debe someterse a una terapia de reemplazo, la cual se encarga de sustituir la falta de función renal y las consecuencias que esto trae. Estas terapias son la hemodiálisis, diálisis peritoneal y/o trasplante renal.

– Diálisis

EsSalud ofrece el servicio de diálisis peritoneal y la hemodiálisis, siendo esta última la más demandada y llegando a triplicar su demanda en 14 años como se observa en la figura 7.

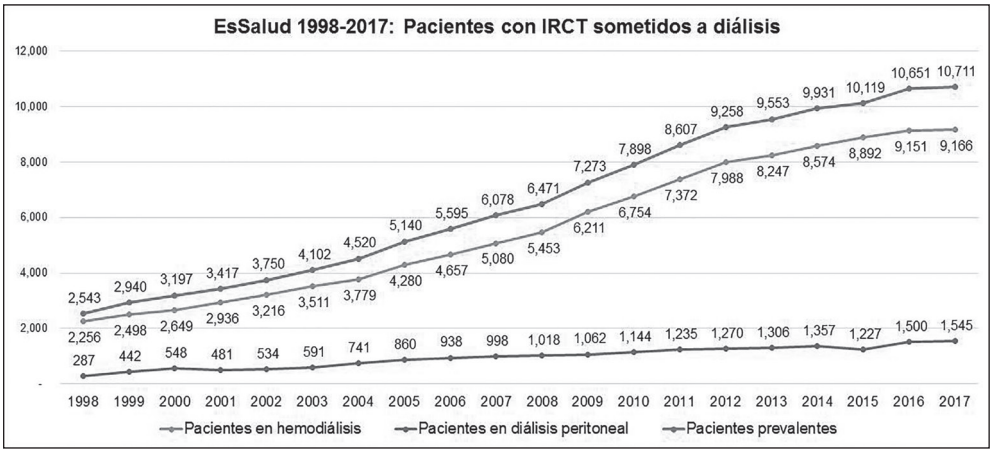
Figura 7: EsSalud 2001-2017: Sesiones de diálisis (miles)



Fuente: Elaboración propia a partir de EsSalud (2016)

Asimismo, la evolución de la cantidad de pacientes con IRCT sometidos a diálisis y atendidos en EsSalud se muestra en la figura 8.

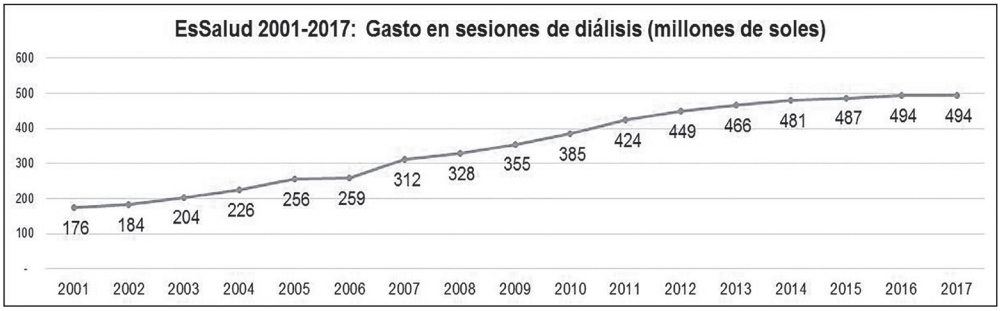
Figura 8: EsSalud 1998-2017: Cantidad de pacientes con IRC



Fuente: Elaboración propia a partir del Centro Nacional de Salud Renal (solicitud de acceso a la información 89-CNSR-ESSALUD-2019).

Lo plasmado en las ilustraciones anteriores permite hallar el excesivo gasto en sesiones de diálisis en el que ha incurrido EsSalud a lo largo de los años, tal como se aprecia en la figura 9.

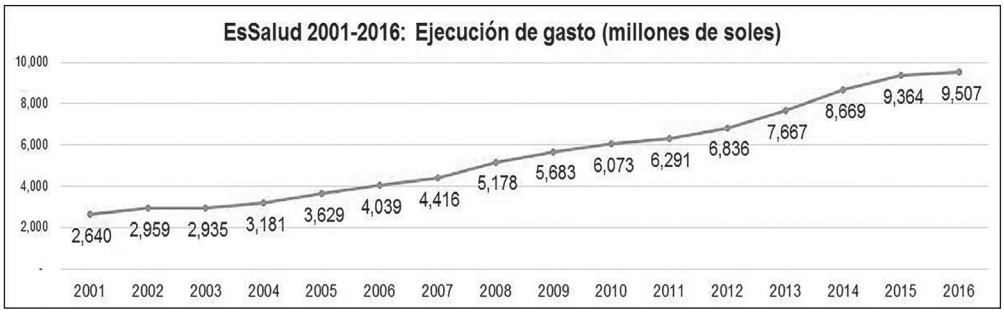
Figura 9: EsSalud 2001-2017: Gasto en sesiones de diálisis (millones de soles)



Fuente: Elaboración propia a partir de EsSalud (2016)

En la figura 10 se observa que el gasto ejecutado por EsSalud ha triplicado su valor en 14 años y crecido de manera constante.

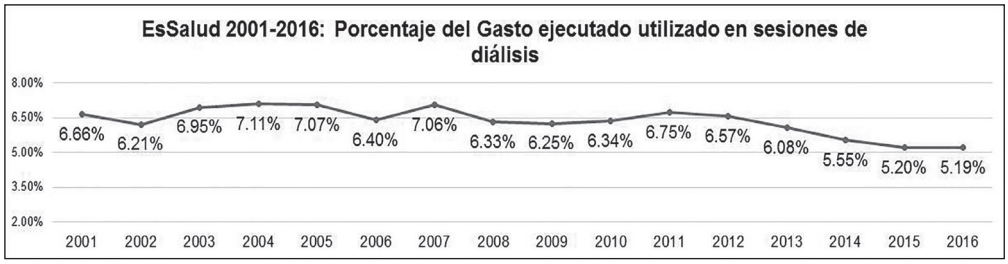
Figura 10: EsSalud 2001-2016: Ejecución de gasto (millones de soles)



Fuente: Elaboración propia a partir de EsSalud (2016)

En la figura 11 se muestra el porcentaje del gasto anual ejecutado en sesiones de diálisis. Si bien dicho porcentaje ha ido disminuyendo en los últimos años, sigue siendo una gran proporción la que se destina a cubrir este servicio.

Figura 11: EsSalud 2001-2016: Porcentaje del Gasto ejecutado utilizado en sesiones de diálisis

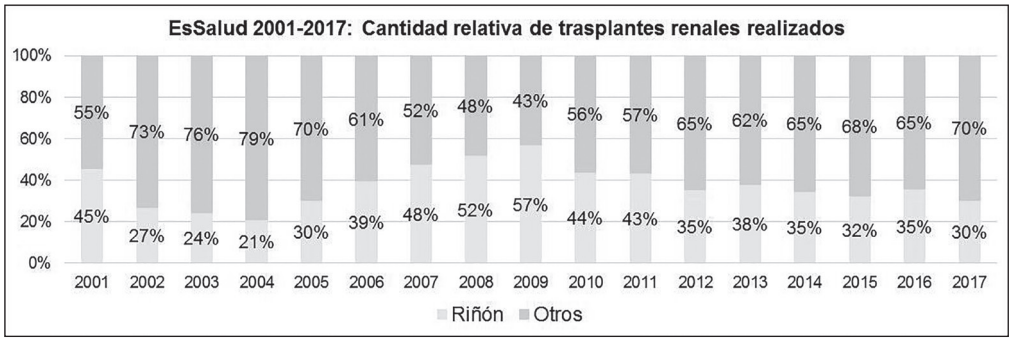


Fuente: Elaboración propia a partir de EsSalud (2016)

– Trasplante renal

En las últimas cinco décadas el trasplante renal ha sido considerado como uno de los avances más importantes en la medicina. Actualmente, el riñón es uno de los órganos más trasplantado entre los pacientes, tal como se muestra en la figura 12.

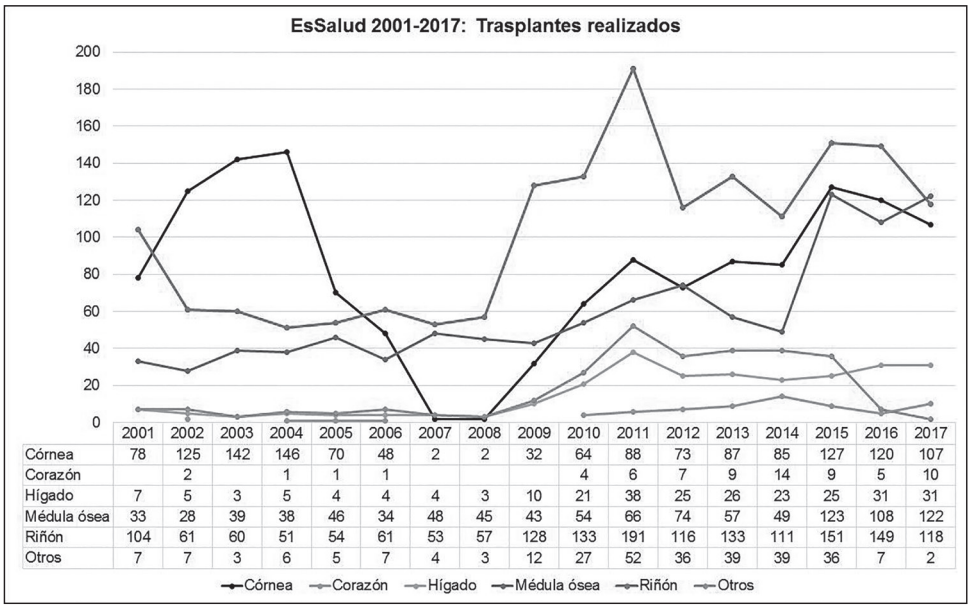
Figura 12: EsSalud 2001-2017: Trasplantes realizados



Fuente: Elaboración propia a partir de EsSalud (2016)

Acompañando a la ilustración anterior, en la figura 13 se ve que el trasplante renal es el que ha ostentado ser el trasplante con mayor porcentaje de realización en el año 2001 y a partir del 2006, llegando a bordear o superar el 50% en ciertas ocasiones (2007, 2008 y 2009).

Figura 13: EsSalud 2001-2017: Cantidad relativa de trasplantes renales realizados



	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Córnea	78	125	142	146	70	48	2	2	32	64	88	73	87	85	127	120	107
Corazón		2		1	1	1				4	6	7	9	14	9	5	10
Hígado	7	5	3	5	4	4	4	3	10	21	38	25	26	23	25	31	31
Médula ósea	33	28	39	38	46	34	48	45	43	54	66	74	57	49	123	108	122
Riñón	104	61	60	51	54	61	53	57	128	133	191	116	133	111	151	149	118
Otros	7	7	3	6	5	7	4	3	12	27	52	36	39	39	36	7	2

Fuente: Elaboración propia a partir de EsSalud (2016)

El principal punto a favor de dicho trasplante es que este restablece las funciones del riñón. A pesar de ello, no se ha podido avanzar mucho respecto al número de operaciones como se puede observar en la figura 14.

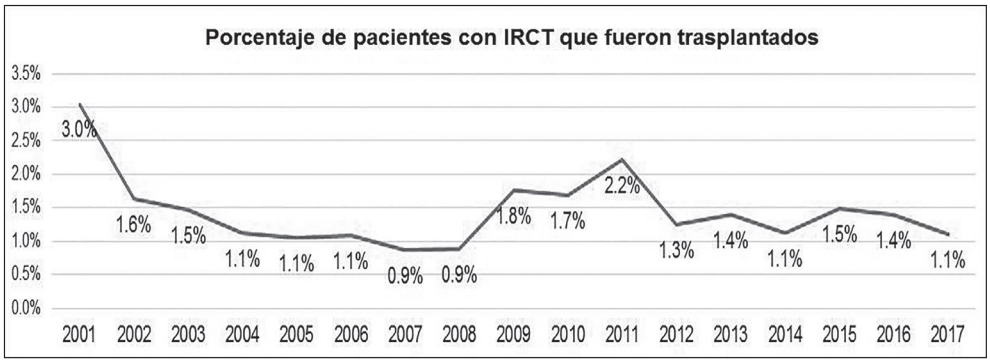
Figura 14: Cantidad y variación anual de los trasplantes renales en EsSalud 2001-2017

Año	Cantidad de trasplantes renales	Variación porcentual
2001	104	
2002	61	-41%
2003	60	-2%
2004	51	-15%
2005	54	6%
2006	61	13%
2007	53	-13%
2008	57	8%
2009	128	125%
2010	133	4%
2011	191	44%
2012	116	-39%
2013	133	15%
2014	111	-17%
2015	151	36%
2016	149	-1%
2017	118	-21%

Fuente: Elaboración propia a partir de EsSalud (2016)

Finalmente, dado que los pacientes con IRCT son los que están incluidos en lista de espera, la figura 15 comprueba el descenso en las posibilidades que afrontan estos tipos de pacientes en mejorar su calidad de vida al ser intervenidos quirúrgicamente en un trasplante renal con un porcentaje entre 0.9% y 3%.

Figura 15: EsSalud 2001-2017: Porcentaje de pacientes con IRCT que fueron trasplantados



Fuente: Elaboración propia a partir de EsSalud (2016)

2. Metodología de evaluación

Se realizó una evaluación de costos de las dos opciones de tratamiento: diálisis y trasplante. Cabe señalar que la segunda alternativa se divide en dos escenarios. Ahora bien, se debe tener en cuenta las fases por las cuales debe pasar un paciente sometido a un trasplante renal, de acuerdo con Salas *et al*.:

– Pre trasplante: se realizan los estudios para conocer la compatibilidad y competencia entre el donador (vivo o cadavérico) y el receptor del órgano.

– Intra trasplante: se realiza el procedimiento quirúrgico y recuperación del paciente.

– Post trasplante: se procede con los cuidados que necesita un paciente para evitar un rechazo agudo al injerto lo que podría ocasionar la pérdida posterior del órgano (2006).

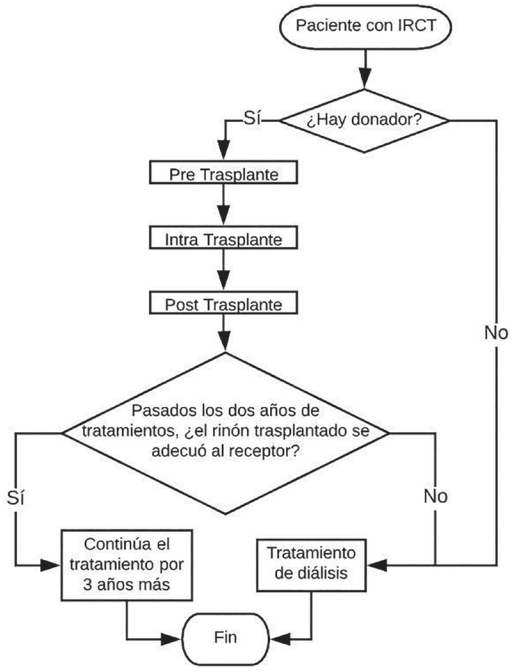
Todo ello ocasiona que un paciente con IRCT afronte 3 posibles escenarios, los cuales han sido resumidos en las figuras 16 y 17.

Figura 16: Escenarios que afronta un paciente con IRCT

	Tratamiento
Escenario 1	Diálisis
Escenario 2	Trasplante renal exitoso
Escenario 3	Trasplante renal fallido

Fuente: Elaboración propia a partir de Loza-Concha y Quispe (2011)

Figura 17: Diagrama de flujo de los escenarios que afronta un paciente con una IRC



Fuente: Elaboración propia a partir de Loza-Concha y Quispe (2011)

Un trasplante será catalogado como exitoso cuando pasados los dos años de la intervención, el injerto se haya adecuado al paciente receptor sin complicaciones. Caso contrario, un trasplante será catalogado como fallido si el injerto no se adecúa al receptor y pierde su funcionalidad, haciendo que el paciente vuelva a un tratamiento de diálisis.

Una vez obtenidos los costos totales en valor presente, usando una tasa de descuento del 5% (García-Altés *et al*., 2011), se calcularon los costos unitarios para cada uno de los tratamientos; estos se forman de la división del costo total entre el número de años de sobrevida esperados según el tipo de tratamiento o escenario. Posteriormente, se realizaron los siguientes análisis:

– Costo-efectividad: los costos unitarios de los tres escenarios fueron comparados con el impacto en la salud medido mediante los Años de Vida Ajustados por Calidad (en adelante, AVAC).

– Costo-beneficio: tomando un horizonte de 8 años (2019-2026), han sido comparados los Valores Actuales Netos (en adelante, VAN de los dos tratamientos en los que incurriría EsSalud.

3. Análisis de resultados

c. Costo del procedimiento de diálisis

Si se toma en cuenta que cada sesión de diálisis tiene un costo de S/ 288, la inversión que realiza EsSalud por cada paciente que recibe tres sesiones por semana arroja un costo de S/ 44 928.00 aproximadamente.

Figura 18: Costos de los pacientes sometidos a diálisis (en soles)

Año	Costo por sesión	Costo por mes	Costo por año
2016	288	8 640	44 928

Fuente: La República (2016)

Los pacientes tienen una esperanza de sobrevida de cinco años una vez iniciada la terapia. Se incurre en un costo de S/ 194 515.00 en valor presente, el costo unitario sería de S/ 38 903.00 por año.

Figura 19: VAN de los costos de un tratamiento de diálisis por 5 años consecutivos (en soles)

	Año 1	Año 2	Año 3	Año 4	Año 5
Escenario 1	44 928.00	44 928.00	44 928.00	44 928.00	44 928.00

VAN	194 515.00
Costo unitario	38 903.00

Sobrevida	5 años

Fuente: Elaboración propia

d. Costo del trasplante

– Trasplante renal exitoso

El costo total de cada trasplante y un seguimiento continuo por cinco años es S/ 186 802.00.

Figura 20: Costo de un trasplante renal exitoso

Fase			Costo promedio
Pre trasplante e Intra trasplante	Donante	Procura	S/ 2 048.00
		Evaluación	S/ 1 576.00
		Mantenimiento	S/ 3 846.00
		Intraoperatorio	S/ 9 434.00
		Subtotal	S/ 16 095.00
	Receptor	Selección	S/ 819.00
		Evaluación	S/ 6 092.00
		Preparación	S/ 6 960.00
		Intraoperatorio	S/ 6 948.00
		Postoperatorio	S/ 30 075.00
		Subtotal	S/ 50 895.00
	Depreciación de equipos		S/ 3 048.00
	Total		S/ 70 849
Post trasplante (Seguimiento)	Seguimiento 1er año	Consulta externa	S/ 617.00
		Fármacos	S/ 21 851.00
		Hospitalización	S/ 2 889.00
		Servicios generales	S/ 65.00
		Subtotal	S/ 25 434.00
	Seguimiento 2do año		S/ 24 070.00
	Seguimiento 3er año		S/ 23 891.00
	Seguimiento 4to año		S/ 21 748.00
	Seguimiento 5to año		S/ 20 659.00
	Total		S/ 115 803.00
COSTO TOTAL			S/ 186 802.00

Fuente: Elaboración propia a partir de Loza-Concha y Quispe (2011)

Los pacientes tienen una esperanza de quince años de vida post trasplante. Incurriendo en un costo de S/ 168 247.00 en valor presente, el costo unitario sería de S/ 11 246.00 por año.

Figura 21: VAN de los costos totales de un trasplante renal exitoso (en soles)

	Año 1	Año 2	Año 3	Año 4	Año 5
Escenario 2	96 283.00	24 070.00	23 891.00	21 748.00	20 659.00

VAN	168 247.00
Costo unitario	11 216.00

Sobrevida	15 años

Fuente: Elaboración propia

– Trasplante renal fallido

El costo total de cada trasplante renal, más un seguimiento continuo y fallido de dos años, más cinco años posteriores de diálisis asciende al monto de S/ 344 993.00.

Figura 22: Costo de un trasplante renal fallido

Fase			Costo
Pre trasplante e Intra trasplante			S/ 70 849.00
Post trasplante (Seguimiento)	Seguimiento	Año 1	S/ 25 434.00
		Año 2	S/ 24 070.00
	Diálisis	Año 1	S/ 44 928.00
		Año 2	S/ 44 928.00
		Año 3	S/ 44 928.00
		Año 4	S/ 44 928.00
		Año 5	S/ 44 928.00
COSTO TOTAL			S/ 344 993.00

Fuente: Elaboración propia a partir de Loza-Concha y Quispe (2011)

Los pacientes tienen una esperanza de siete años de vida post trasplante. Incurriendo en un costo de S/ 289 961.00 en valor presente, el costo unitario sería de S/ 41 423.00 por año.

Figura 23: VAN de los costos totales de un trasplante renal fallido (en soles)

	Año 1	Año 2	Año 3	Año 4	Año 5	Año 6	Año 7
Escenario 3	96 283.00	24 070.00	44 928.00	44 928.00	44 928.00	44 928.00	44 928.00

VAN	289 961.00
Costo unitario	41 423.00

Sobrevida	7 años

Fuente: Elaboración propia

c. Análisis costo-efectividad

Los AVAC son una medida de años de vida ajustado por calidad. Se han empleado los resultados de Alsina Tarrida *et al*. (2014). Esta toma un valor de 0 para la muerte y 1 para un perfecto estado de salud. Los valores respectivos para un paciente sometido a diálisis y trasplante son de 0.57 y 0.80. La figura 24 nos resume los costos unitarios hallados y el AVAC promedio.

Figura 24: Ratio de costos de los escenarios que afronta un paciente con una IRCT

	Tratamiento	Costo unitario (S/)	AVAC promedio
Escenario 1	Diálisis	38 903.00	0.57
Escenario 2	Trasplante renal exitoso	11 216.00	0.80
Escenario 3	Trasplante renal fallido	41 423.00	0.64

Fuente: Elaboración propia

d. Análisis costo-beneficio

– Diálisis

Se pronosticaron las cantidades anuales de sesiones de diálisis y pacientes con IRCT para el horizonte, usando al 2016 como año base, se trabajó con los siguientes precios:

Costo por sesión de diálisis: S/ 288.00

Ejecución de ingreso por asegurado: S/ 919.00

Este ejercicio da forma a un flujo de caja que arrojó un VAN de S/ -4 095 314 448.00.

– Trasplante renal

Bajo el supuesto que se pudiera cubrir la demanda de órganos del 2019, se calcularon los nuevos pacientes con IRCT que ingresarían cada año haciendo uso de la tasa de supervivencia de Meneses Liendo *et al*. (2011). Así se tiene que el 87% sobrevive al primer año de diálisis; el 73.2% al segundo año; el 67.3% al tercer año; el 60.5% al cuarto año; y el 57.20% al quinto año.

Luego, se empleó las probabilidades de éxito de las intervenciones quirúrgicas de Loza-Concha y Quispe (2011). Así se tiene que el 74% de los trasplantes renales son exitosos mientras que el 26% muestra complicaciones post trasplante que hacen que vuelva al estado de diálisis.

Finalmente, a los pacientes del tercer escenario se les aplicaba una vez más la tasa de supervivencia al retomar el proceso de diálisis. Usando al 2016 como año base, se trabajó con los siguientes precios:

Costo anual por diálisis: S/. 44 928.00

Ejecución de ingreso por asegurado: S/. 919.00

Este ejercicio da forma a un flujo de caja que arrojó un VAN de S/ -4 003 898 265.00.

4. Discusión de resultados

El objetivo general del presente estudio fue determinar si los trasplantes de órganos son más costo-eficientes y costo-beneficiosos que otras opciones de tratamientos ante diferentes enfermedades. Para ello, se usó como muestras estadísticas a los pacientes sometidos a diálisis y los pacientes que recibieron trasplante renal.

En base a ello, es posible concluir que los trasplantes renales son más costo-útiles que los procedimientos de diálisis, pese a la alta tasa de complicaciones o rechazos al injerto que puedan darse en la etapa *post* operatoria.

Ahora bien, desde el punto de vista del análisis costo-eficiencia, el trasplante renal figura como la mejor opción al reunir un menor coste y un mayor AVAC promedio. Al respecto, cabe mencionar que el paciente trasplantado tiene una mejor calidad de vida y esperanza de sobrevida (hasta tres veces más) que aquel que está siendo sometido a un procedimiento de diálisis.

Además, el paciente trasplantado puede reincorporarse como un ciudadano económicamente más eficiente, lo cual no se da con facilidad en el paciente dializado, ya que está sujeto a una rutina de tratamiento y medicación.

Otro punto a mencionar es que la inversión para darle un año de vida al paciente trasplantado es de S/ 11 216.00 (si es que no rechaza el nuevo órgano), mientras que el monto en el que se incurre para un paciente que se somete a un procedimiento constante de diálisis es de S/ 38 903.00, lo cual es aproximadamente 200% más costoso.

También es importante reparar en el posible rechazo agudo del injerto, toda vez que, si no es posible salvar el órgano después del tratamiento de rescate, se habrá incurrido en un costo hundido de S/ 120 353.00 (S/ 113 530.00 en valor presente). Es así que es de suma importancia que el paciente *post* trasplantado tenga el mejor seguimiento para reducir el riesgo de rechazo y pérdida del órgano.

Desde la perspectiva costo-beneficio, la actualización de costos e ingresos al llevarlos a su valor presente permite comparar los dos posibles escenarios con los que nos podemos encontrar. Una vez realizadas las proyecciones de demanda de diálisis, trasplantes renales e ingresos, a partir del octavo año de un escenario supuesto en el que se haya implementado una política de consentimiento presunto, EsSalud ahorraría el monto de S/ 91 416183.00 para el año 2026 al lograr cubrir la demanda potencial de trasplantes renales.

La explicación de los VAN negativos es que el aporte anual promedio de los asegurados con IRCT o trasplantados no es suficiente para cubrir los gastos de diálisis o trasplantes, siendo subvencionados por otros pacientes que no hacen uso del seguro social o cuyas enfermedades son menos costosas que su aporte.

En atención a los resultados obtenidos del análisis hecho para acreditar la viabilidad económica de aplicar una política de consentimiento presunto para la aumentar la cantidad de donaciones de órganos y tejidos, se colige que esta medida es la más efectiva y beneficiosa para los pacientes en términos de aumento de su expectativa y calidad de vida, así como, en el impacto en la sociedad ya que más personas podrán acceder a un órgano o tejido que le resulte vital para mejorar su salud[20].

V. CONCLUSIONES

La investigación desarrollada nos ha permitido extraer las siguientes conclusiones desde el plano jurídico y económico.

– Perú es uno de los países de Latinoamérica con la tasa más baja de donación de órganos. Si bien al año 2017 sólo llegábamos a 1.6 donantes por millón, lo que afectaba a más de 6000 pacientes que se encontraban

[20] Cabe señalar que nuestro estudio presenta algunas limitaciones. Los costos de cada procedimiento/escenario, los AVAC y tasa de descuento usados fueron extrapolados de otros estudios citados respectivamente y actualizados.

en lista de espera, al año 2020, la ratio disminuyó a 0.5 donantes por millón de habitantes, hecho que convierte esta realidad en alarmante.

- Es importante adoptar medidas que busquen revertir esta situación para conseguir que la demanda de órganos y tejidos sea satisfecha. Para ello, el Estado debe implementar una política pública lo suficientemente efectiva para alcanzar este propósito.

- La política pública más adecuada viene a ser la adopción en nuestra legislación del consentimiento presunto absoluto en lugar del esquema actual que posibilita que los familiares revoquen o rechacen la donación de los donantes fallecidos.

- Se ha demostrado que esta medida, si bien puede colisionar con otros derechos, resulta necesaria para poder reducir el índice de mortalidad de personas por no tener acceso a un órgano o tejido para mejorar su salud. En ese sentido, desde el plano jurídico, el análisis elaborado ha permitido demostrar que no hay afectación al orden constitucional.

- Por otra parte, cabe indicar que al año entre el 5.19% y 7.11% del gasto ejecutado de EsSalud ha sido destinado a los tratamientos de diálisis. Una cifra preocupante para las prioridades que tenemos como país que tiene objetivos de desarrollo sostenible.

- Desde el punto de vista del costo-eficiencia, a un paciente, un trasplante le traería una mejor calidad de vida reflejada en los años de vida ajustados por calidad (AVAC) sea cual sea el escenario que afronte en la etapa post operatoria; mientras que, a EsSalud, un ahorro anual de inversión por paciente.

- Desde la perspectiva costo-beneficio, bajo un supuesto en el que se llegase a adoptar una política de consentimiento presunto y se cubriese la demanda total de órganos, EsSalud recuperaría su inversión a partir del octavo año del proyecto y operaría con unos gastos más bajos conforme avance el tiempo.

REFERENCIAS

Alsina Tarrida, A., Sánchez Escudero, A., Campistol Plana, J.M., Oppenheimer Salinas, F., & Fernández Vega, E. (2014). Análisis económico de la enfermedad renal crónica terminal: trasplante renal de donante vivo frente a hemodiálisis. *Premios Profesor Barea*, (12), 121-129.

Alvites Alvites, E. (2007). La protección jurisdiccional urgente del derecho a la salud. Palestra del Tribunal Constitucional. *Revista de Doctrina y Jurisprudencia*, (1), 587-594.

Amado, J. (1988). Las declaraciones de voluntad impropia en la teoría del acto jurídico. *Themis-Revista de Derecho*, (10), 77-82.

Angoitia Gorostiaga, V. (1996). *Extracción y trasplante de órganos y tejidos humanos. Problemática jurídica*. Editorial Marcial Pons.

Belizán Benetti, A., & Santa María Ruiz, F. (2013). *Estrategia de comunicación para fomentar la donación de órganos en Lima Metropolitana*. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

Bergoglio, M., & Bertoldi, M. (1983). *Trasplantes de órganos, entre personas, con órganos de cadáveres*. Editorial Hammurabi.

Bernal Pulido, C. (2005). La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales. En E. Cáceres Nieto, I. Flores Mendoza, & J. Saldaña Serrano (coords.), *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho* (pp. 17-35). Universidad Nacional Autónoma de México.

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (2012). *BCN Informe. Sistemas de donación de órganos en el Derecho Comparado*. https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/15473/5/Sistemas%20de%20donacion%20de%20organos%20en%20el%20Derecho%20Comparado_def_v4.pdf

Bregaglio Lazarte, R., Constantino Caycho, R., & Chávez Irigoyen, C. (2014). *Políticas públicas con enfoque de derechos humanos en el Perú. El Plan Nacional de Derechos Humanos y las experiencias de planes regionales en derechos humanos*. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, y Konrad Adenauer Stifung.

Carrasco Andrino, M. (2015). *El comercio de órganos humanos para trasplante. Análisis penal*. Tirant Lo Blanch.

Castillo, M., & Sabroso, R. (2008). Teoría de los actos propios y la nulidad: ¿regla o principio de derecho?. *Revista Jurídica del Perú*, (94), 359-371.

Centro Nacional de Planeamiento Estratégico (CEPLAN) (2011). *Plan estratégico de desarrollo Nacional*. https://www.ceplan.gob.pe/sinaplan/plan-bicentenario-2/

Consejo Iberoamericano de Donación y Trasplantes (2008a). *Recomendación REC-RCIDT-2007 (7) sobre guías de calidad y seguridad de células y tejidos humanos para trasplante*. http://www.ont.es/publicaciones/Documents/iberoamericaNEWSLETTER08.pdf

(2008b). *Recomendación REC-RCIDT-2008 (8) consideraciones bioéticas sobre la donación y el trasplante de órganos, tejidos y células*. http://www.ont.es/publicaciones/Documents/iberoamericaNEWSLETTER08.pdf

Dirección General de Donaciones, Trasplantes y Banco de Sangre (DIGDOT) (2021). *Informe de Gestión de la Dirección General de Donaciones, Trasplantes y Banco de Sangre Periodo del 19 de noviembre de 2020 al 12 de febrero de 2021*. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1751346/DIGDOT%20%28parte%201%29.pdf

Dukeminier, J. (1970). Supplying Organs for Transplantation. *Michigan Law Review, 68*(5), 811-866.

El Peruano (17 de abril de 2021). Donación de órganos para salvar vidas. La solidaridad llegó desde Piura y Cusco. *El Peruano*. https://elperuano.pe/noticia/119019-donacion-de-organos-para-salvar-vidas

EsSalud (s.f.). *Centros que Trasplantan*. Donación y Trasplante. https://ww1.essalud.gob.pe/trasplanteweb/centros.html

(2016). *EsSalud: Principales indicadores de salud 1990-2015* (informe). www.essalud.gob.pe/downloads/series_estadisticas_1990_2015_VF.pdf

(15 de setiembre de 2017). *EsSalud lanza campaña de sensibilización para fomentar cultura de donación de órganos*. EsSalud. http://www.essalud.gob.pe/essalud-lanza-campana-de-sensibilizacion-para-fomentar-cultura-de-donacion-de-organos/

Fundación Renal Iñigo Álvarez de Toledo (26 de noviembre de 2020). *¿Qué es la IRC?. Insuficiencia renal crónica*. Fundación Renal Iñigo Álvarez de Toledo. https://www.friat.es/la-enfermedad-renal/insuficiencia-renal-cronica/que-es-la-irc/

Centro Nacional de Salud Renal (2019). Carta 89-CNSR-ESSALUD-2019 [Solicitud de acceso a la información].

García, G., & Fernández, K. (2009). *Normativa en Bioética, derechos humanos, salud y vida*. Editorial Trillas.

García-Altés, A., Navas, E., & Soriano, J. (2011). *Evaluación económica de intervenciones de salud pública. Revista Gaceta Sanitaria, 25*(1), 25-30. https://doi.org/10.1016/S0213-9111(11)70005-X

Garzón Valdés, E. (1999). Algunas consideraciones éticas sobre el trasplante de órganos. En R. Vázquez (comp.), *Bioética y Derecho. Fundamentos y problemas actuales* (pp. 214-253). Fondo de Cultura Económica.

Gop.be (22 de septiembre de 2019). Ministerio de Salud - En el Perú el rechazo de las familias a donar los órganos de su familiar fallecido se redujo de 74% a 56%. *Gop.be.* https://www.gob.pe/institucion/minsa/noticias/51258-en-el-peru-el-rechazo-de-las-familias-a-donar-los-organos-de-su-familiar-fallecido-se-redujo-de-74-a-56

Guerra Carrasco, R. (2005). *Donación de Órganos: Comprensión y Significado* (tesis de licenciatura para optar por el grado de Sociólogo). Universidad de Chile, Santiago, Chile.

Guerra García, Y., & Vega Rojas, P. (2012). El impacto social de la donación de órganos en Colombia. *Revista Tendencias & Retos*, *(17)*1, 105-114.

Indacochea Prevost, U. (2008). Calle de las pizzas y ponderación constitucional. *Revista de Derecho Administrativo*, (5), 291-296.

Jarl, J., Desatnik, P., Peetz, U., Göran, K., & Gerdtham, U. (2018). Do kidney transplantations save money? A study using a before–after design and multiple register-based data from Sweden. *Clinical Kidney Journal, 11*(2), 283-288.

La República (31 de octubre de 2016). Diálisis es el servicio más tercerizado en EsSalud. *La República*, 5.

Landa Arroyo, C. (2017). *Los derechos fundamentales*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Loza-Concha, R., & Quispe, A. (2011). Costo-utilidad del trasplante renal frente a la hemodiálisis en el tratamiento de la insuficiencia renal crónica terminal en un hospital peruano. *Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública,* 28(3), 432- 439.

Mendoza Chuctaya, G. (2020). Donación de órganos en el Perú: 50 años después del primer trasplante renal. *Revista Nefrología Diálisis y Trasplante, 40*(4), 356-357.

Meneses Liendo, V., León Rabanal, C., Huapaya Carrera, J., & Cieza Zevallos, J. (2011). Sobrevida en hemodiálisis según el periodo de ingreso de pacientes entre 1982 y 2007 en Lima, Perú. *Revista Médica Herediana, 22*(4), 157-158.

Ministerio Público del Perú (2010). *Manual Interinstitucional del Ministerio Público y Policía Nacional del Perú para la investigación de muerte violenta o sospechosa de criminalidad.* https://www.mpfn.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2600_manual_interinstitucional_mp_pnp.pdf

Ministerio de Salud [MINSA] (2020). *Política Nacional Multisectorial de salud al 2030 "Perú, país saludable"*. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1272348/Pol%C3%ADtica%20Nacional%20Multisectorial%20de%20Salud%20al%202030.pdf

Morales Godo, J. (1997). *Hacia una Concepción Jurídica Unitaria de la Muerte*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Neciosup Santa Cruz, V. (2018). *Donación de Órganos y Tejidos en el Perú*. https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/FE22C6CCDCE499B505258330007B40DE/$FILE/DONACI%C3%93N-%C3%93RGANOS-TEJIDOS-PER%C3%9A.pdf

Organización Panamericana de la Salud (2013). *Legislación sobre donación y trasplantes de órganos, tejidos y células: compilación y análisis comparado*. https://www.paho.org/hq/dmdocuments/2013/HSS-MT-Leg--donacion-trasplante-2013.pdf

Consentimiento (s.f.). En *Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española*. https://dle.rae.es/consentimiento

Rosselli, D., Rueda, J., & Diaz, C. (2015). Cost-effectiveness of kidney transplantation compared with chronic dialysis in end-stage renal disease. *Saudi Journal of Kidney Diseases and* Transplantation, *26*(4), 733-738.

Salas, A., Hinojosa, R., & Battilana, C. (2006). Costo de las terapias para tratar la Insuficiencia Renal Crónica Terminal. *Revista Diagnóstico, 45*(4), 182-184.

Salvatierra Castro, M. (2017). *El test de proporcionalidad y el peligro de su aplicación por el Tribunal Constitucional Peruano* (trabajo académico de segunda especialidad). Pontificia Universidad Católica del Perú.

Sánchez Cedillo, A., Cruz Santiago, J., Mariño Rojas, F., Hernández Estrada, S., & García Ramírez, C. (2020). Carga de la enfermedad: insuficiencia renal, diálisis-hemodiálisis y trasplante renal en México. Costo de la enfermedad. *Revista Mexicana de trasplantes, 9*(1), 15-25.

Sausa, M. (26 de mayo de 2018). Cada día mueren dos personas en espera de un trasplante de órgano. *Perú 21*. https://peru21.pe/lima/lima-dia-mueren-dos-personas-espera-trasplante-organo-408234

Solórzano, J., Vargas-Chaves, I., & Alzate, D. (2019). *Consentimiento informado: casos relevantes en materia constitucional*. Editorial Ibáñez.

Torales, S., Berardo, J., Hasdeu, S., Esquivel, M. P., Rosales, A., Azofeifa, C., Salazar, J., Cerdas, M., Gianneo, O., Esteche, M., Leguizamo, E., Lemgruber, A., Beltrán, M., & Caccavo, F. (2021). Evaluación económica comparativa sobre terapias de reemplazo renal en Argentina, Costa Rica y Uruguay. *Revista Panamericana de Salud Pública*, *45*, 1-9. https://doi.org/10.26633/RPSP.2021.119

Vélez Vélez, E. (2007). Donación de órganos, una perspectiva antropológica. *Revista de la Sociedad Española de Enfermería Nefrológica, 10*(3), 179-185.

Vidal Ramírez, F. (2013). *El acto jurídico*. Gaceta Jurídica.

Zúñiga, A. (2015). El consentimiento presunto y la reciprocidad como mecanismos para aumentar la donación de órganos. *Revista Médica de Chile, 143*(10), 1331-1336.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Código Civil [CC], Diario Oficial *El Peruano*, 25 de julio de 1984 (Perú).

Constitución Política del Perú [Const.] (1993).

Decreto Supremo 011-2010-SA, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley 29471, Ley que promueve la obtención, donación y trasplante de órganos y tejidos humanos, Diario Oficial *El Peruano,* 3 de junio de 2010 (Perú).

Decreto Supremo 014-2005-SA, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley 28189, Ley General de donación y trasplante de órganos y/o tejidos humanos, Diario Oficial *El Peruano,* 27 de mayo de 2005 (Perú).

Decreto Supremo 026-2020-SA, Decreto Supremo que aprueba la Política Nacional Multisectorial de salud al 2030 "Perú, país saludable", Diario Oficial *El Peruano,* 24 de agosto de 2020 (Perú).

Decreto Supremo 029-2018-PCM, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento que regula las Políticas Nacionales, Diario Oficial *El Peruano,* 20 de marzo de 2018 (Perú).

Decreto Supremo 164-2021-PCM, Decreto Supremo que aprueba la Política General de Gobierno para el periodo 2021-2026, Diario Oficial *El Peruano,* 16 de octubre de 2021 (Perú).

Ley 20413, 15 de enero de 2010, Diario Oficial [D.O.] (Chile).

Ley 23415, Ley que regula los trasplantes de órganos y tejidos de cadáveres, así como los trasplantes de órganos y tejidos de personas vivas, Diario Oficial *El Peruano*, 4 de junio de 1982 (Perú).

Ley 24703, Ley que modifica varios artículos de la Ley 24703, Ley que regula los trasplantes de órganos y tejidos de cadáveres, así como los trasplantes de órganos y tejidos de personas vivas, Diario Oficial *El Peruano*, 25 de junio de 1987 (Perú).

Ley 26842, Ley General de Salud, Diario Oficial *El Peruano*, 20 de julio de 1997 (Perú).

Ley 27282, Ley de fomento de la donación de órganos y tejidos humanos, Diario Oficial *El Peruano*, 8 de junio de 2000 (Perú).

Ley 28189, Ley General de donación y trasplante de órganos y/o tejidos humanos, Diario Oficial *El Peruano,* 18 de marzo de 2004 (Perú).

Ley 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, Diario Oficial *El Peruano,* 20 de diciembre de 2007 (Perú).

Ley 29471, Ley que promueve la obtención, donación y trasplante de órganos y tejidos humanos, Diario Oficial *El Peruano,* 14 de diciembre de 2009 (Perú).

Ley 30473, Ley que modifica los artículos 2, 3 y 4 de la Ley 27282, Ley de fomento de la donación de órganos y tejidos humanos, Diario Oficial *El Peruano*, 29 de junio de 2016 (Perú).

Proyecto de Ley 4247/2018-CR, Ley que modifica la Ley 28189, Ley General de Donación y Trasplante de órganos y/o tejidos humanos, presentado del 22 de abril de 2019 (Perú).

Resolución de Presidencia del Consejo Directivo 00047-2018/CEPLAN /PCD, Aprueban Guía de Políticas Nacionales, Diario Oficial *El Peruano,* 14 de septiembre de 2018 (Perú).

Resolución Ministerial 589-2007-MINSA, Aprueban Plan Nacional Concertado de Salud, Diario Oficial *El Peruano,* 21 de julio de 2007 (Perú).

Resolución Ministerial 783-2021-MINSA, Aprueban la NTS 176-MINSA/2021/DIGDOT: "Norma técnica de Salud para la Procura de Órganos y Tejidos", Diario Oficial *El Peruano,* 24 de junio de 2021 (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 29 de octubre de 2005, sentencia recaída en el Expediente 045-2004-PI/TC (Perú).

10.18800/themis.202102.012

LA REFORMA PENDIENTE EN ENERGÍA: GENERACIÓN DISTRIBUIDA

THE PENDING ENERGY REFORM: DISTRIBUTED ENERGY

Pedro Gamio Aita*
Pontificia Universidad Católica del Perú

Energy is an essential input to meet the various basic needs, which is why it's fundamental for a country's development. Furthermore, within this area, the use of renewable energies has been on the rise as their developments continues to progress. In that way, it is now possible to resort to renewable energies in distributed manner to boost the energy sector.

In this article, the author focuses on analyzing the problems faced by distributed generation in Peru. In this way, he analyzes the key actors, delves into the regulatory framework in place and addresses the existing barriers for the implementation of distributed energy. Finally, he proposes a matrix of solutions to drive towards a decentralized, distributed and accessible for all Peruvians.

Keywords: Distributed energy; renewable energies; energy policy; Osinergmin; public policies.

La energía es un insumo esencial para atender las diversas necesidades básicas, motivo por el cual resulta fundamental para el desarrollo del país. Asimismo, dentro de este ámbito, el uso de las energías renovables se ha encontrado en aumento conforme su desarrollo sigue progresando. En ese sentido, actualmente resulta posible recurrir a las energías renovables y de forma distribuida para impulsar el sector energía.

El presente artículo se enfoca en analizar las problemáticas que atraviesa la generación distribuida en el Perú. De esa manera, analiza los actores clave, ahonda en el marco regulatorio existente y aborda las barreras existentes para la implementación de la generación distribuida. Finalmente, propone una matriz de soluciones que impulse hacia una red eléctrica descentralizada, distribuida y asequible para todos los peruanos.

Palabras clave: Generación distribuida; energías renovables; política energética; Osinergmin; políticas públicas.

* Abogado. Magíster en Gestión de Políticas Públicas por la Universidad Carlos III de España y egresado de la Maestría de Ciencia Política de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Exviceministro de Energía del Perú. Presidente del Panel Asesor de Monitoreo Independiente del Proyecto Camisea, por encargo del Eximbank. Consultor de Giz, agencia alemana de cooperación internacional. Integrante del Consejo Directivo de la Plataforma Latinoamericana de Energías Renovables (PLESE) (Lima, Perú). Contacto: pedrogamioa@gmail.com

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 4 de agosto de 2021, y aceptado por el mismo el 21 de febrero de 2022.

I. ÁMBITO Y ALCANCE

La energía, en sus múltiples formas, al ser un insumo transversal a todas las actividades económicas, es indispensable y estratégica para el país. Por tanto, su desarrollo es de alta prioridad, a fin de lograr la ansiada modernización y sostenibilidad, más aún en tiempos de pandemia y crisis económica. Se trata de fortalecer la competitividad y brindar mejores servicios a los ciudadanos. Además, esto es parte de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas que el Perú ha suscrito.

En electricidad, la ausencia de políticas activas y coherentes por parte del gobierno origina una reiterada alteración y la consecuente distorsión del modelo energético existente, cuyo impacto se refleja en una tarifa eléctrica elevada para los usuarios regulados. En consecuencia, el subsector eléctrico requerirá necesariamente de un cambio importante en este quinquenio.

La generación distribuida en el Perú es una actividad relacionada con el servicio público de electricidad y como tal se encuentra sometida a un régimen jurídico específico que, entre otros, tiene que garantizar la aplicación de los principios de continuidad y regularidad en la prestación del servicio eléctrico. La generación distribuida consiste en la generación de energía eléctrica por medio de múltiples o varios actores que actúan como pequeñas fuentes, estando en los lugares más próximos a las cargas. El consumidor se vuelve al mismo tiempo en un productor de energía eléctrica.

Tomando en cuenta esta consideración, el ámbito y el alcance del estudio consiste en analizar los actores clave, el estado de situación del marco regulatorio, los problemas o barreras a la implementación de la generación distribuida en el país, para que sobre la base de dicho análisis se proponga una matriz de soluciones consistente en una hoja de ruta que no se limita únicamente a la aprobación del reglamento, sino también a la creación de un ecosistema de acciones que impulsen permanentemente hacia el logro de una red eléctrica descentralizada, distribuida y asequible para todos los peruanos.

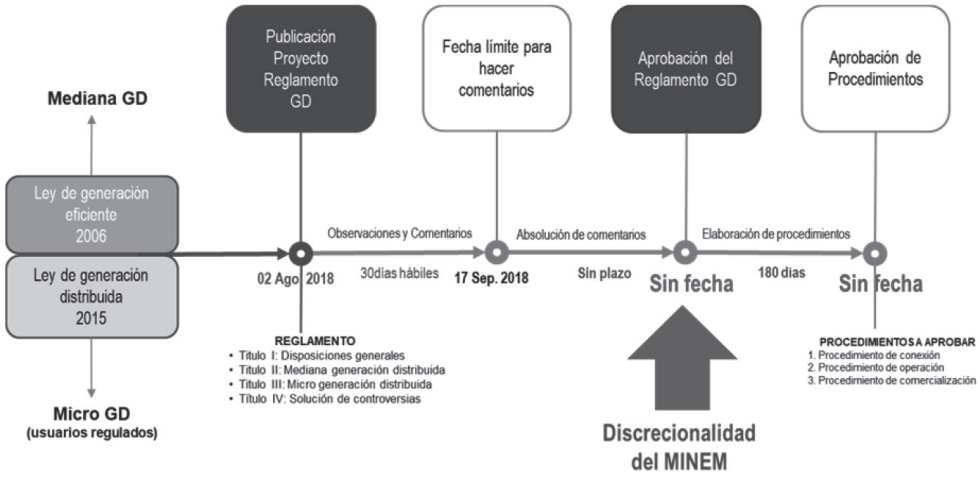
II. MAPA DE ACTORES PARA LA GENERACIÓN DISTRIBUIDA

Considerando que el objeto central del estudio es analizar las condiciones habilitantes necesarias para la aprobación de los reglamentos de las normas con rango de ley sobre la generación distribuida, los actores clave más relevantes a analizar son de tipo institucional, a quienes se les caracterizará de acuerdo con su rol y si están comprometidos, son opositores o neutrales frente a la aprobación del reglamento de la generación distribuida.

En atención al párrafo anterior, los actores fundamentales en la formulación del reglamento de la generación distribuida son:

a) **El Ministerio de Energía y Minas** (en adelante, el MINEM): entidad responsable de la formulación de la política energética del país, es el encargado de proponer e impulsar las reformas regulatorias, y de elaborar y aprobar los reglamentos del marco normativo del sector energía del país. En el caso específico de la reglamentación de la Ley 28832 y el Decreto Legislativo 1221, fue el encargado de elaborar el estudio de sustento y el proyecto de reglamento de la generación distribuida, el cual fue publicado para recepción de opiniones y sugerencias.

Figura 1: Cronograma de implementación del Proyecto de Reglamento de Generación Distribuida



Fuente: Elaboración propia

También cabe resaltar que el MINEM es el que ha definido el esquema de aprobación de dicho proyecto de reglamento, que visto desde un enfoque objetivo –al no definir plazos para la aprobación de este, una vez recibidos los comentarios y observaciones– ha eludido su responsabilidad de aprobar el reglamento en los plazos prudentes. Ello ha dado como resultado que, en su discrecionalidad para la aprobación de los reglamentos de las normas con rango de ley del sector, jueguen un rol en contra de la mejora y la operatividad de las normas aprobadas.

En efecto, tal como se puede observar en el gráfico precedente, el MINEM establece plazos para las acciones que desarrollarán terceras instituciones, como la emisión de comentarios y la aprobación de procedimientos por parte del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (en adelante, Osinergmin) y el Comité de Operación Económica del Sistema Interconectado Nacional (en adelante, COES); mientras que, para las acciones de su competencia, los omite deliberadamente.

Cabe precisar que este comportamiento, al parecer, no es casual. Desde el año 2006, el MINEM ha mostrado indiferencia frente a la necesidad y urgencia de aprobar el reglamento de la generación distribuida estipulado en la Ley 28832. Esto podría demostrar que esta entidad cuenta con una amplia discrecionalidad para la aprobación de normas en el ámbito de su competencia.

No obstante, hoy en día al parecer hay una mayor apertura al cambio, aunque mientras no exista un lineamiento institucional claro, plasmado en un documento oficial de política energética, aún existe la duda de que efectivamente el MINEM represente a un actor comprometido con el desarrollo de la generación distribuida.

b) **El Osinergmin:** entidad técnica responsable de la regulación y supervisión de las actividades energéticas del país, es el encargado de elaborar los procedimientos de conexión, operación y comercialización del proyecto de reglamento, además de ser el responsable de supervisar y fiscalizar el desarrollo de la generación distribuida de acuerdo con los lineamientos del marco regulatorio. También, es el encargado de emitir normas de menor jerarquía (resoluciones) para acotar los procedimientos y/o establecer las condiciones y medios de aplicación de la generación distribuida en el país, tales como los procedimientos del COES que deberán ser actualizados para incorporarse a la generación distribuida.

Adicionalmente, Osinergmin es el responsable de determinar los precios de las actividades reguladas del sector, por lo que será el encargado de efectivizar y garantizar que el desarrollo de la generación distribuida en el sistema eléctrico no genere distorsiones, por ejemplo, en el cálculo de los peajes y cargos tarifarios de la distribución eléctrica o en la liquidación de excedentes del autoconsumo en el proceso de una correcta facturación del suministro eléctrico de los usuarios regulados.

Por su carácter técnico, este ente regulador juega un rol determinante para la generación distribuida, ya que de trabajar de forma colaborativa con el MINEM el regulador no sólo podría desarrollar estudios especializados y ser el soporte técnico del MINEM, sino que podría proponer proyectos de norma que mejoren o complementen al marco normativo de la generación distribuida.

En consecuencia, el regulador es un actor comprometido con el desarrollo de la generación distribuida, aunque es relevante para ello hacerlo partícipe de todo el proceso.

c) **Las empresas distribuidoras:** son las encargadas de brindar el servicio eléctrico a los usuarios regulados dentro de su área de concesión. Con reglas claras sobre la conexión y comercialización de la energía proveniente de la generación distribuida, probablemente sean las primeras en desarrollar la generación distribuida. Ello es así no solamente por la oportunidad de asegurar la confiabilidad del suministro eléctrico en su área de concesión, sino porque la generación distribuida representa una estrategia comercial muy potente para apalancar las carteras de contratos de suministro y así generar ingresos adicionales, muy a parte de la disminución de las pérdidas eléctricas en sus redes eléctricas y por no traspasar los peajes de transmisión, correspondiente a la proporción de energía generada de forma descentralizada.

Bajo este enfoque, por un lado, estarán las empresas distribuidoras con políticas orientadas hacia las energías renovables, las redes eléctricas inteligentes y la ubicuidad de la energía en las redes de distribución serán actores comprometidos con el desarrollo de la generación distribuida.

Un ejemplo de esto es la empresa ENEL, quién a través de ENEL X, actualmente brinda a sus clientes la posibilidad de acceder a múltiples servicios energéticos como sistemas de distribución y baterías para el almacenamiento de energía; soluciones de iluminación inteligente y led de bajo consumo; movilidad eléctrica y servicios de recarga rápida; instrumentos para la gestión inteligente de energía e instalaciones en viviendas, edificios y ciudades; y softwares para controlar el intercambio de energía en los sistemas de autogeneración distribuida.

Por otro lado, también estarán las empresas distribuidoras que, con la generación distribuida, a ya sea desarrollando plantas de generación distribuida o comprando a medianos generadores distribuidos, nuevos o existentes, energía a precios competitivos que les permitan asegurar una estrategia comercial, como por ejemplo la de fidelizar a sus grandes usuarios para que no migren al mercado libre o reclutar nuevamente a aquellos clientes que migraron a otros suministradores por una mejor oportunidad de precios.

Una revisión de la información de generación distribuida existente, asociada a las empresas de distribución, muestra que hoy existen siete empresas distribuidoras que vienen beneficiándose de las ventajas de la generación distribuida, al producir en esta modalidad el 0.7% de la producción total de energía en el Sistema Eléctrico Interconectado Nacional de Perú (en adelante, SEIN), tal como se puede observar en el siguiente cuadro:

Figura 2: Producción de energía (GWh) de las empresas distribuidoras – año 2019

Empresas Distribuidoras	Producción SEIN	Producción Aislado	Total
Electronorte	12.0	233.5	245.5
Electro Dunas	126.2	82.7	208.9
Electro Oriente	97.9	73.6	171.5
Electrocentro	34.6	39.0	73.6
Electro Sur Este	60.1	0.0	60.1
Hidrandina	18.6	17.9	36.5
Electro Puno	15.9	0.0	15.9
Electronorte	0.0	13.2	13.2
Electro Ucayali	0.0	8.3	8.3
Enel Distribución	0.0	5.7	5.7
Seal	0.0	2.9	2.9
Electro Sur Este	0.0	0.3	0.3
Total GWh/año	**365.3**	**477.1**	**842.4**

Fuente: Elaboración propia a partir del Anuario estadístico 2019 de Osinergmin

El objetivo debería ser incrementar este porcentaje de penetración de la generación distribuida en el SEIN. El nuevo reglamento, que debe aprobarse, promoverá el ingreso de nuevos actores en la generación distribuida, fortaleciendo el mercado eléctrico en las regiones y ayudando a ampliar la frontera eléctrica. Ya no deberá ser un obstáculo, un mercado regulado con sobre contratación, resultado de las licitaciones de suministro eléctrico de largo plazo. Hacia adelante, se debe planificar con anticipación, una disminución de la demanda como consecuencia de la autogeneración.

De allí la necesidad de definir plazos ágiles y transparentes para el proceso de conexión de la generación distribuida, de modo que el libre acceso a las redes de distribución no sea una barrera de ingreso para interesados en desarrollar la generación distribuida, diferentes a la empresa distribuidora o sus subsidiarias.

d) **Las empresas generadoras existentes:** son las encargadas de producir y vender la electricidad en las diversas modalidades de contratación existentes en el mercado eléctrico. Con el marco normativo aprobado sobre la generación distribuida, al igual que las distribuidoras probablemente sean las primeras en orientar su estrategia comercial hacia el desarrollo de pequeñas plantas de generación distribuida, no solamente para diversificar el riesgo de sus contratos de venta de energía, sino por la oportunidad de entrar a competir con servicios energéticos más personalizados a los clientes libres y regulados de las empresas distribuidoras.

En esta categoría se encuentran las empresas generadoras con políticas arraigadas hacia la descarbonización del parque generador, la digitalización de los sistemas eléctricos, y la desconcentración de la operación y del despacho centralizado de las fuentes de generación. Un ejemplo de este tipo de empresas es Engie, quién actualmente tiene una política de servicios energéticos de suministro de electricidad con recursos energéticos renovables (en adelante, RER), tanto dentro de la red, *on-grid,* por sus siglas en inglés, como fuera de la red, *off-grid*, por sus siglas en inglés; servicios de cogeneración; eficiencia energética; movilidad eléctrica y hasta el desarrollo del hidrógeno. Dentro de este contexto, actualmente, ya viene ofreciendo soluciones de autogeneración y *peak shaving* a sus clientes que podrían represen-

tar ahorros en la factura de hasta 15%. Los servicios incluyen el financiamiento total del proyecto y respaldo energético con sus plantas existentes.

Por otro lado, actualmente ya existen varias plantas de generación eléctrica funcionando en las redes de distribución, bajo un marco regulatorio que no es claro en cuanto a la operación de las mismas; dado que al ser menores a 20 MW la operación no es gestionada por el COES y los beneficios asociados como la mejora de la confiabilidad, la mejora de las pérdidas, la mejora de los índices de calidad SAIFI[1]-SAIDI[2] o el pago de los peajes y cargos tarifarios no se encuentran apropiadamente cuantificadas.

Ante las iniciativas como las señaladas, las reglas que disponga el reglamento de la generación distribuida serán factores claves que incidirán en la rentabilidad y sostenibilidad de los proyectos de generación distribuida y con ello la dinamización del mercado de los usuarios ubicados en las redes de distribución eléctrica.

En tal razón, las generadoras con políticas hacia la descarbonización son actores comprometidos y aquellos generadores con políticas diferentes son actores neutrales que no necesariamente tienen una posición a favor o en contra de la generación distribuida.

e) **Las grandes industrias:** al tener un uso intensivo de la energía son las que potencialmente pueden poner en marcha proyectos de generación distribuida con el objeto de tener control sobre el suministro eléctrico, ya que no sólo aumenta la confiabilidad y la seguridad en el suministro a corto, mediano y largo plazo, sino que hace más eficiente sus procesos productivos.

Aunque será necesario poner en valor las ventajas de la generación distribuida y definir reglas claras para la conexión, operación y comercialización de la energía generada, inclusive a nivel de financiamiento, será de gran valor fomentar programas de créditos a tasas apropiadas que hagan atractivo el retorno de inversión en periodos cortos de tiempo.

A nivel de la mediana generación distribuida, representan los actores más comprometidos para el desarrollo de la reglamentación de la generación distribuida.

f) **La Comisión Multisectorial para la Reforma del Subsector Electricidad** (en adelante, CRSE): tiene como objeto realizar un análisis minucioso del sector en lo relacionado a la previsión de energía eléctrica para el SEIN, ello para formular propuestas orientadas a la adopción de medidas que garanticen la sostenibilidad y desarrollo del subsector electricidad en las actividades de generación, transmisión, distribución y comercialización de la energía eléctrica. Los resultados de este análisis y revisión del marco regulatorio del sector energía serán plasmados en un Libro Blanco, y de implementar sus alcances en una reforma, generarán cambios profundos en el mercado energético del país.

En tal sentido, el rol de la CRSE para la generación distribuida es trascendental, ya que, a pesar que la producción centralizada de la electricidad continuará siendo dominante en el SEIN, todo apunta a que la generación distribuida es uno de los puntos centrales de las futuras reformas regulatorias del país, fundamentalmente porque en conjunto con la electrificación del transporte, la digitalización y las redes eléctricas inteligentes, sus beneficios económicos, ambientales, sociales y técnicos marcarán la diferencia entre un sistema más eficiente de otro.

Considerando lo señalado, la CRSE es un actor neutral dado que su objetivo no es necesariamente promover la generación distribuida, sino una reforma general del sector y con un enfoque más de largo plazo.

III. ESTADO DE SITUACIÓN DE LA GENERACIÓN DISTRIBUIDA: ANÁLISIS DEL MARCO NORMATIVO

A. Incertidumbre en la emisión del marco normativo

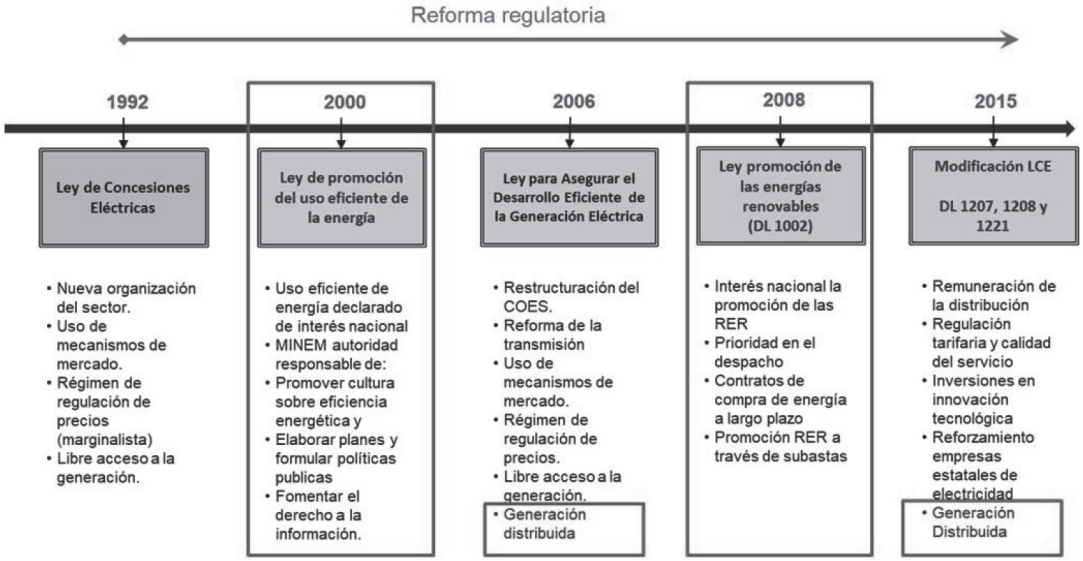
A nivel global, el uso de las energías renovables va en aumento y al ritmo con que avanza su desarrollo, aquellos países como el Perú, con abundancia y diversidad de estos recursos, podrían tener la posibilidad de hacer realidad que su economía sea impulsada con energías renovables y de forma distribuida, siempre que el marco normativo prevea mecanismos que fomenten su desarrollo.

[1] System Average Interruption Frecuency Index

[2] System Average Interruption Duration Index

Al respecto, una revisión de la evolución del marco regulatorio del sector energía muestra que el Perú ya cuenta con normas con rango de ley que deberían fomentar el desarrollo de las energías renovables, la eficiencia energética y la generación distribuida, tal como se muestra en el siguiente gráfico:

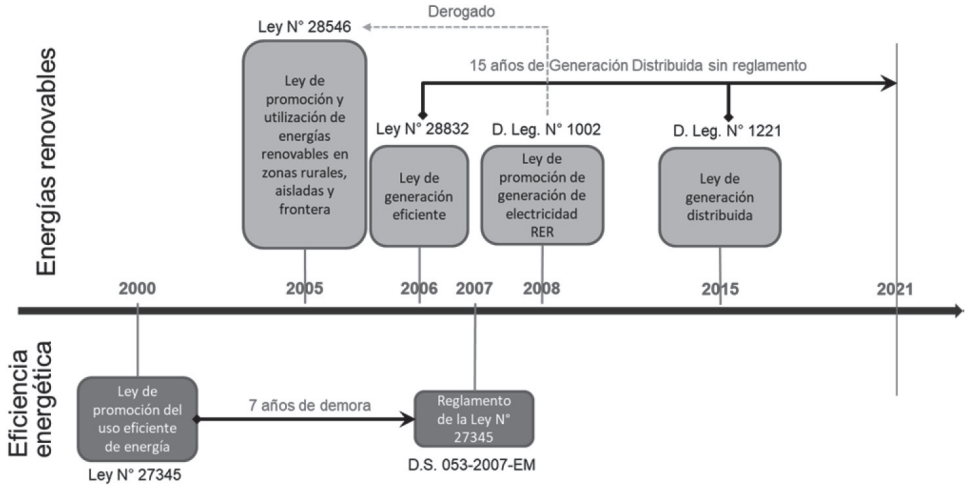
Figura 3: Evolución del marco regulatorio del sector energía



Fuente: Elaboración propia

Sin embargo, el carácter técnico de estas leyes exige que para su aplicación se requiera la emisión de reglamentos específicos. Es aquí donde surge uno de los problemas del marco regulatorio. No hay certidumbre en la emisión de los reglamentos de las leyes. Los reglamentos los emite el MINEM y pueden demorar muchos años, como sucedió con la Ley de Promoción del uso eficiente de la energía, o simplemente no emitirse como en el caso de la generación distribuida, tal como se muestra en el siguiente gráfico:

Figura 4: Incertidumbre en la emisión de reglamentos del sector



Fuente: Elaboración propia

B. Influencia directa del marco normativo general

De acuerdo con la evolución del marco normativo mostrado, la implementación de las energías renovables, la eficiencia energética y la generación distribuida se efectúa en un sistema eléctrico que ya existía al momento de la emisión de las normas que la promueven. Es decir, el funcionamiento del sistema eléctrico peruano se basa en las reglas establecidas por el marco normativo general, conformado principalmente por la Ley de Concesiones Eléctricas y la Ley de Generación Eficiente, cuyas principales características se indican a continuación:

– **Decreto Ley 25844**, Ley de Concesiones Eléctricas y su Reglamento (1992): norma que crea el mercado eléctrico y las reglas de su funcionamiento, define los mecanismos para la regulación de tarifas en todos los segmentos del servicio eléctrico, define la supervisión de las actividades eléctricas y establece el arreglo institucional del sector.

– **Ley 28832**, Ley de Generación Eficiente (2006): norma que mejora algunas reglas establecidas en la Ley de Concesiones Eléctricas, promueve las licitaciones y contratos de suministro de largo plazo, establece el marco legal para el desarrollo de la transmisión eléctrica y la generación distribuida, entre otros.

Como se puede observar, las normas específicas relacionadas con las energías renovables, la eficiencia energética y la generación distribuida se implementaron sobre la base de este marco normativo general, por lo que cualquier comportamiento, sea eficiente o ineficiente del mercado eléctrico, originado por estas normas base, tendrá un impacto directo en el funcionamiento de las normas específicas. Motivo por el cual, aun cuando se puedan perfeccionar los marcos normativos específicos, si no se hacen reformas y/o ajustes a las normas base, será difícil resolver la problemática de la falta de un mayor desarrollo de la generación distribuida.

C. Análisis del marco regulatorio específico

Las normas específicas relacionadas con las energías renovables[3], la eficiencia energética y la generación distribuida son:

– El Decreto Legislativo 1002 y sus reglamentos
– La Ley 28832
– El Decreto Legislativo 1221
– Proyecto de reglamento de la generación distribuida
– La Ley 27345 y su reglamento

Adicionalmente, corresponden a las normas específicas el siguiente conjunto de normas operativas de menor nivel:

– Resolución del Consejo Directivo de Osinergmin 001-2010-OS/CD que aprueba la norma Procedimiento de cálculo de la Prima para la Generación de Electricidad con Recursos Energéticos Renovables (modificado mediante Resolución del Consejo Directo de Osinergmin 072-2016-OS/CD).

– Resolución del Consejo Directivo de Osinergmin 200-2009-OS/CD que aprueba la norma Procedimiento sobre Hibridación de Instalaciones de Generación Eléctrica que utilicen Recursos Energéticos Renovables.

– Resolución del Consejo Directivo de Osinergmin 078-2016-OS/CD que aprueba el Procedimiento Técnico del COES 38 'Determinación Energía Dejada de Inyectar por Causas Ajenas al Generador con RER'.

– Resolución del Consejo Directivo de Osinergmin 035-2013-OS/CD que aprueba el nuevo Procedimiento Técnico del COES PR-20 Ingreso, Modificación y Retiro de Instalación en el SEIN.

– Resolución del Consejo Directivo de Osinergmin 144-2019-OS/CD que modifica el Procedimiento Técnico del COES 26 'Cálculo de la Potencia Firme'.

1. Análisis del Decreto Legislativo 1002, Decreto Legislativo de promoción de la inversión para la generación de electricidad con el uso de fuentes de energía renovable

Este decreto fue promulgado en el año 2008 y cuenta a la fecha con dos reglamentos:

a) **El Decreto Supremo 012-2011-EM** que aprobó el Reglamento orientado a la venta de electricidad con RER al SEIN, tiene como objeto la diversificación de la matriz de generación eléctrica del SEIN sobre la base de energías más amigables con el medio ambiente. De acuerdo con este reglamento, se han efectuado hasta la fecha cuatro subastas RER, desde el 2009 hasta el 2015, dando como resultado la adjudicación de contratos de venta de energía al SEIN a 64 proyectos de generación RER.

b) **El Decreto Supremo 020-2013-EM** que aprobó el Reglamento orientado a la promoción de la inversión eléctrica con energías renovables en áreas no conectadas a red, tiene como objeto incrementar la cobertura eléctrica en las zonas rurales y aisladas del país sobre la base de fuentes de recursos energéticos renovables. De acuerdo con este reglamento, se desarrolló durante el 2013/2014

[3] Véase a Gamio Aita (2011).

la única subasta RER para la instalación de hasta 500 mil sistemas fotovoltaicos autónomos en áreas no conectadas a red, habiéndose adjudicado tres contratos para la instalación de un mínimo de 150 mil sistemas solares fotovoltaico autónomos en el norte, centro y sur del país.

En el Decreto Legislativo 1002 se establecen, entre otros aspectos, los siguientes mandatos para promocionar las energías renovables:

a) Define como Recursos Energéticos Renovables a las energías renovables no convencionales tales como: biomasa, eólica, solar, geotérmica, mareomotriz y a las centrales hidroeléctricas que tengan un tamaño menor o igual a 20 MW (centrales hidroeléctricas RER).

b) Declaró de interés nacional y necesidad pública el desarrollo de la generación eléctrica mediante el uso de RER.

c) Establece que hasta el 5% de la producción nacional de electricidad debe ser generada a partir de RER, sin incluir en este porcentaje a la energía aportada por las centrales hidroeléctricas RER.

d) Establece que el MINEM es la autoridad nacional competente encargada de promover proyectos que utilicen RER.

e) Establece que la promoción de los proyectos RER se desarrollan mediante subastas, las que son conducidas por Osinergmin de acuerdo con las pautas elaboradas por el MINEM.

f) Establece los siguientes incentivos para los proyectos RER:

- Prioridad para el despacho de carga y compra de la energía producida.
- Tarifas estables a largo plazo (20 años) establecidas mediante subastas.
- Prioridad para conectarse a las redes de transmisión y distribución, y el pago de costos incrementales generados por el uso de las redes de transmisión y distribución.
- Depreciación en forma acelerada de activos hasta en 5 años (a una tasa anual no mayor al 20%) para efectos del impuesto a la renta.
- Devolución del Impuesto General a las Ventas gravadas a la importación y adquisición de bienes de capital nuevos.

En términos objetivos esta norma ha sido lo suficientemente robusta para promover las energías renovables en el país, aunque debido a una falta de visión política de largo plazo de la energía del país, el porcentaje de participación RER en la matriz de producción, no fue revisada y actualizada. Asimismo, tampoco fue elaborado el plan nacional de energías renovables que permita tener una ruta de las aspiraciones futuras del país en cuanto al desarrollo de las energías renovables.

Lo anterior, sumado a un comportamiento divergente entre el mercado de corto plazo y el mercado regulado, originó que a la fecha la promoción RER se encuentre detenida y, aunque se logró incorporar 64 proyectos de generación RER al SEIN, con precios competitivos a nivel global, el nivel de penetración RER en el parque generador del SEIN es aún modesto. En ese sentido, los usuarios eléctricos han visto truncado el beneficio de una disminución de las tarifas eléctricas proveniente de una prima negativa que nunca se dio y el SEIN se encuentra muy distante de estar preparado para convertirse en un sistema más flexible y diversificado, condiciones necesarias para enfrentar los grandes desafíos de la descentralización, la descarbonización y la digitalización.

2. Análisis de la Ley 28832, Ley para asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica

Dicha ley fue promulgada en el 2006, como parte de su objetivo de perfeccionar las reglas establecidas en la Ley de Concesiones Eléctricas, en cuanto a asegurar la suficiencia de generación eficiente, establece los siguientes mandatos respecto de la generación distribuida: en el numeral 9 del artículo 1 define a la generación distribuida como la "Instalación de Generación con capacidad no mayor a la señalada en el reglamento, conectada directamente a las redes de un concesionario de distribución eléctrica".

De ello se puede concluir que una instalación de generación eléctrica califica como generación distribuida cuando cumple con dos condiciones:

a) Que esté conectada a redes de distribución y

b) Que tenga una capacidad no mayor a la establecida en el respectivo reglamento.

Asimismo, en su Octava Disposición Complementaria Final, esta ley establece que el reglamento dispondrá medidas de promoción para la generación distribuida y cogeneración eficientes, considerando las siguientes disposiciones:

a) La venta de sus excedentes no contratados de energía al Mercado de Corto Plazo, asignados a los Generadores de mayor Transferencia (de compra o negativa) en dicho mercado; y,

b) El uso de las redes de distribución pagando únicamente el costo incremental incurrido (2006).

Como se puede observar, la posibilidad de venta de excedentes en el Mercado de Corto Plazo y el pago únicamente del costo incremental por el uso de las redes de distribución son los dos primeros criterios firmes establecidos en el marco normativo para incentivar el desarrollo de la generación distribuida en el país.

Además, se debe acotar que, mediante el artículo 6 del Decreto Legislativo 1002, se especificó que este incentivo del pago del costo incremental por el uso de redes de distribución, también es para los generadores que utilicen recursos energéticos renovables que califiquen como generación distribuida.

Sin embargo, se debe precisar que después de 15 años de la vigencia de esta ley, sus alcances son inaplicables debido a que no hubo voluntad técnica ni política para emitir el reglamento que defina las condiciones mínimas para su desarrollo.

3. Análisis del Decreto Legislativo 1221

Este fue promulgado el 2015 para mejorar la regulación de la distribución eléctrica para promover el acceso a la energía eléctrica en el Perú. Así, en su artículo 2, establece lo siguiente respecto a la generación distribuida:

a) Los usuarios del servicio público de electricidad que disponen de equipamiento de generación eléctrica renovable no convencional o de cogeneración, hasta la potencia máxima establecida para cada tecnología, tienen derecho a disponer de ellos para su propio consumo o pueden inyectar sus excedentes al sistema de distribución, sujeto a que no afecte la seguridad operacional del sistema de distribución al cual está conectado.

b) La potencia máxima señalada, las condiciones técnicas, comerciales, de seguridad, regulatorias y la definición de las tecnologías renovables no convencionales que permitan la generación distribuida, entre otros aspectos necesarios, son establecidos en el reglamento específico sobre generación distribuida que aprueba el MINEM (Decreto Legislativo 1221, 2015).

Respecto de la generación distribuida, de acuerdo con los alcances descritos de la Ley 28832 y el Decreto Legislativo 1221, se puede establecer que en el país existen dos tipos paralelos de la generación distribuida:

a) Generación distribuida de mediana o gran escala, definida por la Ley 28832, orientada a la instalación de pequeños generadores con el objeto fundamental de la venta de energía al sistema eléctrico del país, bajo cualquier modalidad de contratación existente, incluyendo la venta al mercado de corto plazo administrado por el COES.

b) Generación distribuida de pequeña escala (microgeneración), definida por el Decreto Legislativo 1221, orientada hacia los usuarios eléctricos regulados para que puedan desarrollar proyectos de generación distribuida que les permita gestionar su autoconsumo de energía, a partir del uso de las energías renovables.

No obstante, a la fecha, estas normas son aún inaplicables debido a la falta de una reglamentación que defina, por ejemplo, la capacidad límite y demás condiciones técnico-comerciales que deberán ser aprobadas en el reglamento de generación distribuida. En adición, a pesar de que el MINEM ha elaborado un último proyecto de reglamento que fue prepublicado en agosto del 2018 para recibir opiniones, después de aproximadamente dos años desde su publicación, este aún no ha sido aprobado.

4. Análisis del proyecto de reglamento de la generación distribuida

El proyecto fue publicado mediante la Resolución Ministerial 292-2018-MEM/DM el 2 de agosto del 2018 y recoge en términos generales los alcances establecidos para la generación distribuida en la Ley 28832 y el Decreto Legislativo 1221. Así, este proyecto de norma, publicado para recibir opiniones y comentarios del sector, propone, fundamentalmente, dos tipos de generación distribuida.

El primero es el aplicable a la mediana generación distribuida, acotada a una capacidad mayor a 200 kW y menor o igual a 10 MW; conectada a redes eléctricas de media tensión (menor a 33 kV); aplicable a cualquier tecnología de generación eléctrica, es decir renovable o cualquier otra fuente convencional; con opciones de venta de la energía producida al mercado libre, al mercado regulado, al mercado *spot* y/o cualquier combinación de ellos. Finalmente, por su tamaño y opciones de venta de energía, se le exigen requisitos de coordi-

nación con las empresas distribuidoras y el COES, todo ello dentro del marco de la Ley 28832.

El otro es el aplicable a la microgeneración distribuida, acotada para clientes regulados de electricidad que puedan generar electricidad para su autoconsumo con capacidad menor o igual que la potencia contratada con la empresa distribuidora, hasta un límite de 200 kW; conectada a las redes de media o baja tensión; aplicable a la generación eléctrica RER o cogeneración; con opciones de inyección de sus excedentes de autoconsumo a la red de distribución en la modalidad de *net-metering*, como créditos de consumo que tendrán una vigencia de recupero de un año calendario. Es decir, al estar la microgeneración distribuida orientada al autoconsumo, los excedentes se pueden netear con los consumos siguientes del cliente por un periodo de un año calendario. La norma excluye algún tipo de remuneración al cliente de persistir dicho excedente después del año calendario, al establecer que vencido el plazo el crédito se pierde. Finalmente, por su tamaño, más allá de los requerimientos de conexión, no se le exige requisitos de coordinación con las empresas distribuidores ni con el COES, todo ello dentro del marco del Decreto Legislativo 1221.

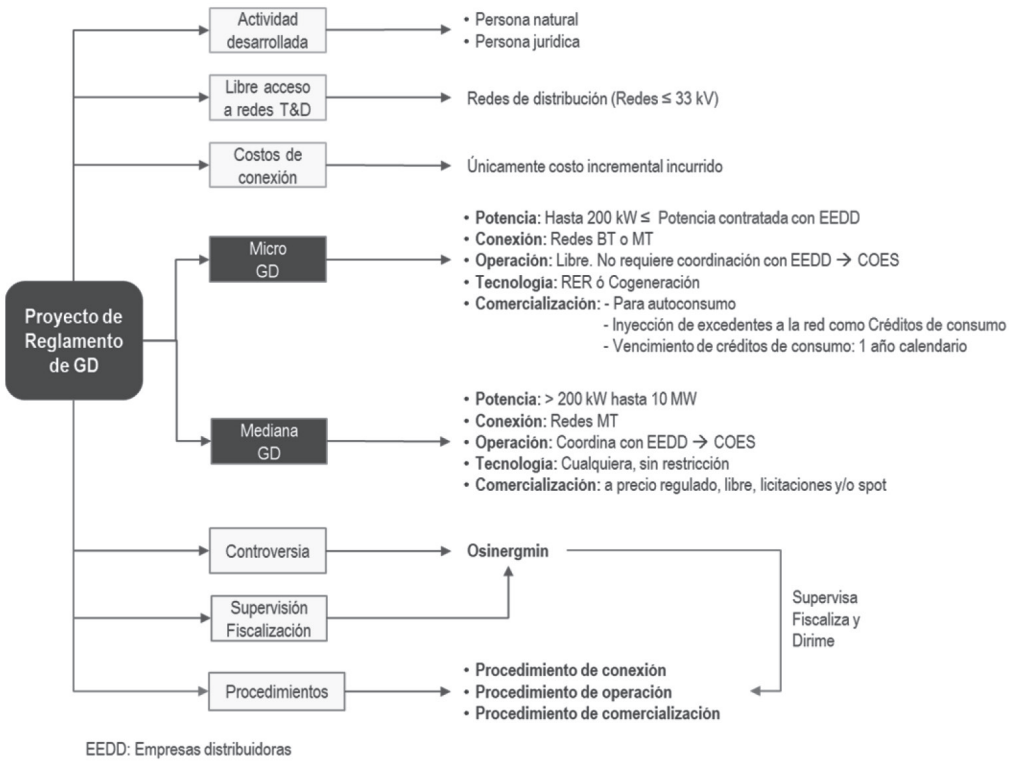
Por otro lado, el proyecto también define que la generación distribuida es una actividad que puede ser desarrollada por cualquier persona, sea natural o jurídica. Además, establece facilidades para su conexión a la red, cuando estipula el libre acceso a las redes de distribución (redes menores o iguales a 33 kV), y en caso esta conexión genere modificaciones a la red existente el generador distribuido deberá asumir únicamente el costo incremental incurrido.

Al respecto, se establece de forma general que la microgeneración distribuida deberá pagar los peajes y cargos tarifarios que resulten aplicables, a pesar de que no se especifica si el pago se relaciona con el autoconsumo o solo a sus excedentes, se podría entender que los peajes y los cargos tarifarios de distribución no son descontados y seguirán siendo pagados por la microgeneración distribuida.

En el caso la mediana generación distribuida, se establece que éste sólo asumirá los peajes y los montos recaudados los transferirá de acuerdo con el marco regulatorio vigente. Es decir, la mediana generación distribuida no asumiría los cargos de distribución en media tensión, sino solo aquellos relacionados con los peajes de transmisión eléctrica.

En adición, el proyecto establece la necesidad de aprobar los procedimientos de conexión, de operación y comercialización como los medios necesarios para facilitar de reglas claras tanto para las empresas distributivas, el COES y Osinergmin, como para los interesados en implementar la generación distribuida.

Figura 5



Fuente: Elaboración propia

Finalmente, ante cualquier controversia que pueda surgir, se establece que Osinergmin es el órgano responsable de dirimir, además de supervisar y fiscalizar el cumplimiento de los alcances de la norma.

En la Figura 5 de la página anterior, se resume el alcance del proyecto de norma.

IV. ANÁLISIS DE BARRERAS A LA GENERACIÓN DISTRIBUIDA

En términos generales, la generación distribuida en la red eléctrica representa una gran oportunidad de autogeneración para los usuarios de electricidad ubicados en las redes de distribución y, a través de ello, la oportunidad para descentralizar y diversificar el sistema eléctrico que inicialmente fue desarrollado de forma centralizada.

Sin embargo, una mayor presencia de la generación distribuida en la red eléctrica plantea desafíos para los reguladores, los operadores de la red eléctrica y los titulares de las redes de distribución. Estos desafíos comprometen a la seguridad de suministro, la confiabilidad y la estabilidad de las tarifas eléctricas, que, si no son abordados adecuadamente en el marco regulatorio, se convierten en barreras regulatorias y de mercado, en restricciones operativas y problemas técnicos que al final impedirán la integración de la generación distribuida a la red.

A continuación, se presentan las principales barreras a la generación distribuida:

A. Incertidumbre política y falta de iniciativa para la emisión de normas del sector

La alta discrecionalidad otorgada al MINEM en la formulación y aprobación de normas dentro de su ámbito de competencia, genera incertidumbre en el sector, sobre todo en temas relacionados con la necesidad de adecuar el marco regulatorio vigente a los nuevos cambios que se vienen dando en el sector. Bajo este ámbito, a pesar de que el país cuenta con leyes que fomentan el desarrollo de la generación distribuida, la falta de su respectiva reglamentación impide su real aplicación.

Los factores determinantes para esta situación han sido la alta rotación del titular de la cartera de Energía y Minas durante los últimos 10 años, y la falta de un real plan de desarrollo sostenible que oriente los esfuerzos del sector hacia un modelo energético sostenible. Estos factores han llevado a establecer una política energética que mantiene el *statu quo* o con pequeños ajustes al marco regulatorio. Esta es una característica que, en el caso específico de la generación distribuida, ha impedido que luego de dos intentos de reglamentarlo, a la fecha no se tenga la norma clave que fomente su desarrollo.

Esto representa una barrera muy importante para el desarrollo de la generación distribuida en el país. Sin iniciativas del responsable de la política energética del país para hacer reformas en las normas base del sector (normas emitidas en el siglo pasado), aun cuando se puedan emitir los mejores marcos normativos específicos sobre la generación distribuida, será difícil ver los resultados del esfuerzo de concretar una mayor penetración de la generación distribuida en el SEIN.

Considerando lo anterior, debe entenderse que el primer paso para instrumentar el desarrollo armónico de la generación distribuida en el país es trabajar en la decisión política de fomentarla por parte del MINEM. Es una condición habilitante que permitirá destrabar todas las demás barreras de la generación distribuida. Y mientras esta institución se encuentre altamente politizada y su discrecionalidad no se encuentre acotada con los objetivos nacionales de largo plazo y al logro de metas específicas, el riesgo regulatorio siempre será latente. Por tanto, no basta con la emisión del reglamento de la generación distribuida, sino que es necesaria la creación de un ecosistema de un conjunto de acciones que impulsen permanentemente hacia el logro de una red eléctrica descentralizada, distribuida y asequible para todos los peruanos. Para ello, una segunda condición habilitante es el despliegue de la Política Energética Nacional (Decreto Supremo 064-2010-EM) a nivel de acciones y metas concretas.

B. Limitada coordinación entre el MINEM, Osinergmin y el COES

Las tres organizaciones más importantes del sector energético mantienen muy poca coordinación entre ellas cuando de emisión de normas se trata. Esta es una gran barrera que ha dado como resultado que cada entidad mantenga posiciones discrepantes con las demás. Por ejemplo, respecto del desarrollo de las energías renovables o simplemente sobre las propuestas de reformas regulatorias, ajustes de normas y/o la emisión de nuevas regulaciones propuestas por el regulador que no hayan prosperado.

Frente a los cambios disruptivos que viene ocurriendo en el sector energía a nivel global, las regulaciones y los marcos normativos deben ser revisados y adecuados permanentemente a las nuevas condiciones y, en ese esfuerzo, es imperativo un mayor acercamiento entre el MINEM y Osinergmin. Adicionalmente, estas dos instituciones deben acercarse con el COES, para trabajar de forma colaborativa en el desarrollo del sector.

Es conocido que, por ejemplo, el presidente del COES expresa abiertamente reparos a las energías renovables no convencionales, como la generación solar fotovoltaica y la generación eólica. Por su parte el regulador, solitariamente ha impulsado la emisión de normas que coadyuven al desarrollo de las energías renovables. Un ejemplo de esto es la aprobación de la norma de Potencia Firme de las energías renovables, proceso en el cual tanto el COES con el MINEM han mostrado oposición férrea.

En el caso específico del reglamento de la generación distribuida, el argumento principal del regulador para observarlo es la falta de un plan de penetración de la generación distribuida que permita vislumbrar los impactos esperados en el sistema eléctrico, a fin de preverlos en las regulaciones respectivas. También lo son la falta un mayor análisis legal sobre la obligatoriedad de compra de los excedentes de energía por parte de la empresa distribuidora, impuesta a través del reglamento (norma de menor jerarquía que una ley) y, finalmente, la falta de adecuación previa de los cargos tarifarios para impedir que los usuarios con capacidad económica de instalar la generación distribuida generen incrementos tarifarios hacia aquellos usuarios sin capacidad para invertir en esta, dado que el autoconsumo y los excedentes tienen un impacto directo en los cargos tarifarios.

Una condición habilitante para esta barrera es fomentar el trabajo colaborativo entre los equipos técnicos del MINEM y Osinergmin para la elaboración del reglamento.

C. Sobrecontratación de las empresas distribuidoras

Las empresas distribuidoras deben realizar un estudio que demuestre sus necesidades de contratación futura, en coordinación con el Osinergmin, evitando que se encuentren supeditadas a los riesgos ocasionados por el bloque de usuarios que pueden optar por ser libres o regulados, pudiendo como en el caso actual, quedar sobre contratadas frente a una migración masiva de usuarios regulados hacia el mercado libre.

En efecto, ante la masiva migración de usuarios regulados con consumos entre los 200 kW y 2500 kW hacia el mercado libre, por una oportunidad de mejores precios, actualmente las empresas distribuidoras se encuentran sobre contratadas con la compra de energía a mediano y largo plazo. Bajo estas condiciones, el desarrollo de la generación distribuida en sus redes de distribución representa un serio problema porque no sólo impacta directamente con una disminución de la futura demanda eléctrica ya contratada mediante licitaciones de largo plazo, sino que una exigencia de compra obligatoria de los excedentes de la toda la producción de generación distribuida en sus redes eléctricas les pone en una situación de mayor nivel de sobrecontratación.

Esta condición ineficiente en el funcionamiento del mercado eléctrico es una fuerte barrera para el establecimiento de la inyección a la red de los excedentes de la autoproducción de la electricidad por los usuarios regulados.

Se requiere revisar los niveles de sobrecontratación existente de las empresas distribuidoras y definir mecanismos de transición que permitan que, la disminución de la demanda contratada como consecuencia de la autogeneración, no impacte negativamente en los ingresos de la empresa distribuidora.

Por ejemplo, una condición habilitante podría ser la elaboración de un programa de licitaciones de entre cuatro a diez años basado en un estudio de demanda que incluya el desarrollo de la generación distribuida y el vencimiento de las obligaciones contractuales de las empresas distribuidoras. Este análisis prospectivo inclusive permitiría evaluar la conveniencia de realizar contrataciones con plazos de suministro más cortos, para evitar que sobrecontrataciones producto de las proyecciones optimistas persistan por demasiado tiempo. Precisamente, el problema no es el plazo del contrato, sino el adecuado desarrollo de la oferta de energía para no verse desbordado por la sobre contratación.

D. Política energética no clara y falta de liderazgo

La Política Energética Nacional 2010-2040 aprobada mediante Decreto Supremo 064-2010-EM, si bien define la visión y los objetivos de largo plazo del sector, al no tener definido los instrumentos y metas concretas que permitan desplegarlos, no representa una verdadera herramienta que oriente el desarrollo futuro de la energía en el país. Es decir, existe la política energética nacional al 2040, pero no es aplicable metodológicamente hablando por estar incompleta. Ahora bien, siempre es posible relacionar cualquier acción del MINEM a los objetivos de la política nacional, pero precisamente eso es lo que permite que esta institución tenga una alta discrecionalidad en la emisión de las normas dentro de su ámbito de competencia.

Así, por ejemplo, a pesar de que el primer objetivo de la Política Energética Nacional es "Contar con una matriz energética diversificada, con énfasis en las fuentes renovables y la eficiencia energética"

(2010) no existen señales objetivas que demuestren que exista una política clara para promover eficazmente las energías renovables y la generación distribuida.

Una condición habilitante para superar esta barrera es la necesidad de definir los instrumentos, acciones y metas para cada uno de los objetivos de la política Energética Nacional 2010-2040, no sólo para acotar la discrecionalidad del MINEM en la emisión de las normas, sino fundamentalmente para articular las decisiones regulatorias hacia el logro de los objetivos estratégicos de la política energética nacional al 2040.

Asimismo, también se requiere que el MINEM adopte la política de un verdadero liderazgo activo en el sector. Los cambios que vienen afectando y afectarán al sector eléctrico en los próximos años, tanto por la necesidad de abordar la descarbonización del sistema, que implicará y supondrá importantes cambios en el mix de generación eléctrica, junto con los avances tecnológicos vinculados al almacenamiento de la energía, a las redes eléctricas inteligentes y a la gestión de la demanda, que abrirán nuevas oportunidades y plantearán retos al funcionamiento actual del sistema eléctrico, exigen el liderazgo activo del responsable de definir la política energética del país, que ha estado ausente en los 10 últimos años.

Por tanto, aunque últimamente existen señales del MINEM hacia el desarrollo de las energías renovables, aún es insuficiente para pensar que institucionalmente esta entidad sea considerada como un actor comprometido que promueva activamente el desarrollo de la generación distribuida. Una condición habilitante para ello sería que se emita un Decreto Supremo con el despliegue de acciones y metas para cada uno de los objetivos definidos en el Decreto Supremo 064-2010-EM.

E. Marco legal no definido para la exigencia de compra de excedentes

De acuerdo con la Ley de Concesiones Eléctricas y la Ley 28832, las empresas distribuidoras tienen la obligación de garantizar el suministro de la demanda regulada, mediante la convocatoria de diferentes procesos de licitación y, únicamente como excepción, suscribir contratos sin licitación, sólo en forma subsidiaria luego de haber llevado a cabo licitaciones con 3 años de anticipación.

Bajo este esquema definido en las leyes mencionadas, las empresas distribuidoras no tienen la obligación de comprar los excedentes del autoconsumo de la generación distribuida. Asimismo, una revisión de los alcances de la Ley 28832 y el Decreto Legislativo 1221 respecto de la generación distribuida, muestra que tampoco establecen dicha obligatoriedad de compra. Por lo que se puede **concluir que no sería factible desde el punto de vista legal establecerla con una norma de menor jerarquía**, como el proyecto de reglamento publicado por el MINEM.

Este vacío en el marco legal es quizá una de las barreras del marco legal más importantes que se debe abordar en el proceso de aprobación del reglamento de la generación distribuida, una vez que el MINEM adopte la decisión política de promoverla.

Una condición habilitante para superar esta barrera es hacer un análisis jurídico especializado sobre las diferentes modalidades que tendría la empresa distribuidora para cumplir con obligación de tener cobertura de la demanda de sus clientes regulados y, dentro de ese análisis, evaluar la factibilidad legal de exigir la compra de los excedentes de la microgeneración distribuida a nivel del reglamento de la generación distribuida (norma aprobada con Decreto Supremo del MINEM). En caso contrario, será necesario hacer ajustes al Decreto Legislativo 1221, de modo que la obligación de compra de excedentes sea equiparable a los otros mandatos legales sobre la garantía del suministro de la demanda eléctrica mediante licitaciones de suministro eléctrico.

V. HOJA DE RUTA (MATRIZ DE SOLUCIONES)

La hoja de ruta corresponde a una propuesta de pasos para el diseño, aprobación e implementación del reglamento de la generación distribuida, que bajo las circunstancias actuales de la pandemia, es una respuesta a la necesidad de recuperación de la economía del país desde el reconocimiento de que la generación distribuida, conjuntamente con la eficiencia energética y las energías renovables, son realidades que pueden generan economías importantes en el país, a la vez que se contribuye a combatir el cambio climático.

Asimismo, considerando las barreras descritas y los dos intentos fallidos en la aprobación del reglamento de la generación distribuida, se recomienda que la aprobación de este reglamento responda al consenso de la visión y objetivos estratégicos esbozados en la Política Energética Nacional al 2040, de modo que integre los esfuerzos de los diversos actores públicos y privados para concretar ese futuro deseado de las energías renovables distribuidas en el Perú.

Una vez consensuada esta visión conjuntamente con los objetivos, instrumentos, acciones y metas

a lograr, dado que la Política Energética Nacional al 2040 está incompleta, el reglamento de la generación distribuida podrá incorporar con mayor facilidad no solamente los mecanismos de promoción, conexión, operación y comercialización necesarios para impulsar el despliegue de generación distribuida, sino también los indicadores y metas que se deben evaluar de forma permanente a efectos de lograr el nivel de penetración deseado.

A. Definir la visión, objetivos, acciones y metas al 2040 para la generación distribuida en el Perú

En vista que la Política Energética Nacional al 2040, aprobada mediante el Decreto Supremo 064-2010-EM, se encuentra incompleta, es indispensable validar los alcances de esta, pero en la construcción de la visión, objetivos, acciones y metas al 2040 de la generación distribuida. Esto deberá ser un proceso que permita integrar diversas opiniones de las instituciones y organismos del sector, los gobiernos regionales, organizaciones de la sociedad civil y participantes del mercado eléctrico, con un enfoque hacia el logro de la visión común y dejando de lado aspectos donde no existan condiciones para llegar a consensos.

Los componentes de esta búsqueda de consenso deberán considerar no sólo aspectos técnicos y tarifarios. También, deberán relevar los beneficios económicos, sociales y ambientales que la generación distribuida implicará para los consumidores de energía eléctrica, los generadores y la sociedad en general.

Durante los diálogos con los agentes del sector cuando menos se debe abordar lo siguiente:

a) Elaborar un plan de penetración de la generación distribuida, de modo que sea gradual y programada, a fin de evaluar, además de los beneficios, la confiabilidad, la seguridad y la calidad del suministro en los sistemas de distribución.

b) Establecer metas para el desarrollo de la generación distribuida y, de ser posible, su contribución a las metas de generación RER al 2040 y las metas de reducción de emisiones.

c) Establecer grupos de trabajo colaborativo entre el MINEM, Osinergmin y el COES para identificar el potencial de la generación distribuida en las redes de distribución, establecer estrategias para asegurar la confiabilidad de las redes de distribución, considerando la integración de generación distribuida y elaborar un plan de penetración de la generación distribuida en el SEIN al 2040.

d) Difundir los beneficios técnicos, económicos y ambientales de la generación distribuida para los usuarios eléctricos, la red y las empresas eléctricas.

e) Determinar reglas claras en cuanto al pago de los peajes de transmisión, los cargos tarifarios de distribución, y la inyección y pago de los excedentes de energía al sistema eléctrico.

f) Involucrar a el Centro Nacional de Planeamiento Estratégico (en adelante, CEPLAN) en el esfuerzo de planeamiento Estratégico del sector Energía y Minas.

B. Establecer el alcance y criterios regulatorios de la generación distribuida

El reglamento de la generación distribuida deberá estar alineado con la implementación de la visión y objetivos al 2040 a través de un conjunto de mecanismos regulatorios que permita superar las principales barreras identificadas.

El alcance del reglamento deberá incluir la clasificación de la generación distribuida, los límites de la capacidad de generación, los tipos de tecnología de generación, las modalidades y opciones de venta de la energía, los requerimientos de coordinación de la operación, y la responsabilidad de pago de los peajes y cargos tarifarios de distribución. Se debe hacer un hincapié especial en la factibilidad legal de establecer la compra obligatoria de los excedentes de energía (del autoconsumo) por parte de la empresa distribuidora.

Adicionalmente, el reglamento deberá establecer una estructura regulatoria en un marco lógico que considere el logro de los siguientes objetivos:

a) Contribuir a un mayor desarrollo de la generación distribuida en el SEIN como parte del planeamiento energético.

b) Explorar nuevos mecanismos que permitan desarrollar un ecosistema de transacciones y comercialización de la energía proveniente de la generación distribuida.

c) Crear facilidades y programas de financiamiento tales como *Project finance* y/o financiamiento de portafolios generación distribuida con intermediarios financieros no bancarios, banca de desarrollo, Corporación Financiera de Desarrollo (en adelante, COFIDE) y banca comercial.

d) Implementar campañas de difusión y promoción de la generación distribuida según diversos segmentos de usuarios eléctricos, donde se promueva la visión al 2040, los

beneficios de la generación distribuida y los esquemas de financiamiento disponibles.

e) Promover la estandarización de altos niveles de calidad en los procedimientos de instalación, considerando que una mala instalación juega en contra de la continuidad del servicio eléctrico y es un punto crítico que juega en contra de la credibilidad de los beneficios de la generación distribuida.

f) Promover alianzas entre el MINEM y el Osinergmin con las universidades del país para generar capacidad técnica local con altos estándares de calidad.

g) Establecer alianzas entre instituciones financieras para explorar la posibilidad de la implementación de programas de financiamiento de generación distribuida a nivel nacional.

C. Diseñar reglas claras para la conexión, operación y comercialización de la generación distribuida

El reglamento de la generación distribuida deberá ser complementado con la emisión de procedimientos de instalación, conexión, operación y comercialización correspondientes. Cada uno de estos procedimientos debe establecer objetivos inteligentes que permitan su evaluación y mejora continua, así como su contribución al logro de la visión y objetivos al 2040 para la generación distribuida.

Para la instalación, se deberán establecer incentivos para privilegiar a los actores mejor preparados para lograr instalaciones con alto grado de calidad y, de esta forma, mitigar los diversos riesgos de falla por mala instalación. Adicionalmente, se deberá implementar un registro de instaladores habilitados, dado que la calidad del proceso de instalación de los equipos de generación distribuida es la única garantía del correcto funcionamiento del suministro eléctrico durante la vida económica de sus instalaciones.

En lo que respecta a la conexión, además de establecer los requisitos técnicos necesarios para integrar la generación distribuida al sistema eléctrico, se reconoce la importancia de definir las exigencias para minimizar el tiempo que pueda demorar todo el proceso de conexión.

Asimismo, para la operación y la comercialización será necesario definir reglas claras que permitan subsanar las brechas de mercado y/o técnicas que puedan existir, y de esta forma hacer más efectivo el impacto del reglamento de generación distribuida.

D. Establecer un plan de monitoreo y evaluación de los alcances del reglamento

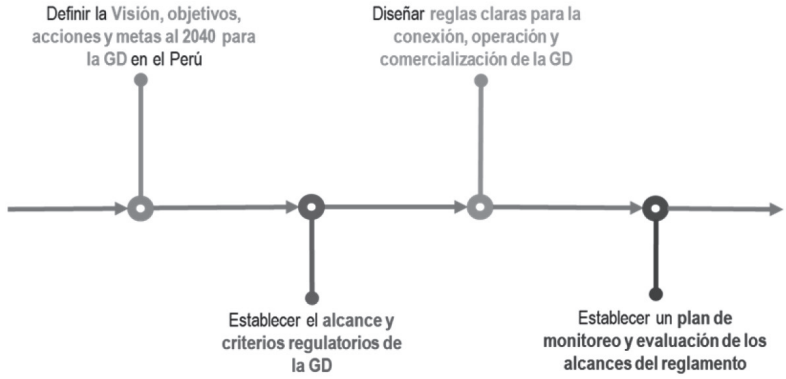
Una vez definidos la visión y objetivos al 2040 para la generación distribuida y el alcance del reglamento, tanto el MINEM como el regulador deberán establecer los mecanismos de supervisión permanente (definición de estrategias, planificación, seguimiento y control) para evaluar los resultados e impacto del diseño regulatorio contenido en el reglamento.

El mecanismo de supervisión deberá establecer los procesos necesarios para llevar a cabo las actividades de seguimiento y control, así como definir las estructuras de comunicación de los hallazgos y resultados entre los tomadores de decisión, los operadores de la red eléctrica y los generadores distribuidos.

Forma parte del plan de monitoreo, la definición de indicadores de desempeño e impacto de la generación distribuida, tales como indicadores de penetración y de dispersión por subestaciones de distribución, los que deberán ser revisados periódicamente por los tomadores de decisión regulatoria.

A continuación, se presenta el gráfico que resume la hoja de ruta para la aprobación del reglamento de generación distribuida del país, así como la matriz de soluciones con el detalle de acciones previas y posteriores a su aprobación.

Figura 6: Elementos de la hoja de ruta para la aprobación del reglamento de generación distribuida



Fuente: Elaboración propia

Tabla 1: Matriz de Posibles Soluciones – Aprobación del reglamento de generación distribuida

Problema	Ámbito			¿Qué hacer?	¿Cómo proceder?	¿Quiénes participarán?	¿Requiere dispositivo legal?	Responsable	Acción necesaria previa		Acción necesaria posterior	
	Rer	Gd	Ee						Estudio/evaluación/ consulta	Responsable	Estudio/evaluación/ consulta	Responsable
La Política Energética Nacional al 2014, aprobada mediante el Decreto Supremo 064-2010-EM, se encuentra incompleta. **Breve explicación**: La norma aprobada define únicamente la 'Visión' y los 'Objetivos' con sus correspondientes lineamientos generales. Estas definiciones representan sólo lo que se desea alcanzar con la aplicación de la política. Esto es insuficiente, pues para contar con una política energética activa se requiere, además, la definición de un plan de acción con líneas estratégicas, instrumentos, acciones y metas que definan el cómo, con qué y por qué medios se pretende dar operatividad a cada uno de los objetivos y lineamientos generales formulados, de modo que se logre pasar de la situación actual a la deseada.	X	X	X	Formular el **Plan de Acción** de la Política Energética Nacional al 2040 y establecer un **Sistema de Monitoreo y Revisión** de las metas y acciones definidas.	1. Contratar una asesoría especializa en formulación de planes de política energética para: i) elaborar los planes de acción con líneas estratégicas que a su vez incluyan instrumentos, acciones y metas medibles al 2040, para los objetivo y lineamientos generales establecidos en la Política Energética Nacional al 2040; y ii) establecer un sistema de monitoreo y revisión de las metas y acciones definidas en el Plan de Acción. 2. Aprobar el plan de acción mediante Decreto Supremo.	1. MINEM 2. Osinergmin 3. COES 4. Ministerio de Economía y Finanzas (en adelante, MEF) 5. Empresas del sector	Decreto Supremo o Resolución ministerial	1. Promotor: DGE 2. Suscribe: presidente de la República	1. Asesoría especializada en formulación de planes de política energética. 2. Validación de los instrumentos propuestos en el plan de acción con los agentes del mercado energético.	DGE	Estudio de monitoreo y control del avance de los planes de acción.	1. DGEE

Problema	Ámbito			¿Qué hacer?	¿Cómo proceder?	¿Quiénes participarán?	¿Requiere dispositivo legal?	Responsable	Acción necesaria previa		Acción necesaria posterior	
	Rer	Gd	Ee						Estudio/evaluación/ consulta	Responsable	Estudio/evaluación/ consulta	Responsable
Generación distribuida no reglamentada. **Breve explicación:** El carácter técnico de la Ley 28832 y el Decreto Legislativo 1221 requiere, para su aplicación, la emisión del reglamento específico sobre la generación distribuida. La generación distribuida representa una gran oportunidad de autogeneración para los usuarios de electricidad y también una oportunidad para mejorar la eficiencia y confiabilidad de la red eléctrica, la descentralización y diversificación de la generación en el SEIN. Sin embargo, una mayor penetración de la generación distribuida plantea varios desafíos, por lo que es necesario emitir un reglamento que aborde con claridad, por ejemplo, las facilidades de conexión, los desafíos de la seguridad de suministro, la confiabilidad y la estabilidad de las tarifas eléctricas.	X	X		Aprobar e implementar el Reglamento para la generación distribuida. El reglamento a aprobar deberá incluir: i) la clasificación de la generación distribuida; ii) los límites de la capacidad de generación; iii) los tipos de tecnología de generación; iv) las modalidades y opciones de venta de la energía; v) los requerimientos de coordinación de la conexión y operación; iv) la comercialización y responsabilidad de pagos de los peajes y cargos tarifarios de distribución; y vi) un plan de penetración de la generación distribuida en el SEIN. También deberá permitir: i) el desarrollo de un ecosistema de transacciones y comercialización de la energía proveniente de la generación distribuida; ii) la creación de facilidades y programas de financiamiento; iii) campañas de difusión y promoción de la generación distribuida; iv) la estandarización de procedimientos de instalación de calidad; y v) promover alianzas con las universidades.	Revisar y actualizar el Reglamento prepublicado el año 2018, tomando en cuenta, además de los aportes y comentarios recibidos, los siguientes criterios: 1. Elaborar un plan de penetración de la generación distribuida, a fin de evaluar, además de los beneficios y metas al 2040, la confiabilidad, seguridad y calidad del suministro en los sistemas de distribución. 2. Establecer grupos de trabajo entre el MINEM y Minas, OSINERGMIN, y el COES para identificar el potencial de la generación distribuida, establecer estrategias y elaborar un plan de penetración de la generación distribuida en el SEIN al 2040. 3. Difundir los beneficios técnicos, económicos y ambientales de la Generación Distribuida para los usuarios eléctricos, la red y empresas eléctricas. 4. Democratizar el desarrollo de la generación distribuida mediante facilidades de financiamiento.	1. MINEM 2. Osinergmin 3. MEF	Decreto Supremo	1. Promotor: DGE 2. Suscribe: presidente de la República	1. Elaboración del plan de penetración de la generación distribuida en el SEIN. 2. Determinación de las exoneraciones tributarias a la importación de equipamiento para la generación distribuida. 3. Formulación de los mecanismos tarifarios para el pago de las redes eléctricas. 4. Estudio legal sobre la obligatoriedad compra de los excedentes por las empresas distribuidoras. 5. Evaluación del impacto del *Netmetering* en la actual estructura tarifaria.	1. MINEM/ OSINERGMIN 2. MEF/SUNAT 3. OSINERGMIN 4. MINEM 5. OSINERGMIN	1. Procedimiento de Conexión. 2. Procedimiento de Operación. 3. Procedimiento de Comercialización. 4. Programas de promoción (difusión, convenios con universidades, entidades financieras) de la Generación Distribuida. 5. Establecimiento de instaladores calificados de la Generación Distribuida (se debe exigir altos estándares de calidad para los procesos de instalación de la generación distribuida, por ser el talón de Aquiles). 6. Estudios de monitoreo y control del avance del plan de penetración de la generación distribuida.	1. OSINERGMIN 2. OSINERGMIN/COES 3. DGEE 4. OSINERGMIN/DGEE

Fuente: Elaboración propia

VI. CONCLUSIONES

a) Es necesario elaborar un plan de penetración de la generación distribuida, de modo que sea gradual y programada, a fin de evaluar, además de los beneficios, la confiabilidad, la seguridad y la calidad del suministro en los sistemas de distribución.

b) Establecer metas para el desarrollo de la generación distribuida y, de ser posible, su contribución a las metas de generación RER al 2040, así como las metas de reducción de emisiones, de acuerdo con los compromisos del país.

c) Se debe difundir los beneficios técnicos, económicos y ambientales de la generación distribuida para los usuarios eléctricos, la red y las empresas eléctricas.

d) Se debe determinar reglas claras en cuanto al pago de los peajes de transmisión, los cargos tarifarios de distribución y la inyección y pago de los excedentes de energía al sistema eléctrico.

e) Se debe involucrar a CEPLAN en el esfuerzo de planeamiento estratégico del sector energía y minas.

f) El reglamento de la generación distribuida deberá estar alineado con la implementación de la visión y objetivos al 2040 a través de un conjunto de mecanismos regulatorios que permita superar las principales barreras identificadas.

g) El alcance del reglamento deberá incluir los límites de la capacidad de generación, los tipos de tecnología de generación, las modalidades y opciones de venta de la energía, los requerimientos de coordinación de la operación, y la responsabilidad de pago de los peajes y cargos tarifarios de distribución.

h) Se debe hacer un hincapié especial en la factibilidad legal de establecer la compra obligatoria de los excedentes de energía (del autoconsumo) por parte de la empresa distribuidora.

i) Se debe crear facilidades y programas de financiamiento tales como *Project finance* y/o financiamiento de portafolios generación distribuida con intermediarios financieros no bancarios, banca de desarrollo, COFIDE y banca comercial.

j) Se debe promover la estandarización de altos niveles de calidad en los procedimientos de instalación, considerando que una mala instalación juega en contra de la continuidad del servicio eléctrico y es un punto crítico que juega en contra de la credibilidad de los beneficios de la generación distribuida.

k) Se debe promover alianzas entre el MINEM/Osinergmin con las universidades e institutos técnicos del país para generar capacidad técnica local con altos estándares de calidad.

l) El reglamento de la generación distribuida deberá ser complementado con la emisión de procedimientos de instalación, conexión, operación y comercialización correspondientes. Cada uno de estos procedimientos debe establecer objetivos inteligentes que permitan su evaluación y mejora continua, así como su contribución al logro de la visión y objetivos al 2040 para la generación distribuida.

m) Se debe aprobar el reglamento de generación distribuida en el menor plazo posible, ya se han vencido todos los plazos legales y no hay justificación para no hacerlo.

n) La generación distribuida minimiza las pérdidas técnicas por estar localizadas en lugares cercanos a los centros de consumo.

REFERENCIAS

Banco Mundial (18 de mayo de 2015). Según un nuevo informe, el mundo avanza hacia los objetivos de energía sostenible, pero aún está lejos de la línea de llegada. *Banco Mundial*. https://www.bancomundial.org/es/news/press-release/2015/05/18/new-report-finds-world-progressing-on-sustainable-energy-goals-but-still-far-from-finish-line

Bnamericas (10 de diciembre de 2019). El estado de la generación distribuida en Latinoamérica de cara a 2020. https://www.bnamericas.com/es/reportajes/el-estado-de-la-generacion-distribuida-en-latinoamerica-de-cara-a-2020

Colmenar, A., Borge, D., Collado, E., & Castro, M. (2015). *Generación distribuida, autoconsumo y redes inteligentes*. Editorial UNED.

Conexión ESAN (17 de junio de 2016). El potencial de la energía renovable en el Perú. https://www.esan.edu.pe/conexion-esan/el-potencial-de-la-energia-renovable-en-el-peru

Diario Gestión (3 de noviembre de 2017). América Latina es líder en atraer inversiones para la lucha contra el cambio climático. *Diario Gestión*. https://archivo.gestion.pe/economia/ifc-

america-latina-lider-atraer-inversiones-lucha-contra-cambio-climatico-2203914

Gamio Aita, P. (2011). ¿Por qué promover las energías renovables en el Perú?. *Derecho y Sociedad*, (36), 40-44.

Gamio Aita, P., & Calle Valladares, I. (30 de octubre de 2017). Perú: ¿Por qué es necesario desarrollar energías "limpias" frente al cambio climático? https://www.actualidadambiental.pe/peru-por-que-es-necesario-desarrollar-energias-limpias-frente-al-cambio-climatico/

Guevara Alvarado, N. (2013). *Energías renovables en acorde con el medio ambiente*. http://www.redciencia.cu/geobiblio/paper/2013_Guevara_Alvarado_GEO6-O6.pdf

Huacuz, M. (1999). *Generación eléctrica distribuida con energías renovables*. Boletín IIE.

International Renewable Energy Agency (2017). *Boosting Solar PV Markets: The Role of Quality Infrastructure*. Abu Dhabi.

Kessler, L. (7 de mayo de 2020). La generación distribuida: energía de calidad - afinidad eléctrica. https://afinidadelectrica.com/2020/05/07/la-generacion-distribuida-energia-de-calidad/

Machicao, J. C., & Olazabal, J. (2013). *Matriz energética en el Perú y energías renovables*. Tarea Asociación Grafica Educativa.

Mercados Eléctricos (2012). Costos Hidroelectricidad. http://hrudnick.sitios.ing.uc.cl/alumno12/costosernc/C._Hidro.html

Ministerio de Energía y Minas [MINEM] (2005). *Informativo Nº 08.* http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/file/Electricidad/promocion%20electrica/InformativoDGE-8.pdf

Muntean, M., Guizzardi, D., Schaaf, E., Crippa, M., & Solazzo, E. (2018). *Emisiones de C02 fósil de todos los países del mundo - Informe 2018*. https://ec.europa.eu/jrc/en/publication/fossil-co2-emissions-all-world-countries-2018-report 99

Murillo Manrique, F. (2014). Impacto de las energías renovables en los sistemas de generación distribuida. *PAIDEIA XXI*, *4*(5), 137-158. https://doi.org/10.31381/paideia.v4i5.915

Ñaupari Huatuco, D. Z. (junio 2013). *Aplicación de la Generación Distribuida en el Perú*. XX Congreso Nacional de Ingeniería Mecánica, Eléctrica y ramas afines (CONIMERA), Lima, Perú.

Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería [Osinergmin] (2019). *Anuario estadístico 2019*. http://www2.osinerg.gob.pe/Publicaciones/pdf/Anuario/Anuario2019.pdf

Ormeño, V., Mendoza, J., Mitma, R., & Urbina, R. P. (2014). Generación Eléctrica con Recursos Energéticos Renovables No Convencionales. *Osinergmin*. https://www.osinergmin.gob.pe/newweb/pages/Publico/cop20/uploads/Oct_2014_Generacion_Electrica_RER_No_Convencionales_Peru.pdf

Quintanilla, E. (2016). Perú: Soluciones para un mercado eléctrico de alto crecimiento -Promoción de energías renovables… y competitivas. *Cuadernos de Energía*, (48), 7-16.

Rossinelli, F. (2008). *Atlas eólico del Perú*. https://www.osinergmin.gob.pe/seccion/centro_documental/Institucional/Estudios_Economicos/Otros-Estudios/Atlas-Eólico/AtlasEolicoLibro.pdf

Sánchez Molina, P. (18 de mayo de 2018). La solar de Brasil alcanza 250 MW de generación distribuida. *Energía Estratégica*. https://www.energiaestrategica.com/la-solar-de-brasil-alcanza-250-mw-de-generaciondistribuida/

Schallenberg, J., Pierna, G., Hernández, C., Unamunzaga, P., García, R., Díaz, M., & Subieta, V. (2008). *Energías renovables y eficiencia energética*. Instituto Tecnológico de Canarias S.A.

Singer, S. (2014). *Acabando con los mitos sobre energías renovables*. https://wwfeu.awsassets.panda.org/downloads/mythbusters___baja.pdf

Singh, N. (14 de mayo de 2018). Brasil es el país Latinoamericano con mayor porcentaje de generación de empleo en el sector energético renovable. *Energía Estratégica*. https://www.energiaestrategica.com/brasil-es-el-pais-latinoamericano-con-mayor-porcentaje-de-generacion-de-empleo-en-el-sector-energetico-renovable/

Tamayo Pereyra, R. (2011). *Potencial de las energías renovables en el Perú*. http://www.osinerg.gob.pe/newweb/uploads/Publico/SeminarioIntEFERP/Miercoles%205.10.2011/3.%20Potencial%20de%20Energias%20Renovables%20DGE-%20Roberto%20Tamayo.pdf

Tecnalla, L. (2016). *Guía básica de la generación distribuida*. Graficas Elisa.

Zevallos, L. (2018). La generación distribuida para auto consumismo en el Perú. http://www.sectorelectricidad.com/21134/la-generacion-distribuida-para-autoconsumo-enel-peru

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Decreto Legislativo 1002, Decreto Legislativo de promoción de la inversión para la generación de electricidad con el uso de energías renovables, Diario Oficial *El Peruano*, 2 de mayo de 2008 (Perú).

Decreto Legislativo 1221, Decreto Legislativo que mejora la regulación de la distribución de electricidad para promover el acceso a la energía eléctrica en el Perú, Diario Oficial *El Peruano*, 24 de septiembre de 2015 (Perú).

Decreto Ley 25844, Ley de Concesiones Eléctricas, Diario Oficial *El Peruano*, 6 de noviembre de 1992 (Perú).

Decreto 173/010, Reglamento de Distribución de Energía Eléctrica, Diario Oficial, 01 de junio de 2010 (Uru.).

Decreto Supremo 009-93-EM, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, Diario Oficial *El Peruano*, 19 de febrero de 1993 (Perú).

Decreto Supremo 053-2007-EM, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley de Promoción del Uso Eficiente de la Energía, Diario Oficial *El Peruano*, 23 de octubre de 2007 (Perú).

Decreto Supremo 064-2010-EM, Decreto Supremo que aprueba la Política Energética Nacional del Perú 2010-2040, Diario Oficial *El Peruano*, 24 de noviembre de 2010 (Perú).

Decreto Supremo 012-2011-EM, Decreto Supremo que aprueba un nuevo Reglamento de la Generación de Electricidad con Energías Renovables, Diario Oficial *El Peruano*, 23 de marzo de 2011 (Perú).

Decreto Supremo 020-2013-EM, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento para la Promoción de la Inversión Eléctrica en Áreas No Conectadas a Red, Diario Oficial *El Peruano*, 27 de junio de 2013 (Perú).

Ley 27345, Ley de Promoción del Uso Eficiente de la Energía, Diario Oficial *El Peruano*, 8 de septiembre de 2000 (Perú).

Ley 28832, Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la Generación Eléctrica, Diario Oficial *El Peruano*, 23 de julio de 2006 (Perú).

Ley 21118, 17 de noviembre de 2018, Diario Oficial [D.O.] (Chile).

Ley 1715, 13 de mayo de 2014, Diario Oficial [D.O.] (Colom.).

Ley 20571, 22 de marzo de 2012, Diario Oficial [D.O.] (Chile).

Resolución del Consejo Directivo de Osinergmin 200-2009-OS/CD, que aprueba la norma "Procedimiento sobre Hibridación de Instalaciones de Generación Eléctrica que utilicen Recursos Energéticos Renovables", Diario Oficial *El Peruano*, 1 de noviembre de 2009 (Perú).

Resolución del Consejo Directivo de Osinergmin 001-2010-OS/CD, que aprueba la norma "Procedimiento de cálculo de la Prima para la Generación de Electricidad con Recursos Energéticos Renovables", Diario Oficial *El Peruano*, 15 de enero de 2010 (Perú).

Resolución del Consejo Directivo de Osinergmin 035-2013-OS/CD, que aprueba el nuevo Procedimiento Técnico del COES PR-20 "Ingreso, Modificación y Retiro de Instalación en el SEIN", Diario Oficial *El Peruano*, 14 de marzo de 2013 (Perú).

Resolución del Consejo Directivo Osinergmin 072-2016-OS/CD, que dispone la modificación de la Norma "Procedimiento de Cálculo de la Prima para la Generación con Recursos Energéticos Renovables", aprobada mediante Resolución Osinergmin 001-2010-OS/CD, Diario Oficial *El Peruano*, 14 de abril de 2016 (Perú).

Resolución del Consejo Directivo de Osinergmin 078-2016-OS/CD, que aprueba el Procedimiento Técnico del COES 38 "Determinación Energía Dejada de Inyectar por Causas Ajenas al Generador con RER", Diario Oficial *El Peruano*, 14 de abril de 2016 (Perú).

Resolución del Consejo Directivo de Osinergmin 144-2019-OS/CD, que modifica el Procedimiento Técnico del COES 26 "Cálculo de la Potencia Firme", Diario Oficial *El Peruano*, 31 de agosto de 2019 (Perú).

Resolución Ministerial 291-2018-MED/DM, Autorizan publicación de proyecto de Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Generación Distribuida, Diario Oficial *El Peruano*, 31 de julio de 2018 (Perú).

ARTÍCULOS GANADORES: CONCURSO GENERACIÓN DEL BICENTENARIO

10.18800/themis.202102.013

DECONSTRUYENDO EL DERECHO AL AGUA POTABLE EN EL PERÚ: NUEVOS RETOS A NUESTROS DOSCIENTOS AÑOS COMO REPÚBLICA

DECONSTRUCTING THE RIGHT TO SAFE DRINKING WATER IN PERU: NEW CHALLENGES AT OUR TWO HUNDRED YEARS AS A REPUBLIC

Andres Matayoshi Collazos*
Universidad Tecnológica del Perú

Janneth Mejia Briones**
Universidad Tecnológica del Perú

José Chuquitapa Guzman***
Universidad Tecnológica del Perú

In 2017, the right of safe drinking water was incorporated in our Constitution. This research seeks to identify the problem of the realization of the right to safe drinking water in the peruvian reality and the normative impact from its incorporation in the Constitution, with an emphasis on the current situation in the context of the pandemic caused by COVID-19.

An analysis will be made of the role of rights in the model of Constitutional State Governed by Rule of Law, as well as of international standards and comparative experience at both the normative and jurisprudential levels. Finally, public policies and the normative and jurisprudential development of the right to safe drinking water in Peru will be developed, culminating in the proposal to establish a constitutionally protected minimum of the right to safe drinking water as a formula for its realization.

Keywords: Right to safe drinking water; constitutionally protected minimum; Constitutional State Governed by Rule of Law; public policies; COVID-19.

En el año 2017 se incorpora el derecho al agua potable en nuestra Constitución. En esta investigación se busca identificar el problema de la efectivización del derecho al agua potable en la realidad peruana y el impacto normativo a partir de su incorporación en la Constitución, con énfasis del estado actual de las cosas en el contexto de la pandemia ocasionada por el COVID-19.

Se llevará a cabo un análisis del rol que cumplen los derechos en el Estado Constitucional de Derecho, así como de los estándares internacionales y de la experiencia comparada tanto a nivel normativo como jurisprudencial. Por último, se realizará un análisis de las políticas públicas, el desarrollo normativo y la jurisprudencia sobre el derecho al agua potable en el Perú, de modo que culminaremos con la propuesta de establecer un mínimo constitucionalmente protegido del derecho al agua potable como fórmula para su efectivización.

Palabras clave: Derecho al agua potable, mínimo constitucionalmente protegido; Estado Constitucional de Derecho; políticas públicas; COVID-19.

* Estudiante de Derecho en la Universidad Tecnológica del Perú. Miembro del Semillero de Investigación Multidisciplinario de Derecho. Contacto: matsu1995matayoshi@gmail.com

** Estudiante de Derecho en la Universidad Tecnológica del Perú. Miembro del Semillero de Investigación Multidisciplinario de Derecho. Contacto: jaesmb@gmail.com

*** Estudiante de Derecho en la Universidad Tecnológica del Perú. Miembro del Semillero de Investigación Multidisciplinario de Derecho. Contacto: jchuquitapag@gmail.com

Los autores agradecen al Dr. Yuri Tornero Cruzatt por ser su guía y ejemplo en el camino de la investigación académica.

Este artículo obtuvo el primer puesto del Concurso de artículos Generación del Bicentenario: Derecho, crisis y reflexión realizado por THĒMIS-Revista de Derecho y el Programa de Desarrollo Social Khuska.

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 22 de agosto de 2021, y aceptado por el mismo el 20 de febrero de 2022.

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN

La celebración de los doscientos años de nuestra independencia se conmemora en un contexto de crisis sanitaria causada por la pandemia del COVID-19 y agudizada por una crisis política y social. Esto, por un lado, ha originado que se desnuden distintas falencias que tienen nuestras instituciones estatales para poder cumplir de manera eficaz sus roles asignados, y por otro, la gran desigualdad que aún persiste en nuestra sociedad. Desigualdades que venimos arrastrando desde nuestros inicios como república, las cuales tienen en su mayoría una relación directa con el acceso y la calidad de los servicios públicos que reciben los ciudadanos.

En la actual situación los gobiernos de turno promueven distintas medidas buscando disminuir los contagios, entre ellas, el continuo lavado de manos y desinfección de alimentos y ropa que tuviera contacto con alguna área externa al hogar. Es evidente que para que los ciudadanos puedan implementar estas medidas se hace indispensable contar con agua potable tanto en sus hogares como en su vecindario. Por ello, el Instituto Nacional de Estadística e Informática (en adelante, INEI) considera que dentro de los grupos más afectados por la pandemia se encuentra la población sin acceso al agua potable por red pública (2020a).

Dada la vigente relevancia de este problema, el presente texto desarrollará el tema del derecho al agua potable. De la importancia detallada se requiere establecer un mínimo que permita satisfacer las necesidades básicas de todas las personas, generando con tal medida la inclusión de los ciudadanos con menor cobertura a tal derecho. Tal como se explicará en las secciones posteriores, existe una fundamentación que lo sustenta, la cual se basa a su vez en el reconocimiento progresivo del derecho al agua potable. Muestra de ello es que en el año 2006 el agua potable fue reconocido por el Tribunal Constitucional como un derecho y posteriormente, en el 2017, incorporado como un derecho social en nuestra Constitución Política.

II. EL ROL DE LOS DERECHOS EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

El tránsito del Estado legal de derecho al Estado Constitucional de Derecho significó un cambio en el paradigma constitucional, dejando de lado la preponderancia del principio de legalidad al incluir principios y valores axiológicos encaminados a la protección del ser humano. En consecuencia, actualmente podemos definir a la Constitución "como una realidad que se pone al servicio de la Persona, y lo hace como norma suprema en la que se positiva el valor de la Persona y sus derechos humanos" (Castillo Córdova, 2020, p. 36).

La defensa de los derechos no se limita a la ausencia de lesión mediante actos que puedan realizar el Estado o particulares, implica el deber de ejecutar acciones positivas por parte del Estado para tutelar los derechos inherentes de los ciudadanos. Estas acciones en su mayoría se realizarán mediante la implementación de distintas políticas públicas, ya que dejar de hacerlo atentaría contra la misma naturaleza del Estado Constitucional de Derecho.

Los derechos fundamentales son esenciales para el desarrollo del ser humano como individuo, pero, además, requieren su desarrollo en sociedad y de la sociedad misma. En ese sentido, como expresa el maestro italiano Luigi Ferrajoli:

> En definitiva, los derechos fundamentales, a comenzar por los derechos sociales son, como la experiencia enseña, un factor y un motor esencial del crecimiento, no solo civil si no económico. Ciertamente, el mayor desarrollo económico, el mayor bienestar, las mayores riquezas de nuestros países, con respecto al resto del mundo, así como en relación con su pasado, se debieron principalmente al mejoramiento de sus condiciones generales de vida (2018, p. 33).

Es incuestionable que los derechos fundamentales cumplen un rol esencial en el Estado Constitucional de Derecho, teniendo el Estado mismo, mediante sus instituciones, la responsabilidad de tutelar su respeto irrestricto, así como su promoción. Esto debería tener mayor hincapié en un contexto excepcional de pandemia, en donde derechos fundamentales primarios como el de la vida y la salud se ven gravemente afectados, más aún en los sectores de la población que no cuentan con acceso al agua potable dificultando que tengan una higiene idónea para prevenir el contagio.

Finalmente, además de derechos fundamentales, tenemos otras categorías jurídicas de derechos, como los derechos constitucionales, en su conjunto y los derechos humanos, recogidos en los instrumentos internacionales. Estos forman parte del bloque de constitucionalidad. Ahora bien, la pertenencia del derecho al agua a aquellas categorías también se encuentra en discusión como será analizado más adelante. No obstante, además de tal discusión, en el presente texto se pone énfasis en la necesidad de protección del mínimo constitucionalmente protegido como garantía básica incluso desarrollada por la jurisprudencia para otros casos.

III. ESTÁNDARES INTERNACIONALES Y PARÁMETROS EN EL DERECHO COMPARADO RESPECTO AL AGUA POTABLE

Si bien el reconocimiento del agua potable como un derecho inherente a toda persona ocurrió en el siglo XXI, ello no quiere decir que anteriormente se haya dejado relegada la importancia esencial de este elemento para la subsistencia del ser humano.

Desde épocas tempranas, teniendo como punto de partida la llegada de los españoles al continente americano, el rey Fernando el Católico emitió reglamentos sobre requisitos mínimos que debían tener las nuevas tierras para fundar las ciudades. Uno de esos requisitos consistía en la cercanía a las fuentes de agua para el consumo humano (Díaz Palacios *et al*, 2016, p. 289). Con el transcurso del tiempo, el agua potable se mantuvo como un aspecto relevante para el desarrollo de la sociedad y por ello llegó a ser considerado un 'servicio esencial'[1]. Ahora bien, a pesar de esa 'esencialidad' no todos tenían el mismo acceso, disponibilidad y/o calidad del mismo. Por este motivo, durante el pasado siglo diversos tratados internacionales comenzaron a regular el tema. Es el caso de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que en 1981 estableció que los Estados debían asegurar el derecho al abastecimiento de agua potable (art. 14). Esto marcó un hito al reconocer por primera vez al agua potable como un 'derecho'.

Asimismo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, CESCR) de la Organización de Naciones Unidas (en adelante, ONU) en el vigésimo noveno período de sesiones llevado a cabo del 11 al 29 de noviembre de 2002 en Ginebra, a través de su Observación General número 15, reconoce por primera vez al agua potable como un derecho fundamental, desarrollando la doble dimensión del mismo. En primer lugar, este no debe ser afectado por cortes arbitrarios y, en segundo lugar, existe una obligación por parte de los Estados de brindar a toda la población por igual acceso al agua potable. La relevancia de este instrumento no sólo recae en su reconocimiento como derecho fundamental, sino también establece criterios para considerar si se está satisfaciendo de manera idónea, sobre todo tomando en cuenta la precariedad de los sistemas para acceder al agua potable de distintas naciones, más aún de las que se encuentran 'en vías de desarrollo'. Por esta razón, el CESCR (2002) estableció los siguientes criterios:

a) Disponibilidad: Comprende el abastecimiento de manera continua del agua potable, pero no sólo para el uso personal sino también para el doméstico, considerando que para cumplir este criterio se debe brindar una cantidad mínima de agua potable diaria según el estándar que establezca la Organización Mundial de la Salud (en adelante, OMS).

b) Calidad: Consumir agua contaminada puede ser más nocivo que no consumir el mínimo diario. Por consiguiente, para cumplir este criterio, el agua debe estar libre de todo contaminante natural o químico para ser considerada potable.

c) Accesibilidad: Según lo establecido por el Comité, el criterio de accesibilidad se concreta bajo el cumplimiento de la dimensión física, económica, de no discriminación y de acceso a la información.

De manera posterior, la Resolución 64/292 de la Asamblea General de la ONU (2010) refuerza lo expuesto por el CESCR, reafirmando que el agua potable es un derecho fundamental esencial para el cumplimiento de todos los demás derechos fundamentales. Otro aspecto destacado es que exhorta a todos los miembros de la comunidad internacional a colaborar para reducir el porcentaje de ciudadanos sin acceso al agua potable o saneamiento (2010). Pese a que las resoluciones de la Asamblea General no son vinculantes para los Estados miembros, es un fundamento válido para invocar y promover el reconocimiento del derecho al agua potable tanto a nivel normativo como jurisprudencial.

El informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) del año 2015, desarrolla y aborda las problemáticas referentes al derecho al agua potable, reconociéndolo como un derecho fundamental, basándose en las resoluciones emitidas por la ONU con anterioridad. Lo remarcable de este informe es que también recoge jurisprudencia de otras cortes internacionales como las del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Africano de Derechos Humanos, así como resoluciones de organismos técnicos como la OMS. Asimismo, refuerza y actualiza los últimos pronunciamientos de distintas entidades internacionales y explica la situación de Latinoamérica respecto del derecho al agua potable. Por ello, para lograr comprender la trascendencia de este derecho y vincularlo con su actual situación en nuestro país, es necesario realizar un análisis

[1] Véase a Mendoza Flores (2016).

comparativo de la normativa y jurisprudencia de países latinoamericanos.

En primer lugar, se analizará el caso colombiano. El artículo 366 de la Constitución de 1991 establece que el agua potable es un servicio esencial y prestacional que el Estado debe asegurar y dar prioridad presupuestal. Esto permitió su prestación a través de actores privados bajo supervisión estatal, tal como refiere Cardona López:

> La transformación sectorial se concretó en la Constitución Política Nacional de 1991 que abrió el camino a otras formas de prestación que consultaban el mercado en los servicios públicos. En 1994 se promulgó la Ley 142 o Régimen de los Servicio Públicos Domiciliarios la cual propicia la participación privada en la prestación y formaliza la regulación y la inspección, vigilancia y control estatales (2010, p. 5).

Posteriormente, como parte del desarrollo normativo del derecho al agua, en el año 2008 se promovió el llamado 'Referendo del agua' que buscaba, primero, el reconocimiento del acceso al agua potable como un derecho fundamental y, segundo, que el Estado asegurara un mínimo gratuito para todos los ciudadanos.

No obstante lo mencionado en los párrafos previos, es importante recordar que Colombia no ha positivizado a nivel constitucional este derecho. Sin perjuicio de ello, durante los últimos veinte años, la Corte Constitucional ha desarrollado una sólida jurisprudencia al respecto, determinando lo siguiente:

> 1. El agua es derecho fundamental cuando se destina para el consumo humano en cuanto contribuye a la salud y salubridad pública; por ejemplo, en las sentencias de la Corte Constitucional colombiana T-578 de 1992 y T-413 de 1995; 2. El agua es indispensable para el desarrollo de otros derechos fundamentales como la salud y la vida en condiciones dignas, como se observa en las sentencias T-578 de 1992 y T-881 de 2002, y 3. No se puede suspender el servicio público de acueducto cuando se afectan personas en estado de debilidad manifiesta, de acuerdo con la sentencia C-150 de 2003 (Restrepo Gutiérrez & Zárate Yepes, 2015, p. 127).

Por ello, si bien en Colombia aún no se positiviza el derecho al agua potable, la diversa jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional ha originado que el Estado cambie sus políticas públicas, orientándolas a la protección del derecho de sus ciudadanos de contar con disponibilidad, calidad y accesibilidad al agua según parámetros establecidos en la observaciones generales y resoluciones emitidas por la ONU. En virtud de ello, se puede afirmar que el derecho al agua potable se encuentra regulado en Colombia.

En segundo lugar, se analizará el caso de Bolivia. La Constitución de 1967 denominó al agua potable como "bien estatal" (art. 136). Ello permitió que se diera un proceso de privatización del servicio de agua potable generando conflictos sociales como la llamada 'Guerra del Agua'.

En el discurso reivindicatorio que fundamentó el cambio de Constitución a la novísima Constitución del año 2009 del Estado Plurinacional de Bolivia, encontramos la mención a la 'Guerra del agua' y también la consigna de que el Estado debe respetar y asegurar el acceso al agua potable para todos sus ciudadanos. En el artículo 16, inciso 1 se estipula que "toda persona tiene derecho al agua y a la alimentación" (1967) y en concordancia con este se encuentra el artículo 20, que establece la obligación del Estado de asegurar el acceso universal y equitativo al agua potable, siguiendo criterios como la universalidad, responsabilidad, accesibilidad, continuidad, calidad, eficiencia, eficacia, tarifas equitativas y cobertura necesaria, con participación y control social (1967). Asimismo, en el tercer inciso se le brinda la denominación de derecho humano al acceso al agua y alcantarillado, decretando la prohibición de que sea concesionado o privatizado (1967). Finalmente, se encuentra el capítulo quinto, dedicado a los recursos hídricos, siendo el artículo 374 el que se refiere al agua como un derecho "fundamentalísimo para la vida" (1967), y sus consiguientes artículos 375, 376 y 377, los que asignan deberes al Estado para asegurar el acceso al agua potable.

Si bien es resaltante el gran desarrollo normativo referente al derecho al agua potable en el Estado Plurinacional de Bolivia, no significa que se asegure su eficacia. Sobre ello Perales Miranda indica que "las situaciones de crisis del agua han sido recurrentes en la ciudad de La Paz. Los motivos han sido disímiles, unas veces por averías en la infraestructura, otras veces debido a la existencia de conflictos sociales" (2018, p. 98).

Por este motivo, si bien se ha establecido el derecho al agua potable, realmente no ha representado una mejora en su eficacia ni en el aseguramiento del acceso universal e idóneo a toda su población como bien lo estipula su actual Constitución.

El análisis de la situación de ambos países permite tener una visión comparada del derecho al agua, puesto que estos presentan condiciones geográficas, culturales y sociales semejantes al Perú, pero con un desarrollo normativo disímil del derecho

en cuestión, quedando evidenciado que la positivización constitucional de un derecho no garantiza su eficacia.

IV. EL DESARROLLO DEL DERECHO AL AGUA EN EL PERÚ

Antes de que el agua potable sea reconocida como un derecho en el 2017 a raíz de la reforma constitucional, este solo era visto como parte de los sistemas que integraban los servicios de saneamiento, regulándose bajo esos parámetros.

En diversas ocasiones, el Tribunal Constitucional ha reconocido la vital importancia del agua potable a través de su jurisprudencia. Dos sentencias de este organismo constitucional han tenido gran relevancia para el trato jurídico de este derecho.

En el año 2005, con la sentencia recaída en el Expediente 2064-2004-AA/TC, el Tribunal Constitucional realizó una interpretación del artículo 7 de la Constitución, donde determina que este apartado no sólo reconoce el derecho a la salud personal, sino que este debe comprenderse e interpretarse con un conjunto de condiciones mínimas de salubridad y factores para que el ciudadano pueda llevar una vida digna (2005). Uno de esos factores es el agua potable, pues determina que las personas mantengan una buena salud, lo cual, a su vez, determina su supervivencia. En ese sentido, según los magistrados, el agua potable es un elemento esencial para el desarrollo personal, social y económico del ser humano (2005).

De ahí que resulte importante que el Estado centre real atención en la población que carece de servicios de agua potable y saneamiento, pues de lo contrario, desencadenaría en enfermedades propias de la precariedad e insalubridad en la que viven muchos peruanos. Claro está que gran parte de la población no cuenta con una red pública dentro de la vivienda, debido a que su medio para abastecerse de agua potable son los camiones cisterna, pozos, ríos, manantiales u otros. Asimismo, cuando no hay acceso al agua potable, los niños tienden a mostrar desnutrición, debido a que muchas veces el consumo de agua no potable o agua que lleva mucho tiempo en depósitos causa enfermedades como diarrea, fiebre y deshidratación, produciendo así la pérdida de una extensa cantidad de nutrientes. Según el INEI, en el año 2020, el 12.2% de la población menor de 5 años a nivel nacional sufrió de desnutrición crónica, siendo la zona rural la más afectada, pues la cifra se eleva a 24.7% (2013)[2]. Y según la OMS, la desnutrición afecta directamente al desarrollo físico y cognitivo de las personas (2017). Siendo así, no queda duda alguna de que las personas que no gozan de agua potable se encontrarán en una situación de desigualdad y falta de oportunidades, quedando el derecho solo en el terreno de lo simbólico y declarativo si es que el Estado no cumple con su fin mismo.

Posteriormente, en el año 2007, el Tribunal Constitucional, mediante la sentencia recaída en el Expediente 6546-2006-PA/TC, establece que el agua potable es un derecho constitucional no numerado (2007). Es en ese momento cuando le otorga un nivel jerárquico distinto a lo que se planteó en el año 2005, pues en ese entonces sólo se trató como un factor parte de otro derecho constitucional.

Con dicha sentencia se logra determinar que, sobre la base de la dignidad del ser humano y del Estado social y democrático de derecho, se puede reconocer el acceso al agua potable como un derecho fundamental. Ahora bien, se le otorga una dimensión prestacional, es decir que la naturaleza de este derecho tiene que ver con los servicios que las instituciones públicas o privadas están en la obligación de brindar a la población y que ello deberá ser promovido por el Estado. En esa línea, también indica que, al ser un recurso natural, se convierte en un elemento básico para la supervivencia de las personas al satisfacer sus necesidades elementales, pero, sobre todo, contribuye a la consolidación de otros derechos como la vida y la salud, generando el correcto desarrollo social y económico del país a través de las políticas públicas que plantee el Estado. Creemos que el punto más relevante se sustenta en que el Estado es quien debe dar al ciudadano la accesibilidad, calidad y suficiencia del agua potable al asegurar el disfrute de la misma.

Por otro lado, se establece que la accesibilidad se concreta cuando los ciudadanos cuentan con las instalaciones de servicios de agua potable cercanas a los lugares donde viven o realizan sus actividades, de modo que los costos de este servicio deberán adecuarse y estar al alcance de todos, lo cual implica que no exista ningún tipo de discriminación. La doctrina ha sido clara en cuanto a esto último. De ahí que Salmón Gárate y Villanueva Bogani afirmen lo siguiente:

> El elemento no discriminación supone a su vez que el agua y los servicios e instalaciones de agua deben ser accesibles a todos por igual,

[2] Información recabada de la nota de prensa: "[e]l 12,1% de la población menor de cinco años de edad del país sufrió desnutrición crónica en el año 2020" (2021).

incluso a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos (2008, p. 179).

Es así como resulta importante que la accesibilidad se complemente también con políticas de información respecto de la utilización y la necesidad de proteger este recurso natural. En cuanto a la calidad, esta significa una obligación del Estado para con los ciudadanos de garantizar condiciones de salubridad del agua potable, así como la calidad de atención y suministros del servicio. Por otro lado, la suficiencia se concreta cuando el servicio se haya dispensado en condiciones cuantitativas que les permita a las personas poder satisfacer sus necesidades elementales.

A nuestro criterio, el agua potable tiene un rol protagónico y esencial en la vida de las personas y la sociedad en su conjunto. Por esta razón, el Estado tiene que hacer valer este derecho para todos por igual en virtud del rol social que cumple y de su finalidad, que se traduce en la defensa de la persona y el respeto de su dignidad.

Ahora bien, el agua potable, antes de su inserción en nuestra norma fundamental, también fue precedida por una serie de medidas legislativas y gubernamentales. En específico, mediante la implementación de políticas públicas por parte del ejecutivo como ente encargado de dirigir la política general del gobierno.

Por ello, resulta importante realizar un análisis del desarrollo de las políticas públicas implementadas durante periodos cronológicos divididos en las siguientes tres etapas:

– El primer periodo comprende desde la aprobación de la actual norma constitucional hasta el reconocimiento jurisprudencial del derecho al acceso al agua, es decir, de 1993 a 2007.

– El segundo periodo comprende desde el reconocimiento jurisprudencial de derecho al acceso al agua a través de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 06534-2006-PA/TC hasta la reforma constitucional que reconoce el derecho de acceso al agua como derecho social a través de la Ley 30558 del 22 junio 2017, es decir, de 2006 a 2017.

– El tercer periodo abarca los últimos cuatro años transcurridos desde la reforma constitucional hasta la actualidad, es decir, de 2017 a 2021.

Respecto a las políticas públicas referidas a la implementación del agua potable durante el primer periodo, estas fueron establecidas en consonancia con el régimen económico y rol subsidiario del Estado establecidos en la Constitución, en 1993. Poco antes, mediante el Decreto Ley 25965, publicado el 18 de diciembre del 1992, se fundó la Superintendencia Nacional del Servicios de Saneamiento (SUNASS) con el objetivo de implementar la prestación del servicio de agua potable y saneamiento a través de una gestión de naturaleza privada a cargo de las Empresas Prestadoras de Servicios (en adelante, EPS).

En los inicios de los años noventa, en Perú existían dos ministerios encargados de las políticas de agua y saneamiento: el Ministerio de Fomento y Obras Pública (MFOP) para las zonas urbanas y el Ministerio de Salud (MINSA) para zonas rurales. La prestación del servicio público estaba organizada en torno a un aparato estatal enfocado en el acceso universal sin considerar como prioridad la sostenibilidad económica; esto cambió con la nueva Constitución de 1993. Además, se priorizó la participación del sector privado a través de la implementación de empresas prestadoras capaces de autofinanciarse con tarifas reales.

Posteriormente, el 24 de julio de 1994, se promulgó la Ley 26338, la cual creó 45 EPS, 44 de ellas bajo la forma societaria de sociedad anónima con accionariado de los gobiernos local y provincial, dejando solo al ya existente Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima (en adelante, SEDAPAL) como empresa pública a cargo del gobierno central. Esta desordenada proliferación de EPS devino en problemas como la inviabilidad económica, subsidios mal destinados y el sistema tarifario ineficaz para lograr el autofinanciamiento.

Durante esta etapa se pretendió privatizar SEDAPAL como una de las EPS más importantes por el ámbito geográfico de cobertura en Lima y Callao. Esta iniciativa tuvo que ser dejada de lado debido a una serie de problemas preexistentes, como la ausencia de una regulación clara respecto a la forma de establecer las tarifas, la falta de consideración de soluciones más allá de lo inmediato, y la falta de acceso al agua por gran parte de la población que estaba asentada en las periferias de Lima sin posibilidad de asumir tarifas 'reales' para la prestación de servicios, deviniendo en la inviabilidad de implementar la participación privada.

El 11 de julio de 2002 tuvo lugar la creación del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento (VIVIENDA) a través de la Ley 27792 aprobada por el Congreso de la República y publicada el 25 de julio del mismo año. El referido ministerio permi-

tió la implementación de la Dirección Nacional de Saneamiento como ente encargado de concretar las políticas públicas en torno al servicio de agua potable y saneamiento. En ese sentido, a través del Decreto Supremo 004-2002-VIVIENDA, el ejecutivo crea el Proyecto Especial Programa Nacional de Agua Potable y Alcantarillado (PRONAP) al cual denomina Programa de Apoyo a la Reforma del Sector Saneamiento (en adelante, PARSSA) y para tal objetivo se concretó un endeudamiento con el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento de cincuenta millones de dólares, logrando financiar parcialmente el Programa Nacional de Agua y Saneamiento Rural (PRONASAR). Todos estos programas irían en consonancia con el Plan Nacional de Saneamiento 2006-2015 aprobado mediante Decreto Supremo 007-2006-VIVIENDA promulgado el 17 de marzo del 2006.

Durante el segundo periodo tuvo lugar la aprobación del programa Agua Para Todos a través del Decreto Supremo 006-2007-VIVIENDA, emitido el 23 de febrero de 2007. Este fue un proyecto sumamente importante, pues se encargó de abastecer de agua potable y saneamiento a los sectores carentes de tales servicios, como parte de PARSSA. Sus funciones principales se enfocaron en la elaboración de los perfiles del Sistema Nacional de Inversión Pública (SNIP) para la inversión de proyectos y la ejecución de una serie de obras de agua potable en ámbitos urbanos y rurales, este último mediante la unidad operativa de saneamiento rural, un órgano del programa. Posteriormente, el 7 de julio del 2007, se publicó la Ley 29061, que crea el Fondo de Inversión Social en Saneamiento (INVERSAN) cuyo objetivo estaba enfocado en el asesoramiento y articulación del financiamiento de los proyectos de todos los entes vinculados al sector saneamiento, y se extiende a los diferentes niveles de gobierno y EPS involucradas, en el marco del Plan Nacional de Saneamiento vigente.

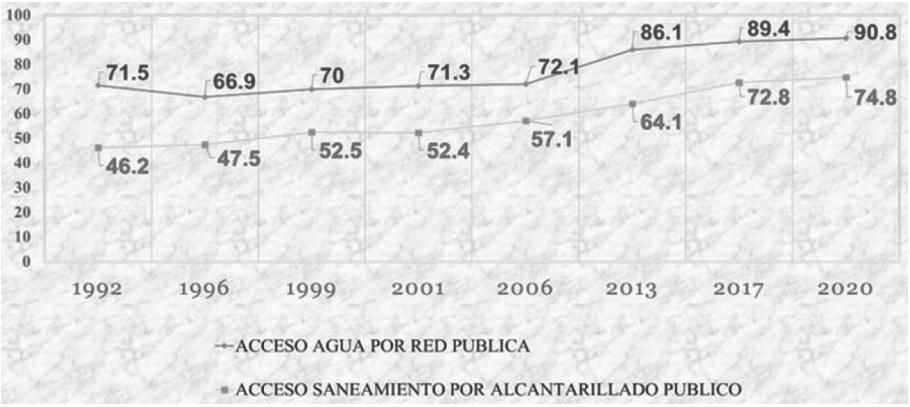
Posteriormente, se aprobó el plan estratégico "Plan Bicentenario: El Perú al 2021" (en adelante, Plan Bicentenario), mediante el Decreto Supremo 054-2011-PCM, promulgado el 22 de junio de 2011. Este tuvo como uno de sus ejes las oportunidades y el acceso a los servicios, entendidos estos como la totalidad de servicios públicos incluyendo el acceso al agua potable y saneamiento. Asimismo, este instrumento estratégico nacional, a cargo de su ente rector el Centro Nacional de Planeamiento Estratégico (CEPLAN), tiene una seria de metas a futuro en gran parte orientadas a incluir a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en adelante, OCDE). Los objetivos estratégicos del Plan Bicentenario han ido incorporándose a través de instrumentos normativos y reglamentarios como el Decreto Supremo 015-2013-VIVIENDA, que aprobó el reglamento de la Ley 30045, Ley de Modernización de los Servicios de Saneamiento, misma que creó el novísimo Organismo Técnico de la Administración de los Servicios de Saneamiento (OTASS), como un organismo público técnico adscrito al MVSC. El mismo sería dotado con autonomía funcional, administrativa, económica y financiera. Y tendría una participación muy importante en el proceso de 'reflotamiento' de amplía cantidad de EPS que no habían logrado optimizar el servicio y presentaban deficiencias administrativas contrarias al autofinanciamiento.

Posteriormente, mediante el Decreto Supremo 007-2017-VIVIENDA del 29 de marzo del 2017, se aprueba la Política Nacional de Saneamiento. Esta fue una herramienta de política pública sectorial orientada al cumplimiento de una serie de Objetivos de Desarrollo Sostenible (en adelante, ODS) aprobados por la Asamblea General de la ONU que adoptó la Agenda 2030. También se orientó al cumplimiento de las políticas de Estado establecidas por el Acuerdo Nacional. Cabe precisar que el reconocimiento del derecho de acceso al agua potable realizado por el Tribunal Constitucional –mediante sentencia recaída en el Expediente 06534-2006-PA/TC– ha sido parte del fundamento recogido en el Decreto Supremo que aprobó la política en cuestión. Cabe resaltar este aspecto ya que constituye el ámbito de influencia o alcance del reconocimiento realizado por el máximo intérprete de la norma fundamental.

Durante el tercer periodo, tuvo lugar la reforma constitucional que reconoce el derecho al acceso al agua potable en el artículo 7-A de la Carta Magna. Esta representa un paso fundamental para que el Estado garantice este derecho a todos los ciudadanos y, sin duda, para asumir la naturaleza del agua como recurso natural de dominio público, cuyo consumo humano debe ser priorizado respecto de otros usos. Se aprobaron instrumentos normativos en consonancia a la política nacional vigente, como el Plan Nacional de Saneamiento 2017-2021, aprobado mediante el Decreto Supremo 018-2017-VIVIENDA el 23 de junio del 2017. Esto ocurrió un día después de la publicación de la ley de reforma constitucional, lo cual explica que no se hiciera referencia a este derecho en los considerandos del referido decreto. El plan reemplaza y sucede al anterior del periodo 2006-2015, y recoge como uno de sus objetivos más importantes la cobertura universal del acceso al agua potable y saneamiento en los cinco años de vigencia a través de acciones gubernamentales orientadas también por los ODS. Esta última es una iniciativa de la ONU que hace especial énfasis en la sostenibilidad y el cambio climático, y en las recomendaciones de la OCDE que inciden en el gobierno corporativo.

El derecho al agua potable incluye la concretización de tres factores: la accesibilidad, la calidad y la suficiencia. En ese sentido, la accesibilidad al agua potable a través de la red pública implica la posibilidad de obtener el agua dentro de la vivienda, o fuera de la vivienda, pero dentro del edificio o pilón de uso público; y que, de la misma forma, el acceso a alcantarillado por red pública este conformado por red pública dentro de la vivienda, o fuera de la vivienda, pero dentro de la edificación. La siguiente información muestra el desarrollo de este derecho a nivel nacional, en donde no se hace distinción entre zonas urbanas o rurales.

Figura 1: Evolución del acceso al agua potable y saneamiento por red pública en el periodo 1992-2020

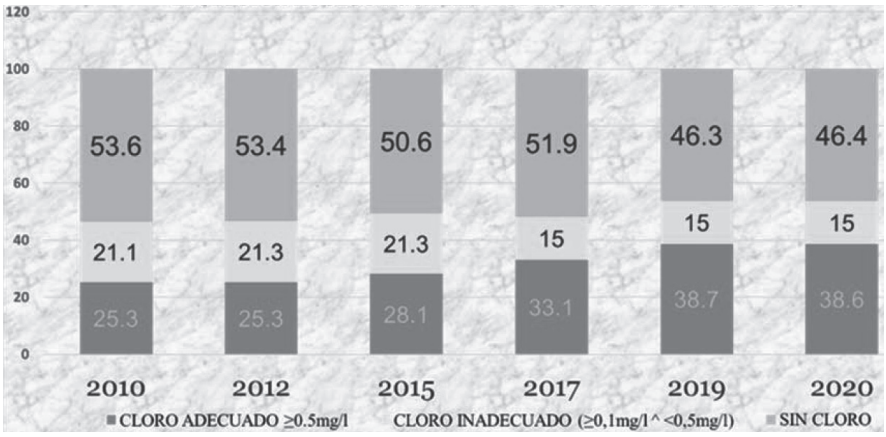


Fuente: Elaboración propia a partir del Informe Técnico "Perú: Formas de Acceso al Agua y Saneamiento Básico" (INEI, 2020b)

Se observa el incremento del acceso al agua potable de manera constante desde el año 1992. No se observa algún cambio disruptivo o resaltante de un periodo respecto del anterior, desarrollándose el acceso al agua a mayor escala que el servicio de alcantarillado cuyo desarrollo es más modesto y partió de niveles más bajos (46.2 % en el año 1992).

Asimismo, la calidad del derecho al agua potable se entiende en niveles de cloro añadido durante el proceso de potabilización, al respecto se tiene:

Figura 2: Evolución del acceso a agua potable por red pública con niveles de cloro

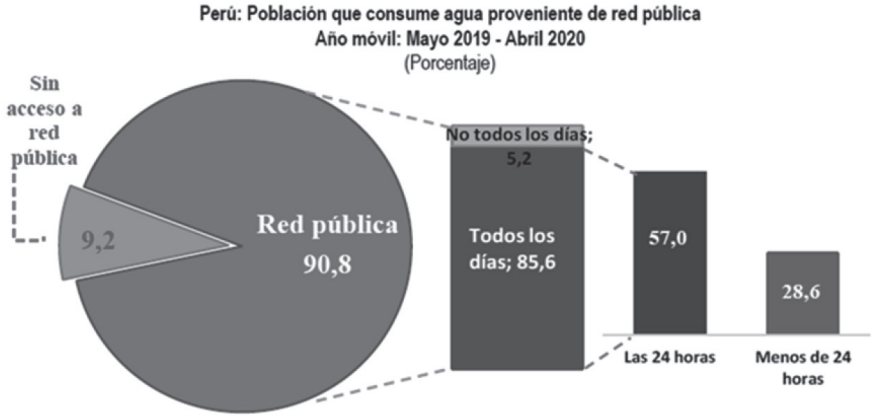


Fuente: Elaboración propia a partir del Informe Técnico "Perú: Formas de Acceso al Agua y Saneamiento Básico" (INEI, 2020b)

El nivel de cloro como elemento añadido durante la etapa de potabilización del agua, constituye el determinante de la calidad que, junto a la accesibilidad y la cantidad suficiente, integran el pleno ejercicio del derecho al acceso a agua potable. Notamos que el desarrollo de este aspecto del derecho al agua es muy reducido en comparación con la accesibilidad por red pública. Gran parte del recurso ni siquiera se somete al proceso químico de potabilización.

Sobre la suficiencia, la información estadística al año 2020 indica lo siguiente:

Figura 3: Perú: Población que consume agua proveniente de red pública



Fuente: INEI (2020b)

Este gráfico muestra que el porcentaje de acceso a agua potable por red pública de manera diaria es solo de un 85.6%. Y de aquellos, únicamente el 57% de la población tiene acceso durante las 24 horas. El grado de suficiencia debe analizarse desde estos datos por cuanto implica el uso cotidiano de agua potable.

Por otra parte, es pertinente realizar también un análisis de la legislación referente al agua potable. Así pues, el 24 de julio de 1969 se promulga el Decreto Ley 17752, la Ley General de Aguas. Esta derogada ley no le daba un trato especial al agua potable. En primer lugar, no encontraremos el agua potable bajo ese término, sino como aguas producidas, las cuales serán aquellas que fueron obtenidas por artificios para uno o más usos (1969). Y en segundo lugar, sólo el artículo 8 dispone que las aguas destinadas a satisfacer necesidades primarias no requerirán de la aprobación de ninguna autoridad competente (1969). Es claro que el desarrollo legislativo del agua potable es ambiguo, limitado y escaso, pues sólo hará mención de ello en una terminología distinta y no establecerá un contenido propio de la misma. De ahí que es evidente la limitación de esta ley en cuanto al derecho al agua potable.

Observando la necesidad de una mejor regulación y reglamentación, el 31 de marzo de 2009 se deroga la Ley General de Aguas y se da paso a una nueva ley de corte más moderno, acorde a las nuevas terminologías. Hablamos de la Ley 29338, Ley de Recursos Hídricos, la cual garantiza el uso y gestión integrada del agua. Con esta ley, el agua potable se considera un bien de uso público, cuya administración dará prioridad a principios como el bien común y el interés de la nación, tal como se establece en los artículos 2 y 54 (2009). Esta nueva ley contempla una reforma institucional profunda que une a la Autoridad Nacional del Agua (ANA) con diferentes instituciones del Estado, y establece que estas se involucren en la gestión de los recursos hídricos del país (2009).

Es notable la diferente narrativa y orden que se otorga al agua potable. Es así como también nos indica que el uso primario del agua sin alteración y contaminación comprende su utilización directa y efectiva, de forma que esté orientada a la finalidad de satisfacer las necesidades humanas primarias, es decir, la alimentación, el consumo directo del agua y el aseo personal. Partiendo desde el concepto establecido, resulta claro que se trata de visibilizar la importancia del elemento agua en la vida de todas las personas y la sociedad. Podemos decir que otro punto novedoso se encuentra en el artículo 40 de la referida ley, que establece que el Estado garantiza el otorgamiento de cantidades suficientes de agua potable a la población (2009). Si bien no delimita una cantidad en específico, es un primer paso a lo que a ello respecta. No obstante, pese a que la ley significó una aproximación a un efectivo derecho al agua potable, desde el año 2011 la Encuesta Demográfica y de Salud Familiar (ENDES) ha informado sobre las cifras de desnutrición crónica que padecen niños menores de cinco años en el país, además de enfermedades diarreicas agudas, señalando que eran propias de la ausencia de agua potable, entre otras razones[3].

Como hemos analizado, con la Ley de Recursos Hídricos el acceso al agua potable se reconoce como derecho. Y en el ámbito internacional, ya se le habría reconocido como un derecho humano fundamental. Sin embargo, en ese momento, el agua

[3] Más información en: www.proyectos.inei.gob.pe

potable aún no tendría jerarquía constitucional. De ahí que parlamentarios del Congreso de ese entonces, mediante el Proyecto de Ley 00424/2016-CR, buscaran que se incorpore al texto constitucional el derecho al agua potable y saneamiento, dentro de los alcances del artículo 2. Finalmente, en el 2017, la incorporación se daría en el artículo 7, donde se establecería que es un derecho de la persona humana y que el Estado será el garante de su prestación progresiva (1993). El artículo citado se encuentra dentro del Capítulo II que corresponde a los derechos sociales y económicos. Resulta trascendente la exposición de motivos porque se va a dilucidar la fundamentación del agua potable como derecho fundamental apoyado del razonamiento de la legislación internacional, aunque ello no deriva en un aspecto novedoso dado que en el Reglamento de la Calidad del Agua para Consumo Humano ya se le trataba como tal. De otro lado, según el razonamiento de los legisladores, el derecho al agua potable es conexo a otros derechos como la salud y la educación, ellos van a depender directamente del acceso al agua potable de calidad. Nuestros legisladores creyeron que lo más pertinente sería elevar este derecho a rango constitucional por lo siguiente:

> Consideramos que un reconocimiento expreso de este derecho fundamental, y plasmado en nuestra carta magna garantizaría su jerarquía y exigibilidad como derecho fundamental. Esto implicaría, además, que el Estado deba priorizar su implementación de forma progresiva en base a una norma Constitucional de carácter vinculante otorgando así una mayor protección a la dignidad humana (2016, p. 3).

Como consecuencia de este proyecto de ley, se incorporó el artículo 7-A, que indica que toda persona debe acceder de forma progresiva y universal al agua potable porque el Estado priorizará el consumo humano sobre otros usos (1993). Esta reforma constitucional siguió los lineamientos de los ODS y el Acuerdo Nacional, los cuales ya habían establecido que el agua potable es un elemento primordial para la vida y el desarrollo de otros derechos fundamentales.

En efecto, resulta trascendental que la desigualdad en el acceso al agua potable se elimine progresivamente y que la calidad sea la idónea para el consumo. Estos son aspectos que harán efectivo el derecho. En tanto su escasez está estrechamente ligada a la pobreza, se produce una trasgresión de la dignidad de la persona. Por ello, se debe buscar un marco normativo y jurisprudencial más amplio, que desarrolle el derecho al agua potable para su debido saneamiento y estándares básicos como parte de la política integral del Estado peruano.

V. UNA PROPUESTA DE EFECTIVIZACIÓN DEL DERECHO AL AGUA POTABLE

El agua potable no solo es esencial para la alimentación y el buen funcionamiento del cuerpo humano, sino también para mantener una higiene óptima. Por ello, es elemental para afrontar la pandemia del COVID-19. En esa línea, el 6 de febrero del 2021, el gobierno central emitió el Decreto Supremo 017-2021-PCM, donde decretó en 'Nivel de Alerta Muy Alto' a todo el departamento de Loreto y a dos de sus provincias en 'Nivel de Alerta Extremo' respecto de los contagios por el virus. Resulta alarmante que, según datos del INEI, el 44% de la población de Loreto –el departamento más grande del país– no cuente con acceso a la red pública de agua potable (2019). Si bien no se puede considerar la falta de agua potable como el único factor determinante de los elevados índices de contagio en Loreto, no tener acceso al agua potable para seguir los protocolos de higiene influye notoriamente. Esta situación ha puesto en la palestra la importancia de contar con un mínimo constitucionalmente protegido. Entender la naturaleza del agua potable como un derecho y su contenido constitucional será importante a fin de señalar la necesidad del mínimo constitucionalmente protegido.

En tal sentido, como previamente lo hemos desarrollado, los organismos nacionales e internacionales han establecido condiciones necesarias para el ejercicio pleno de este derecho, tales condiciones son la accesibilidad, calidad y suficiencia. También se ha evidenciado, al observar la evolución del acceso al agua potable por red pública, el énfasis que el Estado otorgó respecto a una sola de estas condiciones, la accesibilidad, lo cual representa un desarrollo cuantitativo mas no cualitativo.

No cabe duda que faltan abarcar los demás criterios para lograr la satisfacción del derecho al agua potable. Cubrir únicamente uno de ellos no hará que se haga efectivo y crea la apariencia de que realmente se está logrando satisfacer esta necesidad a través de su naturaleza programática. Sobre ello, el Tribunal Constitucional estableció lo siguiente:

> Si bien es cierto que la realización o cumplimiento de los derechos sociales fundamentales implica que el Estado implemente políticas públicas que representan el gasto de recursos públicos, ello no es un argumento suficiente como para hacer depender la realización de los derechos fundamentales de cuestiones presupuestales. En efecto, tal dependencia desnaturalizaría el mandato de deber ser de los derechos sociales fundamentales, reduciéndolos

> nuevamente a meros ideales programáticos sin fuerza vinculante para el Estado (Expediente 01470-2016-PHC/TC, 2019, fundamento 25).

De ahí que a partir de su incorporación al apartado de derechos sociales de nuestra Constitución se consagra dentro de la categoría de los derechos fundamentales. Sin embargo, ¿será suficiente para satisfacer realmente este derecho?, ¿cómo es que se logra la efectivización de los derechos sociales a pesar de su naturaleza programática? Una de las fórmulas que ha tenido mayor aceptación tanto en la doctrina como en las altas cortes es la del mínimo constitucionalmente protegido, el cual descansa "sobre la idea de garantizar las condiciones mínimas de subsistencia concretas para que las personas puedan ejercer sus capacidades y desenvolverse en la sociedad" (Jiménez Ramírez, 2013, p. 117).

No obstante, establecer el mínimo constitucionalmente protegido del derecho al agua potable no será posible si es que no se ha delimitado su contenido constitucional. La naturaleza de este contenido deberá ser limitado, ilimitable y delimitable. El carácter limitado hace referencia a que el derecho al agua potable tendrá sus propios límites, lo cual va a ayudar a definir y diferenciar este derecho de otros. En cuanto a lo ilimitable, alude a que nadie podrá establecer un límite en el contenido constitucional de este derecho. Y, por último, será delimitable porque los tres poderes del Estado son los encargados de su perfeccionamiento mediante las normas.

En tal sentido, cabe precisar que, en primer lugar, no sólo basta con tomar el contenido estipulado en la Constitución, sino que se requiere apoyarse en el ordenamiento o las normas legales que están relacionadas directamente con el derecho al agua potable en virtud del principio de unidad constitucional, el cual exige que la interpretación de la norma constitucional se realice en conjunto con otros dispositivos legales en la materia, ya que, de lo contrario, se llegaría a una interpretación discordante de la misma. En segundo lugar, es necesario recoger lo estipulado por las normas internacionales referentes al agua potable, así como la jurisprudencia de los tribunales internacionales. Ello también es conexo a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, que indica que las normas "relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú" (1993). En tercer lugar, es elemental definir qué es y qué implica el derecho al agua potable. De modo que, existiendo una definición, es posible determinar la finalidad y facultades que contempla el contenido constitucional del derecho al agua potable y, a la vez, cuáles no se van a incluir dentro del mismo. En cuarto y último lugar, será primordial valorar los casos concretos, es decir, los hechos de la realidad bajo los cuales se exige el derecho al agua potable, pues se requiere una valoración distinta en cada caso. Este punto es sustancial porque se podrá concretar de manera íntegra el contenido constitucional del derecho al agua potable. Sobre este punto Castillo Córdova afirma que:

> El contenido constitucional del derecho no puede ser formulado de manera abstracta y de una vez para siempre como quien encuentra una fórmula física o química. El Derecho no puede estar sujeta a los principios de la ciencia exacta sencillamente porque su materia es la conducta humana la misma que no es posible encasillar en leyes físicas inmutables […] no será sino en función del concreto caso en el que se defina si una concreta pretensión forma o no parte del contenido constitucional del derecho (2005, p. 10).

De ahí que nuestros legisladores tienen una gran responsabilidad, pues serán quienes deban pulir o crear normas referentes al derecho al agua potable que no sean contrarias al propio texto constitucional. Asimismo, es labor de los operadores de justicia y de los intérpretes de la Constitución interpretar, amoldar y delimitar bajo los casos concretos que valoren, el contenido constitucional del derecho al agua potable. De esta manera, en conjunto con el mínimo constitucionalmente protegido, se podrá efectivizar el derecho. Como referencia tenemos el caso Manuel Anicama, en donde el Tribunal Constitucional estableció el mínimo constitucionalmente protegido del derecho a la pensión. En efecto, esta jurisprudencia ha desarrollado el tema del contenido esencial protegido de un derecho constitucional. Según esta tesis los derechos tienen contornos y hechos que comprenden alcances y límites, y ante la colisión de los mismos incluso se puede llegar a una ponderación, siempre y cuando se salvaguarde su contenido esencial. En la mencionada sentencia, el Tribunal Constitucional afirma que:

> El derecho fundamental a la pensión tiene una estrecha relación con el derecho a una vida acorde con el principio-derecho de dignidad, es decir, con la trascendencia vital propia de una dimensión sustancial de la vida, antes que una dimensión meramente existencial o formal, forman parte de su contenido esencial aquellas pretensiones mediante las cuales se busque preservar el derecho concreto a un 'mínimo vital' (Expediente 1417-2005-AA/TC, 2005, fundamento 37).

Ese criterio ha sido reiterado en diversa jurisprudencia, incluso en el contexto de pandemia donde los derechos se han visto limitados a causa de la necesidad de protección del derecho a la salud. Por consiguiente, se ha demostrado que la tesis del mínimo protegido de los derechos encuentra raigambre en nuestra jurisprudencia.

Con respecto a la experiencia comparada, podemos analizar lo dispuesto por la Corte Constitucional de Colombia. La misma estableció por primera vez en el 2011 que la entidad prestadora del servicio debe asegurar a la población un mínimo protegido de 50 litros de agua potable por persona (Sentencia T-740/11, 2011). Este parámetro se determinó de acuerdo con las directrices establecidas por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) en su primer Informe de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo de los Recursos Hídricos en el Mundo, del año 2003, titulado Agua para todos, agua para la vida. Así, se posibilita la delimitación de estándares en la prestación del servicio de acceso al agua potable, estableciendo un mínimo constitucionalmente protegido.

Otro ejemplo de ello es el Juicio de Amparo 843/2018-III del Juzgado Tercero del Distrito de Amparo y Juicios Federales en el Estado de Chiapas, en México, que determinan lo siguiente:

> Las autoridades responsables, proporcionen a los quejosos el servicio de agua potable de manera continua, en cantidad adecuada y suficiente para el uso personal y doméstico, esto es, el acceso al agua necesaria para mantener la vida, la salud y, para satisfacer las necesidades básicas del ser humano. Sin que lo anterior signifique conceder una cantidad ilimitada de agua, con un estándar mínimo aceptable (2018, fundamento 6).

Asimismo, en Colombia, mediante el proceso de tutela –el cual tiene similitud conceptual y práctica con el recurso de amparo– se ha podido desarrollar amplia jurisprudencia sobre el derecho al agua potable. Así pues, con la Acción de Tutela T-398/18, la Corte Constitucional colombiana resolvió:

> Que los sujetos de especial protección constitucional tienen derecho a un mínimo de agua que no es susceptible de restricción alguna. Por esta razón no es dable a una empresa prestadora del servicio público domiciliario suspender por mora en el pago de las facturas el suministro de agua potable, si con ello se impida a estos sujetos de especial protección el acceso al líquido vital, máxime si con dicha medida se afectan otros derechos fundamentales (2018, fundamento 5.9).

Todo ello evidencia que los países vecinos tienen un mayor avance en lo que respecta al desarrollo de mecanismos para tutelar el derecho al agua potable. Así, si bien con la reforma del 2017 fue incorporado a nuestro texto constitucional, la falta de desarrollo no ha permitido su debida efectivización.

Ahora bien, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (en adelante, OHCHR) en conjunto con la OMS suscriben que es necesario que el mínimo para cubrir las necesidades de consumo e higiene de las personas debe ser entre 50 y 100 litros de agua potable al día (2011, p. 9) , lo cual, como bien hemos demostrado, no se cumple en nuestra realidad. Además, en el contexto de la pandemia por COVID-19, el OHCHR emitió un informe instando a los Estados a formular estrategias y planes de acción para subsanar las deficiencias que tienen en la efectivización de los derechos económicos, sociales y culturales, debiendo prestar mayor atención a la protección del derecho al agua potable, entre otras cosas (2021, p. 5). Por lo tanto, queda evidenciado que efectivizar el derecho al agua potable es una tarea urgente, más aún en el contexto de pandemia que atravesamos y futuras emergencias sanitarias que el país afronte. El derecho al agua potable, como un derecho social, no se agota en su naturaleza programática, sino que para lograr su efectivización es esencial desarrollar el mínimo constitucionalmente protegido sobre la base del contenido constitucional de este derecho.

Nuestro país, inserto en un sistema democrático, debe lograr el pleno goce de los derechos de las personas, lo cual comprende el desarrollo de un proyecto de vida basado en la dignidad e igualdad de todos. La problemática del agua potable que atraviesa la población debería llamar a repensar la esencialidad de este derecho. El acceso al agua debe dejar de ser considerado como solamente un servicio el cual se puede suspender por no contar con los medios económicos necesarios para solventarlo. En la misma línea, también se debe erradicar la idea de que el ciudadano debe sentirse satisfecho con el simple recibimiento de agua 'potable' mediante camiones cisterna, cuando en realidad estos deben tener un mantenimiento continuo para cumplir estándares mínimos de salubridad.

VI. EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL Y EL AGUA POTABLE

Dentro de las novedades que nos trae la reciente reforma del Código Procesal Constitucional se encuentra la incorporación del agua potable como un derecho que puede ser tutelado mediante un pro-

ceso de amparo (art. 44). Ello también podría implicar un cambio en el estado actual de las cosas.

En efecto, luego de haber revisado la jurisprudencia nacional, podemos encontrar que los casos sometidos a la jurisdicción del Tribunal Constitucional en los cuales se tuteló el derecho al agua potable, se realizaron mediante el recurso de agravio constitucional, que por su propia naturaleza tiene como requisito previo que el agraviado llegara hasta segunda instancia en el fuero judicial, lo cual no permite resarcir la lesión con la urgencia debida. En otras palabras, se requiere acudir a varias sedes judiciales antes de tener una decisión relevante que reconozca el derecho en mención, en virtud de lo cual podemos afirmar que no se garantizaba un marco legal para la tutela idónea del derecho al agua potable.

Por ello, consideramos que la incorporación del derecho al agua potable como un derecho tutelado por el amparo, gracias a la reciente reforma del Código Procesal Constitucional, abre grandes posibilidades para tener una protección idónea y eficaz, así como una oportunidad para poder desarrollar a nivel jurisprudencial el mínimo constitucionalmente protegido.

VII. RESULTADOS

a) Los instrumentos internacionales sobre el derecho al agua potable permitieron su desarrollo tanto a nivel normativo como jurisprudencial en diferentes naciones a partir de que el estándar internacional exige que el derecho al agua potable sea reconocido como un derecho fundamental y no como un servicio.

b) El derecho al agua potable implica la obligación del Estado de garantizar el acceso, la calidad y la suficiencia del recurso. Las políticas públicas en el Perú han permitido un crecimiento horizontal en el aspecto de accesibilidad, mas no ocurrió lo mismo con la calidad y suficiencia, siendo sus porcentajes inferiores respecto del primero.

c) Si bien el acceso al agua potable ha aumentado de manera significativa, aún hay un gran porcentaje de ciudadanos que no cuenta con un acceso continuo. Por tanto, establecer un mínimo constitucionalmente protegido se aproxima como una forma de lograr la efectivización de este derecho. No obstante, de la revisión de la jurisprudencia resulta que con el mínimo se ha podido implementar la protección del derecho solo en un primer plano de acceso, mas no de calidad y/o suficiencia.

d) La incorporación en el Nuevo Código Procesal Constitucional del agua potable como un derecho que puede ser tutelado mediante el amparo abre la posibilidad de que los tribunales ordinarios, así como el Tribunal Constitucional, puedan desarrollarlo y con ello contribuir a su efectivización.

VIII. CONCLUSIÓN

La reforma constitucional que incorporó el derecho de acceso al agua potable como derecho social no ha generado un cambio disruptivo respecto de los factores que, de acuerdo al Tribunal Constitucional, integran tal derecho (accesibilidad, calidad y suficiencia). Antes bien, tales aspectos se han ido desarrollando progresivamente en años previos a la reforma a través de las políticas públicas implementadas por el Poder Ejecutivo, es decir, dependió de la capacidad de gestión pública más que de jerarquía normativa. Sin embargo, tal desarrollo previo también careció de idoneidad por cuanto se priorizó la accesibilidad respecto de los otros aspectos integrantes del derecho en cuestión. En la misma línea, el impacto normativo de la reforma estaría concretado en un cambio de paradigma y enfoque de las decisiones que asumirá el Estado en cuestiones que atañen al agua potable.

REFERENCIAS

Cardona López, A. (2010). *Consideraciones sobre el sector de agua potable y saneamiento básico en Colombia*. Departamento Nacional de Planeación. https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Estudios%20Econmicos/Consideraciones%20sobre%20el%20Sector%20de%20agua%20potable%20y%20saneamiento%20b%C3%A1sico.pdf

Castillo Córdova, L. (2005). Algunas pautas para la determinación del contenido constitucional de los derechos fundamentales. *Actualidad Jurídica: información especializada para abogados y jueces*, (139), 1-13.

Castillo Córdoba, L. (2020). Lineamientos del derecho constitucional de los derechos humanos. En G. Zagrebelsky, V. Marcenò, & F. Pallante, *Lineamenti di Diritto costituzionale* (C. E. Moreno More, trad., pp. 25-106). Zela Grupo Editorial.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH] (2015). *Informe anual de la CIDH.* http://www.oas.org/es/CIDH/informes/IA.asp?Year=2015.

Ferrajoli, L. (2018). *Constitucionalismo más allá del estado*. Editorial Trotta.

Instituto Nacional de Estadística e Informática [INEI] (2013). *Compendio Estadístico del Perú 2013*. https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1097/libro.pdf

(2020a). *Perú: Condiciones de vida de la población en riesgo ante la pandemia del COVID-19.* www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1745/libro.pdf

(2020b). *Informe Técnico: Perú. Formas de Acceso al Agua y Saneamiento Básico.* http://m.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/boletin_agua_junio2020.pdf

(2021). *Encuesta Demográfica y de Salud Familiar 2020. Series Anuales de Indicadores Principales de la ENDES, 1986-2020*. https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1798/libro.pdf

(19 de abril de 2021). Nota de Prensa: El 12,1% de la población menor de cinco años de edad del país sufrió desnutrición crónica en el año 2020. *INEI*. https://www.inei.gob.pe/prensa/noticias/el-121-de-la-poblacion-menor-de-cinco-anos-de-edad-del-pais-sufrio-desnutricion-cronica-en-el-ano-2020-12838/

Jiménez Ramírez, M. (2013). El mínimo vital de acceso al agua potable frente a las empresas de servicios públicos en Colombia: personas en situación de debilidad manifiesta vs mercado de servicios públicos. *Revista Pensamiento Jurídico,* (38), 109-140.

Mendoza Flores, S. E. (2016). El servicio de provisión de agua potable y saneamiento como servicios esenciales. *Ius et Veritas*, *24*(53), 370-381. https://doi.org/10.18800/iusteveritas.201701.022

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos [OHCHR] & Organización Mundial de la Salud [OMS] (2011). *El derecho al agua, Folleto Informativo N° 35.* https://acnudh.org/load/2018/03/FactSheet35sp.pdf

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos [OHCHR] (2021). *El papel central del Estado en la respuesta a pandemias y otras emergencias sanitarias, y las consecuencias socioeconómicas de estas en la promoción del desarrollo sostenible y la efectividad de todos los derechos humanos, Informe, Informe anual*. https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/A_HRC_47_23_S.pdf

Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura [UNESCO] (2003). *Informe de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo de los Recursos Hídricos en el Mundo*. https://www.un.org/esa/sustdev/sdissues/water/WWDR-spanish-129556s.pdf

Organización Mundial de la Salud [OMS] (2017). *Documento normativo sobre retraso del crecimiento*. https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/255735/WHO_NMH_NHD_14.3_spa.pdf?ua=1

Díaz Palacios, J., Arana Cardó, M., Torres Guevara, J., & Patrucco Núñez-Carvallo, S. (2016). *Historia ambiental del Perú. Siglos XVIII y XIX.* Ministerio del Ambiente.

Perales Miranda, V. H. (2018). La crisis del agua en La Paz: Cambios y racionamiento del agua. *Revista Temas Sociales,* (43), 97-124.

Restrepo Gutiérrez, E., & Zárate Yepes, C. (2015). El mínimo vital de agua potable en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. *Revista Opinión Jurídica, 15*(29), 123-140.

Salmón Gárate, E., & Villanueva Bogani, P. (2008). Los aportes del Derecho Internacional a la construcción del derecho humano al agua. En A. Guevara Gil (ed.), *Derechos y conflictos de agua en el Perú* (pp. 147-162). Editorial Concertación.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 64/292 (28 de julio de 2010).

Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución 34/180, Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (18 de diciembre de 1979).

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 15 El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/2002/11 (20 de enero de 2003).

Constitución Política de Colombia [C.P.] (1991).

Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia [Const.] (2009)

Constitución Política del Perú [Const.] (1993).

Corte Constitucional [C.C.], octubre 3, 2011, Sentencia T-740/11, Gaceta de la Corte Constitucional [G.C.C.] (Colom.).

Corte Constitucional [C.C.], septiembre 25, 2018, Sentencia T-398/18, Gaceta de la Corte Constitucional [G.C.C] (Colom.).

Decreto Ley 17752, Aprueban la Ley General de Aguas, Diario Oficial *El Peruano*, 25 de julio de 1969 (Perú).

Decreto Ley 25965, Crean la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento, Diario Oficial *El Peruano*, 18 de diciembre de 1992 (Perú).

Decreto Supremo 004-2002-VIVIENDA, Dictan normas para adecuar el Proyecto Especial "Programa Nacional de Agua Potable y Alcantarillado" a objetivos de la política para la reforma del Sector Saneamiento, Diario Oficial *El Peruano,* 24 de septiembre de 2002 (Perú).

Decreto Supremo 006-2007-VIVIENDA, Crean Programa "Agua para Todos", Diario Oficial *El Peruano*, 23 de febrero de 2007 (Perú).

Decreto Supremo 007-2006-VIVIENDA, Aprueban el "Plan Nacional de Saneamiento 2006 - 2015", Diario Oficial *El Peruano*, 19 de marzo de 2006 (Perú).

Decreto Supremo 007-2017-VIVIENDA, Decreto Supremo que aprueba la Política Nacional de Saneamiento, Diario Oficial *El Peruano*, 30 de marzo de 2017 (Perú).

Decreto Supremo 015-2013-VIVIENDA, Aprueban el Reglamento de la Ley Nº 30045, Ley de Modernización de los Servicios de Saneamiento, Diario Oficial *El Peruano*, 29 de noviembre de 2013 (Perú).

Decreto Supremo 017-2021-PCM, Decreto Supremo que incorpora el departamento de Loreto al Nivel de Alerta Muy Alto y algunas provincias de los departamentos de Puno y Loreto al Nivel de Alerta Extremo del nivel de alerta por departamento, aprobado por el Decreto Supremo Nº 002-2021-PCM y modificatoria, Diario Oficial *El Peruano*, 6 de febrero de 2021 (Perú).

Decreto Supremo 018-2017-VIVIENDA, Decreto Supremo que aprueba el Plan Nacional de Saneamiento 2017 – 2021, Diario Oficial *El Peruano*, 25 de junio de 2017 (Perú).

Decreto Supremo 054-2011-PCM, Decreto Supremo que aprueba el Plan Bicentenario: el Perú hacia el 2021, Diario Oficial *El Peruano*, 23 de junio de 2011 (Perú).

Juicio de Amparo, Juzgado Tercero de Distrito de Amparo y Juicios Federales en el Estado de Chiapas [JD], Julio de 2019, Sentencia 843/2018-III, página 53 (Mex.).

Ley 26338, Ley General de Servicios de Saneamiento, Diario Oficial *El Peruano*, 24 de julio de 1994 (Perú).

Ley 27792, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, Diario Oficial *El Peruano*, 25 de julio de 2002 (Perú).

Ley 29061, Ley que crea el Fondo de Inversión Social en Saneamiento (INVERSAN), Diario Oficial *El Peruano*, 7 de julio de 2007 (Perú).

Ley 29338, Ley de Recursos Hídricos, Diario Oficial *El Peruano,* 31 de marzo de 2009 (Perú).

Ley 30588, Ley de Reforma Constitucional que reconoce el Derecho de Acceso al Agua como Derecho Constitucional, Diario Oficial *El Peruano*, 22 de junio de 2017 (Perú).

Ley 31307, Nuevo Código Procesal Constitucional, Diario Oficial *El Peruano*, 23 de julio de 2021 (Perú).

Proyecto de Ley 00424/2016-CR, Reforma constitucional que incorpora el derecho al agua potable y saneamiento a la Constitución Política del Perú, 19 de octubre de 2016 (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 4 de julio de 2005, sentencia recaída en el Expediente 2064-2004-AA/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 8 de julio de 2005, sentencia recaída en el Expediente 1417-2005-AA/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 7 de noviembre de 2007, sentencia recaída en el Expediente 6546-2006-PA/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 15 de noviembre de 2007, sentencia recaída en el Expediente 06534-2006-PA/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 12 de febrero de 2019, sentencia recaída en el Expediente 01470-2016-PHC/TC (Perú).

10.18800/themis.202102.014

VACUNA CONTRA EL COVID-19: ¿EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO PERMITE SU APLICACIÓN OBLIGATORIA?

VACCINE AGAINST COVID-19: DOES THE PERUVIAN LEGAL SYSTEM ALLOW ITS MANDATORY APPLICATION?

Christian Dennis Valero Quispe*
Universidad Nacional del Altiplano

The health sector was not the only one affected by the COVID-19 pandemic, the rapid spread of this virus had an impact on education, the economy, work, tourism, among other sectors. This situation led various pharmaceutical laboratories around the world to initiate research to develop a vaccine. As a result of these international investigations, in the middle of 2020, a vaccination process was carried out; meanwhile, in Peru this process began at the beginning of 2021.

In this article, the author studies whether the Peruvian legal system allows the mandatory application of the COVID-19 vaccine. In order to achieve that, a balancing of rights was made between the individual freedom of those who do not wish to be vaccinated and public health. Additionally, he maintains that a measure such as restricting access to closed spaces must consider the principles of reasonableness and proportionality. In this way, it is concluded that it is not possible to coerce a person to take a medical treatment when they have not expressed their consent. However, it is possible to impose restrictions such as prohibiting access to means of transportation or admission to universities for people who are not vaccinated.

Keywords: COVID-19; individual liberty; mandatory; public health; vaccine.

El sector salud no fue el único afectado por la pandemia producto del COVID-19, la rápida propagación de este virus impactó en la educación, la economía, el trabajo, el turismo, entre otros sectores. Esta situación conllevó a que diversos laboratorios farmacéuticos de todo el mundo inicien una investigación para desarrollar una vacuna. Como resultado de estas investigaciones, a nivel internacional, en pleno 2020, se llevó a cabo un proceso de vacunación; por su parte, en el Perú se inició con este proceso a inicios de 2021.

En el presente artículo, el autor analiza si el ordenamiento jurídico peruano permite la aplicación obligatoria de la vacuna contra el COVID-19, para ello se realizó una ponderación de derechos entre la libertad individual de quienes no desean vacunarse y la salud pública. Adicionalmente, se sostiene que una medida como restringir el acceso a espacios cerrados debe considerar los principios de razonabilidad y proporcionalidad. De este modo, se concluye que no es posible someter a un tratamiento médico a una persona que no haya expresado su consentimiento; sin embargo, sí existe la posibilidad de imponer restricciones como prohibir el acceso a medios de transporte o el ingreso a universidades a las personas que no estén vacunadas.

Palabras clave: COVID-19; libertad individual; obligatoria; salud pública; vacuna.

* Estudiante de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Nacional del Altiplano. Contador Público por la Universidad Nacional del Altiplano (Puno, Perú). Contacto: vale.peru13@gmail.com

Este artículo obtuvo el segundo puesto del Concurso de artículos Generación del Bicentenario: Derecho, crisis y reflexión realizado por THĒMIS-Revista de Derecho y el Programa de Desarrollo Social Khuska.

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 22 de agosto de 2021, y aceptado por el mismo el 25 de enero de 2022.

I. INTRODUCCIÓN

El COVID-19 se caracteriza por su nivel de contagio y grado de letalidad, aspectos que han generado una rápida propagación del virus ocasionando que las personas requieran de atención médica urgente, siendo los más vulnerables quienes perdieron la vida. Esta situación conllevó a que en marzo del 2020 la Organización Mundial de la Salud (en adelante, la OMS) declare al COVID-19 como una pandemia. A raíz de ello, los Estados han implementado políticas de prevención y países como Estados Unidos, China, Rusia, Reino Unido, Alemania, Francia y Austria comenzaron las investigaciones para desarrollar una vacuna. Como resultado de estos estudios, a inicios de 2021 en el Perú se inició con el proceso de vacunación; por lo que, en este contexto es necesario analizar si el ordenamiento jurídico peruano permite la aplicación obligatoria de la vacuna contra el COVID-19.

Para el desarrollo del artículo, se utilizaron los métodos analítico y descriptivo, con enfoque en los aspectos legales y sociales de la medida que instaura un régimen obligatorio de vacunación. Así, por un lado, se analizó la constitucionalidad de la obligatoriedad de la vacunación en las personas a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad; mientras que, por otro lado, se analizó si es necesario considerar la reacción social que podrían generar medidas de esta naturaleza.

En esa misma línea, en el presente artículo se desarrolla una aproximación al COVID-19, toda vez que se precisarán datos de la situación actual de contagio en el Perú. Asimismo, se analizará la posibilidad legal de dictar una norma que implique la vacunación obligatoria. Por otra parte, se realizará una ponderación de derechos entre la libertad individual y la salud pública según el razonamiento de Manuel Atienza. Y, por último, se plantearán medidas para alcanzar la inmunidad de rebaño.

II. APROXIMACIONES AL COVID-19

La OMS precisa que:

> Los coronavirus son una extensa familia de virus que pueden causar enfermedades tanto en animales como en humanos. En los humanos, se sabe que varios coronavirus causan infecciones respiratorias que pueden ir desde el resfriado común hasta enfermedades más graves como el Síndrome respiratorio de Oriente Medio (MERS) y el síndrome respiratorio agudo severo (SRAS). El coronavirus que se ha descubierto más recientemente causa la enfermedad por coronavirus COVID-19 (2019).

Al presentarse el primer caso de una persona contagiada por dicho virus en Wuhan, China, en el año 2019, recibe la denominación COVID-19, y, a raíz del nivel de contagio, la OMS declaró la situación internacional como pandemia[1]. Debido a que este virus provoca dificultades respiratorias, es necesario que la persona contagiada requiera atención médica, motivo por el que se requiere adoptar estrategias para prevenir el contagio.

Sobre la forma de contagio, Maguiña Vargas, Gastelo Acosta y Tequen Bernilla señalan que:

> La principal vía de trasmisión es la respiratoria, a través de la tos y estornudos, se ha detectado en las heces, pero en poca cantidad, de ahí que las medidas de protección contemplan el uso de mascarillas, la higiene frecuente de manos con agua y jabón, a lo que se han sumado otras medidas preventivas adoptadas en muchos países, como la cuarentena y el distanciamiento social (2020, p. 127).

Precisamente estas vías de transmisión han generado un contagio masivo y a pesar de que el Perú adoptó medidas como el uso de mascarillas y la cuarentena en la fase inicial del contagio; aun así, el COVID-19 se ha propagado por todo el Perú. Es necesario destacar que las medidas adoptadas en nuestro país buscaron proteger la salud de las personas, pero debido al alto número de contagios, la necesidad de atención médica, la carencia de tanques de oxígeno y la falta de camas UCI[2], lamentablemente un número significativo de personas perdieron la vida.

III. SITUACIÓN DE CONTAGIO EN EL PERÚ

El presidente de la República, mediante un mensaje a la Nación, dio a conocer que "el viernes 6 de marzo de 2020 se confirmó el primer caso de coronavirus en el Perú" (GOB.pe, 2021). A partir de dicha fecha, se ha implementado una serie de medidas para hacer frente a esta pandemia como el uso de mascarillas, distanciamiento social obligatorio y cuarentena[3]. A pesar de ello, la Sala Situacional

---

1 En una rueda de prensa del 11 de marzo de 2020 el Director General de la OMS declara al COVID-19 como pandemia (Organización Mundial de la Salud [OMS], 2020)

2 Las siglas UCI significan Unidad de Cuidados Intensivos.

3 Se dispuso la cuarentena a través del Decreto Supremo 044-2020-PCM, por medio del cual se declara el Estado de Emergencia Nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del brote del COVID-19. La medida ha sido ampliada hasta la fecha.

COVID-19 actualizada al 14 de enero de 2022 precisa que se tiene "un acumulado de 2,512,789 casos confirmados y un total de 203,302 personas fallecidas" (Instituto Nacional de Salud y Centro Nacional de Epidemiología, Prevención y Control de Enfermedades [en adelante, CDC], 2022). Estos datos evidencian que los contagios han ido aumentando con el transcurso de los meses debido a la rápida propagación del virus, por lo que para evitar más defunciones es necesario priorizar la atención médica de las personas hospitalizadas y garantizar la provisión de camas UCI y de tanques de oxígeno.

Por otro lado, el COVID-19, detectado en Wuhan, ha sufrido las siguientes mutaciones: la variante Alfa: B.1.1.7, detectada en Reino Unido; la variante Beta: B.1.35, identificada en Sudáfrica; la variante Gama: P.1, detectada en Japón y Brasil; la variante Delta: B.1.617.2, proveniente de la India; y la variante Ómicron: B.1.1.529, proveniente de Sudáfrica. Esta última variante es la que "pudo haber evolucionado silenciosamente de una sola persona con un sistema inmunológico debilitado en África subsahariana, posiblemente en alguien con VIH no tratado" (Duarte, 2021).

De acuerdo con El Peruano, al 10 de enero de 2022:

> El 82% de casos de COVID-19 estarían relacionadas con la variante ómicron. Ya son 14 regiones del país que han reportado esta variante, mientras que en Lima son 7 distritos los que están en alerta roja porque han superado la segunda ola del coronavirus. […] La situación se está tornando preocupante por la velocidad de transmisión. Hace tres semanas teníamos 12,000 casos durante toda la semana; a la siguiente semana, se ha tenido 26,000 casos; y esta semana, se han reportado 50,000 casos. Prácticamente se está duplicando cada semana el número de contagios (2022).

La variante ómicron ha ocasionado que el Perú atraviese la tercera ola[4]. En Lima Metropolitana el promedio diario de casos se ha triplicado (Carbajal, 2022). A partir del cuadro estadístico elaborado por Carbajal según la información de la Plataforma Nacional de Datos Abiertos del Ministerio de Salud (en adelante, MINSA), se advierte que la primera ola, suscitada entre junio y agosto de 2020, alcanzó un promedio de 3,347 casos diarios y la segunda ola, presente entre febrero y marzo de 2021, se alcanzó un promedio de 4,042 casos diarios. Sin embargo, en enero de 2022 se alcanzó un promedio de 15,198 casos diarios, evidenciando un incremento significativo (Carbajal, 2022).

Por otro lado, según el MINSA, los casos presentados en el marco de la tercera ola están vinculados a las celebraciones de Navidad y Año nuevo, mientras que, en relación a los personas internadas en UCI, más del 90% no se vacunaron (Asociación Peruana de Empresas de Seguros [APESEG], 2022). Motivo por el cual es importante respetar las medidas de prevención y optar por la vacunación, pues de esa forma se podrá prevenir las complicaciones en la salud.

IV. VACUNA CONTRA EL COVID-19

Ante la cantidad de defunciones en el mundo causadas por el COVID-19, la aplicación de la vacuna podría ser la solución más viable, toda vez que tienen como función contribuir en la prevención de enfermedades que podrían ser contagiosas o peligrosas. Al respecto, el Comité Asesor de Vacunas de la Asociación Española de Pediatría (CAV-AEP) precisa que las vacunas son "productos biológicos que contienen antígenos que se administran con el objetivo de producir un estímulo inmunitario que pretende simular la infección natural, generando una respuesta inmunitaria en el sujeto con el fin de protegerlo en ulteriores exposiciones al microorganismo" (2022).

En todo caso, lo que genera la aplicación de una vacuna son anticuerpos que contribuyen a que el cuerpo humano tenga una respuesta inmunitaria positiva frente a las enfermedades. De esta manera, reforzando el organismo, la persona vacunada, al momento de contagiarse, podrá hacer frente a la enfermedad y su salud no se verá gravemente comprometida.

Ahora bien, para el caso del COVID-19, los laboratorios farmacéuticos han iniciado investigaciones para desarrollar una vacuna. Como resultado de ello, ya se ha comenzado a distribuir las vacunas a nivel mundial en diferentes países; aunque, debemos precisar que, las vacunas tienen diferentes diseños, tal como León-Lara y Otero-Mendoza indican:

> Debido a la urgente necesidad de limitar la propagación del virus en la población se han planteado diferentes enfoques para diseñar y desarrollar vacunas contra la COVID-19, incluyendo vacunas de péptidos basadas en epítopos, ácidos nucleicos, vectores virales, inactivadas, entre otras. Estas estrategias utilizan herramientas de bioinformática e inmunoinformática para el diseño de blancos más eficientes y acelerar el desarrollo de una vacuna efectiva (2020, pp. 23-24).

[4] La tercera ola debe entenderse como el incremento significativo de contagios a causa del COVID-19.

Entre las vacunas desarrolladas se encuentran BioNTech-Pfizer, Moderna, Oxford-AstraZeneca, Sputnik V, Sinopharm, Sinovac y Covaxin. En nuestro país, se ha iniciado el proceso de vacunación durante el primer trimestre de 2021[5] con la vacuna Sinopharm; sin embargo, también se han aplicado las vacunas de los laboratorios BioNTech-Pfizer, Oxford-AstraZeneca y Covaxin.

En relación con la vacunación, Porras considera que a lo largo de la historia:

> La vacunación ha eliminado o reducido muchas enfermedades. Las sociedades han logrado con la modernización de los esquemas de vacunación reducir la frecuencia de enfermedades infecciosas y le han transferido a la vacunación un rol primordial como factor de desarrollo social (2008, p. 65).

Se entiende que las medidas como el uso de mascarillas y el lavado frecuente de las manos con agua y con jabón coadyuvan en la prevención inicial del contagio; sin embargo, para una adecuada protección es necesario vacunarse, ya que la vacunación a lo largo de la historia ha demostrado que ayudó a reducir la frecuencia de enfermedades. En consecuencia, desde el Estado es necesario fortalecer las campañas informativas e incentivar la vacunación.

Ahora bien, las cifras sobre el avance de la vacunación contra el COVID-19, actualizadas al 17 de enero de 2022, evidencian que:

> Se han aplicado las 2 dosis de la vacuna a un total de 22,384,450 personas siendo las regiones con mayor avance de vacunación Lima con 78,98%, Callao con 75,40% y Áncash con 73,69% frente a las regiones con el menor avance como son Madre de Dios con 49,30%, Loreto con 48,80% y Puno con 46,54% (La República Data, 2022).

Estos datos evidencian que la vacunación por regiones no es homogénea debido a que influyen factores como la vacunación completa, la densidad poblacional y la predisposición de las personas por querer vacunarse. Por ello, resulta necesario fortalecer los espacios de vacunación con campañas informativas y de sensibilización para alcanzar un mayor porcentaje. Sin embargo, es necesario resaltar que el proceso de vacunación ha mejorado, pues un aspecto positivo es que haya iniciado la aplicación de la tercera dosis.

Otra de las medidas a considerar podría ser la aplicación obligatoria de la vacuna contra el COVID-19, por lo que resulta relevante plantear la siguiente pregunta: ¿El ordenamiento jurídico peruano permite una medida de esta naturaleza? Dicha pregunta será respondida en los siguientes apartados.

V. APLICACIÓN OBLIGATORIA DE LA VACUNA

En pleno 2020 se ha iniciado un proceso de vacunación en Reino Unido, Rusia, Europa y parte de América, donde se ha priorizado a los adultos mayores por ser una población vulnerable y a las personas que se encuentran en primera línea haciendo frente a esta pandemia. En el caso de Perú el proceso de vacunación se realizó sobre la base de un grupo etario[6] que, actualizado al 17 de enero de 2022, contiene los siguientes datos:

> Una segmentación de un total de 22,935,533 personas, concebida en siete grupos: de 80 años a más (647,355), de 70 a 79 años (1,271,842), de 60 a 69 años (2,221,241), de 50 a 59 años (3,277,134), de 40 a 49 años (4,183,174), de 30 a 39 años (5,031,117), de 18 a 29 años (6,303,670) y de 12 a 17 años (3,138,353) (La República Data, 2022).

Si bien en el Perú el avance de la vacunación ha mejorado, eso no deja de lado que por causa de la tercera ola y la predominancia de la variante ómicron, los contagios se han incrementado significativamente. Por otro lado, existe una brecha entre las regiones respecto del avance del proceso de vacunación y, considerando que el 90% de las personas que actualmente se encuentran internadas no se han vacunado, debemos preguntarnos si en nuestro país se debe obligar a las personas a vacunarse a través de una norma, o si se debe seguir con un proceso de vacunación voluntario como se ha venido llevando a cabo hasta la fecha. En todo caso, de plantearse la posibilidad de una aplicación obligatoria de la vacuna contra el COVID-19, primero se debe analizar nuestro ordenamiento jurídico, y, segundo, la reacción social que podría generar una norma que contemple esta medida.

Respecto al análisis del ordenamiento jurídico, la Ley 26842, Ley General de Salud (en adelante, Ley), en su artículo 79, precisa que "la Autoridad de Salud queda facultada a dictar las medidas de prevención y control para evitar la aparición y pro-

[5] El 07 de febrero de 2021 arribó al Perú el primer lote de 300,000 vacunas del laboratorio Sinopharm.

[6] Entiéndase al término grupo etario, rango o franja etarios a una cantidad mínima y máxima de años, es decir, un grupo etario viene a ser el conjunto de personas de la misma edad o con rango similar de edad.

pagación de enfermedades transmisibles. Todas las personas, dentro del territorio, quedan obligadas al cumplimiento de dichas medidas, bajo sanción" (1997). Por las características del COVID-19, este virus vendría a ser una enfermedad transmisible, por lo que la Autoridad de Salud sí tendría facultades para dictar medidas de prevención y control.

Ahora bien, si nos amparamos en el postulado de evitar la propagación de enfermedades transmisibles, pareciese viable promulgar una norma que implique una vacunación obligatoria. Sin embargo, el artículo 79 de la Ley hace un especial énfasis en el término **prevención**, puesto que esta acepción implica que las medidas que dicte la autoridad de salud deben implementarse para evitar o reducir los riesgos de contagio.

Respecto de este término, Garfas, citado por Rodríguez Méndez y Echemendía Tocabens (2011), precisa que "la palabra prevención se asocia a los grandes programas instituidos, estáticos, a ser aplicados por igual a todas las personas; mientras que prevenir lo relaciona con la acción permanente, ajustada a las condiciones y necesidades actuales" (p. 139). A partir de esta definición, se desprende que el término prevención implica que las medidas deben ser aplicadas por igual a todas las personas, sin embargo, a su vez, deben ser ajustadas a un plano que busque evitar o reducir los riesgos de contagio.

En relación al COVID-19, la Autoridad de Salud sí tendría facultades para obligar a las personas, pero solo en el cumplimiento de normas de carácter preventivo como el uso obligatorio de mascarillas, respetar el distanciamiento social, reducción de aforos, multas por incumplimiento de medidas sanitarias, cuarentena, entre otras; ya que estas medidas, por ser preventivas, se enmarcan dentro de los parámetros de la Ley. Sin embargo, la Autoridad de Salud no tendría facultades para obligar a las personas a vacunarse, ya que el artículo 79 de la Ley destaca el término **bajo sanción**, el cual debe ser interpretado como una facultad para imponer una consecuencia al incumplimiento de las medidas de prevención; como por ejemplo el pago de multas conforme a la gravedad de la infracción.

En función de dicho entendimiento, la Ley General de Salud no facultaría a la autoridad de Salud para que obligue a las personas a vacunarse sin su consentimiento.

En esa misma línea, el artículo 4 de la Ley señala que "ninguna persona puede ser sometida a tratamiento médico o quirúrgico, sin su consentimiento previo o el de la persona llamada legalmente a darlo, si correspondiere o estuviere impedida de hacerlo" (1997). De lo anterior se desprende que no se puede obligar a una persona a someterse a un tratamiento médico, toda vez que la norma prohíbe aplicar un tratamiento médico sin que la persona haya expresado previamente su voluntad de querer recibirlo.

En ese entender, a pesar de que el COVID-19 es una enfermedad transmisible, el artículo 79 de la Ley solo contempla la posibilidad de dictar normas de carácter preventivo y el artículo 4 de la misma ley prohíbe someter a una persona a un tratamiento médico si no expresa su consentimiento. Por ese motivo, al aplicar la vacuna contra el COVID-19, las personas previamente tienen que llenar un formato de consentimiento informado[7] mediante el cual, a través de su firma y huella digital, autoriza al personal de salud aplicarle la vacuna.

En ese sentido, dado que nuestro ordenamiento jurídico no lo permite, no es posible la aplicación obligatoria de la vacuna contra el COVID-19.

VI. OBLIGACIÓN INDIRECTA EN LA APLICACIÓN DE LA VACUNA

De acuerdo a lo mencionado previamente, no es posible implementar una medida para aplicar de forma obligatoria y directa la vacuna contra el COVID-19, por lo menos no constitucionalmente. Sin embargo, existe la posibilidad de una aplicación de la vacuna de forma indirecta.

Debemos precisar en este punto que, tras la llegada del primer lote de vacunas al Perú, en febrero de 2021, el MINSA informó que el proceso de vacunación sería voluntario, es decir, la aplicación de la vacuna se realizaría únicamente a aquellas personas que deseen vacunarse. Esta situación se mantuvo hasta diciembre de 2021, dado que, con la entrada en vigencia del Decreto Supremo 179-2021-PCM, se estableció la obligatoriedad de mostrar el carné de vacunación para

[7] El formulario ha sido elaborado por el MINSA. El mismo debe ser entregado antes de la aplicación de la vacuna y en él debe constar la firma o huella digital de la persona en señal de consentimiento para recibir la dosis. Para acceder al formulario, véase el siguiente link: https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1831647/formato-de-consentimiento-informado-para-la-vacunacion-contra-la-covid-19-anexo-5-b.pdf.pdf

poder ingresar a espacios cerrados donde se realicen actividades económicas o de culto[8].

Por este motivo, es necesario reflexionar sobre una obligatoriedad indirecta en situaciones como las mencionadas; las restricciones en el ingreso a los centros comerciales, cines, teatros y estadios a las personas no vacunadas; las restricciones en el ingreso a los centros de estudios a los estudiantes no vacunados; el condicionamiento a la aplicación de la vacuna como criterio para la continuidad en el centro laboral; la prohibición de utilizar el transporte público a las personas no vacunadas; entre otros escenarios.

Los ejemplos citados previamente nos muestran que las personas se vacunarían, no porque exista una norma que los obligue directamente a vacunarse; sino más bien, porque al ser necesario continuar con actividades como acudir a un establecimiento comercial, asistir a su centro de trabajo, ingresar a la ciudad universitaria, movilizarse en transporte público o ante el requisito para poder viajar de un país a otro; las personas se verían en la necesidad de vacunarse a pesar de no estar obligadas, situación que debe ser considerada como una obligación indirecta al momento de aplicar la vacuna contra el COVID-19.

En el Perú por el momento se ha restringido solamente el acceso a espacios cerrados donde se realicen actividades económicas o de culto, aunque ya se está analizando la exigencia de las dos dosis para el retorno a la educación presencial. Sin embargo, estas medidas no se están aplicando únicamente en el Perú, ya que, en otros países como:

> En Austria, la entrada a restaurantes, teatros, hoteles, instalaciones deportivas y lugares de aseo personal requiere una prueba de vacunación; en Chipre, cualquier persona que visite la cadena de hoteles debe tener un *Coronapass*[9]; en Dinamarca, se exige el *Coronapass* para todos los comedores interiores y locales culturales del país; en Francia, el Presidente ordenó por decreto que los visitantes antes de ingresar a los locales de hostelería con un aforo superior a 50 personas muestren un pase de vacunación; en Italia, desde el 06 de agosto de 2021 se viene exigiendo el pase verde[10]; en Letonia, solo las personas vacunadas pueden ingresar a los restaurantes, acudir a los gimnasios, cines y teatros; en Irlanda se aprobó una ley que permite a las personas vacunadas consumir alimentos y bebidas en el interior de los locales (McDonagh, 2021).

Estos casos internacionales evidencian que en Europa ya se viene aplicando una restricción para las personas que no están vacunadas, medidas que probablemente en los próximos meses se apliquen en el Perú. Por ello, resulta pertinente analizar estos escenarios, ya que de suscitarse estas medidas los argumentos estarían amparados en la protección de la salud pública que primaría sobre la libertad individual.

VII. SALUD PÚBLICA

La salud como derecho debe abordarse desde la libertad individual de la persona que no desea vacunarse y desde un enfoque social. Para Santoro-Lamelas,

> [l]a salud trasciende la falta de malestar. Se destaca dos definiciones: Aquellas que definen a la salud agregando el componente de bienestar y aquellas que destacan el componente social de la salud (la salud como valor social). Por su parte, las definiciones de la salud como valor social destacan el vínculo entre la salud y la sociedad, entendiendo a la primera como recurso y como el resultado de las relaciones y estructuras sociales (2016, pp. 531-532).

En todo caso, hablar de la salud como un derecho fundamental implica analizar los mecanismos para asegurar el componente social, a partir de lo cual se desprende que las acciones del Estado deben

---

8 El Decreto Supremo 179-2021-PCM establece lo siguiente:

> Artículo 2.- Modifícase el artículo 14 del Decreto Supremo 184-2020-PCM, modificado por el Decreto Supremo 159-2021-PCM, el Decreto Supremo 163-2021-PCM, el Decreto Supremo 167-2021-PCM, el Decreto Supremo 168-2021-PCM y el Decreto Supremo 174-2021-PCM, con el siguiente texto:
>
> Artículo 14.- De las restricciones focalizadas
>
> […]
>
> 14.2 A partir del 10 de diciembre de 2021, en los cuatro (4) niveles de alerta, los mayores de 18 años que deseen ingresar a los locales donde se desarrollan las actividades económicas y de culto que se brindan en los espacios cerrados identificados en el numeral 14.2 del presente artículo, tienen que presentar su carné físico o virtual que acredite haber completado, en el Perú y/o el extranjero, su esquema de vacunación contra la COVID-19 […] (2021).

9 El *coronapass* es un documento conocido como *safe pass*, el cual acredita la vacunación de una persona o prueba negativa contra el COVID-19. Este puede descargarse a través de una aplicación.

10 El pase verde COVID-19 es un documento que evidencia que el titular habría recibido al menos una dosis de la vacuna, se ha recuperado del virus o ha dado negativo en las 48 horas anteriores.

estar orientadas a asegurar la necesidad de acceder a centros de salud. De esa forma, la persona que sufre un malestar puede hacer frente al deterioro de salud. Ahora, respecto al argumento de la salud pública, lo que se busca es priorizar el valor social analizado desde un enfoque de convivencia y protección de la ciudadanía en su conjunto, orientada al bienestar común.

Sobre este tema, la Constitución Política del Perú (en adelante, CPP), en su artículo 7, señala que "todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad, así como el deber de contribuir a su promoción y defensa […]" (1993). Este primer párrafo del artículo constitucional destaca: primero, la protección individual de la salud; y segundo, contempla, dentro de sus parámetros, la salud pública, ya que hace mención de la protección de la salud de la comunidad; por lo que este interés social debe expresarse en una política nacional.

En esa misma línea, la CPP en su artículo 9 precisa que "el Estado determina la política nacional de salud. El Poder Ejecutivo norma y supervisa su aplicación. Es responsable de diseñarla y conducirla en forma plural y descentralizadora para facilitar a todos el acceso equitativo a los servicios de salud" (1993).

De acuerdo con Chanamé Orbe, este artículo hace referencia al rol que detenta el Estado para determinar "una política nacional de salud, que es supervisada por el Poder Ejecutivo por medio del Ministerio de Salud. De este modo, se ordenan campañas nacionales de vacunación y de prevención de enfermedades" (2015, p. 355). En ese entender, ordenar campañas de vacunación contra el COVID-19 implica, en primer término, la supervisión por parte del Poder Ejecutivo, pues no basta solo la vigencia de la norma para aplicar medidas de esta naturaleza; sino que, debe existir una política nacional de salud sustentada en un informe técnico que evidencie la necesidad urgente de una protección social.

Ahora bien, debido a que el COVID-19 ha sido declarado como una pandemia, sumado al incremento significativo de contagios, las medidas que se adopten en el Perú podrían responder a la necesidad de una protección social donde debe primar la salud pública antes que la libertad individual de quienes no deseen vacunarse y, bajo esa directriz, sería viable adoptar medidas que impliquen una obligación indirecta como restringir el ingreso a determinados espacios si la persona no está vacunada. Sin embargo, necesariamente se debe abordar una discusión constitucional. Asimismo, se debe analizar la reacción social que puede generar en la población medidas de esta naturaleza, convirtiéndose, consecuentemente, en un problema social y jurídico.

VIII. SITUACIÓN SOCIAL, SEGÚN IPSOS

Para analizar el problema social, resulta pertinente destacar los resultados del estudio de opinión de la encuesta realizada por Ipsos en enero de 2021, en la cual se evidencia cómo ha evolucionado el número de personas que no desean vacunarse.

En la encuesta Ipsos preguntó ¿Si ahora mismo estuviese disponible una vacuna aprobada por el MINSA y gratuita para prevenir el COVID-19/coronavirus, usted se vacunaría o no se vacunaría? Al respecto, se obtuvo lo siguiente:

> [L]os resultados de la encuesta mostraron que en agosto de 2020 el número de personas que sí se vacunaría representaba el 75% y los que no se vacunarían eran solamente el 22%. Sin embargo, para enero de 2021, el número de personas que no se vacunarían ascendió del 22% al 48% (Ipsos, 2021a).

Este estudio nos ilustra que en enero de 2021, a pesar de la gratuidad de la vacuna, casi la mitad de la población peruana no quería vacunarse. Por lo que no se trataría de un problema económico; sino más bien, de un problema social debido a la negativa de las personas de querer vacunarse. Además, Ipsos en su estudio de opinión preguntó ¿Por qué no se pondría una vacuna que prevé el coronavirus/COVID-19? Entre las respuestas:

> […] se destaca que en enero de 2021 el 52% de los encuestados no se vacunaría porque no conocen todos los efectos secundarios que podría tener la vacuna en el organismo, seguido de un 30% que no lo haría porque la vacuna fue desarrollada demasiado rápido, pudiendo haberse cometido errores en el proceso (Ipsos, 2021a).

Estas estadísticas pueden interpretarse en dos extremos. Primero, la negativa de las personas que no desean vacunarse se debe a que no se conocen todos los efectos secundarios en el organismo, lo cual se produce por la falta de información, labor que necesariamente compete al Estado. Y, segundo, el hecho de que un grupo de personas no desee vacunarse debe tomarse con mucho cuidado, puesto que una eventual medida que obligue de forma indirecta a vacunarse podría generar una reacción social negativa.

Ahora bien, el 48% de personas que no deseaban vacunarse probablemente hubiese incrementado si no fuera porque el 15 de febrero de 2021 la Uni-

versidad Peruana Cayetano Heredia (UPCH) reveló una lista con 487 nombres de personas que se habrían vacunado contra el COVID-19 de forma irregular, caso que ha sido denominado Vacunagate[11].

A raíz de este suceso, Ipsos realizó una nueva encuesta donde se realizó la siguiente pregunta: ¿Si estuviese disponible una vacuna aprobada por el MINSA y gratuita para prevenir el COVID-19, usted se vacunaría o no? Las respuestas reflejaron que el porcentaje de 48% de personas que no querían vacunarse se redujo a un 35%" (Ipsos, 2021b). En febrero de 2021, el caso Vacunagate impactó en la percepción de la población que no quería vacunarse, ya que al notar que las 487 personas que se habrían vacunado de forma irregular no sufrieron mayores complicaciones en su estado de salud, el porcentaje de personas encuestadas que no deseaban vacunarse se redujo de 48% a 35%.

Para enero de 2022, afortunadamente, ya se habría superado en gran medida los prejuicios derivados de las campañas realizadas en contra de la vacuna. Prueba de ello son las exitosas campañas de la vacunatón[12], aunque aún existe un sector poblacional que no quiere vacunarse, por lo que se debe seguir trabajando en fortalecer las charlas informativas y de sensibilización para que la población comprenda la importancia de la vacuna.

IX. PROTESTAS SOCIALES A CAUSA DE LA VACUNA

La ausencia de campañas informativas sin duda es una de las causas por las que las personas no desean vacunarse. Ello, sumado a la promulgación del Decreto Supremo 179-2021-PCM que estableció el carné de vacunación como requisito para acceder a los espacios cerrados, ha ocasionado que un sector de la población peruana se manifieste en rechazo a esta medida.

Así, poco a poco, diversas noticias sobre manifestaciones sociales en contra de la vacunación contra el COVID-19 comenzaron a resonar en los medios de comunicación nacional. Por ejemplo, están los "trabajadores de empresas agroexportadoras de la región de Ica [que] bloquearon la Panamericana Sur. Los manifestantes […] [señalaron] que la protesta es contra la obligatoriedad de la vacuna contra la COVID-19 en los centros de trabajo" (Gestión, 2021). En esta manifestación los trabajadores señalaron que el virus no existe y que la obligación de la vacuna los perjudicaba, toda vez que los impedía ingresar a sus centros de trabajo para laborar. Esto, sin duda, evidencia un desconocimiento de las ventajas de la vacunación.

Sin embargo, la manifestación de Ica no fue la única, pues en regiones como Cajamarca y Tacna se suscitaron protestas similares. Por un lado, en Cajamarca, un grupo de personas "protestó en contra de la disposición que obliga a presentar el carné de vacunación para ingresar a establecimientos […]. [Asimismo,] declararon a la prensa arremetiendo contra el gobierno y cuestionando las vacunas, que según dijeron son experimentales o veneno" (Ordóñez, 2021). Por otro lado, en Tacna, "un grupo de antivacunas y otros en contra de la obligatoriedad de las dos dosis realizaron actos vandálicos contra el Centro de Atención Primaria III de EsSalud, contra el Banco de la Nación y la emisora Radio Uno" (La República, 2022).

Las protestas suscitadas en Cajamarca muestran que aún existe un sector poblacional que considera a la vacuna como 'experimental' o 'veneno', situación que se debe trabajar con campañas informativas, promoviendo cuadros estadísticos donde se evidencie la reducción de la letalidad producto de la aplicación de la vacuna, y con testimonios de las personas vacunadas.

Ahora bien, la agresión contra los trabajadores de EsSalud en Tacna debe ser rechazada, puesto que no se debe permitir ningún acto vandálico que pretenda amedrentar al personal de salud.

X. ANÁLISIS CONSTITUCIONAL

En el Perú no se ha cuestionado el Decreto Supremo 179-2021-PCM, que establece como una exigencia la presentación del carné de vacunación para acceder a espacios cerrados. Por ello, el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) no ha emitido pronunciamiento sobre la obligatoriedad de la figura de la vacuna de forma indirecta. Sin embargo, ello no deja de lado que otros países sí hayan mantenido discusiones respecto a dicha materia. Tal es el caso de Brasil, en donde el Supremo Tribunal Federal[13] (en adelante, STF) emitió un fallo avalando

[11] El caso Vacunagate es el nombre que se le dio al escándalo público debido a la aplicación irregular de la vacuna contra el COVID-19 a 487 personas. En la lista figuran los nombres de funcionarios públicos y sus familiares, rectores de universidades, profesionales, etc.

[12] La vacunatón es un término con el que se hace referencia a una campaña de salud donde se realiza una vacunación masiva por varios días consecutivos y en un horario más extendido.

[13] El STF es el órgano constitucional de la justicia brasileña y los tribunales superiores, cuya misión es estandarizar la jurisprudencia y resolver las diferencias que surgen en los tribunales inferiores.

que la vacuna sea obligatoria y que las autoridades puedan sancionar a los ciudadanos.

El STF recoge dos tesis:

(i) La vacunación obligatoria no significa vacunación forzada, dado que permite la negativa del usuario. Sin embargo, se puede promover su aplicación a través de la imposición de medidas indirectas como la restricción al ejercicio de determinadas actividades o la asistencia a determinados lugares; siempre que estén previstas en la ley o se derivan de ella; se basen en evidencias científicas relevantes y análisis estratégicos; se acompañen de amplia información sobre la eficacia, seguridad y contraindicaciones de los inmunizadores; respeten la dignidad humana y los derechos fundamentales; cumplan los criterios de razonabilidad y proporcionalidad; y si las vacunas se distribuyen de manera universal y gratuita.

(ii) Tales medidas, con las limitaciones expuestas, pueden ser implementadas tanto por la Unión como por los Estados, el Distrito Federal y los municipios, respetando las respectivas esferas de competencia (Dirección General de Bibliotecas Oficina de Referencia Extranjera, 2021, s.p.).

El fallo del STF puede ser usado como referencia al analizar la posibilidad de aplicar la vacuna obligatoria contra el COVID-19 en el Perú. A partir de la citada jurisprudencia, se destacan cinco aspectos que necesariamente deben tomarse en cuenta: (i) las personas no pueden ser obligadas de forma directa a vacunarse, toda vez que se admite la negativa del usuario; (ii) las restricciones deben estar previstas en la ley y las limitaciones deben estar debidamente detalladas, ya que no puede darse cabida a una interpretación amplia de supuestos; (iii) las restricciones deben estar acompañadas de evidencia científica relevante y análisis estratégico; (iv) debe existir una amplia información sobre la eficacia, seguridad y contraindicaciones de la vacuna; y (v) el Estado debe garantizar que las vacunas se lleguen a distribuir en forma universal y gratuita, garantizando la disponibilidad de la vacuna.

En esa misma línea, Cabral y Jucá sostienen lo siguiente sobre el fallo del STF:

> Por diez votos contra uno, los jueces entendieron que la población no puede ser forzada a vacunarse, pero que la decisión individual de cada persona no está por encima de la salud colectiva. Esto significa que quien se niegue a inmunizarse puede ser sancionado por el gobierno Federal, los Estados y los municipios. Las restricciones pueden incluir, por ejemplo, la prohibición de abordar un medio de transporte o frecuentar espacios públicos (2020).

Richter añade que "ninguna ley puede disponer que el ciudadano sea llevado a la fuerza a vacunarse, pero se puede prever la restricción de derechos, como dejar de recibir beneficios, prohibición para entrar a cualquier lugar o no poder inscribirse en la escuela" (2020).

A partir de lo expuesto, se desprende que los Tribunales de Brasil avalan la obligatoriedad indirecta de la vacuna pero no la obligatoriedad directa, ya que la aplicación de la vacuna no significa una vacunación forzada, es decir, no se puede conducir a una persona a un establecimiento de salud y vacunarla. Sin embargo, al sancionar a las personas no vacunadas con una prohibición para abordar un medio de transporte, prohibirles el ingreso a determinados espacios públicos o negarles el poder inscribirse en las escuelas, prácticamente se les estaría obligando indirectamente. Estas medidas ya se vienen aplicando en Europa, en países como Austria, Dinamarca, Francia, Alemania, Italia, Luxemburgo, Portugal, Irlanda, Eslovenia y Países Bajos, a través de la exigencia del carné de vacunación[14].

El fallo del STF de Brasil responde, además, a que la obligatoriedad de esta medida se sustenta en una ponderación de derechos donde prima la salud pública frente a la libertad individual. Sin embargo, a pesar de que el órgano jurisdiccional ha dado cabida a que se pueda aplicar sanciones para quienes no se vacunen, el Presidente de Brasil declaró que no establecería consecuencias para los no vacunados; por lo que la aplicación de estas restricciones no implican solamente el aspecto legal, sino también, es necesario analizar qué autoridad tiene la facultad para lograr que una ley se encuentre vigente y sobre quién recae la decisión de hacer obligatorias estas medidas.

XI. ANÁLISIS DEL DERECHO AL VOTO

En el fallo del STF de Brasil se hizo alusión al derecho al voto. Según Cabral y Jucá, "durante el juicio, los Tribunos recordaron, por ejemplo, la obligación de votar, en la que el sufragante no es coaccionado con ir a las urnas, pero puede sufrir sanciones si no cumple" (2020). Ponemos atención a esta pos-

[14] En Europa con la exigencia de pruebas de vacunación, el *coronapass* y el pase de vacunación las personas no pueden ingresar a espacios cerrados si previamente no acreditan estar vacunadas.

tura de los Tribunos de Brasil, ya que se hace una analogía entre el derecho al voto y la vacunación. Los tribunos consideran que el derecho al voto no es obligatorio, pero la decisión de no votar genera la imposición de una sanción, como vendrían a ser las multas electorales. Ahora bien, por analogía los tribunos consideran que la aplicación de la vacuna tampoco sería obligatoria, pero si es posible imponer sanciones como las restricciones en el acceso a espacios cerrados a las personas no vacunadas.

Discrepamos con el razonamiento de los Tribunos de Brasil, ya que si aplicamos esta sentencia en nuestro país, si bien por el derecho al voto somos libres de elegir a la persona que consideramos más idónea para el cargo, también es cierto que somos libres de decidir acudir o no a las ánforas de votación, aunque dicha ausencia implica una sanción de por medio. Por ello, bajo dicha premisa, podría hablarse de cierta relación entre la vacunación y el derecho al voto. Sin embargo, en esta posible relación no se está considerando la defensa e integridad de la persona.

Nuestra CPP, en su primer artículo, establece que "la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado" (1993). Asimismo, precisa en el primer párrafo del numeral 1 de su artículo 2 que "toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar […]" (CPP, 1993). Si bien el primer artículo constitucional hace alusión a la persona en sentido singular, puesto que se refiere a la **persona humana** como fin supremo de la sociedad y del Estado, y no a las personas de la sociedad; a partir de una lectura armónica con el numeral 1 del artículo 2 del mismo texto constitucional se desprende que la protección a **toda persona** hace referencia a la protección de la sociedad en su conjunto, siendo así que cualquier medida que afecte la vida, salud o integridad de la persona o, en este caso de la sociedad, requiere de un análisis constitucional.

En función de dicho entendimiento, si una persona decide no acudir a votar, su vida, salud e integridad no se vería afectada, a pesar de la existencia de una sanción económica de por medio. No obstante, esta situación no ocurre cuando se trata de obligaciones indirectas, toda vez su objetivo es lograr la vacunación, siendo así que las sanciones para este tipo de escenarios son restrictivas, mas no económicas. Por este motivo, no bastaría con la vigencia de una norma que restrinja derechos de las personas no vacunadas, pues necesariamente debe existir un análisis que considere los cinco criterios que destaca el STF, haciendo énfasis en que estas medidas estén debidamente amparadas en evidencia científica y en un análisis estratégico respecto a los lugares que podrían sufrir restricciones. Caso contrario, si se dicta una norma de esta naturaleza que no respete los principios de razonabilidad y proporcionalidad, esta deberá ser declarada inconstitucional.

XII. PONDERACIÓN DE DERECHOS ENTRE LA SALUD PÚBLICA Y LA LIBERTAD INDIVIDUAL

Llegado a este punto, es necesario realizar una ponderación[15] de derechos, toda vez que cuando existe una confrontación entre dos derechos de la misma jerarquía (en este caso, la salud pública y la libertad individual), mediante la ponderación se busca determinar qué derecho debe primar en el caso concreto sin sacrificar al otro.

Sobre el particular, Atienza recomienda responder a la pregunta ¿Cuándo hay que ponderar? En esa línea, el autor sostiene que "cuando las reglas del sistema no proveen una respuesta adecuada a un caso (frente a los casos difíciles) y se necesita recurrir, en consecuencia, a los principios" (s.f., p. 6). Seguido, el autor traza la importancia de distinguir entre los tipos de laguna (en el nivel de reglas):

> [L]as normativas, cuando no hay una regla, una pauta específica de conducta que regule el caso; y las axiológicas, cuando la regla existe, pero establece una solución axiológicamente inadecuada, de manera que aquí, por así decirlo, es el aplicador o el intérprete [no el legislador] el que genera la laguna (s.f., p. 6).

Dicho de otro modo, un sistema jurídico parte de una serie de reglas y cuando se presenta un caso materia de discusión se aplican estas pautas para poder resolver los problemas, vale decir, que estos son los casos fáciles donde no se presentan mayores complicaciones. No obstante, también pueden presentarse situaciones complicadas donde los principios y las reglas del derecho no permiten dar una solución al problema. En el caso en cuestión, de dictarse una medida que implique la aplicación de la vacuna contra el COVID-19 de forma obligatoria, tenemos como materia de análisis el derecho a la salud, pero visto desde dos extremos; por un lado, si debe primar la libertad individual de las personas que no desean vacunarse; y, por otro, si lo que debe prevalecer es la salud pública como expresión del bien común. En consecuencia, al en-

[15] De acuerdo con el Diccionario Etimológico Castellano En Línea, el "verbo ponderar (pesar, considerar, examinar, alabar) viene del latín *ponderare* (pesar y estimar el peso)" (s.f.).

trar en conflicto dos derechos fundamentales de la misma jerarquía, resulta pertinente ponderar.

Habiendo establecido la necesidad de ponderar, el procedimiento es desarrollado por Atienza en dos pasos:

> En el primero –la ponderación en sentido estricto– se pasa del nivel de los principios al de las reglas: se crea, por tanto, una nueva regla no existente anteriormente en el sistema de que se trate. Luego, en un segundo paso, se parte de la regla creada y se subsume en ella el caso a resolver. Lo que podría llamarse la "justificación interna" de ese primer paso es un razonamiento con dos premisas (s.f., p. 5).

A partir de lo expuesto, se desprende que en el primer paso tenemos que pasar de los principios a las reglas. En este caso, al tener dos principios[16] (la libertad individual y la salud pública), es necesario crear una nueva regla donde se establezca que derecho prima frente al otro, lo cual implica el desarrollo propio del razonamiento de las premisas. En el segundo paso, con la precisión de esta nueva regla, se plantea la regla general, es decir, la conclusión de las premisas que servirá al momento de realizar la subsunción y poder resolver el conflicto de los derechos.

En relación con el primer paso, la presunción de la premisa inicial sería a favor de la libertad individual, ya que el inciso 24 del artículo 2 de la CPP, al reconocer el derecho a la libertad individual, le otorga protección constitucional, máxime si en el literal "b" del referido artículo, no se permite forma alguna de restricción de la libertad personal[17]. No obstante, según Gutierrez Camacho (2005):

> [C]omo todo derecho, la libertad no es absoluta. Puede ser objeto de restricción cuando la ley así lo establezca […]. El Estado, al poseer la capacidad de poder restringir este derecho, lo hace de manera limitativa y en casos extremos […], son tres las restricciones: detención, condena penal y sanidad, debiendo agregar que, en el régimen de excepción, en el estado de emergencia también se restringe este derecho (pp. 269-270).

Se entiende, entonces, que la libertad individual, si bien tiene protección constitucional, ello no significa que este derecho sea absoluto, toda vez que puede ser restringido, siempre y cuando la ley así lo establezca. En el caso peruano, son tres las posibles restricciones a este derecho: (i) detención; (ii) la imposición de una condena penal; y (iii) por razones sanitarias; siendo esta última restricción la que ampara las medidas para hacer frente a la pandemia producto del COVID-19, por tratarse de un caso extremo que requiere adoptar medidas para evitar el contagio. Asimismo, se destaca que durante el estado de emergencia también se puede restringir este derecho cuando las autoridades así lo consideren.

Por su parte, el TC señala que:

> La libertad personal no es sólo un derecho fundamental reconocido, sino un valor superior del ordenamiento jurídico, pero su ejercicio no es absoluto e ilimitado; se encuentra regulado y puede ser restringido mediante ley. Por ello, los límites a los derechos pueden ser impuestos por la misma norma en que se reconocen tales derechos (sentencia recaída en el Expediente 5176-2005-PHC/TC, 2005, fundamento 5).

Precisamente la limitación del derecho a la libertad individual vendría a ser la salud pública debido al incremento de contagios producto del COVID-19, por lo que la presunción de la premisa inicial de la ponderación en favor de la libertad individual sería desplazada cuando está en riesgo la salud de la población. Ahora bien, de la ponderación en sentido estricto, la protección de la salud, más allá de buscar el resguardo personal, pretende la protección de la vida en su conjunto; es decir, que si bien están en conflicto la libertad individual y la salud pública, lo cierto es que con las medidas que buscan proteger la salud se pretende evitar o disminuir las complicaciones y defunciones a causa del virus. En todo caso, lo que se quiere proteger en sentido amplio es la propia vida de la persona.

Respecto del segundo principio, se debe entender que la libertad individual deja de prevalecer cuando se evidencie un problema con relevancia social, ya que, si en sentido amplio lo que se bus-

[16] Robert Alexy sostiene que los principios son "[m]andatos de optimización, es decir, normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas" (citado en Gutierrez Camacho, 2005, p. 83).

[17] Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

> […]
>
> 24. A la libertad y a la seguridad personal. En consecuencia:
>
> […]
>
> b. No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley […] (1993).

ca proteger es la vida de las personas, entonces cuando estemos ante un problema social como el COVID-19, lo que se debe buscar es la protección de la mayor cantidad de vidas posibles en beneficio del bienestar común. En ese entender, la regla general para el segundo paso de la ponderación es la siguiente: **cuando se afecte el valor social, prevalece la salud pública**.

Partiendo de la premisa anterior, si realizamos la subsunción de la regla general al caso sobre la obligatoriedad indirecta de la vacuna contra el COVID-19, concluimos que sí sería posible dictar medidas como la restricción para ingresar a determinados espacios o la prohibición del ingreso a establecimientos, si previamente las personas no muestran su carné de vacunación para acreditar la aplicación efectiva de las dos dosis de vacunación (medidas reguladas en el Decreto Supremo 179-2021-PCM).

Debemos precisar que la conclusión abordada sobre la prevalencia de la salud pública frente a la libertad individual no puede aplicarse de forma desproporcional solo con la vigencia de la norma, pues las medidas de restricción deben responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Sobre este aspecto, Atienza precisa que "la ponderación no es un procedimiento arbitrario, pero supone dosis de discrecionalidad, de libertad, mayores que la subsunción" (2010, p. 56).

En ese entender, la ponderación no puede ser arbitraria, por lo que los criterios de discrecionalidad que deben guiar la subsunción de la regla general no se limitan únicamente a la norma que restringe el acceso a espacios cerrados. Resulta importante, además, considerar los principios de razonabilidad y proporcionalidad de las medidas que se vayan a tomar desde el gobierno.

XIII. INMUNIDAD DE REBAÑO

El TC señala que:

> Los derechos sociales, como la salud pública, no pueden ser exigidos de la misma manera en todos los casos, pues no se trata de prestaciones específicas, ya que dependen de la ejecución presupuestal para el cumplimiento de lo exigido; lo contrario supondría que cada individuo podría exigir judicialmente al Estado un puesto de trabajo o una prestación específica de vivienda o salud en cualquier momento. La exigencia judicial de un derecho social dependerá de factores tales como la gravedad y razonabilidad del caso, su vinculación o afectación de otros derechos y la disponibilidad presupuestal del Estado (sentencia recaída en el Expediente 2016-2004-AA/TC, 2004, fundamentos 31-32).

En referida jurisprudencia el TC destaca la razonabilidad de exigir un derecho social. En todo caso, el derecho a la salud no puede ser exigido en la misma medida por las personas, ya que, al haber sido declarada la pandemia en razón al COVID-19, existe una elevada demanda por la adquisición de vacunas, y al no ser proporcional la disponibilidad respecto a la cantidad de personas que requieren una, se necesita implementar un proceso de vacunación según un plan estratégico. En ese orden de ideas, el personal de salud debería ser el primer grupo en recibir la vacuna; seguido de las personas mayores de edad, quienes se encuentran dentro de la población vulnerable; después, deberán ser vacunados aquellos que tengan contacto directo con un número significativo de personas; para finalmente terminar con la vacunación en el resto de la población. Dicho parámetro es el que se viene siguiendo en nuestro país.

Por otro lado, el objetivo de vacunar a la población es alcanzar la inmunidad de rebaño[18], puesto que de esa manera la persona vacunada adquiere anticuerpos para hacer frente al virus. Sin embargo, debemos precisar que:

> Las personas que no tienen anticuerpos siguen siendo susceptibles al contagio, solo que si están rodeados de personas inmunes, el contagio disminuye y tienen menos riesgo de enfermar. […] [L]os parámetros para calcular el número mínimo de personas que deben ser inmunes en el caso del SARS-CoV-2 se ha estimado que ese número mínimo es entre el 70% al 85% de la población (Espin, 2020).

En todo caso, la aplicación de la vacuna sería una herramienta viable para hacer frente al COVID-19 y con la inmunidad de rebaño se podría detener la transmisión del virus. Debemos precisar que para alcanzar la inmunidad de rebaño se requiere vacunar por lo menos al 70% de la población y para ello es necesario realizar campañas informativas. Afortunadamente, en el Perú el proceso de vacunación se viene llevando a cabo de forma exitosa, aunque aún existe un grupo de personas que no desean vacunarse, a pesar de lo indicado por los índices de defunciones.

[18] Según Peters, "[l]a inmunidad de rebaño es la resistencia de una población a infectarse con algún microorganismo (bacterias, virus, hongos, entre otros) que se produce gracias a que la mayoría de las personas se encuentran fortalecidas en su sistema inmunológico" (2021).

Para que el Estado pueda vacunar a la mayoría de la población, debe iniciar procesos de sensibilización e información sobre las características de cada vacuna, con el objetivo de informar a la población sobre las cuestiones relevantes de la vacunación. Entre otras preguntas, estas campañas deberán abordar cuestiones como ¿cuántas dosis se va a administrar?, ¿cuál es el periodo entre la aplicación de las dosis?, ¿qué actividades y alimentos debe evitarse durante ese lapso?, ¿cuál es el nivel de eficacia de las vacunas?, ¿a qué se debe que varíe la eficacia entre una vacuna y otra?, toda vez que son aspectos que ayudarán a decidir a una persona si vacunarse o no.

Así mismo, se sugiere motivar a las personas a vacunarse otorgándoles beneficios. Por ejemplo, en Rusia se han sorteado vehículos entre las personas vacunadas; en Estados Unidos, en Ohio, las personas vacunadas han participado de cinco premios de USD 1 millón, además de entradas a eventos; en Hong Kong se ha sorteado un departamento valorizado en más de USD 1 millón; y en Letonia se ha sorteado 100,000 euros. En el caso de Perú, en Lima se han ofrecido descuentos y sorteos a las personas vacunadas; en Lambayeque se han sorteado premios entre los vacunados; y en Tacna se ha llegado a acuerdos con los centros comerciales para ofrecer descuentos a las personas vacunadas. Entre otras alternativas, se podría optar por la compra de pastillas antivirales; por ejemplo:

> La Comisión Europea está explorando la compra de pastillas antivirales de uso doméstico para tratar la COVID-19 leve y moderada. […] Las dos píldoras, Paxlovid de Pfizer y Molnupiravir de Merck están siendo promocionadas como un paso revolucionario en la lucha contra el coronavirus. […] Se ha descubierto que la píldora antiviral de Pfizer reduce la hospitalización y la muerte en pacientes de alto riesgo en casi un 90%. Los resultados superan el éxito del producto de Merck, que se estima que reduce las enfermedades graves o la muerte en alrededor de un 30% (Zsiros, 2022).

Las píldoras Paxlovid de Pfizer y Molnupiravir de Merck, no solo han demostrado un porcentaje elevado para reducir la hospitalización y la muerte de las personas contagiadas, sino que podría ser una alternativa para tratar los casos leves y moderados de COVID-19. De esa forma, las personas que no desean vacunarse podrían optar por el tratamiento con píldoras antivirales, pues así podría alcanzarse la inmunidad de rebaño y reducirse los índices de defunción, más incluso en este contexto en el que la predominancia de la variante ómicron hace necesario analizar las diferentes alternativas para prevenir el contagio.

XIV. CONCLUSIONES

El COVID-19 es un virus que pertenece a la familia del coronavirus que se ha extendido a lo largo de los diferentes países. En el Perú, al 14 de enero de 2022, se tiene un registro de 203,302 personas fallecidas a causa de este virus. Al ser declarado como pandemia, los laboratorios farmacéuticos se han encaminado a desarrollar una vacuna. En consecuencia, en Reino Unido, Rusia, Europa y parte de América, se ha iniciado un proceso de vacunación en el año 2020. En el caso de Perú, se ha iniciado con este proceso de vacunación en febrero de 2021.

La Ley, en su artículo 79, faculta a la Autoridad de Salud a dictar medidas de prevención y control para evitar enfermedades transmisibles como el uso de mascarillas, distanciamiento social y reducción de aforos. Sin embargo, no la faculta a obligar a las personas a vacunarse, dado que el artículo 4 de la referida Ley prohíbe someter a tratamiento médico a una persona que no haya expresado su consentimiento. Por lo tanto, el ordenamiento jurídico peruano no permite la aplicación obligatoria de la vacuna contra el COVID-19.

A partir de la jurisprudencia del STF de Brasil, se desprenden dos tesis: (i) la vacunación obligatoria no significa vacunación forzada; y (ii) es posible implementar medidas restrictivas para las personas no vacunadas como la prohibición de ingresar a determinados espacios, la proscripción en el ingreso a las escuelas o la restricción de acceso a los medios de transporte. Estos casos constituyen una obligación indirecta, dado que, a pesar de no estar obligados a vacunarse, las personas se vacunarían por la necesidad de continuar con sus actividades diarias.

En Europa, en países como Austria, Chipre, Dinamarca, Francia, Italia, Letonia e Irlanda, ya se vienen aplicando restricciones a las personas no vacunadas como, por ejemplo, la exigencia del *coronapass* para poder ingresar a lugares públicos. En el Perú, con la entrada en vigencia el Decreto Supremo 179-2021-PCM, las personas mayores de 18 años que deseen ingresar a espacios cerrados deben presentar su carné físico o virtual que acredite haber completado su esquema de vacunación.

A raíz de la promulgación de esta norma, se han producido manifestaciones sociales en contra de la vacunación. Entre otros escenarios, se destaca lo acontecido en Ica, donde algunos trabajadores bloquearon la carretera Panamericana Sur y señalaron que el virus no existe; en Cajamarca

declararon que las vacunas son 'experimentales' y 'veneno'; mientras que en Tacna grupos que se oponen a la vacuna realizaron actos vandálicos que amedrentaron al personal de salud. Estos sucesos evidencian que aún existen prejuicios y desconocimiento sobre la vacuna; motivo por el cual el Estado debe realizar campañas informativas y de sensibilización.

A partir de la ponderación de derechos entre la libertad individual y la salud pública, se desprende que cuando se afecta el valor social prevalece la salud pública; por lo que sí sería posible implementar medidas que restrinjan el derecho a la libertad individual de las personas que no desean vacunarse; entre estas medidas destacan la prohibición en el ingreso a determinados espacios a quienes no presenten carné de vacunación. Sin embargo, el procedimiento de ponderación no puede ser arbitrario, por lo que las medidas que dicte el gobierno deben respetar los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Para alcanzar la inmunidad de rebaño se requiere vacunar por lo menos al 70% de la población. Por lo tanto, una alternativa sería prever la compra de píldoras antivirales como la píldora Paxlovid de Pfizer que ha demostrado reducir la hospitalización y la muerte de pacientes de alto riesgo en un 90%, o la píldora Molnupiravir de Merck que ha reducido las enfermedades graves y la muerte en alrededor de 30%. Estas píldoras antivirales podrían aplicarse a las personas que no desean vacunarse y a quienes presenten síntomas leves y moderados, pues de esa forma se podría reducir los índices de defunción y se lograría alcanzar la inmunidad de rebaño.

REFERENCIAS

Asociación Peruana de Empresas de Seguros [APESEG] (05 de enero de 2022). Todo lo que se sabe sobre la tercera ola de la COVID-19. *Asociación Peruana de Empresas de Seguros*. https://www.apeseg.org.pe/2022/01/tercera-ola-COVID-19-peru-todo-lo-que-se-sabe/

Atienza Rodríguez, M. (2010). A vueltas con la ponderación. *Revista Anales de la Cátedra Francisco Suárez, 44*, 43-59.

(s.f.). *Ponderación y sentido común jurídico*. https://dfddip.ua.es/es/documentos/ponderacion-y-sentido-comun.pdf?noCache=1415615082659

Cabral, M., & Jucá, B. (17 de diciembre de 2020). El Supremo de Brasil declara obligatoria la vacuna contra la COVID-19. *El País*. https://elpais.com/sociedad/2020-12-18/el-supremo-de-brasil-declara-obligatoria-la-vacuna-contra-la-covid-19.html

Carbajal, J. (18 de enero de 2022). Promedio de casos y muertes por COVID-19 confirmados en Lima Metropolitana (Datos al 16/01/2022). *Plataforma Nacional de Datos Abiertos del Ministerio de Salud.* https://pbs.twimg.com/media/FJZLTXLX0AQuCcK?format=jpg&name=large

Chanamé Orbe, R. (2015). *La Constitución Comentada* (9na ed., Vol. I). Editorial Ediciones Legales.

Comité Asesor de Vacunas de la Asociación española de pediatría [CAV-AEP] (2022). *Generalidades de las vacunas. Manual de vacunas en línea de la AEP.* https://vacunasaep.org/documentos/manual/cap-1

Dirección General de Bibliotecas Oficina de Referencia Extranjera (30 de marzo de 2021). Derecho a la salud pública - Tribunal Supremo Federal de Brasil. *Corte Suprema de Justicia de La Nación de la República Argentina*. https://www.csjn.gov.ar/dbre/verNoticia.do?idNoticia=4807

Diccionario Etimológico Castellano En Línea (s.f.). *Etimología de PONDERAR*. http://etimologias.dechile.net/?ponderar

Duarte, F. (15 de diciembre de 2021). Covid: ¿de dónde viene la variante ómicron y por qué saber su origen es importante? *BBC news*. https://www.bbc.com/mundo/noticias-59647890

El Peruano (10 de enero de 2022). 82% de casos corresponden a la variante ómicron. *El Peruano*. https://elperuano.pe/noticia/137091-82-de-casos-corresponden-a-la-variante-omicron

Espin, E. (25 de mayo de 2020). ¿Inmunidad de rebaño para enfrentar a la COVID-19? *Elyex*. https://elyex.com/inmunidad-de-rebano-para-enfrentar-a-la-COVID-19/

Gestión (16 de diciembre de 2021). Ica: trabajadores bloquean la Panamericana Sur en rechazo a la vacunación contra el COVID-19. *Diario Gestión*. https://gestion.pe/peru/ica-trabajadores-bloquean-la-panamericana-sur-en-rechazo-a-la-vacunacion-contra-el-covid-19-video-nndc-noticia/

Gob.pe, Plataforma Digital Única Del Estado Peruano (2021). *Coronavirus (COVID-19) en Perú*.

https://www.gob.pe/8662-coronavirus-en-el-peru-casos-confirmados

Gutierrez Camacho, W. (2005). *La Constitución comentada análisis artículo por artículo* (1era ed.). Gaceta Jurídica.

Instituto Nacional de Salud y Centro Nacional de Epidemiología, Prevención y Control de Enfermedades [CDC] (2022). *Sala situacional COVID-19 Perú*. https://covid19.minsa.gob.pe/sala_situacional.asp

Ipsos (22 enero de 2021a). Opinión Data - estudio de opinión. https://www.ipsos.com/es-pe/opinion-data-enero-2021

(19 de febrero de 2021b). Opinión Data - estudio de opinión. https://www.ipsos.com/sites/default/files/ct/news/documents/2021-02/6980221inf_v1_17feb21.pdf

La República (16 de enero de 2022). Antivacunas atacan centro de salud, banco y emisora radial en Tacna. *La República*. https://larepublica.pe/sociedad/2022/01/15/tacna-grupo-de-antivacunas-ataca-centro-de-salud-banco-y-emisora-radial-lrsd/

La República Data (2022). *Avance de la vacunación contra la COVID-19 en Perú*. La República. https://data.larepublica.pe/avance-vacunacion-covid-19-peru/

León-Lara, X., & Otero-Mendoza, F. (2020). Desarrollo de vacunas contra SARS-CoV-2. *Acta Pediátrica de México*, *41*(1), 23-26.

Maguiña Vargas, C., Gastelo Acosta, R., & Tequen Bernilla, A. (2020). El nuevo Coronavirus y la pandemia del COVID-19. *Revista Médica Herediana*, *31*(2), 125-131.

McDonagh, S. (28 de julio de 2021). El pase de vacunación se ha hecho obligatorio en estos 13 países, incluso para los turistas. *EuroNews*. https://es.euronews.com/viajes/2021/07/28/el-pase-de-vacunacion-se-ha-hecho-obligatorio-en-estos-13-paises-incluso-para-los-turistas

Ordóñez, R. (13 de diciembre de 2021). Grupo antivacunas realizó protesta el fin de semana en Cajamarca. *Noticias SER.PE*. https://www.noticiasser.pe/grupo-antivacunas-realizo-protesta-el-fin-de-semana-en-cajamarca

Organización Mundial de la Salud [OMS] (2019). *Preguntas y Respuestas Sobre La Enfermedad Por Coronavirus (COVID-19).* Organización Mundial de la Salud. https://www.who.int/es/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q-a-coronaviruses

(11 de marzo de 2020). *Alocución de apertura del Director General de la OMS en la rueda de prensa sobre la COVID-19 celebrada el 11 de marzo de 2020.* Organización Mundial de la Salud. https://www.who.int/es/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020

Peters, F. (16 de junio de 2021). Inmunidad de rebaño: ¿Qué es y cómo se alcanza?. *DoctorAkí/blog ¡Te cuida mejor!* [Entrada de blog]. https://www.doctoraki.com/blog/bienestar-y-salud/que-es-y-como-se-alcanza-la-inmunidad-de-rebano/

Porras, O. (2008). Vacunación: Esquemas y recomendaciones generales. *Acta Pediátrica Costarricense*, *20*(2), 65-76.

Richter, A. (18 de diciembre de 2020). Corte Suprema: vacunación contra la COVID-19 puede ser obligatoria. *Agencia Brasil*. https://agenciabrasil.ebc.com.br/es/justica/noticia/2020-12/corte-suprema-vacunacion-contra-la-covid-19-puede-ser-obligatoria

Rodríguez Méndez, M., & Echemendía Tocabens, B. (2011). La prevención en salud: Posibilidad y realidad. *Revista Cubana de Higiene y Epidemiologia*, *49*(1), 135-150.

Santoro-Lamelas, V. (2016). La salud pública en el continuo salud-enfermedad: un análisis desde la mirada profesional. *Revista Salud Pública, 18*(4), 530-542.

Zsiros, S. (05 de enero de 2022). Los países europeos avanzan en la compra de pastillas contra la COVID-19. *EuroNews.* https://es.euronews.com/my-europe/2022/01/05/los-paises-europeos-avanzan-en-la-compra-de-pastillas-contra-la-covid-19

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Constitución Política del Perú [Const.] (1993).

Decreto Supremo 179-2021-PCM, Decreto Supremo que modifica el Decreto Supremo 184-2020-PCM, que declara Estado de Emergencia Nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de las personas a consecuencia

de la COVID-19 y establece las medidas que debe seguir la ciudadanía en la nueva convivencia social, Diario Oficial *El Peruano*, 9 de diciembre de 2021 (Perú).

Ley 26842, Ley General de Salud, Diario Oficial *El Peruano*, 15 de julio de 1997 (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 5 de octubre de 2004, sentencia recaída en el Expediente 2016-2004-AA/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 17 de agosto de 2005, sentencia recaída en el Expediente 5176-2005-PHC/TC (Perú).

MISCELÁNEAS

10.18800/themis.202102.015

LA DOCUMENTACIÓN EN EL CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO DE PERSONAS Y DE MERCANCÍAS

DOCUMENTS IN CONTRACTS OF AIR CARRIAGE OF PASSENGERS AND GOODS

Luis Alberto Marco Arcalá*
Universidad de Zaragoza

The need of documentation is evident in all different aspects and activities inside of air carriage of passengers and goods, including, of course, the contracts for the provision of this kind of services. However, it is also true that the most relevant documentary instruments in these contracts not only have their own peculiar features, but are also immersed in a process of evolution marked by various phenomena.

In this article, the author analyzes the main documentary in the contracts of air carriage of passengers and goods, with special focus on its legal character, functions, composition, way of working, among others. In the same way, he addresses the phenomenon of documental digitization and the effects the COVID-19 pandemic on the different aspects of air carriage. Lastly, he formulates a critical assessment in concerning with the future prospects of this field.

Keywords: Air and Space law; air transport; air transport contract; transport documents; air passenger rights.

Es evidente la necesidad de documentación en todos los diferentes aspectos y actividades del transporte aéreo de personas y de mercancías, lo que, por supuesto, incluye los contratos que tienen por objeto la prestación de este tipo de servicios. Sin embargo, los principales títulos documentales presentes en estos contratos no solo cuentan con sus peculiares características, sino que además se hallan inmersos en un proceso de evolución marcado por diversos fenómenos.

En el presente artículo, el autor analiza los principales títulos documentales en los contratos de transporte aéreo de personas y de mercancías, haciendo especial énfasis en su naturaleza jurídica, funciones, estructura, funcionamiento, entre otros. De igual manera, aborda el fenómeno de la digitalización documental y los efectos de la pandemia del COVID-19 en los diferentes aspectos del transporte aéreo. Finalmente, formula una valoración crítica en relación con las perspectivas de futuro en este ámbito.

Palabras clave: Derecho aeronáutico; transporte aéreo; contrato de transporte aéreo; documentos de transporte; derechos de los pasajeros aéreos.

* Abogado. Doctor en Derecho por la Escuela de Práctica Jurídica de la Facultad de Derecho de Zaragoza (Zaragoza, España), con premio extraordinario. Exmiembro de la Junta de la Facultad de Derecho de Zaragoza. Exmiembro de la Comisión Permanente del Departamento de Derecho de la Empresa de la Facultad de Derecho de Zaragoza. Profesor Titular de Derecho Mercantil de la Universidad de Zaragoza (Zaragoza, España). Miembro de la Asociación Latino Americana de Derecho Aeronáutico y Espacial (ALADA). Colegiado (no ejerciente) del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza (REICAZ), y miembro activo de la Sección de Propiedad Intelectual e Industrial de la misma institución. Contacto: lmarco@unizar.es.

El presente trabajo fue realizado en el marco del Proyecto de Investigación del MEC Hacia un régimen integrado del transporte de personas y carga (plataformas logísticas) (Ref. DER 2016-76936-R).

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 18 de enero de 2021, y aceptado por el mismo el 16 de febrero de 2022.

I. PRELIMINAR: LOS TÍTULOS DOCUMENTALES EN EL CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO

Resulta a todas luces evidente la necesidad de soportes documentales en todos los diferentes aspectos y actividades del transporte aéreo, necesidad que, por supuesto, se extiende a los contratos que tienen por objeto la realización de tales transportes –bien sean de personas o pasajeros, bien de mercancías o bienes– ello a pesar del inicial carácter consensual que suelen revestir ambos tipos de contratos en la mayor parte de los ordenamientos comparados, y que se desprende en el derecho español de la aplicación general a estos contratos de los artículos 1258 del Código Civil y 51 del Código de Comercio[1]. Y de esta necesidad trae causa la notable importancia que ha revestido y reviste la documentación en los contratos de transporte aéreo de personas y de mercancías, importancia que ha permanecido inalterada desde los mismos inicios de la navegación aérea hasta la actualidad, y que incluso, si cabe, ha cobrado mayor entidad en los últimos tiempos por los desarrollos más recientes en esta materia, la cual, desde luego, va a ser el objeto del presente trabajo.

A. La complejidad de la documentación en el transporte aéreo

Las peculiares y aceleradas circunstancias del transporte aéreo de pasajeros y de mercancías, en particular la irrupción de las tecnologías de la información y la comunicación, de un lado, y la incidencia de la pandemia del COVID-19[2], de otro, como se verá más adelante, han redundado en un considerable incremento de la cada vez mayor complejidad de la documentación en los contratos de transporte aéreo de pasajeros y de mercancías, puesto que ya son varios y muy diversos entre sí los diferentes títulos documentales que pueden verse emitidos en el marco de dichos contratos. En este último punto, es imprescindible introducir una mínima pero nada desdeñable precisión, y es que la presente comunicación tan sólo puede entrar a desglosar la documentación de carácter mercantil o de naturaleza jurídico-pública en tales contratos, sin que sea posible abarcar otros posibles documentos de relevancia en este ámbito y de marcado carácter jurídico-público, como pueden ser los documentos administrativos o aduaneros en el transporte aéreo, cuya amplitud excede con mucho de los límites de este estudio[3]. En otro orden de co-

---

1 En este sentido, aunque en relación con la Sección 1ra del Capítulo XII (arts. 92 a 101), sobre el contrato de transporte aéreo, de la vigente Ley española 48/1060 de 21 julio, de Navegación Aérea (en adelante, LNA), y también con los artículos. 3.2, 4.4, 5.2 y 9 del Convenio de Varsovia (en adelante, CV) de 12 octubre 1929 para la unificación de ciertas reglas del transporte aéreo internacional (Instrumento de Ratificación de España de 31 enero 1930), en su vigente versión, actualizada mediante el Protocolo de La Haya de 28 septiembre 1955 (Instrumento de Ratificación de España de 6 diciembre 1965), y por los Protocolos de Montreal número 1, 2 y 4, todos ellos de 25 septiembre 1975 (Instrumentos de Ratificación de España todos ellos de 20 diciembre 1984), entre algún otro protocolo adicional que los complementa (generalmente designados todos ellos como 'instrumentos conexos') en lo que se ha dado en denominar globalmente el Sistema de Varsovia (en adelante, SV). Para ampliar información sobre el mismo, véase a Mapelli López (1968), Petit Lavall, & Guerrero Lebrón (2010) y de Paz Martín (2006). Asimismo, los artículos 3.5 y 9 del Convenio de Montreal (en adelante, CM), de 28 mayo 1999, para la unificación de ciertas reglas del transporte aéreo internacional (Instrumento de Ratificación de España de 4 junio 2002, y Decisión 2001/539/CE del Consejo, de 5 abril 2001, por el que la UE se adhirió al CM), en los que se establece que la ausencia de los títulos documentales en los contratos de transporte aéreo de pasajeros y de mercancías no afectará a la validez de dichos contratos; véase a Morillas Jarillo et al. (2014), Hernández Sainz (2014), Ferrer Tapia (2013), pp. 44-45, Sierra Noguero (2020), pp. 231 y 249-250, Zubiri de Salinas (2017), pp. 267, Rojo Álvarez-Manzaneda (2015b), Marco Arcalá (2016). Fuera de nuestras fronteras, véase Folchi (2015), especialmente volumen 1, pp. 457-556 y volumen 2, pp. 381-384, Tamayo Jaramillo (1991), p. 31, entre otros muchos autores, así como las sentencias de 10 mayo 2006 de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 1 (AC 2006\1009) –en la que se admitió la resolución extracontractual del transporte aéreo por causas de fuerza mayor y por no haberse acreditado debidamente por el transportista aéreo que la imposibilidad de cancelación del vuelo había sido expresamente incluida en las condiciones generales del contrato– y de 13 octubre 2008 de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9 (AC 2008\2072) –en la que el viajero se vio obligado a pagar dos billetes aéreos de los que no hizo uso por no haber desistido de su derecho ya adquirido en virtud de un contrato perfecto–. Por lo demás, y como indican Tamayo Jaramillo (1991) y Guzmán Escobar (2003), el contrato de transporte aéreo de mercancías es consensual y no real, puesto que se perfecciona por el mero consentimiento de las partes, si bien la ejecución del transporte pactado no se inicia hasta la entrega de las mercancías al transportista aéreo.

2 Aunque se han planteado diferentes opciones a este respecto, por supuesto todas ellas tan legítimas como debatibles, en este trabajo se ha optado por seguir las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud (en adelante, OMS) y de la Real Academia de la Lengua Española (en adelante, RAE) en torno a la designación de este fenómeno y por tanto se hace referencia al mismo como 'pandemia', y se escribe la voz 'COVID-19' en mayúsculas y en género masculino.

3 Así, por ejemplo, entre la documentación administrativa y aduanera en los contratos de transporte aéreo de mercancías destacan especialmente, entre otros muchos, el manifiesto aéreo, o de carga aérea que, como su propio nombre indica, es el manifiesto en el que se detallan las mercancías transportadas en el avión, y que debe de ser presentado ante las autoridades aduaneras del país de destino a la llegada de la aeronave al aeropuerto como primer trámite del despacho a libre práctica de tales mercancías, y los documentos aduaneros, que dependen de la normativa al respecto de cada Estado. En la UE, son las declaraciones de aduana, reguladas en los artículos 158 y ss. del Código Aduanero de la

sas, incluso la propia documentación estrictamente mercantil de los contratos de transporte aéreo de pasajeros y de mercancías ha experimentado un notable crecimiento en el momento actual, al menos si se compara con su reducido elenco en los inicios de la navegación aérea y quizá más en relación con los contratos de transporte aéreo de mercancías[4] que en los contratos de transporte aéreo de pasajeros[5]. Lo que, por ende, muestra un evidente desequilibrio y un notable contraste entre unos y otros tipos de contratos de transporte aéreo. De ahí que el análisis de tales documentos revista no pocas dificultades y requiera tener en cuenta numerosos elementos, lo que hace mucho más difícil y complicado un hipotético tratamiento unitario de la documentación en estos contratos, con repercusiones adicionales en cuestiones tales como su progresiva digitalización, a tratar ulteriormente como ya se indicó con anterioridad.

B. Los títulos documentales en los contratos de transporte aéreo de personas y de mercancías

Como paso inicial en el presente estudio, se hace necesario delimitar el objeto del mismo, a saber, los diferentes títulos documentales utilizados en ambos tipos de contratos.

1. Enumeración

Aunque sus denominaciones concretas pueden variar mucho en función de las opciones de política legislativa en cada ordenamiento y de las posibles preferencias de cada transportista aéreo, tales documentos son los que van a ser brevemente descritos a renglón seguido, tanto en relación con el contrato de transporte aéreo de personas como en lo tocante al contrato de transporte aéreo de mercancías, pero por separado, puesto que tales documentos difieren en buena medida en uno y otro tipo de contrato.

a. En el contrato de transporte aéreo de personas

Son los siguientes:

– El billete de transporte como documento contractual y título documental paradigmático en el contrato de transporte aéreo de pasajeros.

– El talón de equipaje como documento separado del billete de transporte, que suele ser opcional para el transportista aéreo y, por ello, bastante infrecuente en la práctica, dado que sus contenidos suelen estar incluidos en el propio billete de transporte[6].

– La tarjeta de embarque como documento de control administrativo que permite al transportista aéreo cumplir con su obligación de elaborar una lista de los pasajeros reales y efectivos, es decir, quienes han llegado a acceder a la aeronave.

Unión Europea (en adelante, CadUE), aprobado por Reglamento 952/2013/UE, del Parlamento Europeo (PE en adelante) y del Consejo (Refundición), de 9 octubre 2013. El CadUE se aplica en España mediante la OM de 9 mayo 2011, por la que se regula el procedimiento de entrada y presentación de mercancías introducidas en el territorio aduanero comunitario y la declaración sumaria de depósito temporal, así como la declaración sumaria de salida y la notificación de reexportación en el marco de los procedimientos de salida de las mercancías de dicho territorio, modificada y actualizada por la OM de 29 diciembre 2014. Es muy conveniente, cuando no imprescindible, que los datos relativos al contrato de transporte aéreo de mercancías (por ejemplo, en cuanto a la descripción y enumeración de dichas mercancías) consignados en la documentación administrativa y aduanera coincidan con los datos que se hayan hecho constar en la documentación mercantil de dicho contrato, especialmente si se tiene en cuenta el obvio valor probatorio que asimismo reviste esta documentación ante las instancias administrativas, aduaneras y judiciales. También en lo referente a la supervisión del mercado y al control de aduanas, como se desprende, en la jurisprudencia española, de pronunciamientos tales como, entre otros, las sentencias de 12 de julio de 1999 de la Sala de lo Contenciosos Administrativo Sección 2 del Tribunal Supremo (RJ 1999, 5142), de 28 de junio de 2010 de la Sala de lo Contencioso Administrativo Sección 8 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (JUR 2010, 320407) y de 15 de diciembre de 2008 de la Sala de lo Contencioso Administrativo Sección 7 de la Audiencia Nacional (JUR 2009, 34881), en los que se ventilaron diferentes cuestiones planteadas, entre otros motivos, por la discordancia entre la información plasmada en la carta de porte aéreo y la documentación aduanera en los transportes aéreos de mercancías de carácter internacional.

4 De nuevo se puede utilizar como ejemplo el paso de la carta de porte aéreo como único documento en los inicios de los contratos de transporte aéreo de mercancías y a la cual se han venido a sumar con posterioridad el recibo de carga como posible documento alternativo, de una parte, y el documento relativo a la naturaleza de la carga en algunos supuestos, de otra, este último introducido mediante el artículo 6 del CM. Sobre este Convenio en general, véase Arroyo Martínez (2006), especialmente pp. 193-207, Zunarelli & Comenale Pinto (2013), especialmente pp. 433-440, Morillas Jarillo et al. (2014), Folchi (2017), Mendes De Leon (2017), especialmente pp. 149-257, Petit Lavall, & Guerrero Lebrón (2010), Lozano Romeral (2005), Morales Rodríguez (2008) y Aragone Coppola (2012), entre otros muchos autores.

5 Para ampliar información en este punto, véase Guerrero Lebrón (2003), Marco Arcalá (2016), pp. 89-96, y Pérez Millán (2007), entre otros autores.

6 Así se desprende de los artículos 99 y 100 de la LNA, en particular su artículo 99.1; sobre este precepto y el talón de equipaje en la LNA, y en el CV y el CM, véase Morillas Jarillo et al. (2014), pp. 592-593, Ferrer Tapia (2013) pp. 99-100, y Marco Arcalá (2016), pp. 85-87, entre otros autores.

b. En el contrato de transporte aéreo de mercancías

Son los siguientes:

– La carta de porte aéreo como documento jurídico-privado propio del contrato de transporte aéreo de mercancías, denominada 'talón de transportes' en los artículos 102, 102 y 111 de la LNA española[7], frente a la designación habitual e internacionalmente generalizada de carta de porte aéreo.

– El recibo de las mercancías como título documental acreditativo del cumplimiento de la obligación de entrega de las mismas en este contrato.

– El documento relativo a la naturaleza de la carga, figura relativamente reciente, que paso a verse jurídicamente configurada en el artículo 6 del CM, con un carácter claramente opcional, salvo que pueda venir imperativamente requerido en función de las formalidades de aduana, policía u otras autoridades administrativas.

2. Naturaleza y principales funciones

También ambos extremos difieren en buena medida en el contrato de transporte aéreo de personas y de mercancías, y por ello deben de ser sucintamente comentados por separado en uno y otro tipo de contrato.

a. En el contrato de transporte aéreo de personas

Las funciones básicas que se han venido atribuyendo al billete en el transporte aéreo de viajeros o pasajeros han sido, de una parte, acreditar la existencia y el contenido de este contrato, y de otra, facilitar al pasajero el ejercicio de los derechos que se le reconocen frente al transportista aéreo en virtud de dicho contrato y de la legislación vigente aplicable al mismo[8]. De este modo, y teniendo en cuenta estas dos finalidades propias del billete de transporte aéreo, la calificación jurídica del mismo puede oscilar entre dos opciones distintas, aunque no necesariamente excluyentes entre sí y que vienen a ser las que a continuación se exponen.

– El billete como documento de legitimación

Dentro de la concepción más clásica y extendida en torno al billete en el transporte aéreo de pasajeros, este título viene a ser concebido como un título de legitimación. Esto es, como una suerte de títulos-valores impropios en los que puede ser apreciado alguno de los rasgos propios de los títulos representativos de las mercancías –como es la legitimación por la posesión– y que permite al pasajero ejercitar su derecho al traslado. De la misma forma, permite al transportista aéreo comprobar fehacientemente la existencia de este derecho y llevar a cabo los oportunos controles de policía administrativa en la práctica de esta actividad[9].

– El billete como documento probatorio

En otra orientación más reciente, el billete se contempla como un documento exigido en el plano administrativo y con una finalidad más bien probatoria en relación con la existencia del contrato de transporte aéreo de pasajeros, si bien con un valor meramente ordinario y no cualificado a este respecto, puesto que se podrían admitir otras pruebas en contrario[10]. Ello es debido, sin ningún género de dudas, a la incidencia en este tipo de contratos de otras disposiciones en principio ajenas al derecho de transportes y de marcado carácter tuitivo, como son la normativa de la UE en materia de protección del pasajero aéreo, de un lado, y de la legislación en materia de protección de los consumidores y usuarios (obviamente aplicable a los viajeros en toda clase de transportes de personas, incluido desde luego el transporte aéreo), de otro, sobre las que se volverá posteriormente en el epígrafe siguiente de este trabajo. De este modo, se podrían acreditar, en su caso, la existencia y el contenido del contra-

[7] Sobre el talón de transporte en la LNA y en el contrato de transporte aéreo de mercancías, véase Arroyo Martínez (2006), Morillas Jarillo et al. (2014), pp. 671-674, Lozano Romeral (2005) y Petit Lavall, & Guerrero Lebrón (2010), entre otros muchos autores.

[8] En este sentido y para ampliar información, véase a Marco Arcalá (2016), pp. 77-82.

[9] En este sentido, véase a Zubiri de Salinas (2017) p. 524, Morillas Jarillo et al. (2014), p. 591, Ferrer Tapia (2013) pp. 113-114, Hernández Sainz (2014) p. 1047, y a Pérez Millán (2007), entre otros autores.

[10] Así se reconoce igualmente entre la doctrina cit. *supra* en la n. anterior. Asimismo, se ha confirmado en lo tocante al valor probatorio del billete de transporte aéreo en la sentencia de 22 marzo de 2010 del Juzgado de lo Mercantil Número 2 de Palma de Mallorca (AC 2014\2143), en relación con la prueba de la existencia de una cláusula *no show* en el contrato de transporte aéreo (sobre la misma, véase Lyczkowska (2012a), en lo que hace la prueba necesaria para reclamar las compensaciones por retraso previstas en la normativa de protección de los pasajeros aéreos en la UE (vid. infra), entre otros muchos pronunciamientos.

to de transporte aéreo de personas y se puedan ejercitar los derechos derivados del mismo por otros medios adicionales distintos del billete, y no única y exclusivamente utilizando este título documental. Así se desprende, por ejemplo, de los ya indicados artículos 3.2 del CV y 3.5 del CM, en relación con el transporte aéreo, y de algunos fallos en primera instancia dentro de nuestra jurisprudencia interna[11].

Conviene recalcar que, como ya se ha indicado *supra,* ambas posiciones no se contradicen ni se excluyen (o, cuando menos, no necesariamente), sino que más bien se complementan la una a la otra, habida cuenta de que, si el billete en el transporte aéreo de personas ha excedido los contornos de la figura de los títulos de legitimación, ha sido con una finalidad tuitiva. Esto es, a efectos de protección del viajero y sólo a estos efectos, es decir, hasta donde sea necesario para hacer más accesible el ejercicio de derechos complementarios diferentes al traslado del pasajero hasta su punto de destino final como prestación principal en este contrato (sería el caso de la percepción de indemnizaciones de seguros vinculados al transporte, si así procediese). De este modo, el billete de transporte mantendría su carácter de título de legitimación, especialmente por venir requerido por las necesidades de control que derivan de la normativa de ordenación del sector aéreo. En suma, este fenómeno no consiste en una mutación absoluta y diametral de la naturaleza del billete en el transporte aéreo, sino más bien de una progresiva ampliación y acumulación de sus funciones que ha dado lugar a que rebase su finalidad habitual como título de legitimación para el acceso al transporte, para la cual se había mostrado como un instrumento muy idóneo. Menos adecuado se ha revelado el billete en el transporte aéreo como vía para la consecución de estos nuevos fines a los que ahora debe responder, y quizá por ello en este nuevo y más amplio ámbito no pase de ser más que un mero medio de prueba[12].

b. En el contrato de transporte aéreo de mercancías

También en el ámbito del transporte aéreo de mercancías se ha venido planteando un intenso debate sobre la configuración de los documentos mercantiles ligados a este contrato. Debate que, por lo demás, se ha visto muy influido por circunstancias tales como el cada vez es más generalizado el tratamiento digital de estos documentos, de ahí que deba de ser objeto de una sucinta descripción.

– La controvertida naturaleza de los documentos mercantiles en el transporte aéreo de mercancías

En una primera aproximación, los documentos mercantiles en el contrato de transporte aéreo de mercancías responden a fines esencialmente instrumentales, que consisten básicamente en la identificación y eventual disposición sobre las mercancías transportadas, de una parte, y en la prueba del contrato de transporte aéreo y de sus distintos contenidos, de otra[13]. Esta lectura poco reflexiva podría llevar a calificar sin más a los referidos documentos como títulos representativos de las mercancías transportadas, tal y como sucede e incluso viene a ser habitual en relación con otros medios de transporte, en particular en la navegación marítima vinculado a el conocimiento de embarque[14]. Sin embargo, no se trata del mismo supuesto en el contrato de transporte aéreo de mercancías, en el que se observa una idiosincrasia peculiar y específica que excluye la conveniencia de que su documentación revista una naturaleza semejante, sobre todo por la mayor celeridad con la que se lleva a cabo esta modalidad de transporte[15]. Ello, como es evidente, supone la innecesidad de que la titularidad sobre las mercancías transportadas se vea incorporada a documentos que permitan la plena transmisión de las mismas, o en su caso su pignoración, por la sola transmisión conforme a derecho de estos documentos. Sin embargo, son estas las principales cualidades que caracterizan

[11] Vid. *supra* n. anterior.

[12] En sentido similar, véase a Hernández Sainz (2014) y Ferrer Tapia (2013) pp. 108-111, y a Marco Arcalá (2016), pp. 80-82.

[13] En los inicios de la navegación aérea, y de acuerdo con el artículo 9 del CV en su versión inicial, la carta de porte aéreo cumplía una función adicional, como era la de permitir al transportista aéreo prevalerse de las limitaciones de responsabilidad establecidas en los artículos 17 a 31 del CV (así lo indica Morillas Jarillo *et al*. [2014], p. 671), si bien en la actualidad esta exigencia ha desaparecido en la vigente versión de este Convenio, actualizada mediante el Protocolo de Montreal número 4, en el marco del SV; para ampliar información al respecto, véase la doctrina sobre el SV cit. *supra* en la n. 1.

[14] Sobre el conocimiento de embarque, véase a Recalde Castells (1992), el mismo autor (2012) y (1994); Molins Fernández (2000); Fontestad Portalés (2007); Arroyo Martínez (2016); Ramírez Otero (2012); Peláez (1984); Martínez Jiménez (1989); Carney, & de Ros (2002); Galán Corona (1983); Zubiri De Salinas (2005), y de la misma autora (2007a) y (2007b); y a Sáez Álvarez (2020); entre otros muchos autores.

[15] En sentido similar, véase a Morillas Jarillo et al. (2014) y a Petit Lavall, & Guerrero Lebrón (2010), pp. 348.

a los títulos representativos de las mercancías, al menos en una noción rigurosa de los mismos y puesto que, salvo alguna excepción muy aislada[16], los documentos en el contrato de transporte aéreo de carga carecen de tales rasgos, no pueden ser incluidos entre los referidos títulos, al menos no *stricto sensu.*

– La relevancia y las principales funciones de estos documentos en la actualidad

Pese a lo que se acaba de exponer, y contra lo que pudiera parecer *prima facie,* esta inicial imposibilidad de atribuir a los documentos ligados al contrato de transporte aéreo de mercancías la naturaleza de los títulos representativos de las mercancías propiamente dichos no merma en modo alguno la relevancia que siguen revistiendo tales documentos. Dicha relevancia se basa, no tanto en su configuración legal, sino cuanto en sus ya comentados fines de identificación y disposición de las mercancías transportadas, y de medio de prueba del contrato, ambas nada desdeñables y que no por instrumentales resultan menos relevantes. En otro orden de cosas, también se confiere a tales documentos en las principales convenciones internacionales sobre el transporte aéreo –ya citadas *supra*[17]– un importante papel de cara al ejercicio del derecho de disposición del expedidor sobre la mercancía transportada, puesto que tal ejercicio se halla supeditado en buena medida a la tenencia y presentación de la carta de porte aéreo o del recibo de carga al transportista aéreo, que se exonera de responsabilidad frente a posibles terceros si ha exigido la referida presentación de tales documentos al expedidor para ejercitar este derecho de disposición (arts. 12.3 del SV y 12.3 del CM). Es este el principal argumento que justifica la calificación de estos documentos, por lo demás generalizada, y en especial en lo tocante a la carta de porte aéreo, como títulos de legitimación. Quizá por esta razón haya sectores muy autorizados de la doctrina que reconducen la carta de porte aéreo a esta categoría[18], si bien en un sentido muy amplio. No obstante, aunque la carta de porte aéreo y el recibo de carga revistan a todas luces la cualidad de la legitimación por la posesión, lo cierto es que no reúnen las restantes características de los títulos representativos de las mercancías, lo que, a nuestro modesto parecer, impide incardinarlos en semejante *status,* al menos no en su concepción más estricta y rigurosa, como se ha venido reiterando con anterioridad[19].

II. EL MARCO NORMÁTIVO DE LA DOCUMENTACIÓN EN LOS CONTRATOS DE TRANSPORTE AÉREO DE PERSONAS Y DE MERCANCÍAS

La regulación de la documentación mercantil en los contratos de transporte aéreo de personas y de mercancías adolece en ambos tipos de contratos de una notable fragmentación y de una dispersión extrema, desde un punto de vista cuantitativo, por ser muchas las normas a tener en cuenta y, asimismo, en un plano netamente cualitativo, por ser tales normas de muy diversa índole y configuración unas de otras. No obstante, esta característica general, a la sazón nada deseable, es prácticamente

[16] Sería el caso de la opción establecida en un tercer párrafo añadido al artículo 15 del CV en su versión modificada por uno de sus llamados 'instrumentos conexos' (vid *supra* n. 1), concretamente el Protocolo Adicional de La Haya de 28 septiembre 1955. En virtud de dicha norma, de obvio carácter dispositivo, nada impide en esta versión de la CV que las partes del contrato de transporte puedan emitir una carta de porte aéreo negociable si así lo estiman oportuno. Sin embargo, este tercer párrafo ha desaparecido de la actual versión del artículo 15 del SV, por lo que esta posibilidad sólo se dará en los transportes aéreos de mercancías a los que resulte aplicable la legislación de algún Estado que haya ratificado el CV en su versión modificada por el susodicho Protocolo de La Haya de 1955, sin haber ratificado con posterioridad sus ulteriores modificaciones en la versión más reciente del SV, en la que ya no se contempla la referida opción.

[17] Vid. *supra* n. 1.

[18] En este sentido, véase a Folchi (2015), entre otros muchos autores.

[19] A nuestro parecer, la polémica en torno a la calificación jurídica de la carta de porte aéreo no versa realmente sobre el concreto régimen jurídico de este título documental en el SV y en el CM, sino que más bien trae causa de las diferentes concepciones de los títulos-valores en general, puesto que, dependiendo de cuál de estas concepciones sea tomada como punto de partida, los títulos de legitimación (entre los que se cuenta la carta de porte aéreo) serán o no considerados como tales títulos-valores y así como títulos representativos de las mercancías. De este modo, en una concepción amplia de estas figuras, destaca por su importancia el requisito de la legitimación por la posesión, lo cual, aun con ciertas dificultades, permitiría incardinar en esta categoría a los títulos de legitimación, entre ellos la carta de porte aéreo, y por tanto, esta concepción amplia de los títulos-valores supondría, aún con reservas, incluir a la carta de porte aéreo entre los títulos representativos de las mercancías. Sin embargo, en una concepción más estricta y rigurosa de los títulos-valores se exigen otras características adicionales en el documento de que se trate además de la legitimación por la posesión, como son la literalidad y la autonomía de dicho documento. Por ello, los meros títulos de legitimación quedarían excluidos de los títulos-valores, lo que impediría calificar a la carta de porte aéreo como título representativo de las mercancías. En suma, pues, la adopción de una u otra teoría sería la que daría lugar a una u otra conclusión. Para ampliar información sobre las diferentes posturas en torno a los títulos-valores, véase Garrigues (1951), Vicente, & Gella (1986), Sánchez Calero (1979), Rojo Fernández-Río (2014), Arroyo Martínez (1993), de Eizaguirre Bermejo (2003), del mismo autor (1982) y (1996), Valenzuela Garach (1996), Hueck & Canaris (1988), Vaselli (1958), Pellizzi (1960), y Martorano, & Vaselli (1994), entre otros muchos autores.

el único rasgo en común entre los regímenes jurídicos del contrato de transporte aéreo de personas, de una parte, y del contrato de transporte aéreo de mercancías, de otra. De ahí que el análisis de las disposiciones concernientes a la documentación mercantil en tales contratos deba de ser llevada a cabo de forma diferenciada y no conjunta.

A. Régimen jurídico básico de la documentación en el contrato de transporte aéreo de personas

La regulación de la documentación mercantil en este contrato se establece básicamente en disposiciones de carácter jurídico-privado, pero que, a su vez, se ven indirectamente influidas por las previsiones en materia de ordenación jurídico-administrativa de este sector, a veces difíciles de distinguir y separar unas de otras por verse contenidas en las mismas leyes. A mayor abundamiento, se observan diferentes niveles en este régimen jurídico desde una perspectiva geográfica y territorial en el ordenamiento español, por cuanto hay que ponderar de manera conjunta nuestra legislación interna, la normativa de la UE sobre este particular y los convenios internacionales a este respecto, lo que, una vez más, obliga a detenerse sobre cada uno de tales niveles por separado.

1. La legislación interna española y de la Unión Europea

Además de las disposiciones nacionales propias del contrato de transporte aéreo de personas, y de la regulación interna y comunitaria en materia de ordenación del transporte aéreo, han ido siendo promulgadas en el ámbito de la UE otras normas de claro carácter tuitivo para el viajero o pasajero como persona física frente a la empresa de transportes o porteador. Si a ello se añade que, en tanto que usuario particular, el viajero puede ser considerado como un usuario de los servicios de transporte de personas, es, asimismo, evidente que la legislación referente a la protección de los consumidores también resultará de aplicación al contrato de transporte de personas. Y ni que decir tiene que unos y otros sectores de nuestro ordenamiento van a incidir en la documentación mercantil de dicho contrato, de un modo u otro y quizá con un alcance e intensidad muy dispares, pero siempre con una cierta y nada desdeñable relevancia.

a. La normativa sobre transporte aéreo: la Ley española de Navegación Aérea

La normativa interna española en materia de transporte aéreo responde a una opción de política legislativa en favor de una regulación general plasmada en una ley omnicomprensiva como es la ya citada LNA[20], en la que se aúnan igualmente las disposiciones de ordenación y de contratación acerca de la actividad de navegación aérea en su conjunto. En el marco de esta perspectiva global, se ubica también el contrato de transporte aéreo de viajeros, cuyo régimen es objeto de la sección 1ra del capítulo XII (arts. 92 a 101) de esta misma ley[21]. En estos preceptos, se establece la estructura y configuración del billete de transporte como título imperativo en este contrato y del talón de equipaje como posible documento adjunto. Así, el punto de partida es la obligación inequívoca de emitir el billete de pasaje aéreo (art. 92) y a renglón seguido se delimita su contenido mínimo imperativo, a saber, el lugar y fecha de emisión, el nombre y la dirección del transportista aéreo, el punto de salida y destino, el nombre del pasajero (por este motivo se determina en el art. 93 el carácter nominativo, intransferible y solo utilizable en el viaje designado del billete de pasaje aéreo), la clase y precio del transporte, la fecha y hora del viaje, y la indicación sumaria de la vía a seguir y de las escalas previstas, en su caso (Ley de Navegación Aérea, [LNA], 1960). En cuanto al talón de equipaje, reviste en este contrato carácter opcional, concretamente cuando el registro del equipaje no se incluya en el propio billete de pasaje (LNA, 1960, art. 99.1), y cuya función consiste en identificar dicho equipaje y permitir su recuperación contra entrega de este talón, si bien el pasajero tiene la posibilidad de acreditar su derecho justificando su personalidad por otros medios, y entretanto la compañía aérea podrá diferir provisionalmente la devolución del equipaje al pasajero (LNA, 1960, art. 99.2). En otro orden de cosas, la recepción del equipaje sin protesta por parte del tenedor del talón, o del billete de pasaje si no se hubiese emitido dicho talón, supone una renuncia tácita a toda reclamación en torno al equipaje, en los términos expresamente fijados en el artículo 100 de la LNA (1960).

Otra norma nacional sobre la navegación aérea que igualmente se revela de interés en este punto es

[20] Sobre la LNA y el transporte aéreo de personas, vid. la doctrina cit. *supra* en las n. 1 y 6, en particular, a Morillas Jarillo et al. (2014), Arroyo Martínez (2006), la obra "Régimen jurídico del transporte aéreo" de Menéndez Menéndez (2005), y Marco Arcalá (2016), pp. 60-63, entre otros muchos trabajos.

[21] Sobre estos preceptos, véase a Zubiri de Salinas (2017), pp. 267-269, Morillas Jarillo et al. (2014), Arroyo Martínez (2006) 194-207, Fernández Torres (2005), Lozano Romeral (2005) y a Ferrer Tapia (2013), especialmente pp. 38-50, entre otros autores.

el Real Decreto 2047/1981, de 20 de agosto, sobre cancelación de plazas y reembolso de billetes en la aviación civil. En el artículo 6 de este se enumeran las causas de cambio o anulación de billetes de pasaje aéreo o documentos análogos que no deben dar lugar a cargo alguno para el pasajero, a saber, cancelación del vuelo, pérdida de enlace o conexión con otro vuelo ocasionada por una compañía aérea, omisión de escala programada, modificación por parte de la compañía aérea de las tarifas u horarios que afecten al vuelo programado y, en general, otras causas imputables al transportista o a sus agentes o que resulten de fuerza mayor para el viajero (1981). Por lo demás, se establece también en el artículo 7 que esta enumeración ha de formar parte del contenido mínimo imperativo de los billetes de pasaje y los talones de equipaje en los contratos de transporte aéreo de viajeros (1981).

b. La normativa sobre protección de los consumidores y usuarios

La protección de los consumidores y usuarios constituye un principio general que informa todo nuestro ordenamiento con el máximo rango normativo, no sólo en el derecho originario de la UE (art. 169 del Tratado de Funcionamiento de la UE[22] [en adelante, TFUE]), sino también en la legislación interna española, concretamente en el artículo 51 de la Constitución de 1978. En desarrollo de este principio, se han ido promulgando normas de la importancia del Texto Refundido de la Ley General de los Consumidores y Usuarios (en adelante, TrLGDCyU), aprobado por aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 noviembre, y de la Ley 7/1998, de 13 abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, LCGC), las cuales pueden resultar de aplicación a los contratos de transporte aéreo de personas cuando concurra en los viajeros la condición de consumidor, en este caso usuario, en los términos del artículo 3 del TrLGDCyU, esto es, las personas físicas o jurídicas que actúen en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o profesional (2007). De este modo, serán muy numerosos los supuestos de transporte aéreo de personas a los que resulten de aplicación las diversas disposiciones de protección del consumidor. Así, no plantea duda alguna la aplicación a estos servicios del TrLGDCyU y de la LCGC, como de la restante normativa relativa a la defensa de los consumidores y usuarios[23].

Esta aplicación a los servicios de transporte aéreo de personas de la legislación de protección del consumidor supone la subsunción de todos los contratos de dichos transportes en el ámbito de las normas generales del TrLGDCyU en sus diversas previsiones, por ejemplo en materia de contratos con los consumidores y usuarios (2007, arts. 59-79). Esto da lugar a repercusiones nada desdeñables en materia de documentación de los contratos de transporte aéreo de personas, por cuanto supondrá la obligación de entrega del transportista al pasajero de un título contractual, en virtud de la obligación de confirmación documental de la contratación realizada con un consumidor establecida en el artículo 63 del TrLGDCyU[24] (2007). De este modo, y conforme al primer párrafo de este precepto, dicho título deberá contener las condiciones esenciales de dicho contrato, incluidas las condiciones generales, lo que confiere una especial trascendencia a tal documento, al menos como soporte para hacer constar por escrito los elementos fundamentales de este contrato. Por ende, se deberán respetar en dichas condiciones generales las disposiciones imperativas sobre este contrato y los artículos 8.2 de la LCGC, y 80 y ss. del TrLGDCyU sobre el posible carácter abusivo de las cláusulas contenidas en tales condiciones[25]. Asimismo, se deberán respetar las obligaciones genéricas enu-

[22] Según el Tratado de la Unión Europea, tras su modificación mediante el Tratado de Lisboa de 13 diciembre 2007 (Instrumento de Ratificación de 26 septiembre 2008), el TFUE, sustituye al antiguo Tratado de la Comunidad Europea, firmado en Roma el 25 marzo 1957, modificado por el Tratado de Maastricht, constitutivo de la UE, de 7 febrero 1992 (Instrumento de Ratificación de 29 diciembre 1992), modificado por los Tratados de Ámsterdam de 2 octubre 1997, (incorporado por LO 9/1998, de 16 diciembre), y de Niza de 26 febrero 2001 (incorporado por LO 3/2001, de 6 noviembre), versión consolidada (DOUE C 83, de 30 marzo 2010).

[23] En este sentido, véase a García Álvarez (2012); con todo, y como indica esta autora, el contrato de transporte ha quedado expresamente excluido del ámbito de aplicación de importantes normas comunitarias de protección al consumidor, como a la Directiva 2011/83/CE, del PE y del Consejo, de 25 octubre 2011, sobre derechos de los consumidores en los contratos negociados fuera de los establecimientos mercantiles y en materia de contratos a distancia, en virtud de su artículo 3.3 k), salvo algunos preceptos específicos. De ahí que haya sido incorporado a nuestra legislación interna en el artículo 93.2 b) del TrLGDCyU excluyendo sólo parcialmente la aplicación de los mandatos sobre contratos celebrados a distancia en cuando a comunicaciones comerciales (arts. 96.1 y 2), información precontractual (art. 97), confirmación escrita de la información (art. 98), derecho de desistimiento (art. 101), y ejecución y pago (art. 103). De todo ello y del propio artículo 3.2 de esta Directiva se infiere en cierta medida que esta exclusión debe ser puesta en el contexto de prevención de conflictos entre sus disposiciones y otras normas sectoriales y más específicas en el derecho de la UE, como por ejemplo en este caso el RCAPA, que se comentará posteriormente.

[24] En este sentido, véase a Hernández Sainz (2014), p. 1046.

[25] En este sentido, véase a Ferrer Tapia (2013), pp. 45-52, así como la sentencia de 28 octubre 2003 de la Audiencia Provincial de Málaga Sección 4 (AC 2003\1838), en la que se declaró el carácter abusivo de una cláusula inserta en el billete

meradas en dicho texto, por ejemplo en cuanto a proporcionar al usuario del transporte aéreo información correcta y veraz sobre el servicio en cuestión en el billete de transporte sin que el pasajero pueda verse inducido a confusión por indicaciones inexactas sobre las reiteradas condiciones esenciales de este servicio[26].

c. La normativa sobre protección de los pasajeros aéreos: el Reglamento (UE) 261/2004

Durante los primeros veinte años del presente s. XXI las instancias competentes de la UE en materia de transporte aéreo han venido preconizando un cierto y deseable equilibrio entre la eficiencia en este sector, de un lado, y el respeto a los derechos de los viajeros o pasajeros como usuarios de estos servicios[27], de otro, haciendo compatibles ambos objetivos, en modo alguno contradictorios u opuestos. Por lo demás, estos derechos de los pasajeros ya habían venido siendo reconocidos por diversos medios en las legislaciones nacionales de los Estados miembros de la UE. Las bases normativas sobre las que se ha cimentado esta construcción jurídica en el derecho originario de la UE han sido el principio de no discriminación (art. 18 del TFUE) y el principio de protección de los consumidores y usuarios en el mercado interior (art. 169 TFUE), sucintamente comentado *supra.* En consecuencia, sobre estas bases se han ido adoptando en el derecho derivado de la UE diversos reglamentos de protección de los viajeros[28], entre ellos el Reglamento 261/2004/UE, del PE y del Consejo, de 11 febrero 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque o gran retraso de los vuelos (en adelante, RCAPA), desarrollado por la Comunicación de la Comisión Europea, de 10 junio 2006, por la que se aprueban las Directrices Interpretativas de dicho Reglamento[29]. A su vez, este último Reglamento debe de ser puesto en relación, entre otros textos de la UE, con el Reglamento 1008/2008, del PE y del Consejo, de 24 septiembre 2008, por el que se establecen normas comunes para la explotación de servicios aéreos en la UE (en adelante, RSAUE).

Las disposiciones del RCAPA y del RSAUE referentes al billete en el contrato de transporte aéreo de personas se muestran relativamente breves, pero, aun así, revisten gran interés. Por ejemplo, son de destacar algunas importantes y significativas aportaciones contenidas en ambos reglamentos en cuanto a los diferentes documentos de este tipo de contratos y a diversos elementos relevantes de su contenido, aportaciones que vienen a ser, en concreto, las siguientes:

(i) La definición legal de billete como documento válido que da derecho al transporte o su equivalente en forma no impresa, incluida la electrónica, expedido o autorizado por el transportista aéreo o por su agente autorizado (RCAPA, 2004, art. 2, lit. f).

(ii) La definición legal de reserva como el hecho de que un pasajero disponga de un billete o de otra prueba que demuestre que la reserva ha sido aceptada y registrada por el transportista aéreo o por el operador turístico (RCAPA, 2004, art. 2, lit. g)[30].

(iii) La definición legal de tarifa aérea como precio final completo del transporte aéreo, in-

de transporte por la que la empresa transportista se exoneraba de toda responsabilidad frente a los viajeros por daños causados por retrasos, cancelaciones o pérdidas de conexión con otros transportes, en un fallo fundado casi exclusivamente en la normativa de protección de los consumidores y usuarios (2003).

26 En este sentido, véase a Ferrer Tapia (2013), así como la sentencia de 11 junio 1999 de la Audiencia Provincial de Málaga Sección 4 (AC 1999\1689), de nuevo en un pronunciamiento basado sólo en la aplicación al transporte de las normas de protección del consumidor (1999).

27 Véase los dos Libros Blancos de la Comisión sobre el transporte de 2001 y 2011 (La política europea de transportes de cara al 2010: la hora de la verdad, Doc. COM [2001] 370 final, de 12 septiembre 2001, y Hoja de ruta hacia un espacio único europeo de transporte: por una política de transportes competitiva y sostenible, Doc. COM [2011] 144 final, de 28 marzo 2011, respectivamente), pp.49-50 y 25-26, respectivamente, así como las Comunicaciones de la Comisión "Estrategia en materia de política de los consumidores 2002-2006" (Doc. COM [2002] 208 final, de 7 mayo 2002 [DOUE C 137, de 8 junio 2002]), p. 9, y Perspectiva europea sobre los pasajeros y sobre los derechos de los pasajeros en todos los modos de transporte (Doc. COM [2011] 898 final, de 19 diciembre 2011), pp. 2-3, entre otros documentos, todos ellos disponibles en "http://ec.europa.eu" (al respecto, véase García Álvarez [2012]).

28 Al respecto, véase García Álvarez (2012), Hernández Sainz (2014), y Mambrilla Rivera (2013).

29 A su vez, estas directrices han sido adoptadas en el marco de las medidas propuestas en la Comunicación de la Comisión Europea al PE, al Consejo, al CEES y al Comité de las Regiones [Doc. COM (2015) 598 final], de 7 diciembre 2015 (disponible en http://ec.europa.eu), sobre Una estrategia de Aviación para Europa, según se indica en su ep. II, ap. 2.5., p. 12. Para ampliar información, véase Morillas Jarillo et al. (2014).

30 En su fundamento 27, el Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) (Sala IX) C-686/20, YE et al. c. Vueling Airlines, de 11 octubre 2021 (caso 'YE/Vueling') ha confirmado sin fisuras la clara vigencia del artículo 2 f) RCAPA en cuanto a la definición de billete de transporte aéreo y, sobre todo, del artículo 2 g) del mismo Reglamento en cuanto a la posesión del billete como primer y más relevante elemento de prueba de la reserva aérea.

cluyendo los recargos económicos adicionales del precio del billete de dicho transporte (RSAUE, 2008, art. 2, num. 18).

(iv) La exigencia adicional de carácter general de transparencia en toda la información recogida en el billete de transporte aéreo de personas, información que debe reunir una serie de contenidos mínimos imperativos, los cuales van desde los diferentes conceptos de la tarifa aérea, tales como impuestos, tasas de aeropuerto, otros cánones, recargos o derechos, etc., así como los diversos conceptos relacionados con la seguridad extrínseca o el combustible y, desde luego, el precio final completo del transporte aéreo (RSAUE, 2008, art. 23).

A mayor abundamiento, se ha mantenido en la jurisprudencia de la UE esta misma relevancia y necesidad de la transparencia informativa en los precios de los transportes aéreos como elemento de fomento de la libre competencia en este sector, habida cuenta de que permite al pasajero comparar tales precios, en el marco de la finalidad básica de la normativa en análisis, según se desprende del apartado 16 del Preámbulo RSAUE[31] (2008).

d. La normativa sobre seguridad aérea: la Ley española de Seguridad Aérea y el Reglamento (UE) 300/2008

Aun cuando la normativa sobre seguridad aérea no tiene por objeto entrar a regular el contrato de transporte aéreo de personas, lo cierto es que no deja de tener alguna incidencia residual en el funcionamiento del mismo y, más en concreto, en algunos aspectos puntuales de su documentación. En el ordenamiento jurídico español, esta materia se regula en la Ley 21/2003, de 7 julio, de Seguridad Aérea, y, sobre todo, desde la perspectiva de la UE en su conjunto, en el Reglamento 2008/300/CE, del PE y del Consejo, de 11 marzo 2008, sobre normas comunes para la seguridad de la aviación civil, desarrollado por el Reglamento de Ejecución 2015/1998/UE, de la Comisión, de 5 noviembre 2015, por el que se establecen medidas detalladas para la aplicación de las normas básicas comunes de seguridad aérea.

En el plano estrictamente documental, la referida incidencia de estas normas en el contrato de transporte aéreo de personas consiste básicamente en el ámbito de la supervisión administrativa de este sector, en la exigencia imperativa de acreditar la identidad de los pasajeros aéreos por documentos por medios diferentes y adicionales al billete de transporte y a la tarjeta de embarque antes de acceder a la aeronave, tales como la exhibición del Documento Nacional de Identidad (en adelante, DNI), el carné de conducir o el pasaporte. En nuestro Derecho, esta exigencia surgió en su momento a partir de la adopción del Plan Nacional de Seguridad para la Aviación Civil (en adelante, PNSAC), aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 5 mayo 2006. Sin embargo, en la versión inicial de su artículo 4, semejante requisito excedía con mucho de su tenor literal, ceñido exclusivamente al billete de pasaje y a la tarjeta de embarque y de ahí que se estimase en un principio en alguna jurisprudencia menor que la denegación de embarque de un pasajero por el mero hecho de no mostrar su DNI constituía una denegación indebida que permite al pasajero reclamar de la compañía aérea la compensación prevista a estos efectos en los artículos 4 y 7 del RCAPA[32] (2006). Sin embargo, las numerosas modificaciones del PNSAC llevadas a cabo mediante el Acuerdo del Consejo de Ministros de 6 julio 2012 (en virtud de la Resolución de la Secretaría General de Transportes [en adelante, SGT] de 16 julio 2012), y especialmente las posteriores y sucesivas resoluciones de la SGT por las que se aprueban las necesarias actualizaciones de la Parte Pública del PSNAC –la más reciente hasta la fecha de 28 enero 2020[33]– han variado por completo esta situación, ya que el tenor literal actual de su referido artículo 4, párrafo 1, ap. 4, ha pasado a incluir directa y expresamente el requerimiento a los pasajeros mayores de 14 años del DNI, carné de conducir o pasaporte válidamente expedidos en el país de procedencia[34] en el control de embarque (2012). De este modo, ya ha pasado a ser admisi-

[31] En este sentido, véase, por ejemplo, la sentencia del TJUE Caso C-112/11, de 19 julio 2012 (caso 'ebookers').

[32] Así lo indican Morillas Jarillo et al. (2014), pp. 592-593, y Ferrer Tapia (2013), pp. 97-99, en alusión a la también muy difundida S. JM núm. 9 de Barcelona de 17 enero 2011, cuya orientación en este punto fue seguida en la S. JM núm. 1 de Córdoba de 10 enero 2012 (ambas cit. en el fto. tercero de la S. JM núm. 1 de Valencia de 18 septiembre 2012 [AC 2012\1728]).

[33] Ha habido actualizaciones anteriores del PNSAC llevadas a cabo mediante las Resoluciones de la SGT de 14 mayo y 23 diciembre 2015, de 10 febrero y 30 agosto 2017, y 1 febrero y 9 julio 2019.

[34] En el mismo artículo 4.1.4 PNSAC 2012-2016, se especifica que los menores de 14 años acompañados de sus padres, tutores o guardadores no precisan identificarse con otros documentos ajenos a la tarjeta de embarque, por lo que la denegación de acceso a la aeronave en estas circunstancias fue considerada injustificada y, por tanto, indemnizable en los términos de los referidos artículos 4 y 7 del RCAPA en la S. JM núm. 1 de Valencia de 18 septiembre 2012,), cit. *supra* en la n. 31.

ble y admitido conforme a Derecho, siempre en los términos cogentes del PSNAC, que no pueden ser rebasados con requisitos adicionales impuestos única y exclusivamente a partir de las condiciones generales de los transportistas aéreos de evidente carácter jurídico-privado.

2. Los principales convenios internacionales

Ya se han hecho con anterioridad numerosas alusiones a los principales de estos convenios en relación con la regulación internacional en su conjunto del transporte aéreo de personas y de mercancías[35] y dentro de esta regulación se incluyen una serie de disposiciones sobre la documentación mercantil en los contratos que tienen por objeto ambos tipos de transportes. Este elenco normativo viene a sumarse al cúmulo de circunstancias de hecho y de previsiones legales de todo tipo en función de las cuales se requiere de los transportistas aéreos, de manera absolutamente imperativa, la emisión en forma escrita de un título o billete en el transporte aéreo de personas. Es relevante, ya que se delimita la existencia de la carta de porte aéreo y de otros documentos en el transporte aéreo de mercancías, bien como un mecanismo más de protección del viajero y del consumidor, bien como un elemento contractual o, simplemente, como una más de entre las exigencias administrativas de ordenación. De ahí, pues, que los mandatos de los convenios internacionales sobre este sector en materia de documentación mercantil en los contratos de transporte aéreo de personas y de mercancías requieran también de un sucinto comentario en este punto.

a. El billete y el talón de equipaje en el denominado Sistema de Varsovia

Ambos documentos se regulan en los artículos 3 y 4 del SV, el billete de transporte aéreo de personas en el primero de tales preceptos y el talón de equipaje en el segundo. En la versión inicial del CV de 1929 eran documentos que necesariamente habían de emitirse por separado (1929), pero tras la modificación introducida en el artículo 4.1 de este Convenio, mediante el Protocolo de La Haya de 1955[36], se admite que el talón de equipajes pueda ser emitido de manera conjunta con el billete de transporte aéreo, como suele ser frecuente en la práctica (1955).

En tales preceptos, se enumeran las menciones mínimas imperativas que deben integrar el contenido necesario en estos documentos. En el caso del billete de transporte aéreo (art. 3.1 del SV), se contemplan extremos como su lugar y fecha de emisión, el punto de salida y destino del vuelo, los datos del transportista aéreo, la vía a seguir y las escalas, la sujeción al SV en vuelos internacionales que partan o terminen en alguno de sus Estados contratantes, y la indicación de la sujeción al régimen de responsabilidad establecido en este Convenio que, en la mayoría de los casos, limita la responsabilidad del transportista aéreo por muerte y lesiones (1929). En lo que refiere al talón de equipaje (art. 4.1 del SV), se enumeran elementos tales como su lugar y fecha de emisión, el punto de salida y destino, el número del billete de transporte aéreo con él que se corresponde, la indicación de que la entrega de los equipajes se hará al portador del talón, el número y peso de las mercancías (*rectius* equipajes), la sujeción al SV en vuelos internacionales que partan o terminen en alguno de sus Estados contratantes, y la indicación de la sujeción al régimen de responsabilidad establecido en este Convenio (1929) que, en la mayoría de los casos, limita la responsabilidad del transportista aéreo por pérdida y averías en el equipaje.

Por lo demás (arts. 3.2 y 4.2 del SV), ambos documentos dan fe, salvo prueba en contrario, de la estipulación y del contenido del contrato de transporte aéreo de personas y de la facturación del equipaje en las condiciones pactadas, respectivamente. No obstante, el eventual incumplimiento de estas normas (bien por la ausencia de la documentación sucintamente descrita, o por la omisión de alguna de sus menciones necesarias conforme a dicha normativa), o incluso el extravío del billete o del talón de equipajes no afectarán a la existencia o validez del contrato, por lo que no tendrán repercusiones en el plano jurídico-privado de las relaciones contractuales entre las partes en dicho contrato. A mayor abundamiento, se añade (arts. 3.2 *in fine* y 4.2 *in fine* del SV) que si el transportista aéreo consiente en el embarque del pasajero sin la emisión del billete o sin que el mismo incluya la indicación de la sujeción al régimen de responsabilidad propio de este Convenio, o si recibe el equipaje bajo custodia sin la emisión del talón de equipajes (de forma individualizada o conjunta con el billete, como ya se indicó *supra*), o sin que este documento exprese la misma sujeción al régimen de responsabilidad propio de este Convenio, entonces el transportista aéreo no tendrá derecho a prevalerse de estas limitaciones de responsabilidad por muerte o lesiones, o por pérdida o avería de los equipa-

[35] Vid. *supra* n. 1.

[36] Vid. *supra* n. 1.

jes, materia que se regula en los artículos 22.1 y 22.2 del SV, respectivamente[37] (1929).

b. El billete y el talón de equipaje en el Convenio de Montreal de 1999

Las opciones de política legislativa plasmadas en el CM en relación con el billete de transporte y el talón de equipaje son muy similares a las recién expuestas en lo tocante al SV, pero se han visto tipificadas con un mayor esfuerzo de síntesis y una técnica normativa más idónea, sin duda fruto de la experiencia previa acumulada durante los setenta años anteriores al *socaire* del reiterado SV. Como punto de partida, ambos documentos se mantienen como tales y aparecen regulados en el artículo 3 de este Convenio.

En el primer párrafo de dicho precepto se enumeran escuetamente como menciones mínimas imperativas que deben integrar el contenido necesario del billete de transporte aéreo el punto de salida y destino del vuelo y al menos una de las escalas, si las hubiere, cuando excedan del territorio de un único Estado parte en este Convenio y tengan lugar en el territorio de otro Estado parte, aunque los puntos de salida y de destino se hallen ubicados en el territorio del mismo Estado (Convenio de Montreal, 1999, art. 3, num. 1, literales a y b). Sin embargo, se desprende de alguno de los restantes párrafos y apartados del reiterado artículo otro extremo igualmente necesario en este documento, como es la indicación de que la aplicabilidad de este Convenio al contrato de transporte aéreo de personas supone necesariamente la sujeción al régimen de limitación de responsabilidad del transportista aéreo establecido en el CM en los casos de muerte, lesiones, retraso y pérdida y avería del equipaje (1999). No obstante, esta última indicación podrá constar también en un documento separado (1999, art. 3, num. 4). Respecto del talón de equipaje, tan sólo se ha previsto que el transportista aéreo debe entregar al pasajero uno de estos documentos por cada bulto facturado (1999, art. 3, num. 3). Con todo, la ausencia de referencias explícitas a la emisión conjunta o por separado del billete de transporte aéreo y del talón de equipajes en la norma en análisis permite la práctica habitual de las compañías aéreas de que ambas figuras se vean recogidas en un único soporte documental, en concreto mediante la adhesión al billete de una reproducción de los talones de equipaje fijados en cada uno de los bultos facturados[38]. Ahondando en esta flexibilidad, se determina en el artículo 3.4 del CM que todas estas informaciones o elementos pueden verse recogidas por medios distintos a estos documentos, si bien entonces el transportista aéreo deberá ofrecer al pasajero la posibilidad de que pueda solicitar la expedición por escrito de estos contenidos (1999), todo lo cual, obviamente, abre la puerta a la digitalización de los documentos en comentario, sobre la cual se volverá *infra.*

Por lo demás, y en la misma línea que el SV, se añade que la ausencia o insuficiencia de dichos documentos, o lo que viene a ser lo mismo, el incumplimiento de las disposiciones anteriores, no afectará a la existencia y validez del contrato de transporte aéreo de personas, contrato que seguirá vinculado a los restantes mandatos del CM, incluidos los límites de responsabilidad del transportista aéreo, fijados a estos efectos en los artículos 17 a 37 de este Convenio[39] (1999, art. 3, num. 5).

Finalmente, puede inferirse de todo ello que tanto el SV como el CM vienen a confirmar la doble naturaleza jurídica del billete de transporte aéreo y del talón de equipaje. Por un lado, como título de legitimación del pasajero para acceder al embarque en la aeronave y a recuperar los bultos de su equipaje en destino a la conclusión del viaje, respectivamente. Por otro lado, como medio de prueba del contrato y de su ejecución (habiéndose llevado a cabo el propio transporte aéreo, así como la entrega del equipaje al transportista para su posterior traslado al mismo punto de destino que el propio pasajero), e incluso, en su caso, para ejercitar otros derechos y reclamaciones si hubiere

[37] Sobre este precepto y sobre la responsabilidad del transportista aéreo en el SV, véase la doctrina cit. *supra* en la n. 1, en particular de Paz Martín (2006), Mendes De Leon (2017), pp. 149-257, Mapelli López (1968), pp. 145-272, y del mismo autor, (2002), así como a Quintana Carlo (1977), y a Casado Iglesias (1996a y 1996b), entre otros muchos autores.

[38] Al respecto, véase Morillas Jarillo et al. (2014), pp. 592-593, y Ferrer Tapia (2013), pp. 99-100, y Marco Arcalá (2016), pp. 78-81 y 87.

[39] Sobre este precepto y sobre la responsabilidad del transportista aéreo en el CM, vid. la doctrina cit. *supra* en la n. 1, en particular de Paz Martín (2006), Mendes de Leon (2017) y Sierra Noguero (2020), pp. 235-241, así como la obra colectiva La responsabilidad del transportista aéreo y la protección de los pasajeros [Guerrero Lebrón (dir.) (2015)], Guerrero Lebrón (2005), Navas Herrera (2011), Rojo Álvarez-Manzaneda (2015a), García Álvarez (2010), y Nin Rial (2009), entre otros muchos autores. Por lo demás, en el marco normativo de la UE, se hace una remisión expresa a este régimen de responsabilidad del transportista aéreo en el CM a lo largo de todo el texto articulado, y muy en particular en sus artículos 1 y 3.1, del Reglamento 1997/2027/CE, del Consejo, de 9 octubre 1997, relativo a la responsabilidad de las compañías aéreas respecto al transporte aéreo de los pasajeros y su equipaje, modificado por el Reglamento 2002/889/UE, del PE y del Consejo, de 13 mayo 2002, para pasar de la anterior remisión al SV en su versión inicial a las nuevas disposiciones del CM.

lugar a ello por el incumplimiento contractual de que se tratase por parte del transportista aéreo[40].

c. La tarjeta de embarque en el Convenio de Chicago de 1944

La importancia del control administrativo de los pasajeros es importante en todo tipo de transportes, pero especialmente en el transporte aéreo por razones obvias, de ahí que dicho control (denominado usualmente en este sector mediante la locución en lengua inglesa '*check in*') requiera de un documento específico para esta finalidad, el cual viene a ser la llamada tarjeta de embarque y cuya creciente relevancia en la práctica ha ido desplazado en buena medida la del billete de pasaje como título de legitimación para acceder a la aeronave y así a la prestación para el pasajero más directamente vinculada al contrato de transporte aéreo de personas.

La tarjeta de embarque se ve configurada en el famoso artículo 29.f del igualmente difundido Convenio de Chicago sobre Aviación Civil Internacional (en adelante, CCACI), de 7 diciembre 1944[41]. En este precepto se le exige al transportista aéreo que prepare en todos y cada uno de los vuelos que lleve a cabo una lista de pasajeros embarcados en la que se indiquen sus lugares de origen y destino. Esta ha de ser distinta del billete de pasaje por motivos evidentes, en particular porque este último documento es entregado al pasajero en el mismo momento de la conclusión del contrato de transporte aéreo de personas, pero no implica necesariamente que haga uso de dicho transporte, es decir, que llegue a embarcarse en la aeronave de que se trate y realice el viaje inicialmente contratado. De ahí que el *modus operandi* habitual de las compañías aéreas consista en que el pasajero obtenga la tarjeta de embarque desde el mismo aeropuerto, previa presentación del billete de pasaje y tras haber facturado su equipaje. Como no podía ser de otra manera, la tarjeta de embarque ha de tener un contenido mucho más exacto que el billete de pasaje, ya que se han de indicar al pasajero en dicha tarjeta las informaciones concernientes a la operación de acceso a la aeronave, tales como el punto o puerta de embarque, la hora fijada para ello e incluso la numeración de los asientos durante el vuelo, en su caso[42].

Por lo demás, queda bien patente la naturaleza jurídico-administrativa de la tarjeta de embarque como documento de control del pasaje y por tanto formalmente ajeno al contrato de transporte aéreo de personas[43], pese a su ya expuesta importancia práctica a la hora de que el pasajero pueda recibir de forma real y efectiva la principal prestación propia de dicho contrato, como es el traslado por vía aérea desde el punto de salida al punto de destino del vuelo[44].

B. Régimen jurídico básico de la documentación en el contrato de transporte aéreo de mercancías

La regulación de la documentación mercantil en el contrato de transporte aéreo de mercancías presenta una fragmentación similar a la del contrato de transporte aéreo de personas en diversas normas de muy diferentes naturaleza y alcance. No obstante, también en este tipo de contrato se

40 Al respecto, véase Guerrero Lebrón (2005), Ferrer Tapia (2013), y Marco Arcalá (2016).

41 Instrumento de Ratificación de España de 21 febrero 1947. El Convenio de Chicago de 1944 ha sido modificado en numerosas ocasiones por diversos Protocolos Adicionales, sin ir más lejos el de Buenos Aires de 24 septiembre 1968 (Instrumento de Ratificación de España de 18 diciembre 1969, en el cual, por ejemplo, se adoptó su texto auténtico trilingüe, en lenguas inglesa, francesa y española [Doc. 7300/9, disponible en https://www.icao.int/publications/documents/7300_cons.pdf]). Sobre este Convenio y sobre la OACI en general, véase, Mendes de Leon (2017), pp. 9-33, Guerrero Lebrón (2013b), y Folchi (2015), entre otros muchos autores.

42 Sobre el particular, véase Morillas Jarillo et al. (2014), p. 592, Ferrer Tapia (2013), pp. 97-99, Sierra Noguero (2020), p. 231, y Marco Arcalá (2016), pp. 87-89.

43 En sentido similar, véase la doctrina cit. *supra* en la n. anterior.

44 La evidente importancia práctica que revisten de hecho, no sólo la tarjeta de embarque, sino también el resto de documentos administrativos que rodean el transporte aéreo de pasajeros ha quedado bien patente en algunos fallos de la jurisprudencia del TJUE, en concreto D. Z. c. Blue Air - Airline Management Solutions SRL, Caso C-584/18, de 30 abril 2020 (caso 'Blue Air'), en la que se le denegó el embarque a un pasajero procedente de un Estado tercero a la UE con destino en un Estado miembro de la UE por supuestas irregularidades en los documentos de viaje del pasajero, dado que le había caducado su permiso de residencia en el Estado de destino, aunque el pasajero presentó su solicitud en regla de un nuevo permiso de residencia en dicho Estado, solicitud que, en el momento del embarque, estaba todavía pendiente de resolución. Resumiendo este complejo litigio, el Alto Tribunal de la UE vino a determinar que, en principio, una compañía aérea no debe denegar el embarque a un pasajero alegando que las autoridades de un Estado miembro se niegan a permitir la entrada de dicho pasajero en su territorio sin que dicha denegación de entrada haya sido objeto de una resolución escrita y motivada, previamente entregada al reiterado pasajero. Por su parte, el pasajero afectado podrá reclamar ante las instancias jurisdiccionales competentes al amparo de las disposiciones del RCAPA, y tales instancias decidirán en último término si había motivos razonables o no para la denegación de embarque por parte de la compañía aérea, en función de dicho Reglamento y del resto de la normativa de la UE que resulte de aplicación al supuesto de hecho de que se trate.

observa que esta fragmentación resulta más aparente que real, por cuanto la intensa globalización que se observa en todas las actividades del transporte aéreo ha dado lugar a una relativa uniformidad internacional del régimen materialmente observado en relación con los títulos documentales en el contrato de transporte aéreo de mercancías, sobre la base jurídica de los Convenios internacionales sobre el particular. Sin embargo, y de nuevo al igual que en el contrato de transporte aéreo de personas, se mantienen desde un punto de vista formal los distintos niveles normativos de las diversas disposiciones aplicables en esta materia, las cuales mantienen todas ellas su vigencia en sus respectivos ámbitos geográficos, por lo que deben de ser sucintamente examinadas cada una de ellas en el contexto que les es propio, tal y como se va a realizar a continuación.

1. La legislación interna española y de la Unión Europea

Como en el contrato de transporte aéreo de personas, y en general en el resto de nuestro ordenamiento, ambos niveles normativos conviven y forman parte de nuestro ordenamiento jurídico en lo que hace al contrato de transporte aéreo de mercancías. No obstante, a diferencia del primero, se observa en la regulación de la documentación mercantil en el contrato que ahora nos ocupa un marcado desequilibrio material entre la amplitud del régimen de dicha documentación en la legislación interna española, más desglosado, y en el marco de las disposiciones de la UE, mucho más limitadas y hasta escuetas, como se verá *infra.*

a. El talón de transporte en la Ley española de Navegación Aérea

Los ya expuestos mimetismo y homogeneidad internacionales en las diferentes legislaciones nacionales en esta materia impuestos por los convenios internacionales sobre este particular, específicamente el SV y el CM muestran, no obstante, excepciones muy puntuales al respecto y entre ellas destaca en buena medida el ordenamiento del Reino de España, que presenta algunas peculiaridades muy notables en lo que se refiere a los documentos mercantiles en el contrato de transporte aéreo de mercancías. Así, en la regulación contenida en la vigente LNA en España[45], se incluye el llamado talón de transporte (arts. 102, 103 y 111 de esta Ley) como uno de los principales de estos documentos (1960), frente a la denominación mucho más usual y extendida de carta de porte aéreo, propia del SV y del CM[46], como se expondrá más adelante.

Básicamente, el régimen establecido en los referidos preceptos de la Ley 48/1960 para el talón de transporte supone que se trata de un documento de carácter obligatorio[47], por lo que necesariamente deberá ser extendido por el transportista aéreo sobre la base de la declaración suscrita por el expedidor (1960, art. 102), e incluso también se le impone al transportista aéreo el deber adicional de facilitar al remitente o consignatario de las mercancías una copia del talón de transporte en caso de pérdida, extravío o sustracción del mismo (1960, art. 103, num. 2). Asimismo, el talón de transporte constituye un título de legitimación[48], puesto que el transportista aéreo viene obligado a entregar la mercancía contra la presentación de este documento, una vez cumplidos los restantes requisitos aduaneros y administrativos exigibles (1960, art. 103, num. 1). Igualmente, podrá entregar la mercancía al consignatario sin presentar el talón de transporte en los referidos supuestos de pérdida, extravío o sustracción del mismo si el consignatario ofrece suficientes garantías (1960, art. 103, num. 2 *in fine*). En otro orden de cosas, el talón de transporte cumple una importante función probatoria respecto de la existencia y los términos del contrato de transporte aéreo de mercancías (1960, art. 103, num. 1), lo que lo convierte en un medio de prueba privilegiado[49], puesto que sus contenidos gozarán de una presunción de veracidad *iuris tantum,* es decir, salvo prueba en contrario. Además, esta función probatoria se extiende a la correcta recepción de las mercancías por parte del destinatario, dado que la eventual protesta de este último por los motivos de que se trate debe hacerse constar en el talón de transporte o documento que lo sustituya (de lo que se desprende la posibilidad de que se produzca dicha sustitución por algún otro documento), antes de formalizar la reclamación al respecto ante el propio transportista aéreo (1960, art. 111).

Como se desprende de lo antedicho, la naturaleza con la que se ve configurado el talón de transporte

[45] Sobre la LNA y el contrato de transporte aéreo de mercancías, véase la doctrina cit. *supra* en la n. 1, en particular Arroyo Martínez (2006), pp. 207-210, Morillas Jarillo et al. (2014), Lozano Romero (2005), y Petit Lavall, y Guerrero Lebrón (2010), entre otros muchos autores.

[46] En este sentido, véase Marco Arcalá (2019).

[47] En este sentido, véase Lozano Romero (2005), p. 297.

[48] En este sentido, véase Morillas Jarillo et al. (2014), p. 674.

[49] En este sentido, véase Morillas Jarillo et al. (2014).

en la LNA como título de legitimación y medio de prueba del contrato es esencialmente similar a la que revisten la carta de porte aéreo y el recibo de carga en el SV y el CM, según podrá corroborarse a renglón seguido. De este modo, la diferencia entre una y otra normativa resulta más bien de carácter meramente nominal (con la excepción, quizá, de su carácter obligatorio [art. 102 de la LNA], si bien la posibilidad de sustituirlo por otro documento [art. 111 de la LNA] aproxima de nuevo esta figura a la regulación internacional), teniendo en cuenta, además, que España ha venido ratificado los susodichos convenios internacionales[50], lo que obliga al Estado español a interpretar y aplicar su derecho interno conforme a los parámetros propios de dicho Convenio. Y quizá sea este uno de los principales motivos por los que este documento ha quedado relegado al transporte aéreo de carga meramente interno en territorio español[51]. De ahí, pues, que, pese a la ya expuesta coincidencia en lo esencial, resulte no obstante muy conveniente, cuando no imprescindible, una modificación puntual de la LNA en este punto[52], para variar esta opción de política legislativa tan escasamente idónea y adecuar (y también clarificar[53]) así la denominación que se ha de dar a este documento, en línea con los planteamientos de los referidos SV y CM.

b. La remisión a los convenios internacionales en la normativa de la Unión Europea

Muy al contrario de lo que sucede en el contrato de transporte aéreo de personas, no existe normativa de la UE en la que se regule directamente la documentación mercantil en el contrato de transporte aéreo de mercancías o con una incidencia significativa en dicha documentación. Sin embargo, este aparente vacío legal se ve colmado por la remisión a los convenios internacionales en esta materia, en concreto al CM, a tenor de la ya citada Decisión 2001/539/CE, del Consejo, de 5 abril 2001[54], por el que la UE se adhirió formalmente a este Convenio[55]. De este modo, no queda sino pasar a examinar sucintamente las disposiciones sobre el particular en dicho Convenio y también en el SV.

2. Los principales convenios internacionales

Como ya se ha venido reiterando hasta la saciedad, la actividad del transporte aéreo es una de las que se ha visto más directa e intensamente afectada por la globalización económica, de suerte que requiere de una regulación lo más homogénea posible, cuando no del todo uniforme y desde luego de alcance internacional. De ahí, pues, que los planteamientos más relevantes en torno a la documentación mercantil en el contrato de transporte aéreo de mercancías sean los establecidos en los convenios internacionales en esta materia y en tales convenios se le ha conferido un especial protagonismo a la llamada carta de porte aéreo como figura básica y fundamental, aunque por supuesto no sea el único de entre los diversos documentos propios de dicho contrato.

a. La carta de porte aéreo en el Sistema de Varsovia

Fue muy amplia la importancia de la carta de porte aéreo en las primeras versiones del CV, por cuanto se trataba del único documento jurídico-privado propio del contrato de transporte aéreo de mercancías y, sobre todo, porque su emisión, sin ser obligatoria, sí que constituía un requisito inexcusable para que el porteador aéreo pudiese prevalerse de las limitaciones de responsabilidad establecidas en los artículos 17 a 31 de dicho Convenio, en virtud de su antiguo artículo 9[56]. Sin embargo, en la versión más reciente de este texto internacional, tras las modificaciones introducidas en el mismo por los Protocolos adicionales de

50 Vid. *supra* n. 1.

51 En sentido similar, véase Petit Lavall, & Guerrero Lebrón (2010), pp. 340-341.

52 En este sentido, véase Marco Arcalá (2019).

53 Es evidente que urge una suerte de labor didáctica de nuestro legislador nacional, ya que se observa a veces una nada deseable confusión terminológica en torno al talón de transporte en el transporte aéreo de mercancías exclusivamente doméstico (y hasta en relación con la carta de porte aéreo en el transporte de carga internacional), al que se le denomina en alguna jurisprudencia como 'conocimiento aéreo', como por ejemplo en las sentencias de 18 julio 2008 de la Sala de lo Civil Sección 1 del Tribunal Supremo (RJ 2008, 4485); de 12 enero 1996 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección 6 de la Audiencia Nacional (JT 1996, 42); de 10 junio 1999, Sección 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona (AC 1999, 1199); entre otras.

54 De nuevo, vid. *supra* n. 1.

55 Además de esta remisión en general al régimen del CM, se observan otras muchas remisiones en materias más específicas que vienen a confirmar la incorporación de este Convenio al derecho de la UE, como por ejemplo en lo tocante a la regulación de la responsabilidad del transportista aéreo en el contrato de transporte aéreo de pasajeros, según ya se indicó supra en la n. 39.

56 Vid. *supra* n. 13.

Montreal, en particular el número 4 de 1975[57], se ha suprimido del presente SV semejante exigencia (art. 9 del SV). Por ende, también se ha configurado alguna otra figura además de la carta de porte aéreo dentro del régimen normativo de la documentación del referido contrato, como viene a ser el recibo de las mercancías (arts. 5.2, 8, 10.1 y 11.1, 12.3 y 15.2 del SV, en los que se alude de un modo u otro a dicha figura, también conocida y denominada frecuentemente como recibo de carga), que puede sustituir a la carta de porte aéreo. Ambos documentos se regulan de manera paralela en los artículos 5 a 16 del SV, que van a ser sucintamente descritos a continuación.

A primera vista, la carta de porte aéreo se ve configurada como un documento imperativo en el SV (1929, art. 5, num. 1), si bien ya se ha indicado que puede ser sustituida con los mismos efectos por el recibo de las mercancías (1929, art. 5, num. 2), ello no es exactamente así, sino más bien que ambos documentos revisten un carácter opcional, pero necesariamente alternativo. Pues, no es absolutamente imprescindible emitir la primera, pero de ser así y no llegar a redactar una carta de porte aéreo deberá expedirse necesariamente el segundo, esto es, el recibo de las mercancías. Con todo, este carácter cogente alternativo de tales documentos es más formal que material, dado que el eventual incumplimiento de los mandatos recién expuestos no conlleva sanción ni consecuencia alguna, ya que no afectará a la existencia o validez del contrato de transporte aéreo de mercancías, que seguirá quedando sometido a las disposiciones del SV, incluso a las referentes a la limitación de responsabilidad del transportista aéreo de los artículos 17 a 31 del SV (1929, art. 9)[58].

En otro orden de cosas, la concurrencia de circunstancias extraordinarias en el transporte aéreo de mercancías, fuera de toda operación normal de la explotación aérea, exonera del cumplimiento de las previsiones fijadas para los documentos en este tipo de transportes en los artículos 3 a 8 del SV (1929, art. 34). No hay concepto legal alguno de carta de porte aéreo en el SV, ni tampoco del recibo de las mercancías, pero sí se establecen las menciones mínimas obligatorias que deben figurar inequívocamente en ambos documentos, a saber, la indicación de los puntos de partida y de destino, de alguna de las escalas que puedan tener lugar en el territorio de otros Estados parte en esta Convención y del peso del embarque (1929, art. 8). La carta de porte aéreo o el recibo de las mercancías pueden ser emitidos por el expedidor de las mercancías (1929, art. 6, num. 1) o bien por el transportista aéreo a petición de aquél, en cuyo caso se presumirá *iuris tantum,* es decir, salvo prueba en contrario, que han sido emitidos actuando en nombre del expedidor (1929, art. 6, num. 4). La carta de porte aéreo o el recibo de las mercancías se emitirán en tres ejemplares originales (1929, art. 6, num. 1): i) uno para el transportista aéreo y firmado por el expedidor, ii) otro para el destinatario y firmado por el transportista aéreo y por el expedidor, y iii) un tercero firmado por el transportista aéreo y entregado por este último al expedidor una vez aceptada la mercancía (1929, art. 6, num. 2). Además, el transportista aéreo podrá solicitar del expedidor la emisión de cartas de porte aéreo o recibos de las mercancías diferentes para bultos que lo sean igualmente (1929, art. 7). En cuanto a las firmas de los reiterados documentos, podrán ser autógrafas, impresas o verse reemplazadas por un sello (1929, art. 6, num. 3).

De nuevo, una de las funciones básicas de la carta de porte aéreo y del recibo de las mercancías en el SV, además de la identificación misma de las mercancías transportadas, y de sus cualidades más destacadas –aunque admitiendo prueba en contrario como ya se verá– es la de permitir a su titular el ejercicio del derecho de disposición del expedidor sobre la mercancía transportada. Ello es así dado que tal ejercicio se halla supeditado en buena medida a la tenencia y presentación de la carta de porte aéreo o del recibo de las mercancías al transportista aéreo, quien, en principio y salvo disposición expresa en contrario que se haya hecho constar en tales documentos (1929, art. 15, num. 2, en el que se ha otorgado carácter meramente dispositivo a los mandatos recogidos en los arts. 12, 13 y 14 del SV), se exonera de responsabilidad frente a posibles terceros si ha exigido al expedidor la reiterada presentación de la carta de porte aéreo o del recibo de las mercancías para ejercitar este derecho de disposición (1929, art. 12, num. 3, *a contrario sensu*). De ahí, pues, que sea lugar común la calificación de estos documentos, en especial en lo tocante a la carta de porte aéreo, como títulos de legitimación. Esto es, como una suerte de títulos-valores impropios en los que

[57] Una vez más, vid. *supra* n. 1.

[58] Sobre la limitación de responsabilidad del transportista aéreo en el SV, véase de Paz Martín (2006), Mapelli López (2002), Mendes de Leon (2017), de nuevo la obra colectiva, La responsabilidad del transportista aéreo y la protección de los pasajeros [Guerrero Lebrón (Dir.) (2015), Guerrero Lebrón (2013a), pp. 488-499, y de la misma autora (2020), "Los límites de responsabilidad en el transporte internacional de mercancías", en RDM, 318 (2020), 2, pp. 1-35, especialmente pp. 3-10, entre otros muchos autores.

puede ser apreciado alguno de los rasgos propios de los títulos representativos de las mercancías, a saber, la legitimación por la posesión, según ya se expuso con anterioridad[59].

Otra función muy relevante de los referidos documentos es la de constituir todo un medio de prueba privilegiado (1929, art. 4011), puesto que se ha establecido en torno a los contenidos más esenciales de la carta de porte aéreo y del recibo de las mercancías toda una presunción *iuris tantum* (que admite prueba en contrario) sobre la veracidad de los principales extremos en torno al contrato de transporte aéreo de mercancías. Como son, entre otros, su celebración misma (aun cuando no resulte imprescindible la emisión de la carta de porte aéreo o del recibo de las mercancías para la existencia y validez del contrato de transporte aéreo de mercancías, de acuerdo con el art. 9 SV, tal y como ya se indicó *supra*), y la aceptación de la carga (es decir, su correcta recepción por parte del destinatario) y de las condiciones de transporte estipuladas (1929, art. 11, num. 1). Por último, no se puede soslayar el mecanismo de coordinación entre la carta de porte aéreo y el recibo de las mercancías, de un lado, y la documentación aduanera y administrativa, de otro, previsto en el artículo 16 del SV al determinar la obligación del expedidor de suministrar dicha documentación al transportista aéreo con anterioridad a la entrega de la mercancía al destinatario (1929). El eventual incumplimiento de dicha daría lugar a la oportuna responsabilidad del expedidor frente al transportista aéreo por la ausencia, insuficiencia o irregularidad de los documentos administrativos o aduaneros (1929, art. 16, num. 1), sabiendo, además, que dicho transportista no tiene porqué examinar la regularidad formal de los mismos (1929, art. 16, num. 2).

Se trata, pues, de un régimen jurídico muy complejo y detallado en relación con la carta de porte aéreo y el recibo de las mercancías, si bien la realidad actual del transporte aéreo de mercancías ha ido superando poco a poco esta regulación, sobre todo en lo tocante a la emisión de estos documentos por medios electrónicos, como se verá *infra.*

b. La carta de porte aéreo en el Convenio de Montreal de 1999

El régimen jurídico sucintamente descrito de la carta de porte aéreo y del recibo de las mercancías en el SV no ha experimentado cambios realmente significativos en el CM, en el que se contemplan tales figuras en sus artículos 4 a 16. De ahí, pues, que se reitere sin fisuras en ambos convenios la coexistencia y el carácter formalmente cogente de ambos documentos (1999, art. 4, nums. 1-2), sin consecuencia alguna en caso de incumplimiento (1999, art. 9), los trámites, requisitos y contenidos mínimos imperativos para su emisión y utilización (1999, arts. 5 y 7-10), así como el valor meramente probatorio de dichos documentos (1999, art. 11). De esta forma, se ha mantenido la misma presunción *iuris tantum* ya vista en el SV en torno a la veracidad de los principales extremos referentes al contrato de transporte aéreo de mercancías, tales como, entre otros, su correcta estipulación, las condiciones de transporte pactadas y la correcta recepción de la carga por parte del destinatario (1999, art. 11, num. 1). También se reitera en el CV el carácter básico que revisten estos documentos para el ejercicio del derecho de disposición del expedidor sobre la mercancía transportada, respecto del cual se sigue manteniendo la importancia de la tenencia y presentación de la carta de porte aéreo o del recibo de las mercancías al transportista, quien una vez más se beneficia de la reiterada exoneración de responsabilidad frente a terceros contra la presentación de tales documentos por parte del expedidor cuando ejercite este derecho de disposición (1999, art. 12, num. 3). En suma, se trata una vez más de los mismos parámetros regulatorios del SV en lo tocante a la carta de porte aéreo y del recibo de las mercancías, que se han visto transpuestos *telle quelle* en el CM.

c. Otros documentos adicionales tipificados en el Convenio de Montreal de 1999 y en el Convenio de Chicago de 1944

La marcada similitud del tratamiento legal de la carta de porte aéreo y del recibo de las mercancías en el SV y en el CM podría llevar a pensar en el mimetismo completo entre ambas convenciones a este respecto y en una total ausencia de novedades en cuanto a la documentación en el contrato de transporte aéreo de mercancías en el Convenio de Montreal de 1999. Sin embargo, esto no es nada más lejos de la realidad, puesto que, aunque muy puntuales, las aportaciones de este último texto en este punto son de una relevancia nada desdeñable, como va a exponerse a continuación.

– El documento sobre la naturaleza de la carga

Las referidas novedades consisten en la introducción entre el elenco de documentos propios del referido contrato de una nueva figura, a saber, el documento relativo a la naturaleza de la carga, re-

[59] *Vid. supra* n. 19.

gulado en el artículo 6 del CM. Conforme a lo previsto en dicho precepto, se trata de un documento de carácter claramente opcional, salvo que venga exigido por el cumplimiento de las formalidades de aduana, policía y otras autoridades públicas similares (1999). Por lo demás, el documento relativo a la naturaleza de la carga deberá ser emitido por el expedidor y del mismo no se deduce ningún deber y obligación ni responsabilidad alguna adicional para el transportista aéreo, según se desprende del artículo 6 *in fine* CM (1999). Es, pues, muy breve y escueto el régimen jurídico determinado para este documento en este Convenio.

– El documento de transporte de mercancías peligrosas

Pese a las limitaciones expuestas, la importancia del documento relativo a la naturaleza de la carga viene de su posible conexión con otros documentos regulados en otros convenios internacionales, en función de las peculiaridades de la mercancía transportada. Es el caso del denominado "documento de transporte de mercancías peligrosas", obviamente por vía aérea, regulado en el Anexo 18 del ya citado CCACI de 1944[60] y más en detalle en su desarrollo a través de las Instrucciones Técnicas para el Transporte sin Riesgo de Mercancías Peligrosas por Vía Aérea (Documento OACI 9284/AN/905), cuya edición más reciente es la 2021-2022 (en adelante, IT 2021-2022)[61]. Pues bien, en su Parte 5 (Obligaciones del Expedidor), Cap. 4 (Documentos), se regula esta figura. Este documento reviste libertad de forma en su emisión, pero debe ser expedido con carácter imperativo en relación con las mercancías objeto de estas IT 2021-2022, enumeradas en los capítulos 1 a 9 de su Parte 2 (Clasificación de Mercancías Peligrosas) (2020). En adición, deberá contener, con carácter igualmente necesario, el nombre y la dirección del expedidor y del consignatario en el contrato de transporte aéreo de este tipo de carga, así como una detalladísima descripción de la misma, tanto en su conjunto como desglosada bulto por bulto, en la que se incluyen extremos tales como su cantidad, cualidades, clasificación y nomenclatura conforme a estas instrucciones técnicas, sustancias con las que pueden reaccionar, número y tipo de embalaje de conformidad con la Parte 4 (Instrucciones de Embalaje) de las presentes instrucciones técnicas, etc. (2020).

Además, este documento deberá verse complementado por un documento adicional de certificación o declaración de que el envío puede ser aceptado para su transporte aéreo y de que las mercancías peligrosas han sido adecuadamente embaladas a tales efectos, documento que será firmado y datado por el expedidor (2020, Punto 4.1.6 [Certificación], Cap. 4, Parte 5, de estas IT 2021-2022). En otro orden de cosas, es importante destacar la conexión que se impone entre el documento de transporte de mercancías peligrosas y la carta de porte aéreo que acompañe a una remesa de esta clase, puesto que se añadirán a sus contenidos sucintamente descritos *supra* una declaración suplementaria en la que se indique que tales mercancías se describen en el referido documento anexo de transporte de mercancías peligrosas (2020, Punto 4.2 [Carta de Porte Aéreo], Cap. 4, Parte 5, de estas IT 2021-2022). Se trata, pues, de un régimen sumamente desglosado y que dará lugar, de ser el supuesto, a un notable incremento de la documentación a considerar en el contrato de transporte aéreo de este tipo de mercancías.

d. Breve referencia al papel de la International Air Transport Association

Como es bien sabido, la *International Air Transport Association* o Asociación Internacional del Transporte Aéreo en lengua española (en adelante, IATA, según sus siglas en lengua inglesa) es una entidad asociativa privada cuyo principal objetivo consiste en fomentar en la medida de lo posible la regularidad, eficiencia y seguridad de todo tipo de transportes aéreos, de pasajeros y de mercancías, a través de la cooperación entre las compañías aéreas adheridas a dicha entidad, que fueron 57 en

[60] Vid. *supra* n. 41. Por lo demás, los trabajos preparatorios para la adopción del actual Anexo 18 CCACI (disponible en https://www.icao.int) sobre la base de su artículo 90 comenzaron en 1976, y la 1ra edición de las IT de desarrollo del mismo entraron en vigor el 1 enero 1983, y fueron plenamente aplicables desde el 1 enero 1984.

[61] Tanto el Anexo 18 CCACI como la ed. más reciente de sus IT de desarrollo se aplican en todos y cada uno de los Estados Miembros de la UE en virtud de los Reglamentos 2008/216/UE, del PE y del Consejo, de 20 febrero 2008, sobre normas comunes en el ámbito de la aviación civil y se crea una Agencia Europea de Seguridad Aérea (EASA en adelante, por sus siglas en lengua inglesa), desarrollado a su vez por el Reglamento 2012/965/UE, de la Comisión, de 5 octubre 2012, por el que se establecen los requisitos técnicos y procedimientos administrativos en relación con las operaciones aéreas (ambos disponibles en http://europa.eu), tal y como se indica expresamente en el punto 116 del Anexo I de este último Reglamento de la Comisión de la UE (2012). Por lo demás, las IT 2021-2022 resultan de aplicación en el territorio del Reino de España a partir del 1 enero 2021 en virtud de la Resolución de la Dirección General de Aviación Civil del Ministerio de Transportes español de 10 diciembre 2020, de 31, por la que se publican estas instrucciones técnicas en lengua española (disponibles en https://www.icao.int y en http://www.boe.es).

un principio y que superan con mucho las 200 en el momento presente[62]. Un primer antecedente de esta asociación se fundó inicialmente en La Haya en 1919, pero la actual IATA se constituyó en La Habana de 19 abril 1945, tras la creación previa el año anterior de la Organización de Aviación Civil Internacional (en adelante, OACI) como organismo especializado de la Organización de Naciones Unidas (en adelante, ONU) mediante el ya citado CCACI de 1944[63]. La IATA y la OACI colaboran activamente la una con la otra, como se desprende, por ejemplo, de que ambas tengan sus respectivas sedes en Montreal (Canadá).

De entre las extensas funciones de la IATA, destaca en particular la redacción de resoluciones (las llamadas *Passenger and Cargo Conference Resolutions*) mediante las cuales se lleva a cabo la interpretación y aplicación de los principales convenios internacionales en materia de transporte aéreo, entre otras muchas finalidades. Aunque estas resoluciones carecen de carácter normativo *stricto sensu,* por emanar de una asociación privada y no de Estados soberanos, organizaciones o convenios internacionales, lo cierto es que tienen una innegable importancia práctica y material, por cuanto vinculan a las diversas y numerosas compañías aéreas asociadas en el marco de la IATA. Ello implica, a la postre, que los principales aspectos del tráfico aéreo en los ámbitos nacional e internacional se ven contemplados en estas resoluciones. Pues bien, en lo referente a la carta de porte aéreo, las principales de entre estas resoluciones (además de otras muchas con incidencia en esta materia) son las Resoluciones de la IATA 600a y 600b, en vigor desde el 1 de julio de 2010, sobre los modelos de carta de porte en papel y electrónica, y sobre la armonización y aplicación a tales modelos (incluida la carta de porte electrónica) de los límites de responsabilidad del transportista aéreo previstos en el SV y en el CM, según los casos, en las que se incluyen, entre otros extremos, las condiciones generales del transporte aéreo de mercancías[64].

En suma, resulta imprescindible contar con estas y otras normas elaboradas por la IATA a la hora de analizar la regulación de la documentación en el contrato de transporte aéreo de mercancías, además de con todas las disposiciones nacionales e internacionales sucintamente descritas *supra.*

III. ÚLTIMOS DESARROLLOS EN LA DOCUMENTACIÓN EN LOS CONTRATOS DE TRANSPORTE AÉREO DE PERSONAS Y DE MERCANCÍAS

En un sector tan dinámico y con una evolución tan continua y acelerada como el transporte aéreo se cumple doblemente el postulado según el cual la realidad va por delante del legislador, ya sea nacional, supranacional o internacional. De este modo, se ve igualmente superada por esta realidad la normativa emanada de tales instancias y así sucede, asimismo, en lo tocante a la documentación mercantil en los contratos de transporte aéreo de personas y de mercancías. De hecho, son muchos y muy variados los nuevos fenómenos que inciden en la puesta en práctica real y efectiva de esta documentación en el momento presente. De entre tales fenómenos, destacan especialmente los dos que van a ser sucintamente tratados a renglón seguido, a saber, la digitalización documental, de un lado, y el impacto que ha tenido la crisis desatada por la pandemia del COVID-19[65], de otro.

A. La digitalización de los títulos documentales en los contratos de transporte aéreo de personas y de mercancías

Los dos fenómenos recién enumerados revisten una nada desdeñable relevancia por motivos evidentes. Sin embargo, la digitalización documental es, sin duda, el que presenta una mayor y más clara importancia, sobre todo por su patente vocación de permanencia, frente al carácter más coyuntural de la pandemia del COVID-19, que se pretende superar y dejar a un lado en el plazo más reducido posible. Además, pese a su impronta de nuevo cuño y a su implantación relativamente reciente, lo cierto es que la digitalización documental en los contratos de transporte de personas y de mercancías ya se ha venido introduciendo desde hace algún tiempo. De ahí que este fenómeno no haya sido ajeno a una cierta regulación normativa más o menos afortunada, regulación que, desde luego, ha de ser necesariamente la base y el punto de partida de su análisis en su perspectiva jurídica.

[62] Para ampliar información sobre la IATA, véase Arroyo Martínez (2006), pp. 70-71, Mendes de Leon (2017), pp. 37-38, y Pons Rafols (2010), entre otros muchos autores.

[63] Vid *supra* n. 41.

[64] Disponibles en http://www.iata.org. Para ampliar información sobre estas resoluciones, véase Folchi (2015), vol. 1, pp. 527-528, y Vassallo (2015).

[65] Aunque se han planteado diferentes opciones a este respecto, en este trabajo se ha optado por seguir las recomendaciones de la OMS y de la RAE en torno a la designación de este fenómeno y por tanto se hace referencia al mismo como 'pandemia', y se escribe la voz 'COVID-19' en mayúsculas y en género masculino.

1. El creciente fenómeno de la digitalización documental (sinopsis)

A nadie se le escapa que, pese al avance que supuso en épocas pasadas, el papel como soporte documental ha pasado a dar lugar a toda una fuente de inconvenientes, en cierta medida por su propio éxito, porque al haber estado siendo progresivamente utilizado de una forma masiva, su manipulación en tiempo y forma ha llegado a ser en extremo farragosa, y requiere de toda una panoplia de recursos materiales y humanos. De ahí que se haya ido prescindiendo poco a poco del soporte-papel en cuanto ha surgido una nueva alternativa tecnológica y ha ido ganando viabilidad paulatinamente: Es el caso del soporte informático, que ha permitido que la inmensa mayoría de los documentos emitidos en papel hasta fechas relativamente recientes hayan pasado a verse materializados mediante las tecnologías de la información y de la comunicación (en adelante, TIC). De este modo, la digitalización documental ha ido evolucionando desde un punto de partida meramente anecdótico hasta llegar a ser un fenómeno tan amplio como imparable en nuestros días[66].

Pues bien, si estos planteamientos pueden ser observados en mayor o menor medida en todos y cada uno de los diferentes sectores del mercado y de la actividad humana en general, e informan cada una de las distintas ramas del derecho, lo cierto es que se reproducen con mayor intensidad, si cabe, en una actividad tan ágil y acelerada como el transporte aéreo de personas y de mercancías, en el que la globalización ha irrumpido con una pujanza incontenible y, desde luego, con vocación de total permanencia.

La situación que se está viviendo en la actualidad en lo tocante a la documentación en los contratos de transporte de personas y de mercancías se revela tan complicada como interesante. De una parte, resulta sumamente sugestivo el momento de cambio que experimentan los títulos documentales en dicho contrato en relación con su soporte material, puesto que la consecuencia fundamental de los fenómenos antes descritos es que se va produciendo un progresivo abandono del papel en favor de los nuevos y más eficientes soportes digitales. Sobre todo por las más que evidentes ventajas que aportan en cuestiones tales como la rapidez en la gestión y la comodidad de los pasajeros aéreos en el transporte aéreo de personas. Asimismo generan un aporte en la logística y, muy en particular, la trazabilidad o seguimiento continuo y en tiempo real del estado y ubicación de las mercancías transportadas durante todas y cada una de las diferentes fases de ejecución del transporte, desde su puesta en circulación hasta su misma entrega, en el transporte aéreo de carga. No obstante, de otra parte, este paulatino proceso todavía en curso ofrece no pocos inconvenientes. De entre dichas dificultades, destaca sobremanera la casi total ausencia de una verdadera regulación de esta materia en la normativa aplicable a los documentos mercantiles propios de ambos contratos, dentro de la cual las disposiciones específicas dedicadas a la digitalización de tales documentos se revelan dispersas y fragmentarias, y, en general, de un rango normativo de desarrollo de los mandatos fundamentales, ante el referido vacío normativo del que adolecen en lo concerniente a este nuevo fenómeno.

Por todo ello, se hace imprescindible un sucinto análisis de la documentación mercantil en un ámbito tan específico como los reiterados contratos de transporte de personas y de mercancías, ante las peculiaridades tan notables e intensas como las que, sin duda, va a provocar y está ya provocando un cambio tan drástico en el soporte material utilizado en dicha documentación. Y, una vez más, se ha de partir en esta tarea de una perspectiva individualizada para cada uno de estos dos contratos, habida cuenta de la distinta idiosincrasia que uno y otro presentan.

2. La digitalización documental en el contrato de transporte aéreo de personas

Es quizá en este contrato en el que más clara y perceptiblemente se muestra este fenómeno, dado que afecta a toda clase de público en general (los pasajeros aéreos en su conjunto), y no sólo a un ámbito más restringido y de carácter netamente empresarial, como se verá con posterioridad en relación con el contrato de transporte aéreo de mercancías.

a. Preliminar: la contratación por medios telemáticos en el contrato de transporte aéreo de personas: el proyecto 'e-ticketing'

Se observa cada vez con más frecuencia en la gestión de los servicios de todo tipo de transportes de personas[67] el recurso a las ya no tan nuevas TIC. Ello no sólo da lugar a la organización de redes telemáti-

[66] Sobre la digitalización documental con carácter general y en su perspectiva jurídica en el contrato de transporte aéreo, véase Escobar Saavedra (2016), especialmente pp. 107-203, Morillas Jarillo (2007), y Guerrero Lebrón (2007), y desde un punto de vista más relacionado con la llamada 'ciberseguridad' en los aeropuertos, Salerno, (2020), entre otros muchos autores.

[67] Sobre el particular, véase Hernández Sainz (2014), pp. 1049-1053, y Marco Arcalá (2016), pp. 89-90, entre otros autores.

cas para la adquisición de billetes, sino también a la sustitución de los billetes clásicos en soporte-papel por billetes emitidos en un soporte electrónico, en un formato totalmente desmaterializado, en el que se ejercita de cara al control del acceso al medio de transporte de que se trate a través de los dispositivos móviles (usualmente denominados *wearables*, en una voz tomada de la lengua inglesa)[68]. Sus ventajas de celeridad y ahorro de costes para las compañías aéreas, de una parte, y de comodidad para la inmensa mayoría de los pasajeros, de otra, resultan evidentes. Empero, su régimen jurídico tan apenas ha comenzado a verse regulado, lo que suscita toda una serie de interrogantes en esta materia que exigen una respuesta normativa lo más idónea posible. De hecho, ha sido por estos motivos por los que la IATA se ha implicado, desde los inicios de este fenómeno, en el fomento de un tránsito paulatino y controlado del soporte-papel al soporte digital en la emisión de los billetes en el transporte aéreo. Concretamente, mediante la puesta en marcha del llamado proyecto '*e-ticketing*', ya desde junio de 2004, en cuyo marco se consiguió pasar de una implantación de sistemas digitales de emisión de estos billetes del 20% del mercado mundial a su práctica totalidad a partir de 2008[69]. Por ende, también se ha buscado en el ámbito de este proyecto implementar un programa de simplificación de los modelos y sistemas de negocio de las compañías aéreas sobre la base de su creciente digitalización a través de las TIC[70].

b. La emisión del billete electrónico en el contrato de transporte aéreo de personas: problemas que plantea

Uno de estos problemas, tal vez el más inmediato, es la escasez normativa de disposiciones sobre esta materia ya que, al menos hasta la fecha, no se muestran muy abundantes (más bien escasas y escuetas) las previsiones específicas sobre los billetes electrónicos en el contrato de transporte aéreo de personas en nuestro ordenamiento. Tan sólo se alude a la mera posibilidad de emitir los billetes de transporte aéreo de personas en formato o por medios electrónicos en los artículos 2 f) y 3.2 a) del RCAPA (2004). Pese a no especificarse nada más en este punto, conviene recalcar la importancia de la calificación jurídica de estos documentos como 'billetes', dadas las consecuencias que la misma implica. A saber, la aplicación a los mismos de todas las disposiciones antes expuestas, en particular sus contenidos mínimos imperativos y, asimismo, de la legislación sobre protección del consumidor –por ejemplo, el artículo 63 del TrLGDCyU, así como sus artículos 80 y ss., en lo relativo a la prohibición de cláusulas abusivas en los contratos con los consumidores[71]–. Por ende, el carácter 'electrónico' de estos billetes supondrá la aplicación a los mismos de la regulación en materia de contratación y comercio electrónicos[72], dentro de la cual destacan especialmente las Leyes 34/2002, de 11 julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico (en adelante, LCE), 59/2003, de 19 diciembre, de Firma Electrónica (en adelante, LFE), y 56/2007, de 28 diciembre, de medidas de impulso a la sociedad de la información, entre otras[73]. Las repercusiones de todo ello serán perceptibles, por ejemplo, en la posibilidad de cumplimentar las obligaciones de documentación escrita del contrato establecidas en la ley mediante soporte electrónico (LCE, 2002, art. 23, num. 3) y en la obligación de facilitar la información pre y post-contractual de forma clara y permanente; es decir, en un soporte duradero (arts. 27 y

68 Sobre el particular, véase Illescas Ortiz (2008), Guerrero Lebrón (2003), entre otros autores.

69 Disponible en http://www.iata.org

70 Sobre el particular,véase el Libro Blanco de la IATA *Simplifying the Business (StB) Transformation in progress and explorations underway,* de 2013 (disponible en http://www.iata.org). Sobre el impacto del fenómeno del 'e-ticketing' en general y en relación con el público interesado de las compañías aéreas en los EE.UU., véase Kamal Qteishat *et al.* (2014) y Harcar, T., & Yucelt (2012), respectivamente.

71 En este sentido, véase Marco Arcalá (2016), pp. 90-91, así como sentencia de 12 de diciembre de 2011 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (caso 'Spanair', RJ 2012\37), comentada por Lyczkowska (2012c). También, de forma más global por García Sanz (2012); la S. JM núm. 1 de Barcelona de 10 enero 2010 y los Autos de 14 noviembre 2008 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (RJ 2009, 408), de 27 octubre 2009 (RJ 2010\135), y 2 febrero 2010 (RJ 2010\420); y el Auto de 6 octubre 2008 de la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia del Pais Vasco (JUR 2008\328434), especialmente interesantes todos ellos pues se confirma en sus respectivas decisiones la aplicabilidad a los pasajeros de manera imperativa e inderogable por pacto expreso la sumisión al fuero judicial territorial del consumidor (rectius pasajero), a modo de fuero tuitivo y privilegiado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 52.2 LEC.

72 En este sentido, véase Marco Arcalá (2016).

73 Para ampliar información, véase Davara Rodríguez (2015), especialmente pp. 213-289, y 291-331. Es importante destacar que la emisión de billetes electrónicos en el transporte aéreo de personas también deberá respetar otras disposiciones de carácter más técnico, como por ejemplo la Directiva 1978/2018/UE, del PE y del Consejo, de 11 diciembre 2018, por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas (en adelante, CECE), y todavía pendiente de incorporación al ordenamiento interno español, pese a haberse excedido formalmente su plazo de transposición a estos efectos, fijado como fecha límite en el pasado 21 diciembre 2020 (art. 124.1 CECE).

28 LCE)[74]. En consecuencia, la emisión de billetes electrónicos en el transporte aéreo de personas deberá ajustarse a tales imperativos, los cuales se muestran una vez más de muy diversa naturaleza y de compleja interacción unos con otros.

De todos los mandatos recién enumerados, es sin duda la prohibición de cláusulas abusivas en el sentido de los referidos artículos 80 y ss. del TrLGDCyU el que con mayor frecuencia se ha visto infringido en la práctica en el marco de la documentación digital en el contrato de transporte aéreo de personas. De hecho, la inserción de este tipo de cláusulas en dicha documentación o incluso el mero desarrollo sin más de prácticas de estas mismas características en la emisión de billetes electrónicos en el transporte aéreo de personas se han revelado mucho más usuales de lo que sería deseable. De ahí que haya ido consolidándose todo un *corpus* jurisprudencial sobre el carácter abusivo para con el pasajero aéreo de una serie de cláusulas y conductas relacionadas con la emisión de estos billetes en soporte digital por parte de las compañías aéreas. Pues bien, de entre tales cláusulas y comportamientos abusivos destacan en particular los siguientes:

– La imposición al pasajero de sobrecostes injustificados y hasta desproporcionados en tanto usuario de servicios aéreos en la emisión de billetes aéreos electrónicos[75], como, por ejemplo, la exigencia de una elevada cantidad adicional por la impresión en papel de estos billetes en la terminal del aeropuerto, si el pasajero no lo ha hecho con anterioridad por olvido o por imposibilidad. No hay que olvidar que la emisión del billete en cualquier soporte material no deja de ser una de las prestaciones obligatorias en el contrato de transporte aéreo de personas, es decir, uno más de los deberes del transportista aéreo en este contrato (arts. 92 LNA, 3.1 CV y 3.1 CM, ya descritos *supra*). A mayor abundamiento, el cobro por parte de la compañía aérea de estos onerosos emolumentos por la impresión tradicional de estos billetes contraviene también los artículos 60.2, 60.3 y 63.2 del TrLGDCyU, en los que se preconiza y defiende el carácter gratuito y libre de costes de la documentación en los contratos con los consumidores y usuarios, incluyendo desde luego el contrato de transporte aéreo de pasajeros[76] (2007). Por todo ello, se ha venido rechazando con contundencia la legalidad de este sobrecoste en nuestra jurisprudencia[77].

– La opacidad en los precios y costes adicionales que impone al pasajero la compañía aérea, en numerosas ocasiones de un modo subrepticio que impide percibir de inmediato el carácter abusivo de estos emolumentos suplementarios, por indirectos encubiertos y así muy difíciles de detectar y, por tanto, de reclamar su devolución ante las instancias judiciales competentes. Sin ir más lejos, fue lo que sucedió en lo tocante al sobrecoste que se materializaba 'por defecto' (es decir, si nada manifestaba en contra el pasajero al solicitar la emisión informática de su billete) a causa de la contratación de un seguro de cancelación de vuelo en la tarifa global del billete electrónico, y cuya carencia de verdadera y total transparencia fue la razón básica y fundamental para que se rechazase esta práctica por parte del TJUE en tanto que abusiva[78].

– Las cláusulas en las que el transportista aéreo declina cualquier responsabilidad frente al pasajero por actuaciones reguladas o incluso impuestas en normas de carácter imperativo y así de imposible disponibilidad contractual, o, por ejemplo, por ir ligadas a las obligaciones del transportista aéreo en el contrato de transporte aéreo de personas. Un posible ejemplo, dependiendo de cada supuesto en concreto, serían las cláusulas habitualmente denominadas como 'punto por punto', en las que habiendo varios trans-

[74] Sobre la aplicación del art. 27 de la LCE al billete electrónico en el transporte aéreo de personas, véase la sentencia civil de 11 abril 2011 de la Audiencia Provincial de Barcelona Sección 15 (JUR 2011\362197), en el que se condenó al transportista aéreo sobre la base del referido precepto a compensar al pasajero por los perjuicios que le ocasionó la omisión del envío de un soporte duradero de confirmación de su contrato de transporte, lo que dio lugar a que este pasajero perdiese su vuelo (2011).

[75] Sobre el particular, véase Martín Osante (2013).

[76] En este sentido, véase Martín Osante (2013), pp. 151-156.

[77] En este sentido, véase el caso Spanair y la S. JM núm. 1 de Barcelona de 10 enero 2010, ambas cit. *supra* en a n. 71, así como las sentencias de 17 septiembre 2007 de la Audiencia Provincial de Málaga Sección 6 (JUR 2008\246078), y la S. JM núm. 1 de Málaga de 1 septiembre 2006 (AC 2006\1888), entre otras (en contra, aplicando con carácter general la libertad contractual como base de la legalidad y admisibilidad de estos sobrecostes, véase la sentencia Civil de 5 octubre 2011 de la Audiencia Provincial de Barcelona Sección 15 [AC 2011\1562]).

[78] En este sentido, véase el caso *ebookers*, *cit. supra* en la n. 31.

portistas aéreos que prestan sus servicios en el viaje de que se trate, el primero de ellos pretende exonerarse de toda responsabilidad ante el pasajero por las posibles pérdidas de conexiones con otros vuelos sucesivos. Es evidente que este primer transportista no responde por la eventual falta de diligencia de los demás transportistas aéreos en la prestación de los servicios encomendados a estos últimos, pero es igualmente obvio que no puede exonerarse de su propia responsabilidad por retraso, de acuerdo con el ya citado artículo 7 del RCAPA y así se ha determinado con contundencia en varios litigios sobre el particular[79].

– Las denominadas cláusulas '*service fees*', puesto que dan lugar a recargos y sobrecostes para al pasajero aéreo por prestaciones que, de una manera u otra, se incluyen directa o indirectamente entre los propios deberes del transportista aéreo en el marco del contrato de transporte aéreo de personas. Sin embargo, no siempre se consideran de carácter abusivo tales cláusulas, ya que ello va a depender en gran medida de la vinculación de estas prestaciones con las obligaciones del transportista aéreo sea mayor o menor. Dicho de otro modo, estos recargos serán considerados conforme a derecho siempre que no se perciban por labores comprendidas en el núcleo fundamental y esencial de estos deberes del transportista aéreo y se reduzcan única y exclusivamente servicios complementarios o de mera cortesía. Por estos motivos ha causado tan hondo impacto un fallo del TJUE en el que se ha desechado la posibilidad de imponer sobrecostes por la mera facturación de equipajes dentro de ciertos parámetros básicos[80], si bien se mantiene en toda su intensidad el debate sobre la posible imposición de estos sobrecostes adicionales en la facturación *on line,* si bien una lógica coherencia en esta línea supondría calificar de inaceptables tales sobrecostes y por tanto prohibirlos por abusivos[81].

En suma, las discusiones y controversias sobre el hipotético carácter abusivo para el pasajero de muchas de las cláusulas y prácticas impuestas o llevadas a cabo por las compañías aéreas informan la mayor parte de los aspectos del contrato de transporte aéreo de personas y entre ellos también inciden de pleno en lo que hace a la emisión en soporte digital de los billetes en este tipo de contratos. Por ello, cabe prever un progresivo aumento del elenco de tales cláusulas y prácticas que se declaren inaceptables por estos motivos[82].

3. La digitalización documental en el contrato de transporte aéreo de mercancías

Como ya se indicó *supra,* el contrato de transporte aéreo de mercancías se ve muy ceñido a una actividad netamente empresarial y profesional, y no queda tan abierto y omnicomprensivo en su público interesado como el contrato de transporte aéreo de personas. Sin embargo, los fenómenos de la globalización y del recurso generalizado a las TIC han irrumpido igualmente con fuerza y sin limitaciones en el contrato de transporte aéreo de carga y, como es evidente, con vocación de total permanencia. De ahí, pues, que también haya que examinar brevemente el alcance y contenido de la digitalización documental en dicho contrato.

a. El proyecto 'e-freight'

Uno de los primeros antecedentes de la digitalización documental en el transporte aéreo de mercancías fue un proyecto pionero puesto en marcha por la IATA a finales de 2005 y denominado genéricamente como proyecto '*e-freight*'[83]. Este proyec-

79 En este sentido, véase la sentencia civil de la Audiencia Provincial de Baleares Sección 5, en la que la escasa diferencia de tiempos de llegada y salida de los vuelos a enlazar por los pasajeros no se consideraron motivo suficiente para prescindir de la responsabilidad por el retraso producido en el vuelo del primer transportista aéreo, en los términos del repetido artículo 7 del RCAPA, por apreciarse, además, la concurrencia de un daño moral por las consecuencias del retraso (sobre el daño moral y su indemnización en el transporte aéreo, véase Bago Oria (2015), García Sanz (2012), Luongo (2009), y Lyczkowska (2012b), entre otros muchos autores).

80 En este sentido, véase la famosa sentencia del TJUE Caso C-487/12, Vueling Airlines S.A. c. Instituto Galego de Consumo de la Xunta de Galicia, de 18 septiembre 2014 (caso 'Vueling'), que dio lugar a la exigencia de responsabilidad y asimismo a la oportuna sanción administrativa de esta compañía *low cost* en la S. JCA núm. 1 de Orense de 5 noviembre 2014 (JUR 2014\271553). En síntesis, se trataba de cuatro pasajeros que viajaban juntos cada uno con su propio billete, al parecer tres de ellos sin equipaje, pero llevando uno de ellos dos maletas, probablemente con los enseres más básicos de sus restantes compañeros. Al ser una única persona quién facturó dos maletas, se le impuso un sobrecoste de 40€ por la segunda maleta, cuando, en realidad, se correspondían con cuatro plazas en el vuelo y no solamente con una (2014).

81 Para ampliar información sobre los '*service fees*', véase Martín Osante (2013), pp. 156-158.

82 En sentido similar, véase Marco Arcalá (2016), pp. 94-96.

83 Sobre el Proyecto '*e-freight*', véase el documento de la IATA, e-Freight Handbook, v.4.0 2013 (disponible en http://www.iata.org), así como Alba Fernández et al. (2006) y Marco Arcalá (2019), p. 633.

to se ha venido planteando como uno de los más ambiciosos desarrollados por esta entidad, dado su ámbito global y omnicomprensivo respecto de todos y cada uno de los diversos tipos de documentos ligados al transporte aéreo de mercancías, ya sean de naturaleza administrativa o aduanera, o bien de carácter jurídico-privado o de cualquiera otra impronta. A mayor abundamiento, se buscó igualmente la imprescindible coordinación con las agencias y organismos especializados de la ONU, tanto en relación con el transporte como en lo relativo a las TIC y, asimismo, con otras organizaciones internacionales intergubernamentales, como la actual Organización Internacional de Aduanas, antiguo Consejo de Cooperación Aduanera, fundado como tal en 1950[84], entre otras.

En el marco de este proyecto, la IATA se planteó como aspiración fundamental la total eliminación del uso del soporte-papel entre todas las partes del contrato de transporte aéreo de mercancías, especialmente entre las compañías aéreas, y hasta a haber extendido una total digitalización documental incluso en los transportes de mercancías de carácter multimodal en los que interviniese un medio aéreo. Estos objetivos debían de haberse realizado plenamente entre 2010 y 2015. A día de hoy, se mantiene inalterado semejante objetivo, y son muchos y muy significativos los avances experimentados en esta dirección. Sin embargo, también han sido muchas y de gran enjundia las dificultades con las que ha topado el proyecto *e-freight,* por ejemplo en lo que hace a la puesta a punto de sistemas telemáticos adecuados, seguros y fiables en sus dispositivos de identificación y, sobre todo, homogéneos y uniformes, en el marco de una configuración de redes abiertas a través de internet, siempre en la búsqueda y consecución de un tratamiento electrónico similar de la documentación en el transporte aéreo de mercancías. No obstante, quizá el mayor obstáculo que haya surgido a estos efectos revista una clarísima impronta jurídica, puesto que consiste básicamente en la marcada diversidad normativa en esta materia en la inmensa mayoría de las legislaciones comparadas y, muy especialmente, en el plano del derecho público; esto es, en cuanto a la documentación administrativa y aduanera requerida en cada Estado en el transporte aéreo de mercancías[85]. Tal cúmulo de inconvenientes ha dado lugar a una notable ralentización en la realización efectiva del proyecto *e-freight,* cuyos plazos antes expuestos se han revelado quizá algo breves y, desde luego, excesivamente optimistas, ya que se han visto rebasados por la relativa tardanza en la consecución de una verdadera digitalización documental en el transporte aéreo de mercancías, como se verá *infra.* Pese a ello, esta lentitud no empaña en modo alguno los logros alcanzados hasta la fecha, por lo que no cabe duda del éxito de este proyecto y, lo que es más importante, de sus buenas perspectivas para los próximos años.

b. La carta de porte aéreo electrónica (e-AWB)

La meta fundamental a la que se buscaba llegar a través del proyecto *e-freight* había sido, y es la implantación de una carta de porte aéreo electrónica (*electronic Air Waybill* o *e-AWB*) y absolutamente digitalizada, en la que el soporte-papel resultase innecesario y quedase excluido por completo. Ello ha sido y ya es una realidad práctica en el momento presente[86], puesto que la carta de porte aéreo electrónica ha pasado a ser, desde el 1 enero de 2019[87], el documento contractual por defecto en el contrato de transporte aéreo de mercancías. Así, la carta de porte aéreo emitida en soporte-papel ha pasado a revestir un carácter meramente opcional a partir de la referida fecha y solo requiere ser emitida de esta manera cuando así lo solicitan directa y expresamente de común acuerdo ambas partes en el contrato de transporte aéreo de mercancías.

Partiendo de la regulación básica en el SV y el CM, el régimen de la carta de porte electrónica se desarrolla en diversas normas emanadas del Grupo de Trabajo de la IATA sobre el contrato de transporte aéreo de mercancías formalizado por medios

84 Esta organización, conocida por sus siglas en lengua inglesa como WCO (World Customs Organization), fue constituida mediante el Convenio de Bruselas de 15 diciembre de 1950, por el que se estableció el inicial Consejo de Cooperación Aduanera, actual WCO (Instrumento de Ratificación de España de 4 agosto 1952), en vigor desde el 4 noviembre de 1952, conforme a lo dispuesto en su art. XVII inciso a. Es decir, una vez que había sido ratificada por al menos siete de los países signatarios de la misma, cuyos datos obran en su página web http://www.wcoomd.org.

85 En este sentido, véase Alba Fernández et al. (2006), especialmente pp. 25-26; sobre este tipo de documentación, véase la normativa y jurisprudencia cit. *supra* en la n. 3.

86 La *e-AWB* ya había venido estando operativa desde unos años atrás en muchos aeropuertos internacionales, entre los que se cuentan, por ejemplo, los de Madrid-Barajas Adolfo Suárez y de Barcelona-el Prat en España, y muchas compañías aéreas –entre las que se cuenta Iberia– y con una extensa implantación en los EE.UU., Canadá y numerosos países asiáticos. Si bien las dificultades de índole aduanera y administrativa ponen freno a su expansión por el momento en otras áreas geográficas o en otros aeropuertos, en los que, a día de hoy, sigue siendo necesario el soporte-papel en la mayor parte de la documentación que acompaña al transporte aéreo de mercancías, en particular en los referidos ámbitos aduanero y administrativo.

87 Según declaración oficial de la IATA, disponible en http://www.iata.org.

electrónicos (*electronic Cargo Working Group* o *e-CWG*), tales como las siguientes[88]:

– La práctica recomendada de la IATA 1670, de 10 marzo 2010, sobre el intercambio de información electrónica en el transporte aéreo de mercancías (*Electronic Data Interchange* o *EDI*) y por la que se establece un modelo de acuerdo de intercambio de información electrónica.

– Las resoluciones de la IATA 600a y 600b, ya citadas[89], en vigor desde el 1 julio 2010, sobre los modelos de carta de porte en papel y electrónica, y sobre la armonización y aplicación a tales modelos (incluida la carta de porte electrónica) de los límites de responsabilidad del transportista aéreo previstos en el SV y en el CM, según los casos.

– La Resolución de la IATA 672, de 10 de marzo de 2013[90], sobre el modelo de acuerdos multilaterales sobre cartas de porte aéreo electrónicas (fijado en su Anexo A) y en la que se establecen las condiciones de su emisión (en particular el consentimiento al respecto de las partes y personas intervinientes en el contrato de transporte aéreo de mercancías, en su art. 3), y se prevé la preparación de listados de las compañías aéreas adheridas al sistema de emisión de esta modalidad de carta de porte aéreo (véase de nuevo el Anexo A), de los aeropuertos preparados para aceptar este tipo de carta de porte (*vid.* el Anexo B), y de los transitarios o agentes de carga que hayan firmado tal acuerdo multilateral (véase, el Anexo C). Como las anteriores, se trata de una norma muy detallada, en cuyos preceptos se contemplan con especial cuidado extremos tales como, entre otros muchos, las grabaciones de los intercambios de información (art. 5), la confidencialidad y protección de datos (art. 6), la obligación de respetar y cumplir las obligaciones técnicas del sistema de intercambios de información (art. 8), la seguridad y responsabilidad en este ámbito (arts. 7 y 9), y la posibilidad de someter los posibles conflictos surgidos con ocasión de la aplicación de estos acuerdos multilaterales a mecanismos alternativos de resolución de conflictos.

Nos hallamos, pues, ante un marco normativo muy ampliamente desarrollado en estos y otros muchos numerosos documentos complementarios de los anteriores[91], en lo que representa toda una estructura que se había venido mostrando útil y funcional en extremo ya en los años precedentes. Sin duda, fue este el principal motivo por el que la IATA fue incluso más allá cuando declaró oficialmente a finales de 2018 que la *e-AWB* pasaba a ser el documento contractual por defecto (si no se solicita el soporte-papel directa y expresamente por ambas partes) en el contrato de transporte aéreo de mercancías desde el 1 enero 2019, como ya se indicó *supra.* Y de ahí que la IATA haya auspiciado la elaboración de un instrumento internacional global entre las autoridades aeroportuarias, las compañías aéreas y los agentes de carga de todo el mundo sobre la referida Resolución 672, en concreto el Acuerdo Multilateral sobre la carta de porte aéreo electrónica redactado y mantenido desde la propia IATA conforme a dicha Resolución, y al que ya se adhirieron desde hace tiempo los principales aeropuertos internacionales, así como otras asociaciones relacionadas con el transporte aéreo de mercancías, tales como la *International Federation of Freight Forwarders Associations* (en adelante, FIATA) y *The International Air Cargo Association*, entre otras. Ello propició, igualmente, la emisión de una Declaración Oficial conjunta de la IATA y la FIATA de 2013 en la que se tomaba claramente postura en favor de este Acuerdo Multilateral, lo que ha facilitado su consolidada implantación en la actualidad y para los años venideros.

c. Los parámetros básicos de la operativa de la documentación electrónica en el contrato de transporte aéreo de mercancías

Uno de los más básicos e importantes postulados en la regulación de la carta de porte aéreo electrónica se ve tipificado en la Sección 1.2 del Documento Adjunto A) de la Resolución 672, en la cual se establece el llamado principio de neutralidad tecnológica, consistente en la observancia estric-

88 Todas ellas también disponibles en http://www.iata.org; sobre las mismas, véase el documento de la IATA, *e-Freight Handbook, v.4.0, cit.*

89 *Vid. supra* n. 64, en particular la doctrina *cit.* en esta n.

90 Sobre la misma, véase el documento de la IATA, e-Freight Handbook, v.4.0, cit., así como Marco Arcalá (2019). pp. 634-635.

91 Entre otros, complementan a las normas anteriores documentos como el Manual de la IATA para el tratamiento de las mercancías (IATA Cargo Handling Manual), el Plan operativo modelo de la Industria Aérea de Carga (Air Cargo Industry Master Operating Plan, conocido por sus siglas en lengua inglesa, MOP), y los Procedimientos Operativos Estandarizados (Standard Operating Procedures, también conocidos por sus siglas en lengua inglesa, SOP) que se deben seguir si se usa una e-AWB, todos ellos disponibles asimismo en http://www.iata.org.

ta y rigurosa de una total y completa equivalencia a todos los efectos entre la carta de porte aéreo documentada en soporte-papel y la emitida por medios electrónicos. El efecto fundamental de este principio es que el régimen jurídico al que han de someterse ambos tipos de cartas de porte en el contrato de transporte aéreo de mercancía ha de ser exactamente el mismo o, cuando menos, lo más similar que sea posible, sin diferencias esenciales en sus principales elementos, entre los cuales se destacan especialmente los siguientes:

– Las menciones mínimas imperativas de la carta de porte aéreo, que aparecen enumeradas con carácter cogente en los artículos 7 del SV y 8 del CM, y cuya carencia daría lugar a que la carta de porte aéreo no pudiese ser legalmente calificada como tal. Además, ello supondría que esta careciese de la especial protección jurídica que se le brinda en ambos textos legales. En suma, y al margen de que haya sido emitida en soporte-papel o en soporte digital, la carta de porte aéreo debe contener extremos tales como el lugar, la fecha (y hasta la hora) de su puesta en circulación, la identificación completa, con todos los datos necesarios, del cargador, el transportista y el destinatario, el peso y la descripción de las mercancías transportadas, precio de dichas mercancías y demás gastos a satisfacer, los puntos de partida o de salida y de destino del vuelo, con indicación de las escalas intermedias, en su caso, etc. De esta suerte, el necesario cumplimiento de los preceptos antes citados ha forzado la necesaria regulación de estas y otras informaciones en las Resoluciones de la IATA 600a y 600b, sobre los modelos de carta de porte en papel y electrónica.

– La validez jurídica y la fuerza como evidencia de la carta de porte aéreo, tanto en soporte-papel como en soporte digital, cuya veracidad y corrección como prueba legal de la existencia y de los elementos del contrato de transporte aéreo de mercancías exigidos en los reiterados artículos 7 del SV y 8 del CM se presumen *iuris tantum*. Así, sin resultar inatacable, la carta de porte aéreo en cualquier soporte material sí que representa un valioso indicio *prima facie* sobre los extremos antes indicados (arts. 11 del SV y CM) y cuya puesta en duda, en su caso, requerirá la destrucción de esa presunción si se acredita fehacientemente por parte de quién las alegue la falsedad o inexactitud de los datos que deben aparecer necesariamente en este título.

– La calificación jurídica de la carta de porte aéreo emitida en cualquier clase de soporte material como título de legitimación con miras a ejercitar el derecho de disposición sobre las mercancías, que corresponderá a quién aparezca en este documento como legitimado formalmente a estos efectos (arts. 12 del SV y 12 CM). Es cierto que la carta de porte aéreo se emite en general como un documento no negociable y de carácter meramente probatorio en el sentido ya expresado *supra,* pero con una eventual excepción, como es la que se contempla en la versión del artículo 15.3 del SV introducida mediante el Protocolo de La Haya de 28 septiembre 1955, en una opción muy poco materializada en la práctica actual del transporte aéreo de carga, pero que aún resulta teóricamente admisible entre los Estados en los que se mantenga vigente la referida versión y que tal vez podría así reaparecer en determinados supuestos[92].

En suma, la puesta en marcha real y efectiva del principio de neutralidad tecnológica implica que la equivalencia entre la carta de porte aéreo en soporte-papel y en soporte digital ha de responder antes que nada a planteamientos de carácter netamente funcional, ya que ambos tipos de documentos han de servir para los mismos fines, con los mismos contenidos y con idéntico valor jurídico. La cuestión es que las claras ventajas del soporte electrónico permiten que la carta de porte aéreo vaya mucho más allá, por ejemplo en cuanto a las informaciones que pueden ser consignadas adicionalmente en la misma cuando ha sido emitida por esta vía. Esto ha llevado a diversos sectores doctrinales a proponer la correspondiente puesta al día de las disposiciones vigentes a este respecto en el SV y en el CM, justamente para adaptar a este nuevo marco tecnológico el régimen jurídico de la

[92] Esta podría ser la opción establecida en un tercer párrafo añadido al artículo 15 del CV, en su versión modificada por el referido Protocolo Adicional de La Haya de 28 septiembre 1955 (vid. *supra* n. 1). En virtud de dicha norma, de obvio carácter dispositivo, nada impide en esta versión de la CV que las partes del contrato de transporte puedan emitir una carta de porte aéreo negociable si así lo estiman oportuno (1955). Sin embargo, este tercer párrafo ha desaparecido de la actual versión del art. 15 del SV, por lo que esta posibilidad sólo se dará en los transportes aéreos de mercancías a los que resulte aplicable la legislación de algún Estado que haya ratificado el CV en su versión modificada el citado Protocolo de La Haya de 1955, sin haber ratificado con posterioridad sus ulteriores modificaciones en la versión más reciente del SV, en la que ya no se contempla la referida opción.

carta de porte aéreo, tal vez todavía excesivamente focalizado en el soporte-papel, cuando lo que se está buscando es su total exclusión del sector del transporte aéreo[93].

B. Las repercusiones de la pandemia del COVID-19 en los títulos documentales en los contratos de transporte aéreo de personas y de mercancías

Desde el final del primer trimestre del año 2020 hasta ahora, la pandemia del COVID-19 ha irrumpido en todo el mundo a modo de verdadero estallido con una profunda incidencia de consecuencias nada deseables tan variadas y complejas que ni siquiera han podido ser bien delimitadas en el momento presente. De ahí la necesidad de analizar siquiera algunos de los efectos de este impacto profundo que está dejando este fenómeno en cada sector, en este caso en los contratos de transporte aéreo de personas y de mercancías, y más concretamente en su documentación mercantil.

1. El alcance de la pandemia del COVID-19 en el ámbito del transporte aéreo (sinopsis)

Como es obvio, y salvo muy puntuales y contadísimas excepciones[94], la pandemia del COVID-19 no ha resultado beneficiosa en modo alguno, sino todo lo contrario, y ha dado lugar a un impacto profundamente negativo de la máxima entidad que, sobre todo, ha tenido un carácter marcadamente sistémico. Dicho de otra manera, circunstancias como, entre otras, la intensa globalización mundial, de un lado, y la notable interrelación entre la tecnología y todo tipo de factores culturales, políticos, sociológicos, etc., de otro, han incrementado exponencialmente las consecuencias de esta pandemia, cuyas nefastas repercusiones han alcanzado y se han extendido a todos los sectores productivos, industriales, de prestación de servicios, financieros, comerciales y empresariales, alterando y hasta degradando en mayor o menor medida el entramado económico y social, en lo que promete devenir en una terrible crisis económica y en cambios aun por dirimir[95]. Y aunque se haya tratado de prevenir a todo trance este deterioro, lo cierto es que, a día de hoy, está por ver hasta qué punto será posible y con qué tipo de medidas mitigar estos efectos, habida cuenta de que, al menos por el momento, el patógeno sigue entre nosotros, yendo y viniendo en sucesivas olas de incidencia y con diferentes mutaciones.

En esta tesitura, bien puede decirse que esta situación ha venido para quedarse y ha pasado a formar parte de lo que se ha dado en llamar 'nueva normalidad', era 'post-pandemia' o era 'post-COVID-19'[96], a todos los niveles y en todos los ámbitos de la actividad humana. Es muy evidente que abordar un fenómeno de semejante magnitud y en tan constante y acelerada evolución[97] excede con mucho de los fines y las posibilidades de este trabajo y sólo es posible recalcar el carácter omnicomprensivo de dicho fenómeno, cuya incidencia ha alcanzado a todos los sectores, y, por supuesto, se cuenta entre ellos el transporte aéreo, en el cual se debe centrar el presente estudio.

La vasta y alargada incidencia de la pandemia del COVID-19 ha alcanzado también a dicho sector en todos sus diversos aspectos, tanto para el transporte aéreo de mercancías como de personas (por ejemplo, en la siempre complicada y conflictiva materia de la responsabilidad del transportista aéreo[98]), y para todos sus diferentes partícipes, tales como compañías aéreas (de bandera y *low cost*[99]), autoridades aeroportuarias y, desde luego, los pasajeros aéreos[100]. Entre estos actores del tráfico aéreo se cuentan también las autoridades estatales de cada país, que han venido a ser la principal instancia en esta materia, pues son quiénes han ido tomando las medidas más inmediatas y urgentes para que el transporte aéreo no se convirtiese en un vector masivo en la ya demasiado acelerada transmisión del patógeno, así como también para garantizar el normal abastecimiento de mercancías y productos, especialmente los considerados más

93 En sentido similar, véase Alba Fernández *et al.* (2006), pp. 31-32.

94 Una de estas escasísimas excepciones ha podido ser la reducción del impacto ecológico sobre espacios naturales protegidos y sobre el medio ambiente en general como consecuencia del confinamiento; sobre el particular, véase Barragán Del Rey (2020).

95 Sobre el particular, véase Vázquez Atochero (2020) y Sierra Arias (2020).

96 Vid. *supra* n. anterior.

97 En palabras del Prof. D. José Girón Tena, bien podría decirse que, como el derecho mercantil, la pandemia del COVID-19, "no es, está siendo" (1954).

98 Sobre el particular, véase Navarro, & Olmedo (2020).

99 Sobre la incidencia de la pandemia del COVID-19 en las compañías aéreas *low cost*, véase Pruneddu (2020).

100 Sobre el impacto global de la pandemia del COVID-19 en la aviación civil a nivel mundial, véase el informe oficial del *Air Transport Bureau* de la Organización de la Aviación Civil Internacional (OACI/ICAO, según sus siglas en lengua inglesa, *International Civil Aviation Organization*), Effects of Novel Coronavirus (COVID-19) on Civil Aviation: Economic Impact Analysis, Montreal, Canadá, versión de 6 julio de 2020, pp. 1-108 (disponible en http://www.icao.int).

esenciales[101]. Pese a ello, este problema plantea la necesidad de soluciones globales que, al igual que la navegación aérea, trasciendan el principio de territorialidad de las legislaciones nacionales. De ahí que se hiciese imprescindible la intervención de entidades internacionales y supranacionales para adoptar soluciones comunes y mínimamente homogéneas en alguna medida[102]. Así, se observan distintas y muy variadas acciones de la OACI[103] y hasta de la misma OMS[104] en el ámbito de la aviación civil internacional en el ejercicio de sus respectivas competencias.

Centrándonos, no obstante, en la actividad legislativa de las instancias españolas y de la UE como entidad supranacional, cabe decir que han sido muy numerosas las normas sobre el COVID-19 promulgadas en el desarrollo de sus prerrogativas en lo tocante al tráfico aéreo en el territorio conjunto de sus Estados miembros. Sin ser este tampoco el foro adecuado para un comentario exhaustivo de tan ingente y casi inabarcable cúmulo de normas[105], sí que bien puede decirse que, hasta la fecha y sin ánimo alguno de exhaustividad, por lo demás poco menos que inalcanzable, destacan muy especialmente de entre todas ellas las que a continuación se exponen.

a. Normativa de la Unión Europea

– Reglamento 696/2020/UE, del PE y del Consejo, de 25 mayo de 2020, por el que se modifica el Reglamento 1008/2008/CE, del PE y del Consejo, de 24 septiembre de 2008, sobre normas comunes para la explotación de servicios aéreos en la Comunidad Europea[106], al que se le añaden varios artículos nuevos (art. 21 *bis,* art. 24 *bis* y art. 25 *bis,* entre otros) en los que se permite a las autoridades nacionales de los Estados Miembros y a la Comisión Europea adoptar medidas de urgencia para contener la expansión de la pandemia en los aeropuertos y se establecen otras medidas directas en materia de asistencia en tierra.

– Reglamento 2021/953/UE, del PE y del Consejo, de 14 junio 2021, relativo a un marco para la expedición, verificación y aceptación de certificados COVID-19 interoperables de vacunación, de prueba diagnóstica y de recuperación (certificado COVID digital de la UE), a fin de facilitar la libre circulación durante la pandemia del COVID-19 (2021).

– Reglamentos de Ejecución 745/2020/UE y 746/2020/UE, ambos de la Comisión Europea, y ambos de 4 junio 2020, mediante los cuales se modifican los Reglamentos de Ejecución 1042/2018/UE, de la Comisión Europea, de 23 julio 2018, y 947/2019/UE, de la Comisión Europea, de 24 mayo 2019, en lo que respecta al aplazamiento de las fechas de aplicación de determinadas medidas (en su mayoría provisiones de carácter técnico y de control, por ejemplo, de aeronaves no tripuladas o de evaluación psicológica del personal de las tripulaciones de vuelo y de cabina, entre otras) en el contexto de la pandemia del COVID-19.

– Reglamento de Ejecución 910/2020/UE, de la Comisión Europea, de 30 junio de 2020,

[101] Sobre las diferentes medidas adoptadas en los diversos Estados nacionales en relación con el COVID-19 y la aviación civil, véase la información actualizada al respecto en las web de la OACI, http://www.icao.int cit. *supra* en la n. anterior, y de IATA, http://www.iata.org y, sobre todo, https://www.iatatravelcentre.com.

[102] En sentido similar, véase Gómez (2020).

[103] Por ejemplo, véase la Declaración del Consejo de la OACI sobre el COVID-19, adoptada en la IV sesión de su 219º periodo de sesiones, en Montreal, el 9 marzo de 2020 (disponible en http://www.icao.int), sobre la base de los artículos 14 y 44 del Convenio de Chicago sobre Aviación Civil Internacional (COACI), de 7 diciembre 1944 (Instrumento de Ratificación de España firmado en Buenos Aires el 24 septiembre de 1968), entre otros contenidos recomendando la estricta observancia del Reglamento Sanitario Internacional (RSI, 2005) y las normas y métodos recomendados (SARPS, según sus siglas en lengua inglesa *Standards and Recommended Practices*), sobre las mismas, véase Sierra Noguero (2020), pp.34-37, del Anexo IX (facilitación) del referido Convenio.

[104] Por ejemplo, véase la famosa Nota Científica de la OMS de 24 abril de 2020, Pasaportes de inmunidad en el contexto de la COVID-19 (disponible en lengua española en http://who.int), sobre la creación de un 'certificado de ausencia de riesgo' o 'pasaporte de inmunidad', de cara al control de los pasajeros aéreos en los aeropuertos, la cual se ha llevado a cabo en el ámbito de la UE mediante la implantación del llamado 'Pasaporte COVID-19', sobre el que se volverá *infra*.

[105] Para ampliar información sobre las principales disposiciones de la UE en materia de transporte aéreo y el COVID-19, véase Ripol Carulla (2020).

[106] El Reglamento 1008/2008 ha sido desarrollado mediante la Comunicación de la Comisión Europea de 8 junio de 2017 (Doc. C[2017] 3711 final) por la que se aprueban sus Directrices interpretativas en materia de propiedad y control de las aerolíneas (DOUE C 191, de 16 junio de 2017), y por las directrices interpretativas del mismo Reglamento sobre prestación de servicios públicos obligatorios (artículos 15 y 16 del Reglamento 1008/2008), adoptadas mediante la Comunicación de la Comisión Europea de 8 junio de 2017 (Doc. C [2017] 3712 final; DOUE C 194, de 17 junio de 2017), conocidas como Directrices OSP. Sobre este reglamento, véase Morillas Jarillo *et al.* (2014), Petit Lavall (2012), García Álvarez (2012), Mambrilla Rivera (2013), Pantazi (2010), y Steppler, & Vogler (2010), entre otros autores.

por el que se modifican, a consecuencia de la pandemia del COVID-19, los Reglamentos de Ejecución 1998/2015/UE, de la Comisión Europea, de 5 noviembre de 2015, 103/2019/UE, de la Comisión Europea, de 23 enero de 2019, y 1583/2019/UE, de la Comisión Europea, de 25 septiembre de 2019, en lo que respecta a la nueva designación de las compañías aéreas, los operadores y las entidades que realizan controles de seguridad de la carga y el correo procedentes de terceros países, así como al aplazamiento de determinados requisitos reglamentarios en los ámbitos de la ciberseguridad, la verificación de antecedentes, las normas para los equipos de detección de explosivos y los equipos de detección de trazas de explosivos.

– Comunicaciones de la Comisión Europea al PE y al Consejo COVID-19 (Doc. COM[2020] 115 final, de 16 marzo 2020), sobre la restricción temporal de los viajes no esenciales a la UE (2020), (Doc. COM[2020] 148 final, de 8 abril 2020), sobre la evaluación de la restricción temporal de los viajes no esenciales a la UE (2020), y (Doc. COM[2020] 2050 final, de 8 abril 2020), por la que se adoptan las directrices sobre la aplicación de la restricción temporal de los viajes no esenciales a la UE, sobre la facilitación del régimen de tránsito para la repatriación de los ciudadanos de la UE y sobre sus efectos en la política de visados (2020).

– Comunicación de la Comisión Europea (Doc. C[2020] 2051 final), por la que se adoptan las Directrices COVID-19 relativas al ejercicio de la libre circulación de trabajadores durante la pandemia, y en la que, por ejemplo, se regula el tránsito y la repatriación de viajeros y tripulaciones, entre ellas las de navegación aérea (2020).

– Comunicación de la Comisión Europea (Doc. C[2020] 1753 final), por la que se adoptan las Directrices COVID-19 sobre medidas de gestión de fronteras para proteger la salud y garantizar la disponibilidad de los bienes y de los servicios esenciales (2020).

– Comunicación de la Comisión Europea de 18 marzo 2020 (Doc. C[2020] 1830 final), mediante la cual se adoptan las Directrices interpretativas sobre los Reglamentos de la UE en materia de derechos de los pasajeros en el contexto de la situación cambiante con motivo del COVID-19, y en la cual se establecen los parámetros para una aplicación lo más homogénea posible en todos los Estados miembros de la UE de los diversos reglamentos de protección de los pasajeros en los distintos medios de transporte[107] en la actual situación de pandemia ocasionada por este patógeno, incluido por supuesto el RCAPA[108] (2020).

– Comunicación de la Comisión Europea (Doc. C[2020] 1897 final), por la que se adoptan las Directrices para la puesta en marcha de los "carriles verdes" en el marco de las citadas directrices COVID-19 sobre medidas de gestión de fronteras (2020).

– Comunicación de la Comisión Europea (Doc. C[2020] 2010 final), por la que se adoptan las directrices sobre medidas para facilitar el transporte aéreo de mercancías (2020).

– Comunicación de la Comisión Europea, en cooperación con el Presidente del Consejo Europeo, de 15 abril de 2020, por la que se adopta la llamada hoja de ruta común europea para el levantamiento de las medidas de contención de la COVID-19 (2020).

– Recomendación 648/2020/UE, de la Comisión Europea, de 13 mayo 2020, relativa a los bonos ofrecidos a los pasajeros y a los viajeros como alternativa al reembolso de viajes combinados y servicios de transporte cancelados en el contexto de la pandemia de COVID-19, y que también tiene por objeto la protección de los pasajeros en cualesquiera medios de transporte terrestre, marítimo

[107] Además de la interpretación y aplicación uniforme del RCAPA, esta comunicación contempla también estas mismas interpretación y aplicación en relación con los reglamentos siguientes: Reglamento 1371/2007/CE, del PE y del Consejo, de 23 octubre de 2007, sobre derechos y obligaciones de los viajeros por ferrocarril (RDOVF), Reglamento 181/2011/UE, del PE y del Consejo, de 16 febrero de 2011, sobre derechos de los viajeros de autobús y autocar (RDVAA), y por el que se modifica el Reglamento 2006/2004/CE, del PE y del Consejo, de 27 octubre de 2004, sobre la cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de aplicar la legislación de protección de los consumidores (RCPC) (sobre ambos Reglamentos, véase Guillén Caramés [2014]) y finalmente, el Reglamento 1177/2010/UE, del PE y del Consejo, de 24 noviembre de 2010, sobre derechos de los pasajeros que viajan por mar y por vías navegables (RDPMVN), y por el que se modifica igualmente el citado Reglamento 2006/2004/CE (sobre el Reglamento 1177/2010/UE, véase Petit Lavall [2013]).

[108] Sobre estas directrices, véase Ripol Carulla (2020), pp. 86-90, Fernández Rozas (2020), Vassallo (2020), y Álvarez Ambrosio (2020), entre otros autores.

o aéreo[109] en el referido contexto y ante la práctica generalizada de emisión de estos bonos (2020).

– Comunicación de la Comisión Europea (Doc. C[2020] 3139 final), por la que se adoptan las Directrices COVID-19 sobre el restablecimiento progresivo de los servicios de transportes y la conectividad (2020).

– Comunicación de la Comisión Europea al PE y al Consejo (Doc. COM[2020] 399 final, de 11 junio 2020), sobre la tercera evaluación de la aplicación de la restricción temporal de los viajes no esenciales a la UE (2020).

– Recomendación de la Comisión Europea 2020/2243/UE, de 22 diciembre 2020, sobre un enfoque coordinado en materia de viajes y transportes en respuesta a la nueva variante de SARS-COV-2 detectada en el Reino Unido (2020).

b. Normativa interna española

– Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 (2020).

– Real Decreto-Ley 26/2020, de 7 julio, de medidas de reactivación económica para hacer frente al impacto del COVID-19 en los ámbitos de transportes y vivienda[110] (2020).

– Real Decreto-Ley 35/2020, de 22 diciembre, de medidas urgentes de apoyo al sector turístico, la hostelería y el comercio y en materia tributaria (2020).

– Ley 2/2021 de 29 marzo, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (2021).

– Orden Ministerial de 3 mayo de 2020, por la que se dictan instrucciones sobre la utilización de mascarillas en los distintos medios de transporte y se fijan requisitos para garantizar una movilidad segura de conformidad con el plan para la transición segura hacia una nueva normalidad (2020).

– Resolución de la Dirección de la Agencia Estatal de Seguridad Aérea (AESA) del Reino de España de 9 julio de 2020, por la que se aprueban las Directrices operativas para la gestión de pasajeros aéreos y personal de aviación con relación a la pandemia Covid-19[111] (2020) (en adelante, DOGPA), actualizada por las posteriores Resoluciones del mismo órgano de 20 noviembre de 2020, 17 diciembre de 2020, 21 julio de 2021 y 2 noviembre de 2021[112].

c. Otras disposiciones

– Comunicado de la IATA número 66, de 24 agosto de 2020, sobre las sanciones para los viajeros que rehúsen llevar mascarilla[113].

– Material de la IATA de Orientación General para las Operaciones en Cabina de Pasajeros Durante y Post-Pandemia (Edición núm. 4, de 8 septiembre 2020)[114].

Se trata, pues, de un ingente cúmulo de normas de muy diverso tipo y aún más variados contenidos que inciden en casi la práctica y completa totalidad de las distintas facetas y actividades vinculadas al transporte aéreo en toda su amplitud y extensión.

---

109 Por tanto, esta Recomendación, además de versar sobre el RCAPA, va igualmente referida a los diferentes Reglamentos de la UE a este respecto, cit. *supra* en la n. 107.

110 Especialmente en su Capítulo II, "Medidas en el sector del transporte aéreo" (arts. 2-7), que se vio desarrollado inicialmente por las DOGPA, cit. *infra* a continuación, con todas sus sucesivas actualizaciones posteriores (vid. *infra*). Para un comentario detallado de las primeras acciones seguidas y las normas básicas promulgadas por el Gobierno de España en esta materia, véase Ripol Carulla (2020).

111 Las DOGPA traen causa, a su vez, de la versión de estas mismas Directrices Operativas adoptadas en el marco de la UE por la EASA (vid. *supra* n. 61) conjuntamente con el Centro Europeo para la Prevención y el Control de Enfermedades (ECDC en adelante, por sus siglas en lengua inglesa) el 30 junio 2020, con su Anexo sobre las "Directrices para las pruebas de COVID-19 y la cuarentena de los viajeros aéreos", de 2 diciembre de 2020 (EASA ECDC COVID-19 Aviation Health Safety Protocol. Operational Guidelines for the management of air passengers and aviation personnel in relation to the COVID-19 pandemic, and Guidelines for COVID-19 testing and quarantine of air travellers; Addendum to the Aviation Health Safety Protocol, en sus respectivas versiones en lengua inglesa, ambas disponibles en https://www.easa.europa.eu/document-library/general-publications).

112 De este modo, las DOGPA que desarrollan actualmente el referido Cap. II, Medidas en el sector del transporte aéreo (arts. 2-7) del Real Decreto Ley 26/2020, igualmente cit. *supra* en la n. anterior, son las aprobadas mediante la más reciente de las citadas Resoluciones de la AESA, de 2 noviembre 2021, puesto que las sucesivas actualizaciones posteriores de 2020 y 2021, cit. *supra*, más que actualizar, dan lugar a la sustitución de las Directrices precedentes por sus nuevas versiones, de forma que se aplica la más reciente de ellas, como ya se ha indicado.

113 Disponible en lengua española en http://www.iata.org

114 Disponible en lengua española en http://www.iata.org

2. La incidencia de esta pandemia en los títulos documentales en los contratos de transporte aéreo de personas y de mercancías

Como no podía ser de otra manera, esta incidencia global por la normativa promulgada para frenar la expansión del COVID-19 en el sector del transporte aéreo, aparte de otras muchas repercusiones de todo tipo en los ámbitos económico y sanitario, ha llegado también hasta el régimen de los títulos documentales en los contratos de transporte aéreo de personas y de mercancías, como a los restantes ámbitos de dicho sector. No obstante, pese a no poderse mantener en buena lógica que tales títulos no se hayan visto alcanzados por dicha normativa, lo cierto es que las repercusiones en este punto han sido mínimas o, cuando menos, mucho más limitadas que en otros ámbitos del transporte aéreo en los que los efectos de esta pandemia se han dejado sentir con toda su crudeza. De esta forma, y salvo excepciones muy puntuales[115], en modo alguno se han visto afectadas en su configuración básica figuras como el billete de transporte, el talón de equipajes y la tarjeta de embarque en el contrato de transporte aéreo de personas; o como la carta de porte aéreo (o el talón de transporte de la LNA española) o el documento relativo a la naturaleza de la carga en el contrato de transporte aéreo de mercancías. Únicamente se observan alusiones aisladas a algunos de entre estos documentos en algunos apartados muy concretos de las disposiciones antes enumeradas y más en relación con los títulos en el contrato de transporte aéreo de personas que en lo que hace a la documentación en el transporte aéreo de mercancías, respecto de la cual las consecuencias de la pandemia han resultado todavía más reducidas. Así, por ejemplo, se recalca y hasta se refuerza la obvia necesidad de que los pasajeros aéreos accedan, no sólo a la prestación de los servicios de transporte aéreo, sino a las propias terminales aeroportuarias, siempre provistos de un billete o tarjeta de embarque válidos en las seis horas anteriores a la salida prevista del vuelo, salvo que se trate de acompañantes estrictamente necesarios para pasajeros menores de edad, con movilidad reducida u otras causas debidamente justificadas, obviamente con la finalidad de prevenir aglomeraciones masivas de personas que puedan contribuir al contagio del COVID-19[116]. Sin embargo, la naturaleza, estructura y funcionamiento del billete de transporte o de la tarjeta de embarque no se ven modificados o condicionados en sus parámetros habituales ya expuestos con anterioridad.

Siendo formalmente correcto *ab initio* este planteamiento, lo cierto es que no ir más allá del mismo representaría una visión muy sesgada y parcial de la situación creada por la pandemia en lo tocante a la documentación en el contrato de transporte aéreo de personas, puesto que existen algunos aspectos muy concretos en los que sí que se puede percibir con una mayor nitidez una incidencia algo más significativa del COVID-19 en este punto. Pues bien, tales aspectos vienen a ser esencialmente los que van a ser sucintamente descritos a renglón seguido.

a. El incremento de la digitalización documental

La pandemia ha dado lugar al fomento y la potenciación hasta el extremo del uso de todo tipo de dispositivos electrónicos sin contacto (o '*contactless*' en lengua inglesa) en las instalaciones aeroportuarias, obviamente con la finalidad de reducir todo tipo de toques y roces con las diversas superficies materiales que, de un modo u otro, pudieran dar lugar a la transmisión de este patógeno[117]. Pues bien, es evidente que todo ello ha redundado en un nuevo elemento para incrementar aun en mayor medida la ya de por sí masiva emisión de billetes de transporte aéreo de personas, de talones de equipajes, en su caso, y de tarjetas de embarque en soporte única y exclusivamente digital, como así ha sido en la práctica. En suma, pues, la pandemia va a contribuir a la progresiva superación del soporte-papel en este ámbito, si bien está por ver si se trata de una circunstancia meramente pasajera y coyuntural (lo que parece sumamente improbable, pero tampoco se puede descartar por completo) o si este nuevo avance en la exclusión de este medio material de los títulos documentales en el contrato de transporte aéreo de personas se revela permanente y hasta definitivo.

[115] Tales excepciones dependerán en particular de las disposiciones nacionales aplicadas en cada país, puesto que, pese a su conveniencia, no ha habido una respuesta global y coordinada frente a la pandemia del COVID-19, y tampoco ha sido así en el sector del transporte aéreo; de ahí que una de las principales labores de la OACI y de la IATA en este contexto haya consistido en incluir en su página web las diferentes medidas adoptadas por cada Estado en relación con este medio, como ya se indicó *supra* en la n. 101.

[116] Véase, por ejemplo, el primer punto del subap. i), ap. a), ep. 1) de la Parte, "Normas de obligado cumplimiento", y el ep. "Objetivo de la Parte Consideraciones para la gestión de pasajeros en el aeropuerto", del Anexo 1 "Material de orientación", de las DOGPA en su vigente versión de diciembre de 2020, cit. *supra* en las n. 111 y 112.

[117] Véase, por ejemplo, el tercer subap. iii), ap. b), ep. 1) de la Parte, Normas de obligado cumplimiento, y el ep. "Check-in y embarque de la Parte Consideraciones para la gestión de pasajeros en el aeropuerto", del Anexo 1 "Material de orientación", de las DOGPA en su vigente versión de diciembre de 2020, cit. *supra* en las n. 111 y 112.

b. La creciente documentación exigible

Se ha producido igualmente un notable incremento de títulos documentales adicionales de carácter no mercantil e inicialmente ajenos al contrato de transporte aéreo de personas. Estos son, sin embargo, imprescindibles para el pasajero de cara al acceso a la prestación de los servicios reales y efectivos de transporte por parte de la compañía aérea, o bien imperativamente impuestos como un deber adicional para tales compañías, además de los ya previamente existentes en virtud de la normativa sucintamente comentada con anterioridad. De este modo, además del cumplimiento de las obligaciones documentales habituales, los pasajeros deben acudir al aeropuerto provistos de otro tipo documentos, en concreto alguno (con carácter obviamente alternativo y nunca cumulativo) de los tres siguientes:

– El certificado de vacunación expedido por las autoridades sanitarias de dicho Estado para acreditar el estricto cumplimiento de las pautas de vacunación e inmunización frente al COVID-19 en el Estado miembro de salida. En concreto, es decir, lo que se ha dado en denominar el 'pasaporte COVID-19', habitualmente emitido en soporte digital, aunque también admisible en soporte-papel (Reglamento 2021/953/UE, 2021, art. 3, num. 1).

– En su defecto, se exige la exhibición del llamado 'certificado de prueba diagnóstica'. Esto es, la superación favorable, bien de una prueba diagnóstica de infección activa[118] o bien una prueba rápida de antígenos (Reglamento 2021/953/UE, 2021, art. 3, num. 1, lit. b), y descartar así que se hayan contagiado de este virus[119]. Sin embargo, ambos documentos se ven muy limitados en cuanto a su plazo de caducidad (habitualmente de 48 o 72 horas, pero dependiendo siempre de lo que dispongan las autoridades sanitarias nacionales en cada Estado miembro[120]), lo que provoca numerosos problemas en caso de grandes retrasos en la salida del vuelo por otras causas[121].

– También se puede exhibir el llamado 'certificado de recuperación', una vez más emitido por las autoridades sanitarias del Estado miembro competente, y en virtud del cual se acredita que, tras un resultado positivo en COVID-19, el titular de este documento se ha recuperado de dicha infección (Reglamento 2021/953/UE, 2021, art. 3, num. 1, lit. c).

Además, el documento de que se trate de entre los tres recién enumerados debe ir acompañado del denominado 'Formulario de Control Sanitario', previamente cumplimentado por el pasajero[122]. Y, por ende, en otro orden de cosas, el transportista aéreo debe asimismo rellenar otros formularios de salud pública para localizar pasajeros, como ya puede colegirse de su propia denominación, orientados al control del pasaje para llevar a cabo las oportunas labores de seguimiento de contactos personales de proximidad (habitualmente denominados 'contactos estrechos') en caso de detectarse algún pasajero contagiado de COVID-19 en un determinado vuelo[123]. Se observa así un aumento muy significativo de la carga burocrática que pasa a gravitar sobre los pasajeros y los transportistas aéreos, que puede dar lugar a nuevos problemas en lo que hace a la determinación de las circunstancias que puedan justificar o no la denegación

[118] En un momento inicial, esta prueba diagnóstica iba referida a la conocida habitualmente como PCR, por sus siglas en lengua inglesa, '*Polymerase Chain Reaction*' o 'Reacción en Cadena de la Polimerasa', pero en la actualidad se vincula a las pruebas de amplificación de ácido nucleico molecular (designadas como NAAT por las siglas de la locución en lengua inglesa '*Nucleic Acid Amplification Test*'), utilizadas para detectar la presencia del ácido ribonucleico (ARN) del virus. Asímismo, véase el ep. "Desembarque" de la parte Gestión de pasajeros de llegada y en tránsito, del Anexo 1 "Material de orientación", de las DOGPA en su vigente versión de diciembre de 2020, cit. *supra* en las n. 108 y 109.

[119] Véase, asimismo el ep. "Desembarque" de la parte "Gestión de pasajeros de llegada y en tránsito", del Anexo 1 "Material de orientación", de las DOGPA en su vigente versión de diciembre de 2020, cit. *supra* en las n. 108 y 109.

[120] Es lo que, por desgracia, sucedió en el aeropuerto español de Madrid-Barajas Adolfo Suárez por las inclemencias climatológicas a las que ha dado lugar en enero de 2021 la borrasca subtropical denominada 'Filomena', ya que el bloqueo de las pistas de despegue y aterrizaje en las cuatro terminales de este aeropuerto ha generado retrasos de varios días y así, la caducidad de las pruebas PCR de muchos pasajeros por estos motivos.

[121] En España, se establece un plazo de 48 horas en el ap. séptimo de la Resolución de la Dirección General de Salud Pública del Ministerio de Sanidad de 4 junio de 2021, relativa a los controles sanitarios a realizar en los puntos de entrada de España.

[122] Véase, de nuevo el ep. "Desembarque" de la Parte "Gestión de pasajeros de llegada y en tránsito", del Anexo 1 "Material de orientación", de las DOGPA en su vigente versión de diciembre de 2020, cit. *supra* en las n. 108 y 109. En este ep. se alude a las direcciones electrónicas habilitadas por el Ministerio de Sanidad del Reino de España para descargar el formulario en cuestión, disponible en https://www.mscbs.gob.es y https://www.spth.gob.es

[123] Véase, por ejemplo, el Anexo 3 "Formulario de Salud Pública" para localizar pasajeros, de las DOGPA en su vigente versión de diciembre de 2020, cit. *supra* en las n. 108 y 109, en el que, obviamente, se reproduce íntegramente dicho formulario.

de embarque por parte la compañía aérea y que vienen a sumarse al ya extenso elenco de los ya existentes de antemano[124].

c. Especial referencia a los bonos por cancelación de vuelo

En este complejo contexto de incremento documental derivado de la pandemia ha surgido un nuevo título documental de carácter mercantil en el transporte aéreo de pasajeros, a saber, los bonos que pueden emitir las compañías aéreas para serles ofrecidos a los pasajeros perjudicados por la cancelación de sus vuelos en el contexto de la pandemia del COVID-19 como alternativa al reembolso del importe del billete de transporte. En nuestro ordenamiento, estos bonos se regulan en el artículo 36 del Real Decreto Ley 11/2020, y, sobre todo, en la Recomendación 648/2020/UE, cuyos fines más básicos han sido, de un lado, la regulación de la emisión de tales bonos por parte de las compañías aéreas para prevenir posibles abusos e irregularidades en esta materia y, de otro, su aplicación homogénea en todos los diferentes Estados miembros de la UE. En suma, se trata de prevenir posibles riesgos y abusos en esta opción, siendo como es legalmente admisible[125], habida cuenta de su obvia utilidad para compensar la eventual falta de liquidez de las compañías aéreas y las agencias de viajes la emisión de este tipo de bonos y su ofrecimiento a los pasajeros y viajeros como alternativa al reembolso del importe de los billetes aéreos o de los viajes combinados, e incluso de hacer más atractiva para el público esta posibilidad (Recomendación 648/2020/UE, 2020, apartados 9-15). A tales efectos, se establece, en el punto 1 de esta Recomendación, como principio fundamental la necesaria aceptación voluntaria por parte del pasajero de los bonos emitidos por el transportista aéreo, de forma que tales bonos pueden ser rechazados y se puede exigir el reembolso en efectivo a la elección libérrima del pasajero. Asimismo, se determina en el punto 2 de esta Recomendación que estos bonos deben de estar protegidos de manera suficientemente eficaz y sólida contra la posible insolvencia del transportista aéreo o del organizador de viajes combinados[126], al menos en algunos supuestos[127]. Y se precisa en el punto 4 de esta Recomendación la necesaria cooperación que deben prestarse las partes interesadas en lo tocante a estos bonos, sobre todo en cuanto a la información que deben remitirse entre si el transportista aéreo y del organizador de viajes combinados cuando un pasajero o un viajero acepten dichos bonos (2020). Ni que decir tiene que se trata de disposiciones muy relevantes, pero el núcleo esencial de esta Recomendación aparece sus puntos 3 a 12 (2020), en los que se delimitan las características recomendadas para estos bonos, las cuales vienen a ser las siguientes:

– Los bonos deben de tener un periodo mínimo de validez de doce meses y deben permitir al pasajero recuperar su importe a más tardar en un plazo máximo de catorce días después de la expiración de su validez, tanto si se trata del reembolso total de ese importe o como si fuese parcial, por haberse utilizado tan sólo una parte de los servicios incorporados a dichos bonos (punto 3).

– Si los bonos tuviesen una validez superior a doce meses, los pasajeros podrán solicitar el reembolso de su importe como muy tarde a los doce meses de su emisión o incluso en cualquier momento posterior. Opcionalmente, se podrá ofrecer a los pasajeros la posibilidad de solicitar dicho reembolso antes de transcurridos los doce meses desde la emisión de estos bonos (punto 4).

– Los pasajeros deben poder pagar con estos bonos cualesquiera nuevas reservas realizadas antes de la fecha de su expiración, incluso si el pago o el servicio tienen lugar tras esa fecha, y cualesquiera servicios de transporte o viaje combinado ofertados por el operador aéreo o el organizador (puntos 5 y 6).

– En la medida de lo posible, los transportistas aéreos deben garantizar que los bonos permitan a los pasajeros viajar en la misma ruta y con las mismas condiciones de servicio de una calidad equivalente al del contrato ya terminado (punto 7).

– Los transportistas aéreos pueden ampliar las posibilidades de uso de estos bonos para reservas con otras entidades del mismo grupo de empresas (punto 8).

[124] Al respecto, véase de nuevo el caso Blue Air, cit. *supra* en la n. 44.

[125] Véase, de nuevo el artículo 7.3 *in fine* RCAPA.

[126] Sobre la insolvencia del transportista aéreo y las garantías frente a tal insolvencia, véase Steppler, & Vogler (2010), y Marco Arcalá (2017).

[127] En el tenor literal del punto 2 de esta Recomendación se indica que deben contar necesariamente con esta protección contra la insolvencia los bonos que reúnan las características descritas en los puntos 3 a 12 de esta misma recomendación, que van a ser sucintamente enumerados a continuación.

– Si el servicio de transporte cancelado hubiese sido reservado a través de una agencia de viajes o de otro intermediario, se debe de autorizar que los bonos emitidos puedan ser utilizados a través de la misma agencia o del mismo intermediario (punto 9).

– Los bonos emitidos deben de ser transferibles a otros pasajeros sin coste adicional alguno, aunque no se especifica nada sobre las vías para llevar a cabo tal transferencia, (punto 10).

– Opcionalmente, los bonos emitidos podrían tener un valor superior al importe de los pagos efectuados por el servicio de transporte inicialmente reservado, bien mediante una cantidad fija adicional o prestando otros servicios (punto 11).

– Como menciones mínimas e imprescindibles, los bonos deben de indicar su periodo de validez y especificar todos los derechos vinculados a ellos (aunque esta Recomendación no excluye que pudiera probarse fehacientemente la existencia de derechos adicionales por cualesquiera medios admisibles en derecho), y expedirse en un soporte duradero, bien en correo electrónico o en soporte-papel, por lo que pueden verse emitidos de esta última forma o en soporte digital (punto 12).

Como colofón, sólo queda recalcar que, como ya ha quedado bien patente hasta la fecha, la pandemia del COVID-19 ha creado un escenario de una intensa incertidumbre, en el que la evolución de la transmisión del patógeno puede obligar a las autoridades competentes a adoptar nuevas medidas para prevenirla y reducirla. Por ello, la situación en el transporte aéreo puede cambiar en plazos excepcionalmente breves, lo cual podría, como no, afectar igualmente a la documentación relacionada con los contratos de transporte aéreo de personas y de mercancías.

IV. CONSIDERACIONES ADICIONALES Y PERSPECTIVAS DE FUTURO

A tenor de todo lo expuesto, es evidente que la documentación mercantil en los contratos de transporte aéreo de personas y de mercancías se halla en una situación tan crucial como interesante. En primer lugar, por los continuos avances en un proceso de evolución que se revela imparable y que sin duda está aportando mejoras en el funcionamiento de tales contratos a partir de fenómenos como la digitalización de estos documentos, haciendo que resulten más rápidos y ágiles, y menos farragoso su manejo, e incluso más seguro desde otros puntos de vista, como, por ejemplo, el sanitario, como ha puesto de manifiesto la pandemia del COVID-19.

No obstante, este proceso choca todavía con inconvenientes nada desdeñables, como, por ejemplo, la obsolescencia sobrevenida del marco normativo de estos títulos documentales en su regulación nacional y supranacional, y en los principales convenios internacionales sobre el transporte aéreo, en especial en lo referente a su referida digitalización[128], así como las obvias dificultades en la práctica para el cumplimiento real y efectivo de algunas normas de protección del pasajero, como las relativas a la emisión de bonos de reembolso de los billetes de transporte aéreo de personas en casos de cancelaciones masivas a causa de la pandemia del COVID-19. Con todo, quizá la cuestión más llamativa a este respecto es la relativa consolidación de tendencias ya muy bien definidas en los documentos mercantiles en los contratos de transporte aéreo de personas y de mercancías, como son su repetida transformación desde el soporte-papel hacia su desmaterialización en un soporte electrónico, de un lado, y la progresiva superación de su configuración como títulos representativos de las mercancías para pasar a ser documentos meramente probatorios de tales contratos, de otro. La evolución actual de estos documentos se va articulando en torno a estas directrices, especialmente en el transporte aéreo de ámbito internacional. Sin embargo, se observa una notable contradicción entre este carácter global de tales directrices y la pervivencia de numerosos localismos con los que choca su implantación real y efectiva, dependiendo de países, de entidades regionales e incluso en ocasiones de los concretos aeropuertos de salida o de destino de los transportes aéreos de personas o de mercancías[129].

Pues bien, si algo ha quedado bien patente tras el estallido de la pandemia del COVID-19 es la necesidad de superar semejantes incongruencias y bus-

[128] En este sentido, véase a Marco Arcalá (2019), p. 648.

[129] Por ejemplo, es lo que sucede en relación con aeropuertos españoles como los de Madrid-Barajas Adolfo Suárez y de Barcelona-el Prat, en los que, como ya se ha indicado *supra* en la n. 86, el funcionamiento de los contratos de transporte aéreo de mercancías se basa en documentos emitidos en soporte-digital. En cambio, en el aeropuerto de Zaragoza, que viene a ser el tercero de España en cuanto al volumen de mercancías transportadas por vía aérea, este funcionamiento sigue estrictamente vinculado al soporte-papel en el que se suelen emitir todos los documentos mercantiles, aduaneros y administrativos propios de este medio de transporte.

car actuaciones comunes y coordinadas que permitan, no sólo afrontar mejor y con más eficacia problemas tan acuciantes como esta enfermedad, sino también evitar que las fronteras territoriales de los Estados vengan a compartimentar un sector que tiende a extenderse por encima de tales barreras. De este modo, se conseguiría que los títulos documentales en los contratos de transporte de personas y de mercancías cuenten con un régimen jurídico más o menos similar en cualquier parte del mundo, contribuyendo así a facilitar el desarrollo y ejecución de tales contratos al margen de posibles incidencias geográficas. Aun tratándose de un objetivo tan lejano como complejo en su consecución, lo cierto es que es esa la dirección en la que se deben aunar todos los esfuerzos disponibles, como de hecho ya se está haciendo. Quedamos, pues, a la espera de que tales esfuerzos rindan sus frutos en un futuro.

BIBLIOGRAFÍA

Agencia Europea de Seguridad Aérea (s.f.). Publicaciones generales. https://www.easa.europa.eu/document-library/general-publications

Alba Fernández, M., García Mandalóniz, M., & Rodríguez De Las Heras Ballell, T. (2006). Electronificación de documentos de transporte aéreo de mercancías: el proyecto e.freight. *Derecho de los Negocios, 17*(184), 23-32.

Álvarez Ambrosio, M. P. (23 de abril de 2020). El COVID-19 viaja en aeronave - Comentario a las Directrices interpretativas sobre los Reglamentos de la UE en materia de derechos de los pasajeros en el contexto de la situación cambiante con motivo de la COVID-19. *El Derecho*. https://elderecho.com/covid-19-viaja-aeronave#

Aragone Coppola, A. (2012). La Convención de Montreal 1999: ¿La nueva Convención de Varsovia? *Revista Brasileira de Direito Aeronáutico e Espacial,* 39-56.

Arroyo Martínez, I. (1993). Reflexiones en torno a los denominados títulos valores impropios y documentos de legitimación. *Revista de Derecho Mercantil* (210), 1189-1242.

(2006) *Curso de Derecho aéreo*. Civitas.

(2016). TÍTULO IV. De los contratos de utilización del buque. Capítulo II. Del contrato de fletamiento. Sección 5ª. Del conocimiento de embarque. Subsección 1ª. Del conocimiento de embarque en soporte papel [artículos 246 a 261]. En I. Arroyo Martínez & J. A. Rueda Martínez (dirs.), *Comentarios a la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima* (pp. 811-867). Aranzadi Thomson Reuters.

Asociación Internacional de Transporte Aéreo (s.f.). IATA. http://www.iata.org

(s.f.). IATA Travel Centre. https://www.iatatravelcentre.com

Bago Oria, B. (2015). El transporte aéreo de pasajeros y el daño moral. En M. V. Petit Lavall, & A. Puetz (dirs.), *La eficiencia del transporte como objetivo de la actuación de los poderes públicos: liberalización y responsabilidad* (pp. 433-455). Marcial Ponds.

Barragán del Rey, S. (20 de abril de 2020). ¿El COVID-19 está siendo *POSITIVO para el MEDIO AMBIENTE en las ciudades?*. AD España. https://www.revistaad.es/arquitectura/articulos/covid-19-esta-siendo-positivo-para-medio-ambiente-ciudades/25725

Carney, P., & de Ros, I. (2002). Conocimientos de embarque electrónicos. *Anuario de Derecho Marítimo,* (19), 201-220.

Casado Iglesias, E. (1996a). La responsabilidad contractual y extracontractual del transportista aéreo (I). *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid* (25), 61-126.

(1996b) La responsabilidad contractual y extracontractual del transportista aéreo (II). *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid* (26), 297-334.

Davara Rodríguez, M. A. (2015). *Manual de Derecho Informático* (11va ed.). Aranzadi.

Eizaguirre Bermejo, J. M. (1982). Bases para una reelaboración de la teoría general de los títulos-valores. *Revista de Derecho Mercantil,* (163), 7-112.

(1996). La opción por el concepto amplio de título-valor. En J. L., Iglesias Prada (coord.), *Estudios homenaje al profesor Aurelio Menéndez* (Vol. 1, pp. 1133-1170). Civitas.

(2003) *Derecho de los títulos-valores*. Civitas.

Paz Martín, J. (2006a). El carácter complementario del Reglamento 261/2004/CE respecto del Convenio de Montreal para la unificación de ciertas reglas del transporte aéreo internacional. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, (1), 1511-1515.

(2006b). *La responsabilidad en el transporte aéreo internacional. De Varsovia (1929) a Montreal (1999)*. Marcial Pons.

Escobar Saavedra, M. (2016). *La contratación electrónica como instrumento jurídico de facilitación en el contrato de transporte aéreo de pasajeros y mercaderías* (Tesis doctoral). Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España.

Fernández Rozas, J. C. (19 de marzo de 2020). Directrices interpretativas sobre los Reglamentos de la UE en materia de derechos de los pasajeros en el contexto de la situación cambiante con motivo de la Covid-19. *El Blog de José Carlos Fernández Rozas.* https://fernandezrozas.com/2020/03/19/directrices-interpretativas-sobre-los-reglamentos-de-la-ue-en-materia-de-derechos-de-los-pasajeros-en-el-contexto-de-la-situacion-cambiante-con-motivo-de-la-covid-19/

Fernández Torres, I. (2005). El transporte aéreo en la jurisprudencia civil y mercantil. En A. Menéndez Menéndez (coord.), *Régimen jurídico del transporte aéreo* (pp. 255-291). Civitas.

Ferrer Tapia, B. (2013). *El contrato de transporte aéreo de pasajeros: sujetos, estatuto y responsabilidad*. Dykinson.

Folchi, M. O. (2015). *Tratado de Derecho aeronáutico y política de la aeronáutica civil* (Vols. 1-2). Astrea.

Fontestad Portalés, L. (2007). *Conocimiento de embarque como título ejecutivo*. Tirant lo Blanch.

Galán Corona, E. (1983). Exportación. Transporte marítimo. Conocimiento de embarque. *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, (2), 515-524.

García Álvarez, B. (2010). La aplicación de los límites de responsabilidad del Convenio de Montreal al daño moral en el transporte de pasajeros (comentario a la STJCE de 6 de mayo de 2010). *Revista de Derecho del Transporte*, (5), 290-296.

(2012). Los derechos de los viajeros en la Unión Europea: a propósito de la Comunicación de la Comisión al parlamento europeo y al consejo de 19 de diciembre de 2011. *Cuadernos de Derecho Internacional, 4*(2), 284-299.

García Sanz, A. (2012). El daño moral en el transporte aéreo de pasajeros. *Revista de Derecho Mercantil*, (286), 191-212.

Garrigues, J. (1951). Los títulos-valores. *Revista de Derecho Mercantil* (36), 205-370.

Girón Tena, J. (1954). Concepto del Derecho Mercantil en derecho Español. *Anuario de Derecho Civil*, *7*(4), 971-1030.

Gómez, H. A. (2020). Reflexiones iniciales sobre la industria aeroespacial ante la crisis del Covid 19 & los derechos del pasajero. https://derechoaeroespacial.org/cont/documentos/publicaciones/covidaereoesp2.pdf

Guerrero Lebrón, M. J. (2003). Nuevas tendencias en la documentación del transporte aéreo de pasajeros: el billete electrónico. *Revista de la Contratación Electrónica*, (38), 3-25.

(2005). *La responsabilidad contractual del porteador aéreo en el transporte de pasajeros*. Tirant lo Blanch.

(2007). La carta de porte aéreo electrónica: una realidad. En A. Madrid Parra, & M. J. Guerrero Lebrón (coords.), *Derecho Patrimonial y tecnología: revisión de la contratación electrónica con motivos del Convenio de las Naciones Unidas sobre Contratación electrónica de 23 de noviembre de 2005 y de las últimas novedades legislativas* (pp. 179-212). Marcial Pons.

(2013a). El contrato de transporte aéreo de mercancías. En G. J. Jiménez Sánchez, & A. Díaz Moreno (coords.), *Derecho Mercantil* (vol. 8: Transportes mercantiles, pp. 479-501). Marcial Pons.

(2013b). Transporte aéreo. En G. J. Jiménez Sánchez, & A. Díaz Moreno (coords.), *Derecho Mercantil* (vol. 8: Transportes mercantiles, pp. 463-477). Marcial Pons.

(Dir.) (2015). *La responsabilidad del transportista aéreo y la protección de los pasajeros*. Marcial Pons.

(2020). Los límites de responsabilidad en el transporte internacional de mercancías. *Revista de Derecho Mercantil*, (318), 63-150.

Guillén Caramés, J. (2014). Los derechos de los usuarios de transportes terrestres por carretera y ferrocarril. En P. Menéndez García (coord.), *Régimen jurídico del transporte terrestre: carreteras y ferrocarril,* (Vol. 2, tomo. II, pp. 29-104). Aranzadi Thomson Reuters.

Guzmán Escobar, J. V. (2003). Aspectos generales del contrato de transporte aéreo interna-

cional de mercancías. *Revista e-mercatoria, 2*(1), 1-14.

Hernández Sainz, E. (2014). La formación de los contratos de transporte. En M. A. Parra Lucán (coord.), *Negociación y perfección de los contratos* (pp. 1005-1058). Aranzadi Thomson Reuters.

Harcar, T., & Yucelt, U. (2012). American Consumer's Attitudes towards Different Airline Companies Channels: A Comparison of transaction Methods. *PASOS: Revista de Turismo y Patrimonio Cultural, 10*(2), 59-68. http://dx.doi.org/10.25145/j.pasos.2012.10.027

Hueck, A., & Canaris, C. W. (1988). *Derecho de los títulos-valor* (J. Alfaro Águila-Real, trad.). Ariel.

Illescas Ortiz, R. (2008). La electronificación integral del contrato de transporte aéreo de pasajeros. *Derecho de los Negocios 9*(214-215), 1-3.

Kamal Qteishat, M., Hmoud Alshibly, H, & Atwah Al-ma'aitah, M. (2014). The impact of e-ticketing technique on customer satisfaction: an empirical analysis. *Journal of Information Systems and Technology Management, 11*(3), 519-532. http://dx.doi.org/10.4301/S1807-17752014000300001

Lozano Romeral, D. (2005). Transporte aéreo. El contrato de transporte. Derechos y deberes. La sobreventa. Las indemnizaciones por retraso. Especial consideración de los minusválidos. Responsabilidad civil y seguros. En A. Menéndez Menéndez (coord.), *Régimen jurídico del transporte aéreo* (pp. 293-321). Civitas.

Luongo, N. E. (2009). El daño moral en el sistema de responsabilidad por el transporte aéreo internacional: un enfoque moderno para nuevas necesidades. *Revista de Derecho del Transporte*, (2), 101-132.

Lyczkowska, K. M. (2012a). La cláusula de "no show" en billetes de ida y vuelta. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, (2), 58-60.

(2012b). Los daños derivados de las contingencias acaecidas en el transporte aéreo del equipaje. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, (2), 63-69.

(2012c). Sentencia de 12 de diciembre de 2011. La validez del enjuiciamiento de las cláusulas relacionadas con el objeto del contrato: la cláusula de "service fee" o cargo por emisión. *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, (89), 551-570.

Mambrilla Rivera, V. M. (2013). Eficacia de la normativa de la Unión Europea en la protección de los usuarios del transporte. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, (6), 205-233.

Mapelli López, E. (1968). *El contrato de transporte aéreo internacional: comentarios al Convenio de Varsovia*. Tecnos.

(2002). Historia de la limitación de la responsabilidad en el transporte aéreo. En A. Cabanillas Sánchez (coord.), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Díez-Picazo* (Vol. 2, pp. 2407-2422). Civitas.

Marco Arcalá, L. A. (2016). La documentación en el contrato de transporte de personas. En M. Zubiri de Salinas (direc.), *El contrato de transporte de viajeros: nuevas perspectivas* (pp. 47-103). Thomson Reuters Aranzadi.

(2017). La protección de los pasajeros frente a la insolvencia del organizador o del transportista aéreo en el Derecho de la Unión Europea. Especial referencia a la directiva de viajes combinados de 2015. *Revista Latino Americana de Derecho Aeronáutico*, (38), 1-32 (LJ-CCCLXXVIII-273).

(2019). La documentación electrónica en el contrato de transporte terrestre de mercancías. *Diritto dei Trasporti*, (2), 603-649.

Martín Osante, J. M. (2013). Cargo económico adicional por emisión del billete electrónico en el transporte aéreo. *Revista de Derecho del Transporte*, (12), 139-158.

Martínez Jiménez, I. (1989). Algunas notas sobre el origen histórico del conocimiento de embarque como título representativo de las mercancías. *Anuario de Derecho Marítimo*, (7), 291-301.

Mendes De Leon, P. (2017). *Introduction to air Law* (10ma ed.). Wolters Kluwer.

Menéndez Menéndez, A. (Coord.) (2005). *El régimen jurídico del transporte aéreo*. Civitas.

Ministerio de Sanidad (s.f.). Ministerio de Sanidad. https://www.mscbs.gob.es

(s.f.). Spain Travel Health. https://www.spth.gob.es

Molins Fernández, A. (2000). *El conocimiento de embarque*. Comares.

Morales Rodríguez, J. R. (2008). El Convenio de Montreal de 1999 y su tratamiento en la Unión

Europea. En M. O. Folchi, M. J. Guerrero Lebrón, & A. Madrid Parra, *Estudios de Derecho Aeronáutico y espacial* (pp. 27-42). Marcial Pons.

Morillas Jarillo, M. J. (2007). La contratación electrónica en el transporte aéreo. En A. Madrid Parra, & M. J. Guerrero Lebrón (coords.), *Derecho Patrimonial y tecnología: revisión de la contratación electrónica con motivos del Convenio de las Naciones Unidas sobre Contratación electrónica de 23 de noviembre de 2005 y de las últimas novedades legislativas* (pp. 117-178). Marcial Pons.

Morillas Jarillo, M. J., Petit Lavall, M. V., & Guerrero Lebrón, M. J. (2014). *Derecho aéreo y del espacio*. Marcial Pons.

Navarro, E., & Olmedo, D. (2020). COVID-19 y la responsabilidad del transportista aéreo. *Revista de Derecho del Transporte*, (25), 494-499.

Navas Herrera, M. F. (2011). La responsabilidad civil del transportador aéreo: régimen legal internacional. *Práctica Derecho Daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, (97), 6-25.

Nin Rial, F. (2009). Análisis de la responsabilidad del transportista aéreo a la luz de la Convención de Montreal 1999. *La Ley Uruguay: legislación jurisprudencia y doctrina*, (3), 276-284.

Organización de Aviación Civil Internacional (s.f.). ICAO. http://www.icao.int

Organización Mundial de Aduanas (s.f.). World Customs Organization. http://www.wcoomd.org

Organización Mundial de la Salud (2005). Reglamento Sanitario Internacional.

Pantazi, T. (2010). Airline Bankruptcy and Consumer Protection in the European Union. *Air and Space Law*, *35*(6), 409-421.

Peláez, M. J. (1984). El conocimiento de embarque en el Derecho histórico español. *Anuario de Derecho Marítimo*, (3), 241-255.

Pellizzi, G. L. (1960). *Studi sui titoli di credito*. CEDAM.

Pérez Millán, D. (2007). El billete de pasaje aéreo: función de legitimación y necesidad del documento para el ejercicio del derecho de transporte. *Revista de Derecho Mercantil*, (263), 231-246.

Petit Lavall, M. V. (2012). El acceso al mercado de transporte aéreo en el ámbito europeo. En M. J. Guerrero Lebrón (coord.), *Cuestiones actuales del derecho aéreo* (pp. 13-36). Marcial Pons.

(2013). El reglamento [UE] núm. 1117/2010 y la protección de los pasajeros que viajan por mar. *Revista de Derecho del Transporte*, (12), 11-29.

Petit Lavall, M. V., & Guerrero Lebrón, M. J. (2010). Transporte aéreo (I). Régimen jurídico. Contrato de transporte aéreo. En F. Martínez Sanz (dir.), & A. Puetz (coord.), *Manual de Derecho del transporte* (pp. 333-350). Marcial Pons.

Pons Rafols, X. (2010). El estatuto jurídico de la IATA en España. Sí, ¿por qué no? pero así, no. *Revista Española de Derecho Internacional*, (62), 283-291.

Pruneddu, G. (2020). Compagnie aeree *low cost.* Nascita, affermazione e prospettive di un modello all´epoca del Covid-19. *Revista de Derecho del Transporte*, (25), 237-252.

Quintana Carlo, I. (1977). *La responsabilidad del transportista aéreo por daños a los pasajeros*. Ediciones Universidad de Salamanca.

Ramírez Otero, L. (2012). El conocimiento de embarque como título valor en el Derecho español (con referencias al ordenamiento peruano). En J. L. García-Pita y Lastres (direc.), M. R. Quintáns Eiras, & A. Díaz de la Rosa (eds.), *Estudios de Derecho marítimo* (pp. 683-704). Aranzadi Thomson Reuters.

Recalde Castells, A. J. (1992). *El conocimiento de embarque y otros documentos del transporte: función representativa*. Civitas.

(1994). El conocimiento de embarque. *Cuadernos de Derecho y Comercio*, (15), 107-148.

(2012). La función representativa del conocimiento de embarque en las reglas de Rotterdam. En D. Pérez Millán, S. Solernou Sanz (coords.), L. Fernández de la Gándara, J. M. Embid Irujo, A. Recalde Castells, & F. J León Sanz (eds.), *Liber Amicorum Prof. José María Gondra Romero* (pp. 395-418). Marcial Pons.

Rojo Fernández-Río, Á. (2014). Los títulos valores. En A. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Hacia un nuevo Código Mercantil* (pp. 583-594). Aranzadi Thomson Reuters.

Ripol Carulla, S. (2020). COVID-19 y transporte aéreo (del 9 de marzo al 30 de abril de 2020). *Revista general de Derecho Administrativo*, (54), 1-102.

Rojo Álvarez-Manzaneda, C. (2015a). La posición de las compañías aéreas en la regulación de la responsabilidad del transporte aéreo de pasajeros. El cauce seguido para la uniformización del Derecho mercantil internacional. *Revista de Derecho del Transporte*, (15), 131-149.

(2015b) Régimen jurídico: del sistema de Varsovia al Convenio de Montreal. En M. J. Guerrero Lebrón (direc.), *La responsabilidad del transportista aéreo y la protección de los pasajeros* (pp. 25-58). Marcial Pons.

Sáez Álvarez, P. (2020). El conocimiento de embarque en soporte electrónico en la Ley de Navegación Marítima de 2014. Revista de Derecho del Transporte, (25), 279-311.

Sánchez Calero, F. (1979). Evolución y perspectivas del régimen de los títulos valores (letra de cambio, cheque y otros títulos). En Jornadas sobre *la reforma de la legislación mercantil* (pp. 219-268). Civitas.

Salerno, F. (2020). Air transport and digital technologies. *Revista de Derecho de Transporte*, (25), 79-96.

Sierra Arias, E. (2020). ¿Cómo será el mundo después del coronavirus?. En A. Vázquez Atochero, & S. Cambero Rivero (coords.) *Reflexiones desconfinadas para la era posCOVID-19,* (pp. 247-263). AnthropiQa 2.0.

Sierra Noguero, E. (2020) *Manual de Derecho Aeronáutico*. Tirant Lo Blanch.

Steppler, U., & Vogler, R. (2012). Airline Insolvency Protection - A justified form of relief or the next level of "consumerism". *Air and Space Law*, (37), 359-368. http://dx.doi.org/10.54648/AILA2012024

Tamayo Jaramillo, J. (1991). *El contrato de transporte: Terrestre y aéreo, de pasajeros y de mercancías, interno e internacional*. Temis.

Valenzuela Garach, F. (1996). Valores negociables, títulos-valores y atipicidad. En J. L., Iglesias Prada. (coord.), *Estudios homenaje al profesor Aurelio Menéndez* (Vol. 1, pp. 1389-1417). Civitas.

Vassallo, C. M. (2015). Nuevos desarrollos del Contrato de Carga Aérea. *Revista Latino Americana de Derecho Aeronáutico*, (25), 1-11. IJ-LXXIX-719. http://www.rlada.com/

(20 de marzo de 2020). *Comentario a las Directrices interpretativas sobre los Reglamentos de la UE en materia de derechos de los pasajeros en el contexto de la situación cambiante con motivo de la COVID-19 (2020/C 89 I/01)*. Centro de Estudios de Derecho Aeronáutico y Espacial [CEDAE]. https://cedaeonline.com.ar/2020/03/20/comentario-a-las-directrices-interpretativas-sobre-los-reglamentos-de-la-ue-en-materia-de-derechos-de-los-pasajeros-en-el-contexto-de-la-situacion-cambiante-con-motivo-de-la-covid-19-2020-c-89-i-01/

Vaselli, M. (1958). *Documenti di legittimazione e titoli impropri*. Giuffrè.

Vaselli, M., & Martorano, F (1994), *Titoli di credito,* (2da ed.). Giuffrè.

Vázquez Atochero, A. (2020). Del COVID-19 al covid 2,0: el virus es el mensaje. En Grupo de Investigación Corona Social (coord.), *COVID-19. Caos 2.0: Covid-19 Caos 2.0: Ensayos desconfinados. Ideas de debate para la post pandemia* (pp. 11-34). AntropiQa 2.0.

Vicente & Gella, A. (1986), *Los títulos de crédito en la doctrina y en el derecho positivo* (reimpresión de la 1ra ed.). Institución Fernando el Católico.

Zubiri De Salinas, M. (2005). 1804. SENTENCIA DE 15 DE JUNIO DE 2004: Fletamento por viaje y contrato de transporte de mercancías bajo conocimiento de embarque. Embargo de las mercancías transportadas por el fletador por viaje por parte del fletante. Tercería de dominio planteada por los propietarios de las mercancías bajo documentos calificados en la sentencia como conocimientos de embarque. *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, (67), 379-396.

(2007a). 1961 SENTENCIA DE 22 DE MARZO DE 2006: Reclamación de cantidad fundada en un contrato de transporte de mercancías en régimen de conocimiento de embarque por parte de la destinataria de las mercancías contra la porteadora y la consignataria del buque en el puerto de destino. Condición de comisionista o agente de la consignataria, por lo que no es responsable frente a la destinataria del contrato de transporte por incumplimiento del porteador. Desestimación de la litispendencia impropia. *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, (73), 433-452.

(2007b). 1974 SENTENCIA DE 22 DE MARZO DE 2006: Reclamación de cantidad fundada en un contrato de transporte de mercancías en régimen de conocimiento de embarque por parte

de la destinataria de las mercancías contra la porteadora y la consignataria del buque en el puerto de destino. Condición de comisionista o agente de la consignataria, por lo que no es responsable frente a la destinataria del contrato de transporte por incumplimiento del porteador. Desestimación de la litispendencia impropia. El conocimiento de embarque como título de tradición atribuye la condición de poseedor mediato de las mercancías. *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, (74), 673-692.

(2017). El contrato de pasaje. En A. Bercovitz Rodríguez-Cano & M. A. Calzada de Conde (dirs.), *Contratos Mercantiles* (t. II, pp. 252-315). Aranzadi Thomson Reuters.

Zunarelli, S., & Commenale Pinto, M. M. (2013). *Manuale di diritto della navigazione e dei trasporti* (2da ed.). Cedam.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Caso C-112/11, ebookers.com Deutschland GmbH c. Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände — Verbraucherzentrale Bundesverband eV, ECLI:EU:C:2012:487, (jul. 19, 2012).

Caso C-584/18, *D. Z. c. Blue Air - Airline Management Solutions SRL,* ECLI:EU:C:2020:324, (abr. 30, 2020).

Caso C-686/20, YE *et al.* c. Vueling Airlines, ECLI:EU:C:2021:859**,** (oct. 11, 2021).

Código aduanero de la Unión, D.O.U.E., oct. 9, 2013 (UE).

C.C., B.O.E. n. 206, jul. 24, 1889 (España).

C. Com., B.O.E. n. 289, ene. 1, 1885 (España).

Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas, Oct. 12, 2016 (UE).

Commission notice of 8.6..2017: Interpretative guidelines on Regulation (EC)1008/2008 - Rules on Ownership and Control of EU air carriers, COM (2017) 3711 final (jun. 8, 2017).

Comunicación de la comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones, COM (2020) 784 final (jun. 2, 2021).

Comunicación de la comisión al Parlamento europeo, al Consejo europeo y al Consejo COVID-19: Restricción temporal de los viajes no esenciales a la UE, COM (2020) 115 final (mar. 16, 2020).

*Comunicación de la comisión al Parlamento europeo, al Consejo europeo y al Consejo sobre la evaluación de la aplicación de la restricción temporal de los viajes no esenciales a la UE***,** COM (2020) 148 final (abr. 8, 2020).

Comunicación de la Comisión: Directrices interpretativas del Reglamento (CE) n.o 1008/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo — Normas sobre propiedad y control de las compañías aéreas de la UE, COM (2017) (jun. 16, 2017).

Comunicación de la Comisión: Estrategia en materia de política de los consumidores 2002-2006, COM (2002) 208 final (may. 7, 2002).

Comunicación de la Comisión: Perspectiva europea sobre los pasajeros y sobre los derechos de los pasajeros en todos los modos de transporte, COM (2011) 898 final (dic. 19, 2011).

Communication from the Commission: A strategy for smart, sustainable and inclusive growth, COM (2010) 2020 final (mar. 3, 2010).

Communication from the Commission on the implementation of the Green Lanes under the Guidelines for border management measures to protect health and ensure the availability of goods and essential services, COM (2020) 1897 final (mar. 23, 2020).

Communication from the Commission: Commission Notice - Interpretative Guidelines on EU passenger rights regulations in the context of the developing situation with Covid-19, COM (2020) 1830 final (mar. 18, 2020).

Communication from the Commission: COVID-19: Guidelines on the progressive restoration of transport services and connectivity, COM (2020) 3139 final (may. 13, 2020).

Communication from the Commission: Guidelines concerning the exercise of the free movement of workers during COVID-19 outbreak, COM (2020) 2051 final (mar. 30, 2020).

Convenio de Aviación Civil Internacional (Convenio de Chicago), dic. 7, 1944.

Convenio para la unificación de ciertas reglas del transporte aéreo internacional (Convenio de Varsovia), oct. 12, 1929.

COVID-19 Guidelines for border management measures to protect health and ensure the availability of goods and essential services, COM (2020) 1753 final (mar. 16, 2020).

Decisión del Consejo 2001/539/CE, Sobre la celebración por la Comunidad Europea del Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional (Convenio de Montreal) (D.O., 2001, L 194).

Hoja de ruta hacia un espacio único europeo de transporte: por una política de transportes competitiva y sostenible, COM (2011) 144 final (mar. 28, 2011).

La política europea de transportes de cara al 2010: la hora de la verdad, COM (2001) 370 final (sept. 12, 2001).

Ley 48/1960, Navegación Aérea (B.O.E., 1960, 48) (Esp.).

Ley 7/1998, Condiciones generales de la contratación (B.O.E., 1998, 7) (Esp.).

Ley 34/2002, Servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (B.O.E., 2002, 21) (Esp.).

Ley 21/2003, Seguridad Aérea (B.O.E., 2003, 21) (Esp.).

Ley 59/2003, Firma electrónica (B.O.E., 2003, 59) (Esp.).

Ley 56/2007, Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información (B.O.E., 2007, 56) (Esp.).

Ley 2/2021, Medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (B.O.E., 2021, 2) (Esp.).

Orden EHA/1217/2011, de 9 de mayo, por la que se regula el procedimiento de entrada y presentación de mercancías introducidas en el territorio aduanero comunitario y la declaración sumaria de depósito temporal, así como la declaración sumaria de salida y la notificación de reexportación en el marco de los procedimientos de salida de las mercancías de dicho territorio (B.O.E., 2011, 116) (Esp.).

Orden TMA/384/2020, de 3 de mayo, por la que se dictan instrucciones sobre la utilización de mascarillas en los distintos medios de transporte y se fijan requisitos para garantizar una movilidad segura de conformidad con el plan para la transición hacia una nueva normalidad (B.O.E., 2020, 123) (Esp.).

Real Decreto 2047/1981, Normas a seguir en caso de anulación de plazas y reembolso de billetes en el transporte aéreo (B.O.E., 1981, 2047) (Esp.).

Real Decreto Legislativo 1/2007, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (B.O.E., 2007, 287) (Esp.).

Real Decreto Ley 11/2020, Medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 (B.O.E., 2020, 11) (Esp.).

Real Decreto Ley 26/2020, Medidas de reactivación económica para hacer frente al impacto del COVID-19 en los ámbitos de transportes y vivienda (B.O.E., 2020, 26) (Esp.).

Real Decreto Ley 35/2020, Medidas urgentes de apoyo al sector turístico, la hostelería y el comercio y en materia tributaria (B.O.E., 2020, 35) (Esp.).

Recomendación 2020/648, Bonos ofrecidos a los pasajeros y a los viajeros como alternativa al reembolso de viajes combinados y servicios de transporte cancelados en el contexto de la pandemia de COVID-19 (D.O.U.E., 2020, 648) (CE).

Recomendación 2020/2243, Enfoque coordinado en materia de viajes y transportes en respuesta a la nueva variante del SARS-COV-2 detectada en el Reino Unido (D.O.U.E., 2020, 2243) (CE).

Reglamento 889/2002, Responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente (D.O.U.E., 2002, 889) (PE y CE).

Reglamento 2027/1997, Responsabilidad de las compañías aéreas respecto al transporte aéreo de los pasajeros y su equipaje (D.O.U.E., 1997, 2027) (CE).

Reglamento 261/2004, Normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos, y se deroga el Reglamento (CEE) nº 295/91 (D.O.U.E., 2004, 261) (PE y CE).

Reglamento 2006/2004, Cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de la aplica-

ción de la legislación de protección de los consumidores (Reglamento sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores) (D.O.U.E., 2004, 2006) (PE y CE).

Reglamento 1371/2007/CE, Derechos y las obligaciones de los viajeros de ferrocarril (D.O.U.E., 2007, 1371) (PE y CE).

Reglamento 300/2008, Normas comunes para la seguridad de la aviación civil y por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 2320/2002 (D.O.U.E., 2008, 300) (PE y CE).

Reglamento 1008/2008, Normas comunes para la explotación de servicios aéreos en la Comunidad (versión refundida) (D.O.U.E., 2020, 1008) (PE y CE).

Reglamento 1177/2010, Derechos de los pasajeros que viajan por mar y por vías navegables y por el que se modifica el Reglamento (CE) no 2006/2004 (D.O.U.E., 2010, 1177) (PE y CE).

Reglamento 181/2011, Derechos de los viajeros de autobús y autocar y por el que se modifica el Reglamento (CE) no 2006/2004 (D.O.U.E., 2011, 181) (PE y CE).

Reglamento 965/2012, Requisitos técnicos y procedimientos administrativos en relación con las operaciones áreas (D.O.U.E., 2012, 965) (PE y CE).

Reglamento 2020/696, Modifica el Reglamento (CE) n.o 1008/2008 sobre normas comunes para la explotación de servicios aéreos en la Comunidad en vista de la pandemia de COVID-19 (D.O.U.E., 2020, 696) (PE y CE).

Reglamento 2021/953, Marco para la expedición, verificación y aceptación de certificados COVID-19 interoperables de vacunación, de prueba diagnóstica y de recuperación (certificado COVID digital de la UE) a fin de facilitar la libre circulación durante la pandemia de COVID-19 (D.O.U.E., 2021, 953) (PE y CE).

Reglamentos 216/2008, Normas comunes en el ámbito de la aviación civil y por el que se crea una Agencia Europea de Seguridad Aérea, y se deroga la Directiva 91/670/CEE del Consejo, el Reglamento (CE) n° 1592/2002 y la Directiva 2004/36/CE (D.O.U.E., 2008, 216) (PE y CE).

Reglamento de Ejecución 2015/1998, Medidas detalladas para la aplicación de las normas básicas comunes de seguridad aérea (D.O.U.E., 2015, 1998) (CE).

Reglamentos de Ejecución 2018/1042, Requisitos técnicos y procedimientos administrativos relativos a la introducción de programas de apoyo, la evaluación psicológica de las tripulaciones de vuelo y los controles sistemáticos y aleatorios de sustancias psicoactivas para asegurar la aptitud médica de los miembros de las tripulaciones de vuelo y de cabina, y en lo que respecta al equipamiento de los aviones de turbina nuevos con una masa máxima certificada de despegue de 5 700 kg o menos y aprobados para transportar a entre 6 y 9 pasajeros con un sistema de advertencia y alarma de impacto (D.O.U.E., 2018, 1042) (CE).

Reglamentos de Ejecución 2019/947, Normas y los procedimientos aplicables a la utilización de aeronaves no tripuladas (D.O.U.E., 2020, 745) (CE).

Reglamento de Ejecución 2020/746, Aplazamiento de las fechas de aplicación de determinadas medidas en el contexto de la pandemia de COVID-19 (D.O.U.E., 2020, 746) (CE).

Reglamento de Ejecución 2020/910, Nueva designación de las compañías aéreas, los operadores y las entidades que realizan controles de seguridad de la carga y el correo procedentes de terceros países, así como al aplazamiento de determinados requisitos reglamentarios en los ámbitos de la ciberseguridad, la verificación de antecedentes, las normas para los equipos de detección de explosivos y los equipos de detección de trazas de explosivos (D.O.U.E., 2020, 910) (CE).

Resolución de 16 de julio de 2012 de la Secretaría General de Transportes, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros de 6 de julio de 2012, por el que se modifica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 5 de mayo de 2006, por el que se aprueba el Programa Nacional de Seguridad para la Aviación Civil (B.O.E. 2012, 193) (Esp.).

Resolución de 9 de julio de 2020 de la Dirección de la Agencia Estatal de Seguridad Aérea, por la que se publican las Directrices operativas para la gestión de pasajeros aéreos y personal de aviación con relación a la pandemia COVID-19 (B.O.E. 2020, 195) (Esp.).

Resolución de 10 de diciembre de 2020 de la Dirección General de Aviación Civil, por la que

se publican las Instrucciones Técnicas para el transporte seguro de mercancías peligrosas por vía aérea (Documento OACI 9284/AN/905) (B.O.E. 2020, 341) (Esp.).

Resolution 600b, Air Waybill – Conditions of Contract, CSC (32) 600b.

Resolution 672, Form of Multilateral E-Air Waybill Agreement, CSC (35) 672.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, jun. 11, 1999 (No. 1689) (Esp.).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, oct. 28, 2003 (No. 1838) (Esp.).

Sentencias de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, May. 10, 2006 (No. 1009) (Esp.).

Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, dic. 15, 2008 (No. 34881) (Esp.).

Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, jun. 28, 2010 (No. 320407) (Esp.).

S.T.S., jul. 12, 1999 (R.J., No. 514) (Esp.).

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, mar. 30, 2010.

MEMORIA INSTITUCIONAL

2021-1

THĒMIS
desde 1965

COMISIÓN DE CONTENIDO

La comisión de Contenido es la encargada de la edición y publicación de THĒMIS-Revista de Derecho. En el ciclo 2021-1, el Consejo Ejecutivo de la Revista, con el propósito de cumplir su objetivo de brindar excelencia y calidad académica a sus lectores, continuó con su permanente labor de edición de la tradicional revista, así como, en vistas de hacer frente a los nuevos retos de la virtualidad, participó destacadamente en la preparación y realización de los eventos digitales de presentación de sus ediciones.

En primer lugar, ha sido motivo de particular satisfacción la publicación de la edición 78 de THĒMIS-Revista de Derecho dedicada al estudio del Derecho de la Competencia. Esta sublime entrega estuvo bajo la coordinación académica de los abogados Alejandro Falla (Bullard, Falla & Ezcurra) y Felipe Irarrázabal Philippi (CentroCompetencia), y bajo la asesoría temática de los abogados Javier Pazos (Pontificia Universidad Católica del Perú) y Carlos Rojas Klauer (Baxel Consultores).

Con sumo interés por parte de la comunidad jurídica, aunada a la creciente discusión académica a propósito de los recientes cambios normativos en el área, este número reunió más de 25 artículos de autores nacionales e internacionales, cuyos temas entre los cuales lideraron el control de concentraciones empresariales, el diseño institucional y las políticas de competencias durante pandemia, los acuerdos colusorios, la innovación en el proceso competitivo, los *failing firm defense* como supuestos de excepción, entre otros. Comprometidos con el lema, una vez más la Comisión desarrolló la presentación de esta edición en el espacio de la virtualidad, logrando por primera vez en su historia la presencia de casi 300 asistentes por más de 3 horas ininterrumpidas de ponencias y conversaciones. Con toda seguridad, la innovación y la rigurosidad en la elección de las mesas de diálogo cumplieron su finalidad.

En segundo lugar, continuando con los objetivos trazados por la Comisión, el Consejo Ejecutivo dirigió sus esfuerzos en un segundo producto: la edición 79 de THĒMIS-Revista de Derecho abocada al Derecho y Tecnología. Desde su convocatoria, la academia mostró un avasallador interés por la edición y, sin defraudar expectativas, el número recibió no menos de 70 escritos académicos que versaban sobre las áreas más diversas del campo jurídico y su afinidad con las nuevas tecnologías. Habiendo transcurridos las etapas iniciales e intermedias de la Revista, no es sino hasta el próximo ciclo en el cual la prometedora edición enriquecería el estudio de las ciencias jurídicas y tecnológicas con su publicación.

Finalmente, conscientes del imperativo de acercar la realidad a la academia, por primera vez en su historia, el Consejo Ejecutivo de la Revista, en alianza con la Comisión de Desarrollo Social, lanzaron el concurso de artículos para estudiantes universitarios “Generación del Bicentenario: Derecho, crisis y reflexión”. Guiado por los valores de la responsabilidad, la promoción y visibilidad de los problemas sociales, el concurso estuvo abocado a fomentar e incrementar la participación de estudiantes de Derecho en la histórica revista.

El ciclo terminó con un balance positivo para la Comisión, pues además de haber alcanzado cada uno de los objetivos editoriales y académicos trazados, logró consolidar un equipo humano comprometido y anhelante en trabajar por y para la Revista. La innovación en las etapas del proceso editorial y los prometedores proyectos iniciados en este ciclo pero con vocación de permanencia a los ciclos siguientes mostrarían un poco del compromiso que las nuevas generaciones de la Comisión tendrían con la revista.

COMISIÓN DE CURSOS & CAPACITACIONES

En el ciclo 2021-1, se tenía el gran reto de consolidar a Cursos y Capacitaciones de manera interna como externa. A nivel interno poder plantear una identidad diferente a la comisión de Seminarios. A nivel externo poder plantear temas innovadores y aprovechar la virtualidad a nuestro favor.

En el nivel interno, se diferenciaron de manera clara los productos de la Comisión. Se analizó la historia de la Comisión para saber qué eran los cursos y las capacitaciones; sin embargo, no había identidad en ninguno de ellos. En sí mismo, faltaba definir nuestra identidad como comisión. En este sentido, se estableció el "enfoque pedagógico" como identidad de la Comisión. De ese momento en adelante, los productos de la Comisión estarían cubiertos por una dinámica pedagógica para que quienes asistan puedan salir aprendiendo de la mejor manera. A nivel estratégico, antes de lanzarnos colaboramos con una empresa alemana en un evento que se promocionó incluso por televisión, sin incurrir en costos para la Asociación. Esto posicionaba a THĒMIS fuera de la PUCP no solo como una revista, sino también como una Asociación que realiza eventos.

Considerando el posicionamiento más el prestigio de la Asociación, se realizó el Curso de Derecho Corporativo Financiero II y el Curso de Derecho Sucesorio. De esta manera se mantenía la tendencia de THĒMIS de promover cursos enfocados en el ámbito comercial, pero también se tenía en cuenta la necesidad de innovar con un curso de derecho sucesorio que ninguna asociación se atrevió a tener en cuenta.

En adición a ello, se estableció que las capacitaciones serían más especializadas para diferenciarlas de los cursos. En este sentido, se realizaron dos capacitaciones. La primera se denominó "Capacitación de Derecho Administrativo Sancionador" y la segunda, "Capacitación de Derecho Registral Inmobiliario Internacional". La primera capacitación respondió al papel protagónico del derecho administrativo sancionador en la pandemia; y la segunda capacitación, buscó sacar el máximo provecho a los bajos costos de la modalidad virtual para invitar a ponentes internacionales y realizar la primera capacitación Internacional en la historia de THĒMIS.

En el nivel externo, nuestros productos tomaron como base las necesidades del cliente. En este sentido, se pedía una retroalimentación a los participantes. Asimismo, comprendimos que un componente esencial de nuestros cursos y capacitaciones, no solo eran los participantes, sino también los ponentes que brindaban su tiempo por los valores que representa THĒMIS. De esta manera, posterior a sus ponencias se hablaba con ellos para escucharlos y mejorar también como Comisión. En adición a ello y, siguiendo el enfoque pedagógico, se establecieron evaluaciones para que los participantes puedan seguir de cerca sus aprendizajes y evaluar sus falencias.

El último gran proyecto para el que se sentaron las bases fueron los cursos digitales; videos de calidad y automatizar dinámicas pedagógicas como evaluaciones, foros, certificados, etc. Solo se implementó el aula virtual de THĒMIS en el Curso de Derecho Sucesorio, posiblemente la primera aula virtual dentro de una Asociación de la PUCP. El tiempo no alcanzó, pero estoy seguro que futuras generaciones continuarán con este u otros grandes proyectos porque innovar es nuestra tradición.

COMISIÓN DE PUBLICACIONES

En el semestre, la comisión de Publicaciones, encargada de la Editorial Jurídica THĒMIS, lanzó diversos proyectos. De esta forma, continuó su labor de elaborar y publicar libros de vanguardia y gran calidad académica. El primero de ellos fue el libro Arbitraje y Nuevas Tecnologías, el cual fue dividido en dos tomos. El libro se comercializó de manera física y virtual. Esta publicación contó con más de 40 artículos por autores de diversos países de América y Europa.

Asimismo, la Editorial se encargó de la publicación del libro Visión Global del Proceso, coordinado por el Dr. Adrian Simons. Este libro rinde homenaje a Ada Pellegrini Grinover y José Carlos Barbosa, dos mundialmente reconocidos académicos de derecho procesal. El libro contó con destacados artículos de autores de Perú, Brasil, Argentina e Inglaterra.

COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN

La comisión de Administración es la encargada de velar por una correcta gestión económica y legal de THĒMIS que, a su vez, permita la ejecución eficiente de cada uno de los proyectos que nacen dentro de la Asociación.

Si bien lo anterior ha sido por mucho tiempo la mejor forma de resumir las labores de Administración, la pandemia de COVID-19 nos desafió a cambiar nuestros esquemas de trabajo y nos impulsó a producir nuestros propios proyectos dirigidos a optimizar procesos internos, agilizar el flujo de ventas de los productos de la asociación y posicionar a THĒMIS ante algunas empresas de gran importancia en el país.

En primer lugar, durante este ciclo 2021-1, continuamos el proceso que fue iniciado mediante la venta de nuestros productos en Joinnus Market, mediante la creación de nuestra nueva página web, a través de la cual, actualmente se realiza la venta de todos nuestros productos. Esta plataforma le ha permitido a THĒMIS aumentar su número de ventas y obtener un mayor grado institucionalidad, permitiéndonos generar alianzas institucionales sólidas con múltiples instituciones.

En segundo lugar, la creciente demanda por nuestros productos nos requirió que también realicemos una renovación completa de nuestro sistema de delivery hacia uno que pueda trabajar a la par con nuestra página web. Algunos de los cambios más significativos producto de la labor de Administración fueron: (i) una reducción importante de nuestros tiempos de envío; (ii) la mejora en el empaquetado de nuestros productos; y (iii) una atención veloz y eficiente ante cualquier queja que se pudiera presentar.

Como se indicó a un inicio, este ciclo se destacó por buscar aumentar las labores y responsabilidades de Administración mediante la identificación de posibles soluciones a algunos de los problemas más persistentes dentro de THĒMIS. Dicha misión requirió que cada uno de los comisionados de Administración desarrollen proyectos personales enfocados en los problemas a los que estos se han ido enfrentando en su paso por la asociación.

Si bien muchos de los proyectos que nacieron este ciclo, como la actualización del estatus registral y régimen de poderes de la Asociación, aún se encuentran en ejecución, fuimos capaces de sentar las bases para que Administración se vuelva una comisión que constantemente piense en el futuro de THĒMIS y produzca ideas que apunten a su mejora constante.

COMISIÓN DE DESARROLLO SOCIAL

De acuerdo con su misión y visión, durante el ciclo 2021-1 Khuska, el Programa de Desarrollo Social de THĒMIS, ha continuado trabajando permanentemente para promover el desarrollo social a través de la cultura jurídica. Para ello, en base al contexto actual, este ciclo la comisión realizó el proyecto "Yo me sumo", en favor del comedor popular Sor Ana de los Angeles 2, en el que se realizaron 4 talleres: 1) ¿Qué hacer ante la violencia familiar?"; 2) "Cuidando mi salud"; 3) "Yo le digo NO a las *fake news*"; y 4) «¿Cómo formar tu emprendimiento?". El objetivo de este proyecto fue brindar herramientas legales y de otras disciplinas, junto a organizaciones reconocidas y con experiencia en la materias, como Gifamilias, Psictres y Tercer Ojo. Por otro lado, la comisión se mantuvo presente en la coyuntura electoral con la sección "Khuska Política", en la que se realizaron publicaciones relativas a las propuestas y planes de gobierno, como "Propuestas peligrosas, "Planes de gobierno y ODS" y "Voto trans". En esa línea, también se organizaron debates a los candidatos desde los ejes de la comisión.

Sobre los meses temáticos, en el marco del mes de la mujer, se realizaron videos en los que las miembros de la Asociación se dirigieron a las niñas y adolescentes que quieran estudiar derecho, así como un video sobre el Mito o Verdad de la ley de paridad y alternancia. En el marco del mes del orgullo, se realizaron publicaciones sobre la intersexualidad y el género no binario; también se realizó el evento "Viviendo con Orgullo" de la mano de activistas; y, finalmente, se publicaron entrevistas sobre los derechos de la comunidad LGTBIQ+.

Finalmente, en pro de la accesibilidad, la comisión se comprometió con presentar un contenido más inclusivo, por lo que trabajamos constantemente con MAW-LSP en la interpretación en lengua de señas en la gran mayoría de nuestros eventos y videos.

COMISIÓN DE IMAGEN INSTITUCIONAL

La función de la comisión de Imagen Institucional es promover la marca THĒMIS mediante la elaboración, gestión y difusión de contenido publicitario a través de las redes sociales de la Asociación. Para ello, los comisionados de Imagen Institucional diseñan las líneas gráficas de todas las campañas publicitarias de los productos THĒMIS, sean revistas, libros, cursos, seminarios u otros. Asimismo, tienen a su cargo la realización de las campañas y eventos de la Liga THĒMIS y el tradicional Acércate a THĒMIS. En este semestre, el tema de la Liga THĒMIS fue la protección al consumidor en el ámbito digital y los retos que este presenta.

La campaña se tituló "Liga THĒMIS por la protección del consumidor digital". El evento central de la Liga fue el conversatorio "Un click a la nueva realidad: la protección al consumidor digital en el Perú", el cual se realizó el 20 de mayo mediante la plataforma Zoom. Este tuvo como ponentes a Julio Durand (PUCP), Rocío Llanos, Yvette Sanguineti y Eduardo Luna. El conversatorio tuvo una gran acogida, tanto en el evento en sí, como en la transmisión en vivo por Facebook. Por otro lado, en esta oportunidad se escogió la temática de Peter Pan para el Acércate a THĒMIS, representando al nuevo mundo al que uno accede cuando ingresa a la asociación. El evento se realizó el 2 de julio del 2021 y contó con los miembros extraordinarios: Mario Drago Alfaro, Luis Aliaga Blanco, Verónica Vergaray, Ricardo Elías Puelles y Lucía Varillas.

COMISIÓN DE RECURSOS HUMANOS

La Comisión de Recursos Humanos cumple el rol de asegurar un ambiente de bienestar y amistad dentro de la Asociación en el marco de sus funciones integradora y fiscalizadora dentro de THĒMIS. Esto incluye organizar actividades en las que los miembros ordinarios de la Asociación puedan conocerse y desarrollar una mayor confianza entre sí; así como velar por el cumplimiento de las normas de conducta dentro de la asociación y, de ser el caso, sancionar a quienes las transgredan.

En el marco de su función integradora, la comisión realizó la bienvenida para los nuevos miembros en modalidad virtual, vía Zoom, en la que los miembros de la Asamblea 2021-1 pudieron participar en una serie de retos, actividades y juegos que permitieron romper con la timidez inicial de algunos, todo esto dentro de la temática "Disco". Por otro lado, también se llevó a cabo la despedida para miembros que dejaron THĒMIS en el 2020-2. Esta fue una reunión virtual conmovedora en la que se celebró a aquellos que habían dedicado parte de su vida universitaria a nuestra querida Asociación.

Además, a lo largo del ciclo, la comisión organizó diversas actividades, entre ellas, la tradicional Semana Thēmis cuya temática fue "Películas Animadas"; las innovadoras "Noches de película" en las que trasmitimos las películas más votadas por los miembros para disfrutarlas en conjunto; y para cerrar con broche de oro la "Zumba Ē", actividad en la cual los miembros de la Comisión se encargaron de hacer bailar a toda la Asamblea a través de unas clases matutinas de Zumba. Innovamos con un nuevo producto llamado "Boletín mensual", en el cual contábamos con secciones para mostrar el trabajo de las comisiones, recomendaciones de películas o series, datos sobre los miembros, entre otros. Para incentivar el apoyo de los comisionados a la Asociación, premiamos el esfuerzo, apoyo y dedicación mostrado a lo largo del ciclo de tres de nuestros miembros.

Por otro lado, en el marco de sus funciones fiscalizadoras, la comisión se encargó de velar el orden de la Asociación, así como de registrar la asistencia a las asambleas virtuales y demás eventos de THĒMIS. Asimismo, se llevaron a cabo entrevistas personales con todos los miembros de la Asociación tanto al inicio como al final del ciclo, para asegurarnos de su bienestar en la Asociación y poder estar al tanto de cualquier inquietud.

Finalmente, la Comisión se encuentra muy esperanzada de poder retomar las actividades presenciales pronto y conocer de cerca a todos los miembros de la Asociación.

COMISIÓN DE FINANCIAMIENTO

La comisión de Financiamiento tiene como misión la innovación constante de la marca THĒMIS, la cual ha perseguido a lo largo del ciclo 2021-1.

Como es tradicional, este semestre la comisión se dedicó a la búsqueda de auspicios para los diversos productos que ofrece la asociación, contactándose con diversos estudios de abogados e instituciones, y ganaron su apoyo a través del ofrecimiento de diversos beneficios. Además, ha logrado celebrar la primera alianza institucional de la Asociación, la cual ha permitido el ingreso de THĒMIS como un aliado confiable ante las grandes empresas.

Por otro lado, los miembros de la comisión realizaron el lanzamiento de la nueva página web de THĒMIS y viene trabajando la expansión digital de las demás comisiones. Asimismo, la comisión viene trabajando nuevos productos de merchandising y armando un plan de retorno a la presencialidad de los eventos.

COMISIÓN DE SEMINARIOS

La comisión de Seminarios tiene como objetivo principal la planificación y ejecución de eventos académicos, procurando siempre contar con un enfoque interdisciplinario y análisis crítico. Asimismo, a través de los diversos Congresos o Seminarios que realizamos cada ciclo, tratamos de abordar temáticas de relevancia coyuntural y de interés general.

Durante el primer semestre del 2021, la comisión de Seminarios continuó con su misión de difundir la cultura jurídica a través de sus eventos en modalidad virtual, mediante la plataforma Zoom Webinar. En ese sentido, se gestionaron cuatro eventos durante el ciclo.

El primero de ellos fue el "Congreso Internacional de Género y Derecho: Avances y retos actuales", el cual se realizó los días jueves 4, viernes 5, y sábado 6 de febrero. El evento congregó a las más destacadas especialistas en la materia, tanto nacionales como internacionales, entre las cuales se encuentran Rocío Villanueva (primera Decana de la Facultad de Derecho de la PUCP), Julissa Mantilla (Presidenta de la CIDH), Paula Siverino (Comité Internacional de Bioética en UNESCO), Maria Ysabel Cedano (DEMUS y CLADEM), Peter Cruz (PUCP), Luz Patricia Mejia (Secretaría Técnica del MESECVI), Maria Luisa Piqué (Procuración General de la NacIón - Argentina), Eliana Revollar (Defensoría del Pueblo), Gretchen Kuhner (Instituto para las Mujeres en la Migración), Patricia Beltrán (PUCP), Laura Saldivia (Universidad de Palermo), Gabriela Oporto (PROMSEX), entre otras desatacadas expositoras.

Por otro lado, debido a la coyuntura del país, la comisión consideró de suma relevancia organizar y ejecutar el "I Congreso de Derecho y Políticas Públicas", el cual se llevó a cabo los días jueves 6, viernes 7 y sábado 8 de mayo. El evento se enfocó en las siguientes aristas: (i) democracia y estado de derecho, (ii) inversión social, servicios e infraestructura y, (iii) reactivación económica. Asimismo, entre los notables expositores, tanto del sector público como privado, se encuentran César Landa (Congreso de la República), Carmela Chávez (SUNEDU), Iván Ortiz (PUCP), Enrique Pintado (SUNAT), Liliana Salomé (PUCP), Patricia Sarmiento (Defensoría del Pueblo), Gustavo Zambrano (PUCP), Katarzyna Dunin (PwC), Francisco Eguiguren (PUCP), Zita Aguilar (Echecopar), Alfredo Bullard (BFE+), entre otros.

Siguiendo el curso del semestre, la comisión, en cooranización con Enrique Varsi y el Grupo de Investigación de Derecho Civil, la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, Ius et Praxis, Advocatus e Ius Et Veritas, se encargó de realizar el tercer día del Congreso Internacional de Derecho Civil. Este día estuvo enfocado en ponencias estudiantiles a cargo de los ganadores del "Call for Papers" realizado en el marco del evento, el mismo que tenía como eje central la constitucionalización del Derecho Civil.

Finalmente, el último evento del ciclo realizado por la comisión se denominó "II Congreso de Derecho Laboral". Este se llevó a cabo los días jueves 5, viernes 6 y sábado 7 de agosto. El evento contó con la colaboración de destacados ponentes como Maria Haydee (Rebaza, Alcazar & De las Casas), Luis Vinatea (Vinatea & Toyama), Valeria Osorio (Miranda & Amado), Luis Erwin Mendoza (SUNAFIL), Carlos Cadillo (Miranda & Amado), Cecilia Calderón (Cornejo & Santivañez Abogados), Juan Carlos Valera (Estudio Olaechea), Paul Cavalié (PUCP), Debora Quispe (Lima Airport Partners), Cecilia Guzmán-Barrón (DLA Piper), entre otros.

La comisión de Seminarios reafirma su compromiso de seguir innovando y continuar con su labor de contribuir con la difusión de la cultura jurídica.

COMISIÓN DE ACTUALIDAD JURÍDICA

EnfoqueDerecho.com tiene como fin difundir la cultura jurídica en el Perú y el mundo, siempre innovando y haciendo uso de medios tecnológicos para ello. Es un portal en el que tanto estudiantes como profesionales pueden plasmar sus opiniones a través de artículos, entrevistas, blogs y demás productos.

Desde el semestre 2021-1, EnfoqueDerecho.com cuenta con nueve miembros, lo que permitió al equipo realizar múltiples y novedosos proyectos. En ese sentido, se crearon nuevas secciones como "¿Qué es derecho…?", en la que destacados abogados/as exponían lo más importante de cada rama del Derecho; "Preguntas con Enfoque", donde especialistas podían contar sus experiencias dentro y fuera de la carrera; "CinEnfoque", videos en que se sumillaba una película y su relación con el Derecho; "Alerta Legal", en reemplazo de una tradicional Agenda Legal; y, se crearon carruseles con recomendaciones sobre literatura, cine, series y otros, relacionadas al Derecho.

En este ciclo también se realizaron múltiples conversatorios con destacados especialistas de diferentes disciplinas, como "Día de la Tierra: Medio ambiente desde la mirada de los pueblos indígenas", "Camino a los Óscar", "Versus: Derecho Tributario", "Licencia de Construcción", "Desenredando la regulación", y otros eventos unipersonales. Asimismo, por primera vez EnfoqueDerecho.com realizó eventos de 3 días como "Hablemos de la Constitución de 1993: viejos retos desde nuevos rostros" bajo la coordinación de Sebastian Gamarra, en el que se incentivó el diálogo entre jóvenes abogado/as; y "Reforma del Código Procesal Civil: ¿es hora de un cambio?", primer conversatorio en el que se llenó el aforo de 500 personas. Asimismo, se realizó un evento de 5 días en colaboración con múltiples asociaciones de la PUCP en el que se tocaron diferentes ramas del Derecho, llamado "Conversaciones de Derecho: mujeres hablando de Derecho".

Todo ello sin perder de vista las tradicionales semanas temáticas, en esta oportunidad referidas a "Competencia", "Historia del Derecho" y "Derecho y Nuevas Tecnologías", en colaboración con otras comisiones de THĒMIS. Asimismo, se llevó a cabo la histeria de "Fantasía y Derecho", en la que se relacionó el Derecho con cuentos e historias infantiles; así como dos especiales de "Derecho y farándula" y "Streameando Derecho". De la misma manera, junto con Freddy Escobar se produjeron las clases de Derecho de los Contratos llamadas "Enfoque Contractual". En época de campaña se realizó el tradicional "Enfoque en la Campaña", en la que se entrevistó a candidatos al Congreso y a la Presidencia.

Más aún, la comisión abrió los nuevos blogs: "Ingeniería Legal", espacio técnico-jurídico dedicado al Derecho de la Construcción a cargo de NPG Abogados; "Anécdotas del arbitraje", dirigido por Santiváñez Abogados; "Discusiones sobre justicia penal", espacio a cargo de Aaron Aleman y Gino Delzo; "Edición Inmobiliaria", a cargo del Equipo de Derecho Inmobiliario; "Contrataciones y disputas estatales", dirigido por Joel Chipana; y "Con debida diligencia: Empresa y Derechos Humanos", dirigido por Nicolás Alarcón.

En este ciclo, EnfoqueDerecho.com también afianzó su presencia en redes, para lo cual se realizó una remodelación del diseño de su página web y abrió su cuenta en TikTok, logrando un crecimiento de hasta 8 mil seguidores en Instagram y demás redes.

HISTORIA DE LA COMISIÓN DE CONTENIDO

En 1965, **THĒMIS** se fundó con la idea de difundir la cultura jurídica a través de un solo producto que ha perdurado y se ha modernizado a lo largo de los años. Se trata de **THĒMIS-Revista de Derecho**, una publicación editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la PUCP, pertenecientes a la Asociación Civil **THĒMIS**. El editor general de **THĒMIS-Revista de Derecho** es el director de la Comisión de Contenido. La edición de nuestro producto bandera ha estado a cargo, desde sus inicios, por los siguientes abogados, académicos y estudiantes de Derecho:

PRIMERA ÉPOCA

THĒMIS 1	Domingo García Belaúnde, Luis Arbulú Alva, Luis Stucchi Díaz
THĒMIS 2	Domingo García Belaúnde, Luis Arbulú Alva, Luis Stucchi Díaz
THĒMIS 3	Domingo García Belaúnde, Luis Arbulú Alva, Luis Stucchi Díaz
THĒMIS 4	Domingo García Belaúnde
THĒMIS 5	Domingo García Belaúnde
THĒMIS 6	Luis Arbulú Alva
THĒMIS 7	Luis Arbulú Alva

SEGUNDA ÉPOCA

THĒMIS 1	José Daniel Amado Vargas, Fernando Arias-Stella Casillo, Eduardo de Rivero Santana, Jacqueline Chappuis Cardich, Gustavo López- Ameri Cáceres
THĒMIS 2	José Daniel Amado Vargas, Fernando Arias-Stella Casillo, Eduardo de Rivero Santana, Jacqueline Chappuis Cardich, Gustavo López- Ameri Cáceres
THĒMIS 3	José Daniel Amado Vargas, Fernando Arias-Stella Casillo, Eduardo de Rivero Santana, Jacqueline Chappuis Cardich, Gustavo López- Ameri Cáceres
THĒMIS 4	José Daniel Amado Vargas, Fernando Arias-Stella Casillo, Eduardo de Rivero Santana, Jacqueline Chappuis Cardich, Gustavo López- Ameri Cáceres
THĒMIS 5	Beatriz Boza Dibós
THĒMIS 6	Beatriz Boza Dibós
THĒMIS 7	Beatriz Boza Dibós
THĒMIS 8	Beatriz Boza Dibós
THĒMIS 9	María Teresa Quiñones Alayza y Juan José Ruda Santolaria
THĒMIS 10	María Teresa Quiñones Alayza y Juan José Ruda Santolaria
THĒMIS 11	María Teresa Quiñones Alayza y Juan José Ruda Santolaria
THĒMIS 12	María Teresa Quiñones Alayza y Juan José Ruda Santolaria
THĒMIS 13	Javier Chocano Portillo y César Parodi Martins
THĒMIS 14	Javier Chocano Portillo y César Parodi Martins
THĒMIS 15	Javier Chocano Portillo
THĒMIS 16	Verónica Zavala Lombardi
THĒMIS 17	Verónica Zavala Lombardi
THĒMIS 18	Martín Mejorada Chauca
THĒMIS 19	Martín Mejorada Chauca
THĒMIS 20	Martín Mejorada Chauca
THĒMIS 21	Eduardo Sotelo Castañeda
THĒMIS 22	Eduardo Sotelo Castañeda

THĒMIS 23	José Ignacio Castro Otero
THĒMIS 24	José Ignacio Castro Otero
THĒMIS 25	Enrique Felices Saavedra
THĒMIS 26	Enrique Felices Saavedra
THĒMIS 27	Enrique Felices Saavedra
THĒMIS 28	Enrique Felices Saavedra
THĒMIS 29	Enrique Felices Saavedra
THĒMIS 30	José Juan Haro Seijas
THĒMIS 31	José Juan Haro Seijas
THĒMIS 32	Juan Antonio Égüez Toledo
THĒMIS 33	Gonzalo Zegarra Mulanovich
THĒMIS 34	Gonzalo Zegarra Mulanovich
THĒMIS 35	Gonzalo Zegarra Mulanovich
THĒMIS 36	Gonzalo Barrionuevo Alba
THĒMIS 37	Gonzalo Barrionuevo Alba
THĒMIS 38	Bruno Amiel Rodríguez-Carpi
THĒMIS 39	Bruno Amiel Rodríguez-Carpi
THĒMIS 40	Bruno Amiel Rodríguez-Carpi
THĒMIS 41	Gilda Spallarossa Lecca
THĒMIS 42	Carlos Arata Delgado
THĒMIS 43	Carlos Arata Delgado
THĒMIS 44	Fernando Berckemeyer Olaechea
THĒMIS 45	Enrique Pasquel Rodríguez
THĒMIS 46	Mirella Miranda Nique
THĒMIS 47	Alejandro Manayalle Chirinos
THĒMIS 48	Alejandro Manayalle Chirinos
THĒMIS 49	Javier Alonso de Belaúnde de Cárdenas
THĒMIS 50	Javier Alonso de Belaúnde de Cárdenas
THĒMIS 51	Óscar Súmar Albújar
THĒMIS 52	Óscar Súmar Albújar
THĒMIS 53	Luis Miguel Velarde Saffer
THĒMIS 54	Luis Miguel Velarde Saffer
THĒMIS 55	Mario Drago Alfaro
THĒMIS 56	Mario Drago Alfaro
THĒMIS 57	María José Higueras Chicot
THĒMIS 58	Claudia Lazarte Abarca y Mariano Peró Mayandía
THĒMIS 59	Mariano Peró Mayandía y Guillermo Arribas Irazola
THĒMIS 60	Guillermo Arribas Irazola
THĒMIS 61	Marco Zaldívar Chauca
THĒMIS 62	Marco Zaldívar Chauca
THĒMIS 63	Carlos Fernando de Trazegnies Valdez
THĒMIS 64	Carlos Fernando de Trazegnies Valdez
THĒMIS 65	Luis Fernando Roca Lizarzaburu
THĒMIS 66	Luis Fernando Roca Lizarzaburu
THĒMIS 67	Gonzalo J. Monge Morales
THĒMIS 68	Carla Regina Odar Chang
THĒMIS 69	Carla Regina Odar Chang y Erick E. Vargas Guevara
THĒMIS 70	Erick E. Vargas Guevara y Ciro Vladimir Ortega Mejía
THĒMIS 71	Ciro Vladimir Ortega Mejía y Joseline Zela Concha
THĒMIS 72	Renzo Augusto Zárate Villantoy y Joseline Zela Concha
THĒMIS 73	Renato Higa Griffin
THĒMIS 74	Gabriela Rosa Pacheco Rodríguez
THĒMIS 75	Axel Valverde Pariasca
THĒMIS 76	Axel Valverde Pariasca y Lucia Beatriz López Gallardo
THĒMIS 77	Lucía Beatríz López Gallardo y Luz Andrea Caycho Cáceres
THĒMIS 78	Luz Andrea Caycho Cáceres y Sol María Guevara Ratto
THĒMIS 79	Chiara Lucía Jacob Camaiora
THĒMIS 80	Franco Arce Saldarriaga y Joyce Uriol Quiroz

Exmiembros de la Asociación Civil THĒMIS

Luis Abramovich Ackerman | Carmen María Accinelli Obando | Otto Alonso Acosta Bernedo | Luis Enrique Adrianzén Trint | Úrsula Afán Castillo | Édgar Aguirre Ramos| Guillermo Alarcón Zubiaurr | Omar Alejos Mata | Javier Albán González | César Antonio Alcorta Suero | Jenny Aliaga Aliaga | Luis Aliaga Blanco | Jimena Aliaga Gamarra | María Cristina Alva Noriega | Juan Carlos Alvarado Ortiz | Andrea Valeria Álvarez Tapia | José Daniel Amado Vargas | Marisa Amado Vargas | María José Amado Villacorta | Kathy Ames Valdivieso | Bruno Amiel Rodríguez-Carpi | Alejandra del Carmen Aquije Cornejo | Andrés Avelino Aramburú Piaggio | Carlos Arata Delgado | Agnes Arbaiza Mejía | Marco Antonio Arbayza Obeso | César Arbe Saldaña | Joao Windson Arbildo Caro | Luis Arbulú Alva | Gabriela Arbulú León- Prado | Teresa Arce Coronel | Mario Arce Rodríguez | Diana Arciniega López | Sergio Arellano Gonzales | Fernando Arias- Stella Castillo | Cristina Arizmendi Bellido-Tagle | Ariana Armacanqui Paredes | Guillermo Arribas Irazola | Giancarlo Arrivasplata Núñez | Arturo Arróspide Villarán | Carla Arteaga Alarcón | Sergio Avendaño Bavestrello | Lucía Ávila Bedregal | Carolina Awapara Penalillo | Álvaro Ayllón Bondy | Felipe Ayulo Elejalde | Cecilia Azerrad Urrutia | Inés Baca de la Piedra | Juan Luis Balarezo Revilla | Francesco Balbi Castellano | Fabiola Baquerizo Micheline | Alonso Barreda Ayllón | Jorge Gonzalo Barrionuevo Alba | Ana Cristina Barrionuevo Luna | Manuel Barrios Arbulú| María Barrón Rodríguez | Sebastián Basombrío Dughi | Sandra Basurco García-Zapatero | Ariana Bassino Balta | Jack Batievsky Sapck | Pamela Battifora del Pozo |Andrés Bayly Letts | Kiara Bazán Santillán | Micaela Bedoya Bahamonde | Carmen Luisa Bedoya Eyzaguirre| Eduardo Bedoya Pérez | María del Carmen Bedoya Valdez | Maria Lucía Bellido Bertie | Adriana Bellido Ludowieg | María Fátima Benavides Maza | Ximena Benavides Reverditto | Francisca Benavides Roose | Carla Bengoa Rojas | Úrsula Ben-Hammou Novoa | Licy Benzaquén Gonzalo | Fernando Berckemeyer Olaechea | Gonzalo Bernal Neunmann | Gabriela Bernales Wan | Javier Berrospi Vivar | Sergio Alejandro Berrospi Vivar | María Cecilia Blume Cillóniz | Iván Blume Moore | Miluska Bobadilla Chancafe | Zuly Niskar Bolaños Enríquez | Ramiro Bolaños Flores | Gonzalo Bonifaz Tweddle | Costanza Borea Rieckhof | Lorena Borgo Hannach| Víctor Alfonso Bosleman Córdova | Beatriz Boza Dibós | Guillermo Bracamonte Hinostroza | Laura Bravo Chagua | Ángel Sebastián Bravo Morales |Elizabeth Briones Gómez | Patricia Brocos Duda | Mayra Bryce Alberti | Alfredo Bullard González | Cyndel Caballero Fernández | Daniel Cabrera Morgan | Franco Marco Caccia Arana | Fernando Cáceres Freyre | Franklin Cáceres Freyre | Aldo Cáceres Martínez | Augusto Cáceres Vega | Andrea Cadenas Cachay | Alejandra Calderón Santillán | Ana Calderón Torres | Héctor Calero Ramírez | José Calero Zavaleta | Jorge Calle Brush | Analía Calmell del Solar del Río | Javier Calmell del Solar Monasi | María Jimena Camacho Vega | Andreína Camargo Neyra | Paula Lucía Camino Morgado | Cecilia Cánepa Olaechea | Carlos Alfonso Canevaro Montesinos | Fernando Cantuarias Salaverry | María Fernanda Caparó Beltrán | Alejandro Cardoza Ayllón | Pamela Léia Caro Coria | Mariella Carrasco Gadea | Verónica Carrasco Núñez |Alejandra Sofía Carrillo Ayala | Diego Carrión Álvarez-Calderón | Christian Armando Carvajal Valenzuela | Carlos Casabonne Stoessel | Juan Manuel Casalino Franciskovic | Patricia Casaverde Rodríguez | Julio Casma Rocha | Renzo Castagnino Abásolo | Alejandra Castañeda Andrade | Gian Paul Castañeda Carruitero | Fernando Castañeda Melgar| Marcelo Castilla Báez | José Ignacio Castro Otero | Diego Castro Panez | Evelyn Castro Ramos | Álvaro Castro Reátegui | Junior David Castro Reynoso | Augusto Francisco Cauti Barrantes | Constanza Cavallero Portugal | Alejandro Cavero Alva | Luz Andrea Caycho Cáceres | Mariana Cazorla Quiñones | Daniel Chancafe Rosas | María Fernanda Chanduví Herrera | Daniela Chang Rodríguez | Jackeline Chappuis Cardich | Vanessa Chávarry Meza | Melady Steffania Chávez Macuado | María José Chávez Pozzi-Escott | Mauricio Checa Oliva | Jorge Chiang Belliki | Carolina Chipollini Román | Liz Chirinos Cuadros | Marco Alejandro Chirinos Herrera | Javier Chocano Portillo | Rafaela Chumpitazi Saltarich | Astridt Chuy Colonia | Karina Chung Fernandini | Aldo Renato Cisneros Jirón | Camilo Clavijo Jave | María Andrea Colina Cardoso | Úrsula Collimboy Sayán | Jorge Contreras Condezo | Lorena Cook Llosa | Marcel Cordero Cabrera | Patricia Córdova Muñaqui | Luis

Felipe Cornejo Arenas | Nicolás Cornejo Gerner | Rita Cornejo Lanao | Carlos Cornejo Vargas | Micaela Cortés Cabieses | Iván Cortés Tejada | Mariliha Alejandra Corzo Tueros | Carlos Cotera Solano | Chiara Crestani Queirolo | Juan Carlos Crisanto Vargas | Claudio Cruces Larco | Pablo Cueto Saco | Ana Sofía Cuevas Sánchez | Vera Czichowsky Hinterseer | Jorge Dajes Fleishman| Joanna Dawson Pendavis | Alberto de Belaúnde de Cárdenas | Javier Alonso de Belaúnde de Cárdenas | Luis de Bernardis Llosa | Federico de Cárdenas Romero | Arantxa de la Flor Giuffra | Fernando de la Flor Koechlin | Nicolás de la Flor Puccinelli | José María de la Jara Plaza | Martín de la Jara Plaza | Fernando Damián de la Puente Limay | Javier de la Vega Gómez | Jimena de la Villa Bayona | Camila de Lasa Larrea | Gabriela Lucía de Olazával Aguilar | Milagros de Pomar Saettone | Eduardo de Rivero Santana | Sebastián de Rutté Boisset | Patricio Ato del Avellanal Carrera | Rodrigo del Carpio Alarcón | Enrique del Castillo Fernández | Fernando del Mastro Puccio | María Verónica del Mastro Puccio| José Antonio del Risco Ramírez | Álvaro del Valle Roeder | Óscar del Valle Salinas | Chantal Marie Deleplanque Sánchez | Mariana Delgado Zeppilli | Miguel Denegri Portela | Tomás Denegri Vargas| Kai Díaz-Albertini Northcote | José Díaz del Valle | Margarita Díaz Picasso | Talía Díaz Rodríguez | Nathalie Díaz Silva | Gisella Domecq Garcés | Andrea Domínguez Noriega | Mario Drago Alfaro | Paul Duclós Parodi | Camila Dueñas Quiñones | Enzo Dunayevich Morales | Augusto Durand Palacios | Javier Echecopar Sabogal | Juan Antonio Égüez Toledo | Inés Elías Dupuy | Juan Diego Elías Puelles | Ricardo Elías Puelles | María José Erausquin Herrada | Angela Mérylin Escobar Huanca | Cedrik Hernán Espejo Tello | Stephanie Espejo Espinal | Alessandra Espino Beltrán | Walter Esquivel Valera | Anthony Exebio Mori | Yhasira Elisa Fabián Terreros | Jacqueline Febres Ballón | Enrique Felices Saavedra | Kevin Fernando Fernández Herrera | Enrique Ferrand Rubini | Arturo Ferrari Carrasco | Cristina Ferraro Delgado | Verónica Ferrero Díaz | Manuel Ferreyros Pérez-Ízaga | Pamela Ferro Cornejo | Gustavo Fierro Campos | Alejandra Flecha Corvetto | Rodrigo Flores Benavides | Daniel Flores Consiglieri | Cristina Flores Ligarda | Francisco José Floríndez Aramburú | Hugo Forno Odría | Ian Michael Forsyth Daneri | Laura Francia Acuña | Daniel Francisco Pimentel | José Enrique Frías Amat y León | Sandra Fuentes Ñique | Alexia Gaitán Meléndez | Nicolás Galindo García | Marcos Gallardo Jimenez | Alejandra Estefanía Gallardo Siguas | Patricia Gallegos Quesquén | Susana Gallo Alzamora | Giuseppe Galluccio Tonder | Viviana Gálvez Córdova | Edgardo Gamarra Bellido | Marco Antonio Gamarra Galindo | Nicol Lucero Gaona Buitrón | Carlos Garatea Grau | Adriana Garcés García | Gabriela García Arcía | Domingo García Belaúnde | Víctor Geancarlo García Huamán | Juan García-Montúfar Sarmiento | Alejandra García Oviedo | Frank Fermín García Santos| José Luis Gargurevich Valdez | Mijael Garrido-Lecca Palacios | Rubiela Gaspar Clavo | Bruno Giusti Díaz |Carlos Glave Mavila | Andrés Gómez de la Torre Barrera | Enrique Gómez Ossio | Carlos Andrés Gómez Ramos | Corina Gonzales Barrón | Cristina Gonzales Camarena | Daniel Gonzales La Rosa | Arabella Gonzales Netto | Cinthia Gonzales Ramos | Lucrecia González-Olaechea Dutari | Óscar González Romero | Cristy Layla Gonzales Sifuentes | Gianina Gotuzzo Oliva | José Bernardo Goyburu Vassallo | Carlos Granda Bullón | Agustín Grández Mariño | Daniella Guerrero Menes | Melisa Guevara Paredes | Nydia Guevara Villavicencio | Ian Dolph-Jean Guimaray Vidal | Mauricio Gustín de Olarte | Juan Carlos Gutiérrez Azabache | Carlos Hamman García-Belaúnde | José Juan Haro Seijas | Allan Hennings Marianyi | Mariella del Carmen Hernández Valencia | Ximena Herrera Blácido | Kristiam Herrera-Carrasco Monteagudo | Fanny Herrera Cevasco | Fernando Hesse Alfageme | Alonso Hidalgo Salinas | Renato J. Higa Griffin |María José Higueras Chicot | Gerardo Holguín Salazar | Zoila Horna Zegarra| Ísabo Hospinal Alcántara | Juan Israel Huamán Koo | Mario Huapaya Nava | Camilo Huaroc Chacón | Loana Huerta Hidalgo | Eduardo Hurtado Arrieta | Fernando Hurtado de Mendoza Pomar | Úrsula Indacochea Prevost | Patricia Inga Falcón | Eduardo Gonzalo Iñíguez Ortiz | Gianfranco Iparraguirre Romero | Roy Irribarren Calderón | Rosario Isasi Morales | Katia Cecilia Jacinto Moya | José Alfredo Jiménez García | María Alejandra Justo O'Hara | Baldo Kresalja Roselló | Rúzika Kresalja Santos | Antonio Kuljevan Pagador | Diego La Rosa Gonzales del Riego | Sheila La Serna Jordán | Juan Miguel Labarthe Ferreyros | Félix Labrín Mendoza | Alexa Laguna García | Rafael Lanfranco Gallofré |Fernando Lanfranco Garrido Lecca | Elizabeth Laqui Martínez | Erick Lau Gastelo

| Anthony Laub Benavides | Claudia Lazarte Abarca | Elsa Marina Lazarte Zabarburú | Joaquín Lazo Pérez-Palma | Denise Ledgard Antúnez de Mayolo | Alexandra Lelouch Loebl | Adrián Rodolfo Lengua Parra| Wendy León Espinoza | Sebastián León Saavedra | Alessia Lercari Bueno | Mario Lercari Bueno | Nicolás Lerner von Mallinckrodt | Eliana Gisella Lesem Guerra | Julián Li Díaz | Diego Ignacio Liendo Ganoza | Ariana Lira Delcore | Francisco Lira Miró Quesada | Isabel Lira Miró Quesada | Alejandro Lira Pinedo | Juan Alberto Liu Sánchez | Beatriz Llanos Cabanillas | Pedro Llerena Córdova | Mónica Llosa Gastañeta | Alejandra Llosa Parró| Gustavo López-Ameri Cáceres | José Rodrigo López Castro | Lucia Beatriz López Gallardo | Henrry López Javier | Uber Adán López Montreuil | Julia Loret de Mola Cáceres | Eduardo Loret de Mola Ugarte | Claudia Lovón Benavente | Óscar Lozada Mego | Lucía Luna Negrón | Álvaro Luna-Victoria Saravia | Rosa Isabel Luna-Victoria Jammaers | Roberto Guillermo MacLean Martins | Kiana Maggiolo Cook | Mariana Mallea Quiroz | Elody Malpartida Zamora | Francisco Mamani Ortega | Alejandro Manayalle Chirinos | Renato Manrique Portal | Jonatan Samuel Marcés Everness | Chiara Marinelli Tagliavento | Úrsula Martínez García | Mercedes Martínez Meza | Lucía Martínez Mezón | Juan José Martínez Ortiz | Natalia Martínez Rosado | Flavia Martínez Tarazona | Kathia Martínez Tarazona | Pablo Martínez Valdez | Giuseppe Marzullo Carranza | Verónica Maseda Beaumont | Camila Masini Ortiz | Daniel Masnjak Marín | Paola Massa Belaúnde | Giorgio Massari Figari | Daniela Maurate de la Torre | Elías Maya Zusman | Renzo Kenneth Mayor Mayor | Joaquín Alejandro Mejía Cacho | Juan Carlos Mejía Cornejo | Jorge Melo Vega | Ernesto Mendiola Chirinos | Mariana Mendoza Benza | María del Carmen Mendoza Delgado | Patricia Mendoza Franco | Fiorella Mendoza Graza | Ana Paula Mendoza Rázuri | Daniela Meneses Sala | Marilú Merzthal Shigyo | Diana Milberg Garrido-Lecca | Hector Gianfranco Míñope Ferro | Francisco Miranda Aguilar | Guillermo Miranda Benavides | Renzo Miranda Lucas | Mirella Miranda Nique | Josefina Miró-Quesada Gayoso | Manuela Alejandrina Molina Altamirano | Fernando Molina Rey de Castro | Gonzalo Monge Morales | Luis Javier Montalva Capella | Grecia Montesinos Calero | Rosa María Montero Musso | Juan Francisco Monteverde Vargas | Óscar Montezuma Panez | Giacomo Montiel Ibarguren | Miguel Morachimo Rodríguez | Diego Morales Alferrano | Elva Morán Rodríguez | Sheyla More Sánchez| Andrea Morelli Ferreyros | Jorge Luis Morelli Ferreyros | Giuliana Moreno Horna | Pablo Mori Bregante | Johanna Mosqueira Gonzáles |Vasco Mujica Roggero | Ítalo Muñoz Bazán | Milagros Muñoz Bazán| Jaime Mur Campoverde| Jackeline Murillo Díaz | Valeria Alejandra Murrieta Noly | Milagros Mutsios Ramsay| Alonso Nájar Ramal | Héctor Willman Navarro Toledo | Mariana Negri Mendiola | Aritha Neyra Mejía | Paul Nina Nina | Manuel Noya Sarmiento | Fabio Núñez del Prado Chaves | Manuel Núñez Farfán | Freddy Salvatore Núñez Marmanillo | Mary Cielo Núñez Minaya | Monica Núñez Salas | Raúl Ñato Zevallos | Cecilia Ó Neill de la Fuente | Yascila Oblitas Obeso | Diego Ocampo Acuña | Paola Ochoa Olivera | Carla Regina Odar Chang | Lucía Olavarría Salinas | Pilar Olavide Galdós | Pía Gabriela Olea Ubillús | Pilar Oliva Rocca | Antonio Olórtegui Marky | Bernando Ortega Malatesta | Ciro Vladimir Ortega Mejía | Mishel Ortiz Ayala | Katherine Lisseth Ortiz Cornejo | Gonzalo Ortiz de Zevallos Olaechea | Valeria Osorio Véliz| Andrés Osterling Letts | Gabriela Pacheco Rodríguez | Giselle Pacheco Guillén | Claudia Pacora Rodríguez | Rodrigo Padilla Philipps | Ximena Palacios Landauro | Álvaro Palao Carrera | Xavier Palao Carrera | Andrea Marcela Paliza Olivares | Emilio Paliza Ortega | Paola Palma Mormontoy | Susana Paniagua Jara | Valentín Paniagua Jara | Fernando Pardo Segovia | César Augusto Parodi Martins | Andrea Parra Estela | Diego Alonso Parra Ortiz | Mario Pasco Lizárraga | Enrique Pasquel Rodríguez | Carlos Alberto Patrón Salinas | Denisse Paucar Laurencio | Juan Manuel Pazos Aurich | José Pedraza Newton | Milan Pejnovic Delgado | Eduardo Peláez Santillán | Macarena Penny Yrigoyen | Fernando Peña Neves | Miranda Peñaloza Gonzales | Joseline Pérez Cámara | Miguel Ángel Pérez Caruajulca | Carolina Pérez Harm | Diego Pérez Terry | Mariela Pérez-Costa Piscoya | Luz María Pérez-Garland Gamio | Mariano Peró Mayandía | Chiara Pescetto Bustamante | Alejandro Peschiera Bonifaz | Renato Piazzón Falcone | Noé Fernando Nicolás Piérola Castro | Grecia Pillaca Burga | Antonio Pinilla Cisneros | Pilar Pizarro Bustamante | Alfredo Polo Gálvez | Vladimir Popov | Andrea Portaro Pancorvo | José Miguel Porto Urrutia | Diego

Portocarrero Koechlin | Stefany Porudominsky Rotstain | Patricia Pow-Sang Tejada | Rafael Prado Bringas | Bertha Prado Manrique | Angélica Patricia Pretell Gómez | Manuel Privat Colla | Roque Puch de Romaña | Luis Guillermo Puelles Olivera | Juan Sergio Puicón Deza | Rafael Puiggrós Aramburú | Diego Pulgar-Vidal Lehmkemper | Flavia Queirolo Nicollini- Pflucker | Alejandra Quintanilla Gutiérrez | María Teresa Quiñones Alayza | Matías Quiroz Arellano | Carmen Luz Quiroz Romero | Emily Quispe Cullampe | Arturo Magno Quispe Quiroz | Cindy Quispe Valencia | Rodrigo Rabines Matta | Sergio Ismael Ramírez Cárdenas | Pedro Ramírez Pequeño | Roxana Ramírez Ráez | Christian Ramírez-Gastón Durán | Fernando Ramírez-Gastón Lecca | Stacy Ramírez Wong | Gabriela Ramos Traverso | Rodrigo Ramos Vásquez | Silvana Rebagliati Castro | Alberto Rebaza Torres | Aldo Reggiardo Denegri | Fernanda Rénique Vega | Cristina Rey Montes | Claudia Cristina Reyes Juscamaita | Tamara Rezqallah Arón | Virginia Rieckhof Borja | Viviana Ritchie Martínez | Eduardo Reyna Oie | Farid Borhan Rifai Bravo | Carla Rizo-Patrón Labarthe | Ricardo Rizo-Patrón Olaechea | André Robilliard Escobal | Grecia Robles Vila | Alessia Roca Lizarzaburu | Luis Fernando Roca Lizarzaburu | Alessandra Camila Rocca Rodríguez | Lucía Rodrigo Rohrhirsch | Ana Lucía Rodríguez Angulo | Sergio Rodríguez Asencios | Romina Rodríguez Damiani | Brunella Fiamma Rodríguez Giorgio | José Luis Rodríguez Guardamino | Víctor Rodríguez Macedo | Marco Patrizio Rodríguez Terry | Darío Rodríguez Uriol | Diana Roig Trelancia | Carlos Rojas Klauer | Diana Romero Rodríguez | Marcelo Roncal Pagador | Miguel Ángel Ronceros Neciosup | Carla Rossini Medina| Juan José Ruda Santolaria | Ángela Ruiz de Somocurcio Cornejo | Milo Ruiz Gonzales | Arturo Ruiz Ortiz | Ignacio Ruiz Valle | Jennifer Saavedra Sáenz | Silvia Ruiz Sandoval | Rosario Saco Oliva | María Gracia Sáenz González | Jhunelly Salazar Briceño | Rafael Salazar Gamarra | Sebastián Salazar Jeaunneau | Michel Salazar Tarazona | Alonso Salazar Zimmermann | Michelle Salcedo Teullet | José Antonio Salgado Silva | Liliana Salomé Resurrección | Marjorie Salvador Chávez | Rafael Sánchez Ríos | Mauricio Santa Cruz Vásquez | Jordi Sardá Paz | Rocío Saux Valdez | Luis Andrés Schrader Mindreau | Christian Schroeder Romero | Michel Seiner Pellny | Claudia Mariana Sequeiros Ugarte | María Teresa Serpa Santos | Karen Sheppard Castillo | Estefanía Shulca Romero | Hernando Domenack Sifuentes | Cynthya Siles Estabridis | Juliana Silva Cabrera | Kerli Solari Díaz | Gerardo Solís Vissher | Sebastián Soltau Salazar | Karla Soria Valeriano | Sara Sotelo Aguilar | Eduardo José Sotelo Castañeda | Martín Sotero Garzón | Gilda Spallarosa Lecca | Brenda Sparrow Alcázar | Patrick Stenning de Lavalle | Luis Stucchi Díaz | Óscar Súmar Albújar | Mitchel Sztrancman Torres | Claudia Sztuden Napadenschi | Deisy Taboada Huamán | Alejandro Tafur Coronel-Zegarra | Adriana del Pilar Tapia Quintanilla | Rossana Pilar Taquia Gutiérrez | Luciana Tataje Villalobos | Martín Tayro Cuba | Isabel Mabila Tello Carbajal | Jaime Thorne León | Edison Tito Peralta | Ludim Toledo Calla | Andrés Fernando Toledo Pérez | María del Pilar Torres | Romina Toso Altamirano | Augusto Townsend Klinge | Josefina Townsend Diez-Canseco | Daniela Tramontana Hinostroza | Carlos Fernando de Trazegnies Valdez | Jorge Trelles Castro-Mendívil | Óscar Trelles de Belaúnde | Gladis Triveño Chan Jan | Mariella Nathalia Trujillo Würtella | Manuel Ugarte Maggiolo | Camila Ugaz Heudebert | Jadhira Unda Valverde | Rafael Urbina Fletcher | Renato Urbina Santillán | Alejandra Uribe del Águila | Jessica Valdivia Amayo | Andrés Valdivia Montes | Fernanda Valdivia Rossel | Renato Martín Valdizán Cervantes | Eduardo Valdizán Sala | Agustín Valencia-Dongo Medina | Axel Valverde Pariasca | Carlos Valverde Reyes | Cristina van Zuiden Pancorvo | Erick E. Vargas Guevara | Luis Ernesto Vargas Loayza | Lucía Varillas Palacios | María Inés Vásquez Albán | Nelly Vásquez Jiménez | Delia Vásquez Llerena | Robinson Vásquez Montes | Katia Vásquez Reyes | Aracelly Vásquez Yrigoín | Miguel Vega Alvear | Nuria Vega Flores | Inés Vega Franco | Rodrigo Vega Méndez| Fernando Vega Sánchez | Jorge Vega Velasco | Claudia Velarde Arnáez | Jorge Velarde Arnáez | Sebastián Velarde Ferreyros | Luis Miguel Velarde Saffer | Pedro Mario Vera Ortiz | Bryan Vera Vargas | Cristina Verano Calero | Verónica Vergaray Béjar | Aaron Verona Badajoz | Inti Vidal Felip | Nancy Vidal Rodríguez | Ramón Vidurrizaga de Amézaga | Crisbeth Lorena Vigo Florián | Vanessa Villalobos Ylizarbe | Rosa Mariela Villalón Orellana | Alessandra Villanueva Aramayo | Micaela Villanueva Carreño | Diego Villanueva Contardo | Gonzalo Villanueva Llanos | Carmen María Villarán Ascenzo | Milagritos

Villavicencio Pachas | Jimena Villegas Ingunza | Thalía Villegas Zorrilla | Joyce Vivas Huaccho | María Teresa Vizcarra Alarcón | María José Vizcarra Pasapera | Percy Wilman Arriarán | Deborah Woll Castañeda | Christian Fernando Wong Vargas | Leonela Yauri Malpica | Rocío Yépez Minaya | Enzo Yturrizaga Aguirre | Rodrigo Zaldívar del Águila | Marco Ismael Zaldívar Chauca | Mayra Zambrano García | Cristian Zamora Dávila | Bruno Zanolo Maggiolo | Avecita del Carmen Zapata Cano | Verónica Zavala Lombardi | Ximena Zavala Lombardi | Sofía Zavala Quiroz | Eliana Zavala Uzuliaga | Gonzalo Alonso Zegarra Mulanovich | Juan Carlos Zegarra Vílchez | Joseline Zela Concha | Carlos Zelada Acuña | Grecia Zorrilla Garay | Gloria Zubizarreta Rondón | Fiorella Zúñiga Dede | Daniel Rodríguez | Valeria Aguado | Piero Vivar | Lilian Cánepa | Santiago Gárnica | Sol Guevara | Miguel Rosas | Aixa Cristóbal | Sebastián Pepper | Alessandra Jaramillo | Steven Hu | Romina Alarcón | Ariana Novoa | Rodrigo Román | Nicole Velazco | Carlos Osorio | Alexandra Aguirre | Andreé Castro

MIEMBROS HONORARIOS DE THĒMIS

Giorgio Del Vecchio †| Felipe Osterling Parodi †| Jorge Avendaño Valdez †| César Landa Arroyo | Javier de Belaúnde López de Romaña | Carlos Fernández Sessarego †| Javier Neves Mujica †

AGRADECIMIENTOS

THĒMIS-Revista de Derecho agradece a todas las personas e instituciones que colaboraron con nosotros de distintas maneras, y sin cuyo apoyo, no hubiera sido posible la publicación de la presente edición; en particular a:

Paula Amaya, Federico Aranda, Rocío Huamán Pérez, Oscar Antayhua López, Marcela Huaita Alegre, Norely Hancco Rodríguez, Juan Carlos Medina, Rodrigo Andrés Poyanco Bugueño, Elba Sissi Acevedo Rojas, Diego Alejandro Huaman Porras, José Danid Hurtado Ormeño, Ramiro Gustavo Tintaya Quispe, Renzo Díaz Giunta, Vicente Brayan Villalobos Villalobos, Luis Fernando Rioja García, Ximena Nicole Segura Martel, Ximena Alejandra Vílchez Vargas, Iván Ortiz Sánchez, Erick Lau Gastelo, José Carlos Fernández Salas, Daniel Ramírez Corzo Nicolini, Andrés Devoto Ykeho, Juan José Rastrollo Suárez, Braylyn Paredes Aranda, Beremiz Rojas Morán, Gianpierre Valverde Encarnación, Pedro Gamio Aita, Andres Matayoshi Collazos, Janneth Mejia Briones, José Chuquitapa Guzman, Christian Dennis Valero Quispe, Luis Alberto Marco Arcalá.

Hugo Sologuren Calmet.

Mario Popuche Llontop e Ismael Canales Negrón.

De manera especial, THĒMIS-Revista de Derecho agradece a Danae Ramos Granados, Nicolás Cabrera Súmar y Miguel Garcés Gutiérrez por haber colaborado en la producción de la presente edición.

THĒMIS-Revista de Derecho agradece de forma especial a los miembros que dedicaron parte de su vida universitaria al trabajo de nuestra institución y que se retiran junto con la presente edición; a ellos les deseamos siempre lo mejor:

Daniel Rodríguez, Valeria Aguado, Piero Vivar, Lilian Cánepa, Santiago Gárnica, Miguel Rosas, Aixa Cristóbal, Sebastián Pepper, Alessandra Jaramillo, Steven Hu, Romina Alarcón, Ariana Novoa, Rodrigo Román, Nicole Velazco, Carlos Osorio, Alexandra Aguirre, Andreé Castro, Vera Duque, Sol Guevara.

Normas para los autores para la publicación en THĒMIS

1. THĒMIS-Revista de Derecho considerará para su publicación artículos originales, no publicados en cualquier otro medio nacional o internacional. Los artículos deberán versar sobre temas de contenido jurídico o relacionado con el mundo del Derecho.

2. Los artículos presentados serán evaluados por el sistema de arbitraje por pares a doble ciego, el cual consiste en la evaluación de los artículos por dos árbitros con mayor grado académico que el autor. Asimismo, los árbitros son externos a la Revista y revisan los artículos de forma anónima. Las partes de la Revista que están sometidas a arbitraje por pares a doble ciego son el tema central y las misceláneas.

3. Todos los artículos contarán con una reseña tanto en español como en inglés, llamada gorrito o *abstract*, y que no deberá exceder los 800 caracteres.

4. El formato del artículo será Arial tamaño 11, con espaciado simple y sin sangría. Los subtítulos del artículo serán presentados en el mismo tipo de letra y tamaño y con sangría de 1 centímetro. Los pies de página se presentarán en el mismo tipo de letra, con tamaño 8 y con sangría de 0.5 centímetros. En todos los casos el texto debe estar justificado.

5. Todas las palabras en un idioma distinto del español deben ir en cursivas, salvo los nombres de personas, instituciones y obras.

6. Relieve: Si se pone alguna palabra de relieve, esta deberá ir en negrita.

7. Palabras clave: En español e inglés. Descripción del contenido del trabajo usando cinco palabras clave para su inclusión en los índices nacionales o internacionales. Se presentará al final de la reseña.

8. El formato de las referencias bibliográficas es el APA (American Psychological Association) sétima edición.

9. En la parte final del artículo se deberá incluir un apartado bibliográfico, siguiendo el siguiente orden:

   Referencias

   Colocar las referencias de autores siguiendo el formato APA (sétima edición) y para las referencias legales, The Bluebook: A Uniform System of Citation.

10. Todos los artículos deberán ser presentados con una carátula de acuerdo al modelo que se encuentra en la siguiente página.

11. La edición de todos los artículos será realizada por los miembros del Consejo Ejecutivo, según los criterios de edición de la Revista y bajo el formato de edición escalonada en tres ocasiones.

12. Los miembros, editores, autores, árbitros y demás colaboradores de THĒMIS-Revista de Derecho están sujetos a los Criterios de Ética de la Revista, disponibles vía *web*.

TÍTULO DEL ARTÍCULO

ARTICLE TITLE

Nombre y apellidos del autor*

Institución en la que el autor enseña o labora

En caso corresponda, vínculo del autor con THĒMIS (Miembro honorario, Miembro del Consejo Consultivo, exmiembro, exmiembro del Consejo Ejecutivo, exmiembro del Consejo Directivo o Exeditor General)

Short paragraph on the article, with the object to invite people to read it.

It must be two short paragraphs, in which further details on the article can be mentioned briefly, as well as the themes that the article will develop or the solutions that the author presents to determined issues.

KEYWORDS: Five keywords that allow people to find the article by the themes developed. For instance: Administrative Law; Tax Law; Civil Law; Civil Code; public employment.

Breve reseña sobre el artículo, que invite al público a leerlo.

Deben ser dos párrafos breves, en los que se pueden enunciar algunos breves detalles del artículo y de los temas que éste tratará, o las soluciones que propondrá el autor a determinados problemas.

PALABRAS CLAVE: Cinco palabras clave que permitan al público llegar al artículo por los temas que trata. Por ejemplo: Derecho Administrativo; Derecho Tributario; Derecho Civil; Código Civil; empleo público.

---

* Abogado (u otra profesión ejercida, siempre sin especificación de la institución en la que se obtuvo el título). Grado académico y universidad en la que se obtuvo. Cargos que ha llevado a cabo en el pasado (opcional). Indicar si es profesor y en qué universidad imparte clases. Membresías. Cargo ejercido en la institución en la que se desenvuelve profesionalmente. Contacto: correo del autor para fines académicos.

Nota del Editor: Fecha en que el autor envió la versión final del articulo y fecha en la que el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho lo aceptó.

THĒMIS-REVISTA DE DERECHO 81

La siguiente edición de THĒMIS-Revista de Derecho tendrá como eje central **Derecho Bancario y Financiero.**

PARTICIPACIÓN EN THĒMIS-REVISTA DE DERECHO

THĒMIS-Revista de Derecho se encuentra en constante convocatoria abierta para recepción de artículos relativos al tema central que el Consejo Ejecutivo elija, o a cualquier otro tema relacionado a la disciplina del Derecho.

Todos los interesados en colaborar con **THĒMIS-Revista de Derecho** mediante sugerencias, comentarios o la publicación de artículos, pueden enviar un correo electrónico a **themisconsejoeditorial@gmail.com**.

THĒMIS-Revista de Derecho agradece todo envío sin comprometerse a su publicación.