

# Los Derechos Humanos en el Derecho Internacional



# Los Derechos Humanos en el Derecho Internacional

**PRESIDENCIA DE LA NACIÓN**

Dra. Cristina Fernández de Kirchner

**MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS**

Dr. Julio Alak

**SECRETARÍA DE JUSTICIA**

Dr. Julián Álvarez

**SUBSECRETARÍA DE ACCESO A LA JUSTICIA**

Lic. María Florencia Carignano

**DIRECCIÓN NACIONAL DEL SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA**

Dra. María Paula Pontoriero

Sebastián Alejandro Rey

Los derechos humanos en el derecho internacional. - 1a ed. -  
Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Infojus, 2014.  
274 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-3720-04-8

1. Derechos Humanos.  
CDD 323

Fecha de catalogación: 19/06/2014

ISBN: 978-987-3720-04-8

Los Derechos Humanos en el Derecho Internacional

1<sup>ra</sup>. edición - Junio 2014

Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Sarmiento 329,  
C.P. 1041AFF, C.A.B.A.

Editado por la Dirección Técnica de Formación e Informática Jurídico-Legal.

Directora: María Paula Pontoriero

Correo electrónico: ediciones@infojus.gov.ar

Todos los derechos reservados. Distribución gratuita. Prohibida su venta. Se permite la reproducción total o parcial de este libro, su almacenamiento en un sistema informático, su transmisión en cualquier forma, o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, con la previa autorización del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

COORDINADOR



SEBASTIÁN ALEJANDRO REY



## ÍNDICE



### **Censura indirecta y responsabilidad civil. El “Caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina”. ROBERTO PABLO SABA ..... p. 1**

1. El “caso Fontevecchia” .....p. 6
2. Censura indirecta y responsabilidad civil .....p. 12
3. La prohibición de la censura directa o indirecta .....p. 14
4. Necesidad de establecer un régimen específico de responsabilidad civil por daños para casos en los que se haya ejercido la libertad de expresión ..... p. 32
5. Componentes de un marco legal posible .....p. 36
6. Anexo. Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal (fragmento) .....p. 38

### **La diversidad cultural como criterio para la determinación de sanciones en materia penal. SEBASTIÁN ALEJANDRO REY ..... p. 43**

1. Introducción .....p. 43
2. Precisiones sobre algunos conceptos y términos .....p. 46
3. El respeto a la diversidad cultural en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos .....p. 49
4. El respeto por la diversidad cultural como criterio para la determinación de sanciones en materia penal: el deber de optar por una sanción distinta al encarcelamiento .....p. 62
5. Conclusiones .....p. 69

### **Los derechos humanos al agua y al saneamiento: aportes para un debate nacional pendiente. MARCOS EZEQUIEL FILARDI ..... p. 73**

1. Un precario umbral molecular .....p. 73
2. El agua potable y el saneamiento como derechos humanos .....p. 77

3. Los derechos humanos al agua potable y al saneamiento en el derecho internacional .....	p. 78
4. Los derechos humanos al agua y al saneamiento en el derecho comparado .....	p. 133
5. Los derechos humanos al agua potable y al saneamiento en el derecho argentino .....	p. 144
6. Conclusión .....	p. 150

**El delito de terrorismo, el Derecho Internacional Público y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. JUAN MANUEL BRADI .....**

1. Introducción .....	p. 153
2. Un poco de historia. Antecedentes .....	p. 155
3. Medidas concretas adoptadas en el marco de la ONU .....	p. 157
4. El Terrorismo como crimen internacional .....	p. 159
5. Terrorismo en relación al Derecho Internacional de los Derechos Humanos .....	p. 161
6. Extradición, terrorismo internacional y delitos políticos .....	p. 163
7. Distintos votos y disidencia en el fallo "Lariz Iriondo" .....	p. 167
8. Conclusión .....	p. 171

**El deber de garantía y de prevención y la violencia contra las mujeres. JUAN PABLO VISMARA .....**

1. Introducción .....	p. 175
2. El deber de respeto y el deber de garantía .....	p. 175
3. El deber de prevención y los casos de violencia contra las mujeres .....	p. 181
4. Conclusión .....	p. 183

**El "derecho a la educación" como derecho humano. ROSARIO MUÑOZ..**

1. Introducción .....	p. 185
2. Normativa aplicable .....	p. 186
3. El derecho a la educación como un Derecho Económico, Social y Cultural ..	p. 189
4. El contenido del derecho a la educación .....	p. 192
5. Conclusión. Reflexiones finales .....	p. 207

**Negocios y derechos humanos. La responsabilidad de los Estados cuando intervienen empresas multinacionales en la violación de derechos humanos.** ANNABELLA SANDRI FUENTES .....p. 213

1. Introducción .....p. 213
2. El derecho internacional público en el marco de la globalización.....p. 214
3. Naciones Unidas y la Organización Internacional del Trabajo.....p. 219
4. Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos.....p. 222
5. El "Caso Pueblo Sarayaku vs. Ecuador" de la Corte IDH .....p. 226
6. Conclusión.....p. 227

**Uno de los últimos delitos sin víctimas. La prisión por incesto consensuado entre hermanos adultos consanguíneos.** GABRIEL F. BICINSKAS..... p. 229

1. Introducción .....p. 229
2. El caso Stübing. Hechos.....p. 230
3. Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania .....p. 231
4. El caso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....p. 233
5. Conclusiones.....p. 239

**La lucha contra la trata de personas en Argentina y su compatibilidad con los estándares internacionales.** IANIV GARFUNKEL y ALAN VOGELFANGER .....p. 241

1. Introducción .....p. 241
2. Ámbito internacional .....p. 243
3. Ley 26.364 y su reforma .....p. 247
4. Jurisprudencia argentina .....p. 249
5. Conclusión .....p. 254

**Bibliografía** .....p. 257



# Censura indirecta y responsabilidad civil

## El “Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina”<sup>(1)</sup>

ROBERTO PABLO SABA<sup>(2)</sup>



Tanto en las Américas como en Europa se ha avanzado considerablemente a nivel nacional y regional en cuanto a la aplicación de medidas y al desarrollo de prácticas tendientes a la protección del derecho a la libertad de expresión. En este sentido, es posible afirmar que resulta cada vez más difícil, aunque no imposible, claro está, que surjan en estos países casos de censura abierta y directa conducente a silenciar por medio de una prohibición expresa la voz específica del debate público. Asimismo, también se reconoce una tendencia marcada conducente a la erradicación de la aplicación de sanciones penales al ejercicio de la

---

(1) La base de este artículo corresponde a la pericia realizada por este autor en el “Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina” ante la Corte IDH (Caso 12.524) y presentada en la audiencia de los días 24 y 25 de agosto de 2011. Agradezco muy especialmente a Laura Cirulnik por haber colaborado conmigo en la investigación realizada para la escritura de este ensayo. También expreso mi gratitud a Eduardo Bertoni, Santiago Felgueras, Aída Kemelmajer por haber aceptado discutir algunas de las ideas que aquí expongo y cuyas reacciones y sugerencias me fueron sumamente útiles para intentar mejorarlas. Si lo conseguí o no, en cualquiera de los dos casos, por supuesto, toda la responsabilidad es mía y no de ellos.

(2) Abogado con orientación en Derecho Público (UBA). Magíster y Doctor en Leyes (Universidad de Yale). Profesor de las Facultades de Derecho de la UBA y de Palermo. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo. Director del Proyecto DeCyT “Estudio sobre dos casos de discriminación estructural” (2012/2014).

libertad de expresión, sobre todo cuando su contenido es relevante para el debate público o ella es de interés público, como así lo indica, por ejemplo, la solución amistosa alcanzada entre el Estado argentino y el denunciante Horacio Verbitsky<sup>(3)</sup> que condujo a la derogación del delito de desacato en 1994 por parte del Congreso de la Nación,<sup>(4)</sup> o la sanción de la ley 26.551 que dictó ese órgano legislativo con el fin de despenalizar las calumnias e injurias en los casos en los que la expresión fuera de interés público, como consecuencia de la sentencia de la Corte IDH en el "Caso Kimel vs. Argentina".<sup>(5)</sup>

Sin embargo, y quizá como consecuencia de esos éxitos en la esfera de la comunidad internacional y de los gobiernos democráticos de los Estados que forman parte de ella, nuevas formas de silenciamiento producidas desde el Estado se han abierto paso,<sup>(6)</sup> a las que podemos identificar como mecanismos de censura por vías indirectas, haciendo uso del lenguaje de la CADH.<sup>(7)</sup> Un ejemplo de ese tipo de censura solapada, según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Argentina, es el de la utilización de los recursos destinados a la compra de publicidad oficial como castigo o premio en virtud del contenido crítico o amigable, respectivamente, de la expresión de que se trate. La Corte Suprema mencionada ha sostenido en dos oportunidades, en los casos "Río Negro"<sup>(8)</sup> y "Perfil",<sup>(9)</sup> que la

(3) CIDH, Informe 22/94, "Verbitsky vs. Argentina", Caso 11.012, OEA/Ser.LV/II.88 rev. 1 Doc. 9, p. 40 (1995), solución amistosa del 20 de septiembre de 1994.

(4) La figura del desacato, que establecía el art. 244 CP argentino fue derogada por la ley nacional 24.198 (1994).

(5) Ver CORTE IDH, "Caso Kimel vs. Argentina" (Fondo, Reparaciones y Costas), 2 de mayo de 2008, Serie C N° 177. Para un estudio sobre el impacto de esta reforma, ver BERTONI, EDUARDO y DEL CAMPO, AGUSTINA, *Calumnias e injurias: A dos años de la reforma del Código Penal argentino*, Centro de Estudios de Libertad en Expresión y Acceso a la Información, Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo, septiembre de 2012, publicado [en línea] <http://www.palermo.edu/cele/pdf/Calumnias-e-Injurias.pdf>

(6) Para un desarrollo del concepto de "silenciamiento" que aquí utilizo ver FISS, OWEN, *The Irony of Free Speech*, Capítulo 1, Cambridge, 1996.

(7) Artículo 13.3 CADH. Ver SABA, ROBERTO, "Censura Indirecta, Publicidad Oficial y Diversidad", en AA.VV., *Libertad de Expresión: Debates, Alcances y Nueva Agenda*, UNESCO, Oficina en Quito, y Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Quito, 2011, pp. 161/180. La versión original de este trabajo fue preparada para el *Interamerican Dialogue*, Washington, 2008, ver versión PDF [en línea] <http://www.thedialogue.org/PublicationFiles/IAD%206726%20Media%20and%20Gov%20Report%20web.pdf>

(8) CSJN, "Editorial Río Negro SA c/ Neuquén, Provincia del s/ acción de amparo", Fallos: 330:3908, decisiones del 5 de septiembre de 2007 y del 14 de octubre de 2008.

(9) CSJN, "Editorial Perfil SA y otro c/ EN", del 2 de marzo de 2011.

falta de una regulación apropiada tendiente a limitar la discreción de la administración en la decisión de asignar, retirar o no asignar recursos para la compra de espacios publicitarios es la causa que habilita el uso de esa herramienta de política pública como mecanismo de sanción a aquellos medios o informadores críticos. Este uso sancionatorio, según la Corte, provoca un efecto de silenciamiento, no solo del sujeto afectado en un caso particular, sino de todos aquellos que, encontrándose en situación similar de dependencia de esa asignación publicitaria, se verían inhibidos de opinar libremente sobre la gestión de gobierno u otros asuntos que involucren a la autoridad pública, por temor a perder ese necesario ingreso que, en algunos casos, puede ser fundamental para la supervivencia del medio. La Corte ha sostenido que, si bien nadie tiene derecho a recibir publicidad oficial y, por lo tanto, tampoco existe una obligación del Estado de comprar espacio publicitario en un medio específico,<sup>(10)</sup> no es posible que el Estado retire la publicidad que ha contratado o decida no asignarla exclusivamente como consecuencia del contenido de la expresión del medio o del informador. Si ello sucediera, estaríamos ante un mecanismo de censura por vías indirectas como consecuencia de la inacción regulatoria del Estado.<sup>(11)</sup> De hecho, la sentencia de la Corte en el caso "Río Negro" ordenó al Estado provincial legislar estableciendo con claridad los criterios que la administración debe tener en cuenta al asignar publicidad oficial, como remedio a la afectación del derecho a la libertad de expresión.

En mi opinión, como trataré de argumentar en este ensayo, el caso de los regímenes de responsabilidad civil por daños se ha constituido en otro ejemplo relativamente novedoso en la experiencia comparada de utilización de una vía indirecta para lograr la censura o silenciamiento de las voces críticas de la autoridad pública, cuya causa estaría, al igual que en el ejemplo de la publicidad oficial, en la omisión del Estado de tomar medidas regulatorias apropiadas. Ello porque las normas existentes que regulan ese régimen de responsabilidad, de ser abiertas o vagas en relación a cómo deben interpretarse o aplicarse, podrían producir, dada la incertidumbre que generan sobre las eventuales consecuencias de los actos de expresión, efectos inhibitorios a la libertad de expresión equivalentes a los señalados para el caso de la publicidad oficial.

---

(10) CSJN, "Caso Emisiones Platenses SA s/acción de amparo", Fallos: 320:1191, 12 de junio de 1997.

(11) Ver *supra* nota 5.

En las últimas décadas, académicos, tribunales y activistas han posado su mirada crítica de un modo casi exclusivo sobre los efectos inhibitorios de la libertad de expresión que provenían de la asignación de responsabilidades ulteriores de tipo penal, quizá asumiendo que las responsabilidades ulteriores de tipo civil eran inofensivas o inocuas.<sup>(12)</sup> Sin embargo, son muchos los ejemplos que han surgido en los últimos tiempos, probablemente como consecuencia de la imposibilidad o de la mayor dificultad para aplicar sanciones penales por motivos normativos o políticos, en los que los regímenes de responsabilidad civil han sido utilizados como instrumento para silenciar voces críticas del gobierno o de sus aliados, o que resultarían molestas a aquellos que detentan el poder político. A modo de ejemplo de esta tendencia, es interesante rescatar lo dicho por el Profesor Ernesto Villanueva, quien, refiriéndose al caso de México, sostuvo que “no pocos informadores prefieren ser arrestados a sufrir afectaciones económicas y, por ello, se inclinan por mantener las sanciones penales”.<sup>(13)</sup>

Según datos relevados en un estudio realizado por la organización *Article 19* en 2007 y 2008,<sup>(14)</sup> son muchos los casos hallados en diferentes países en los que regulaciones deficitarias que articulan regímenes de responsabilidad civil han servido para que los Estados avancen injustificadamente sobre la libertad de expresión, produciendo fuertes efectos inhibitorios sobre el ejercicio de este derecho. El estudio clasifica estos casos en diferentes categorías. Por ejemplo, uno de ellos, acontecido en Indonesia, sirve para mostrar una situación en la que la sentencia judicial impuso daños desproporcionados a la revista *Time*, que fue condenada a pagar u\$s 106 millones de dólares al expresidente Suharto en concepto de compensación por daños por una alegada difamación. La revista *Time* había publicado como nota de tapa la información de que Suharto había acumulado una fortuna de u\$s 9 billones de dólares que se encontraban depositados en una cuenta en un banco de Austria. Otro caso relevado señala que en Rusia, el diario *Kommersant* fue condenado por un juez a pagar u\$s 34.274 dólares

---

(12) Para una opinión diferente advirtiendo sobre los posibles peligros del derecho de daños como factor inhibitorio de la expresión, ver BERTONI, EDUARDO, *Libertad de expresión en el estado de derecho. Doctrina y jurisprudencia nacional, extranjera e internacional*, Bs. As., Editores del Puerto, 2000, p. 47.

(13) Citado en MARTÍNEZ, OMAR RAÚL, “¿Por qué despenalizar?”, [en línea] <http://mexicanadecomunicacion.com.mx/rmc/2007/11/06/%C2%BFpor-que-despenalizar/>

(14) *Article 19, Civil Defamation: Undermining Free Expression*, Londres, diciembre de 2009, pp. 4/5.

a Andrei Lugovoy por ofender su reputación como hombre de negocios y su honor. El diario había informado que el Reino Unido trataba de lograr la extradición de Lugovoy por el asesinato de Alexander Litvinenko, quien fuera envenenado con polonio radioactivo en Londres. En Singapur, en otro hecho hallado por el estudio citado, los juicios civiles por difamación son utilizados para intentar lograr la quiebra económica de políticos opositores, tal como fue el caso de Chee Soon Juan, quien se encontraba proscrito de participar políticamente y ser candidato a cargos públicos. El Primer Ministro Lee Hsien Loong llegó incluso a demandar civilmente a la *Far Eastern Economic Review* por difamación cuando esa revista publicó una nota en la que llamaba "mártir" al líder opositor a causa de sufrir tal cantidad de causas civiles por difamación, iniciadas por el partido de gobierno. En España, el Secretario General del Partido Popular, Carlos Sáiz, demandó civilmente al diario La Realidad por difamación. Luego de que el periódico se declarara en quiebra, el juez condenó al que fuera su editor a pagar el 12% de su pensión por discapacidad a Sáiz. Luego, el editor, que sufría de parkinson, no pudo pagar la compensación por daños ni tampoco a su propio abogado, a lo que el juez respondió congelando los ahorros que el exeditor tenía en una cuenta bancaria. En Marruecos, continúa el informe, el editor del semanario *Le Journal Hebdomadaire* renunció a su puesto a fin de evitar que las demandas por daños contra su publicación terminaran enviándolo a la quiebra. El responsable de la publicación y un periodista fueron condenados a pagar u\$s 354.000 por daños a Claude Moniquet, a cargo del Centro Europeo de inteligencia y Seguridad Estratégicas, con base en Bruselas. El estudio de *Article 19* también se refiere a casos en los que se utiliza el litigio civil por difamación con el fin de impedir investigaciones de corrupción, como por ejemplo el caso que tuvo lugar en Filipinas, donde el marido de la presidenta Gloria Macapagal-Arroyo, José Arroyo, llegó a iniciar diecisiete causas civiles por difamación, alcanzando la demanda a una cifra total de u\$s 3,2 millones de dólares. Esas causas se motivaban en reportes periodísticos que lo involucraban en casos de corrupción, contrabando y otros escándalos.

En América Latina, es preciso aludir al caso que involucró al presidente Rafael Correa y al periódico El Universo. Este último había publicado en 2011 una nota firmada por Emilio Palacio en la que el periodista sostenía que la versión del presidente Correa sobre lo que este último calificó como un intento de golpe de Estado no era correcta. El artículo se titulaba "No a las mentiras". Allí, Palacio acusaba a Correa de haber ordenado a la policía

abrir fuego sobre civiles y sostenía que el presidente podría ser llevado en el futuro ante un tribunal internacional por crímenes de lesa humanidad. El presidente Correa entendió que esta era información falsa que afectaba su honor y, además de levantar cargos penales, reclamó una indemnización civil en virtud de lo establecido en el art. 31 del Código de Procedimiento Penal de Ecuador, el cual le reconoce jurisdicción a los jueces penales para fijar daños y perjuicios provocados por los delitos que ellos juzgan. Sin expresar mayores fundamentos, el presidente Correa reclamó el pago de 80 millones de dólares. Los dueños de El Universal, Carlos César y Nicolás Pérez y el exeditor Emilio Palacio, fueron condenados a tres años de prisión y se les impuso el pago de daños por 40 millones de dólares.

También se han dado casos preocupantes en otros países de la región. En Brasil, por ejemplo, según un informe del Comité para la Protección de Periodistas, los funcionarios públicos "generalmente presentan múltiples demandas sobre un único asunto y procuran la adjudicación de daños desproporcionadamente altos como una forma de limitar los recursos financieros de sus críticos".<sup>(15)</sup> También han surgido casos en Costa Rica, Panamá y Uruguay.<sup>(16)</sup>

## 1. El "Caso Fontevicchia"

En este contexto se inscribe el caso "Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina", decidido por la Corte IDH el 29 de noviembre de 2011. El caso se origina en una demanda presentada ante un Tribunal de primera instancia en Argentina por el entonces presidente Carlos Menem reclamando una compensación por daños a raíz de la publicación en tapa realizada por la revista *Noticias* y de una serie de artículos en su interior, de la cual los

---

(15) CARLOS LAURÍA, *Ataques a la prensa en 2010: América*, 15 de febrero de 2011, [en línea] <https://www.cpj.org/2011/02/attacks-on-the-press-2010-americas-analysis.php>: "Algunos líderes elegidos democráticamente han demostrado, al mismo tiempo, un marcado desprecio por las instituciones de tipo democrático mediante su abuso de los recursos estatales para reprimir a sus detractores y silenciar a sus críticos. En algunos casos, poderosas figuras gubernamentales han utilizado cortes politizadas para ir en contra de las garantías constitucionales de la libre expresión". Ver también *Ataques a la prensa en 2009: Una Encuesta Internacional por el Comité para la Protección de los Periodistas*, [en línea] <http://cpj.org/2010/02/attacks-on-the-press-2009.php>

(16) Ver COMITÉ PARA LA PROTECCIÓN DE LOS PERIODISTAS, *Ataques a la prensa en 2005: Panamá*, [en línea] <http://cpj.org/2006/02/attacks-on-the-press-2005-panama.php>; *Ataques a la prensa en 2004: Uruguay*, [www.cpj.org/2005/03/attacks-on-the-press-2004-uruguay.php](http://www.cpj.org/2005/03/attacks-on-the-press-2004-uruguay.php); *Costa Rica*, [www.cpj.org/attacks97/americas/costarica.html](http://www.cpj.org/attacks97/americas/costarica.html); *Ataques a la prensa en 2001: Panamá*, [en línea] <http://cpj.org/2002/03/attacks-on-the-press-2001-panama.php>

denunciantes eran el director y el editor, respectivamente. Los artículos periodísticos en cuestión, referidos a diferentes cuestiones vinculadas con la existencia de un hijo extramatrimonial del demandante, aparecieron en 1995, y los demandados, luego de que en primera instancia se rechazara el reclamo, fueron condenados por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil a pagar una indemnización por daños y, posteriormente, la CSJN confirmó esa decisión. La suma originalmente reclamada por el expresidente Menem fue equivalente a 1,5 millones de dólares estadounidenses. La Cámara estableció la indemnización en 150.000 dólares y el 25 de septiembre de 2001, la Corte Suprema la redujo a 60.000. Luego de efectuada la denuncia ante la Comisión IDH por los perdidosos, y ante el incumplimiento del Estado argentino de las recomendaciones pertinentes que ella le hiciera, esta elevó el caso, el 10 de diciembre de 2010, a la Corte IDH. La Comisión argumentó que la condena civil implicaba la violación del derecho a la libertad de expresión que el Estado argentino se comprometió a respetar de acuerdo con lo establecido en el art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).<sup>(17)</sup> En su sentencia, la Corte IDH, siguiendo lo establecido en sus propios casos “Herrera Ulloa” y “Tristán Donoso”,<sup>(18)</sup> sostuvo que:

“... la libertad de expresión no es un derecho absoluto. El artículo 13.2 de la Convención, que prohíbe la censura previa, también prevé la posibilidad de exigir responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho. Estas restricciones tienen carácter excepcional y no deben limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el pleno ejercicio de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa”.<sup>(19)</sup>

La Corte IDH sostuvo que:

“El procedimiento civil en la justicia argentina, la atribución de responsabilidad civil, la imposición de la indemnización más los intereses, las costas y gastos, así como la orden de publicar un

(17) CORTE IDH, “Caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina”, consid. 20.

(18) Ver CORTE IDH, “Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C N° 107, párr. 120, y “Caso Tristán Donoso vs. Panamá” (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 27 de enero de 2009, Serie C N° 193, párr. 110.

(19) CORTE IDH, “Caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina”, consid. 43.

extracto de la sentencia y el embargo dictado contra uno de los periodistas afectaron el derecho a la libertad de expresión de los señores Jorge Fontevicchia y Héctor D'Amico".<sup>(20)</sup>

La Corte recuerda en la sentencia que tanto Fontevicchia como D'Amico habían demostrado que el entonces Presidente Menem, su familia, sus allegados y sus funcionarios habían interpuesto diecinueve juicios civiles y penales contra la revista *Noticias*, generando esta acumulación de acciones civiles un perjuicio que colocaba a la empresa al borde de una posible disolución. D'Amico había testificado que fue embargado y que durante diecinueve meses fue retenida parte de su salario para cubrir la deuda de la condena civil.<sup>(21)</sup>

Sin embargo, el Tribunal consideró que la medida de responsabilidad ulterior impuesta a nivel interno por la justicia no cumplió con el requisito de ser necesaria en una sociedad democrática y que, por ello, se abstendría de analizar si el monto de la condena civil resultó o no desproporcionado. De todas formas, la Corte afirmó que era:

"oportuno reiterar que el temor a una sanción civil desproporcionada puede ser a todas luces tan o más intimidante e inhibitorio para el ejercicio de la libertad de expresión que una sanción penal, en tanto tiene la potencialidad de comprometer la vida personal y familiar de quien denuncia o, como en el presente caso, publica información sobre un funcionario público, con el resultado evidente y disvalioso de autocensura, tanto para el afectado como para otros potenciales críticos de la actuación de un servidor público".<sup>(22)</sup>

De esta cita se desprende que la Corte se abstuvo de profundizar en la difícil cuestión de la regulación apropiada en materia de responsabilidad civil para evitar que el establecimiento de responsabilidades ulteriores de ese tipo avancen sobre el derecho protegido en el art. 13 CADH, aunque, sin embargo, es clara su posición respecto de un estándar que deben contener esas normas y que podemos resumir en el término que el Tribunal utiliza: "proporcionalidad". Según la Corte, la Comisión, en su Informe de Fondo, no expresó que el Estado hubiere violado el art. 2º de la Convención respecto de la necesidad de que éste tome una medida que

---

(20) *Ibid.*, consid. 72.

(21) *Ibid.*, consid. 73.

(22) *Ibid.*, consid. 74.

revertiera la situación planteada por la existencia del art. 1071 *bis* CC. La Corte sostiene que la Comisión dijo expresamente que los peticionarios “no precisaron ni cómo ni por qué el art. 1071 *bis* del Código Civil viola, *per se*, [dicho tratado]”.<sup>(23)</sup> La Corte, al describir los argumentos de los representantes de las víctimas, señala que ellas alegaron “que la normativa argentina, principalmente el art. 1071 *bis* CC, adolece de distintas fallas que contradicen el mandato de la Convención Americana debido a:

- a. la amplia discrecionalidad con la que cuenta el juzgador para determinar cuándo la intromisión en la vida privada de una persona es arbitraria y la falta de consideración al especial carácter que reviste la información de interés público, y
- b. la ausencia de criterios claros que puedan ser usados para la determinación de los montos de condena en casos en los que se demanda por daño moral por violación al derecho a la intimidad.

Fue con base en dicha norma que los tribunales argentinos dictaron las sentencias contra los periodistas por entender que las publicaciones cuestionadas habían incurrido en una intromisión arbitraria a la intimidad del entonces presidente. El referido artículo no constituye, en tanto norma que posibilita una restricción, una ley en sentido material, porque permite una amplísima discrecionalidad al juzgador en la interpretación del fondo del asunto así como en la determinación de las eventuales reparaciones”.<sup>(24)</sup> Los denunciados habían sostenido que la redacción vaga del art. 1071 *bis* CC vulneraba el derecho a la libertad de expresión por instruir al juez con el mandato específico de analizar las consecuencias que su aplicación podría tener sobre el ejercicio de la libertad de expresión. Los representantes de los afectados sostuvieron, según la propia Corte, que

“la imprecisión de la norma afecta su condición de ley y genera una afectación a la libertad de expresión, ya que el efecto inhibitorio puede originarse tanto a partir de la aplicación de sanciones demasiado elevadas, como de la indeterminación previa a la publicación del alcance de las restricciones.

En tales circunstancias, las personas deberán recurrir a la autocensura para no exponerse a sanciones legales. La citada norma es genérica y orientadora, sin embargo, al establecer restricciones a un derecho fundamental requiere precisión”.<sup>(25)</sup>

(23) *Ibid.*, consid. 76.

(24) *Ibid.*, consid. 77.

(25) *Ibid.*, consid. 78.

Según el Estado, la “imprecisión excesiva de la ley no puede resolverse por [dicha vía],<sup>(26)</sup> debido a (...) la falta de obligatoriedad de seguir los precedentes de la Corte Suprema” y “a que los jueces del fuero civil tienen una tendencia a aplicar criterios más vinculados a la reparación de daños que a la protección de la libertad de expresión”.<sup>(27)</sup>

Los mismos representantes del Estado sostienen que “en el derecho argentino, el criterio para establecer el monto indemnizatorio consiste en ponderar el daño sufrido y fijar un monto equivalente y dado que en estos casos en general se trata de daños inmateriales, la justicia tiene **absoluta discrecionalidad** para establecer el monto de la indemnización”,<sup>(28)</sup> lo cual es palmario a partir del dato de que el monto reclamado y los dos montos establecidos en las decisiones de la Cámara y de la Corte Suprema son los tres de enormes diferencias entre sí y en ninguno de los dos fallos los jueces transparentan el criterio por medio del cual llegaron a esas cifras.<sup>(29)</sup> Por estas y otras razones que surgen de la causa, los denunciantes entendieron que art. 1071 *bis* CC “no cumple con los requisitos mínimos para ser considerado una restricción legítima a la libertad de expresión y solicitaron a la Corte que declare que el Estado incumplió el art. 2° de la Convención Americana”.<sup>(30)</sup>

En su parte resolutive, la Corte entiende que la vaguedad del art. 1071 *bis* no conlleva en sí misma una afectación del derecho a la libertad de expresión y que, por lo tanto, el Estado no viola el art. 2° de la Convención, de lo cual se desprende que no es necesario establecer un régimen de daños especial. La Corte interpreta que la norma mencionada no constituye una afectación al derecho protegido por el art. 13 de la Convención, sino que ella se produjo por la interpretación de esa norma del Código Civil que realizaron los jueces argentinos. En las propias palabras de la Corte:

“89. La Corte recuerda que es la ley la que debe establecer las restricciones a la libertad de expresión y solamente para lograr los fines que la propia Convención señala. La definición legal debe ser necesariamente expresa y taxativa. No obstante, el

---

(26) Se refiere a la vía judicial.

(27) CORTE IDH, “Caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina”, consid. 79.

(28) *Ibid.*, consid. 80, el énfasis es mío.

(29) *Ibid.*

(30) *Ibid.*, consid. 81.

grado de precisión requerido a la legislación interna depende considerablemente de la materia. La precisión de una norma civil puede ser diferente a la requerida por el principio de legalidad en materia penal, por la naturaleza de los conflictos que la primera está destinada a resolver. No puede exigirse que la norma civil, al contrario de lo que usualmente ocurre con las normas penales, prevea con extrema precisión los supuestos de hecho que puedan presentarse; ello impediría que la norma civil resolviera una innumerable cantidad de conflictos que la realidad ofrece en forma permanente y que resulta de imposible previsión para el legislador.

90. La Corte considera que la ley debe estar formulada con precisión suficiente para permitir a las personas regular su conducta, de manera de ser capaces de prever con un grado que sea razonable, de acuerdo a las circunstancias, las consecuencias que una acción determinada puede conllevar. Como ha sido señalado, si bien la certeza en la ley es altamente deseable, ello puede traer una rigidez excesiva. Por otra parte, la ley debe ser capaz de mantenerse vigente a pesar de las circunstancias cambiantes. En consecuencia, muchas leyes están formuladas en términos que, en mayor o menor medida, son vagos y cuya interpretación y aplicación son cuestiones de práctica.

91. La Corte determinó que la violación del art. 13 de la Convención Americana resultó de la decisión de la Corte Suprema que confirmó la condena civil impuesta por un Tribunal de Alzada. De tal modo la medida de responsabilidad ulterior impuesta resultó innecesaria en una sociedad democrática e incompatible con aquel Tratado (*supra* párrs. 54 a 75). En el presente caso no fue la norma en sí misma la que determinó el resultado lesivo e incompatible con la Convención Americana, sino su aplicación en el caso concreto por las autoridades judiciales del Estado, la cual no observó los criterios de necesidad mencionados.

92. Si bien los argumentos de los representantes y las consideraciones de los peritos sobre la eventualidad que, con base a la norma cuestionada, se arriben a decisiones contrarias al derecho a la libre expresión resultan atendibles, la Corte considera que, en general, aquella disposición, en grado suficiente,

permite a las personas regular sus conductas y prever razonablemente las consecuencias de su infracción. De tal modo que su aplicación resulte conforme a la Convención dependerá de su interpretación judicial en el caso concreto”.<sup>(31)</sup>

Disiento con lo resuelto por la Corte respecto del supuesto cumplimiento por parte del Estado del art. 2º de la Convención. En el resto de este ensayo, intentaré presentar una postura alternativa a la articulada por el Tribunal, argumentando las razones por las que entiendo el Estado viola esa cláusula cuando aplica a la situación particular de la libertad de expresión el mismo régimen de daños establecido por el art. 1071 *bis* CC, cuya vaguedad la propia Corte reconoce aunque la considere apropiada por tratarse de un régimen de derecho civil, por contraste a uno de derecho penal, que a su entender requiere de la máxima precisión.

## 2. Censura indirecta y responsabilidad civil

La CADH contempla la obligación de los Estados de proteger, por un lado, la libertad de expresión de las personas (art. 13) y, por el otro, su reputación (arts. 11). A su vez, también establece dos cuestiones adicionales en relación con el ejercicio de la libertad de expresión: primero, la Convención ordena que queda prohibida la censura previa en todas sus variantes, incluidas aquellas prácticas que configuren una vía indirecta de silenciamiento de la expresión; segundo, autoriza a los Estados firmantes a establecer responsabilidades ulteriores cuando el ejercicio de la libertad de expresión resulte en a) una afectación de derechos de las personas o su reputación, o b) un atentado contra la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral pública.

Por un lado, la Convención nada dice en forma explícita o directa acerca de cómo deben ser esas responsabilidades ulteriores en cuanto a si deberían ser de carácter civil, penal o de otra clase. Sin embargo, el mismo art. 13 brinda dos especificaciones que limitan las facultades regulatorias de los Estados al establecer esas responsabilidades ulteriores. En primer lugar, la cláusula prescribe que las responsabilidades ulteriores “deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”.

---

(31) *Ibid.*, consids. 89 a 92, el énfasis es mío.

Ello es similar al contenido del test tripartito o *three part test* que la jurisprudencia internacional desprende del art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El test implica que toda restricción a la libertad de expresión tiene que a) estar prevista en la ley; b) ser necesaria (en una sociedad democrática) y proporcionada; y c) perseguir el objetivo de proteger aspiraciones primordiales y legítimos ("*to protect an overriding legitimate aim*").

En segundo término, el art. 13 CADH estipula que la prohibición de la censura previa abarca no solo la censura que podríamos llamar "directa", sino también aquella que se realice por vías indirectas. Esta noción de censura "indirecta" debe ser interpretada como un límite al tipo de responsabilidades ulteriores que se apliquen y al modo en que ellas se determinen e implementen. En este sentido, la pregunta que la Corte Interamericana se planteó en el "Caso Fontevecchia" fue si las responsabilidades ulteriores que imponen obligaciones de compensar por daños al honor a quienes ejercen el derecho a la libertad de expresión puede configurar un tipo de censura indirecta prohibida por la Convención.

La respuesta corta que ofrezco a ese interrogante es afirmativa. A fin de justificar esta postura procederé a desplegar el siguiente razonamiento. En primer lugar, la Convención prohíbe la censura de la expresión por dos motivos: a) por ser ella parte de la libertad y autonomía del individuo (dimensión individual); y b) por ser la libertad de expresión una precondition indispensable del debate público y, por ende, de la democracia (dimensión social). En segundo término, y como consecuencia del reconocimiento de esta dimensión social del derecho, el Estado tiene obligaciones negativas (de no hacer) y positivas (de hacer) tendientes a asegurar la libre expresión y su derivado, el debate público robusto. En tercer lugar, la Convención prohíbe la censura también por medios indirectos, es decir, exige al Estado que tome medidas (de hacer o no hacer) tendientes a evitar el silenciamiento de voces por mecanismos indirectos. Finalmente, y como resultado de las razones expuestas, es posible afirmar que las responsabilidades ulteriores civiles pueden configurar censura indirecta por los siguientes tres tipos de razones: a) razones asociadas a las características estructurales de las regulaciones y litigios civiles; b) razones asociadas a una regulación legislativa deficitaria de las responsabilidades civiles que atenta contra la libertad de expresión por vías indirectas, o que genera las condiciones para que su interpretación dé lugar a ese atentado contra el derecho en su doble dimensión individual

y social (como por ejemplo las regulaciones que dan amplia discrecionalidad al juez), y c) razones asociadas a prácticas de la administración o de particulares, o interpretaciones de la legislación vigente por parte de agentes de la administración pública o de los jueces que, aun mediando regulaciones razonables de las responsabilidades civiles, conducen a un efecto silenciador de la libertad de expresión por vías indirectas, violando el derecho en su doble dimensión individual y social (por ejemplo, imponiendo costos asociados al litigio o a la compensación por daños que inhiben la expresión del afectado en el caso o aquellos que en el futuro tengan necesidad de expresarse).

Así, es posible concluir que si las responsabilidades ulteriores civiles pueden, a raíz de acciones u omisiones estatales constituir una amenaza a la libertad de expresión y a la robustez del debate público a través de un efecto inhibitorio de la expresión, entonces el Estado tiene la obligación de tomar medidas que remuevan aquellos factores que produzcan los efectos inhibitorios, por medio del dictado de regulaciones apropiadas, lo cual está en línea con lo resuelto por la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos en el "Caso Tristán Donoso vs. Panamá":

"una reparación civil sumamente elevada, puede ser a todas luces **tan o más intimidante e inhibitorio** para el ejercicio de la libertad de expresión que **una sanción penal**, en tanto tiene la potencialidad de comprometer la vida personal y familiar de quien denuncia a un funcionario público, con el resultado evidente y disvalioso de autocensura, tanto para el afectado como para otros potenciales críticos de la actuación de un servidor público".<sup>(32)</sup>

### 3. La prohibición de la censura directa o indirecta

La CADH concibe a la libertad de expresión, a través de lo establecido en su art. 13, como un derecho que tiene dos dimensiones: una individual (el derecho a expresarse del agente que emite la información, la idea o la opinión) y una social (el derecho del resto de las personas a recibir esa

---

(32) Ver CORTE IDH, "Caso Tristán Donoso vs. Panamá", fallo cit., párrafo 129 (énfasis añadido); véase también TEDH, *Cihan Ozturk vs. Turquía*, Ap. N° 17095/03, párrafo 33, 2009: "[L]a sanción impuesta sobre el solicitante fue significativa. Esto podría disuadir a otros de criticar a funcionarios públicos y limitar el libre flujo de información e ideas".

información, conocer esa idea o esa opinión). En este sentido, la Corte IDH ha dicho con prístina claridad en la OC 5 que:

“30. El artículo 13 señala que la libertad de pensamiento y expresión 'comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole...'. Esos términos establecen literalmente que quienes están bajo la protección de la Convención tienen no solo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Por tanto, cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no solo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a 'recibir' informaciones e ideas, de donde resulta que el derecho protegido por el artículo 13 tiene un alcance y un carácter especiales. Se ponen así de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de expresión. En efecto, esta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.

31. En su dimensión individual, la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende, además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. Cuando la Convención proclama que la libertad de pensamiento y expresión comprende el derecho de difundir informaciones e ideas 'por cualquier (...) procedimiento', está subrayando que la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente. De allí la importancia del régimen legal aplicable a la prensa y al status de quienes se dediquen profesionalmente a ella.

32. En su dimensión social la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones y para la comunicación masiva entre los seres humanos. Así como comprende el

derecho de cada uno a tratar de comunicar a los otros sus propios puntos de vista implica también el derecho de todos a conocer opiniones y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia”.

Por otro lado, la Convención establece que queda prohibida no solo la censura previa, sino, según el art. 13.3, también aquello que la doctrina ha dado en llamar censura indirecta:

“No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”.

La prohibición de restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos implica que los Estados deben, según lo requerido por el art. 2º de la Convención, tomar medidas tendientes a evitar que informaciones, ideas u opiniones no lleguen al debate público debido a que ellas se encuentren con un obstáculo evitable por parte del Estado, ya sea por acción o por omisión.

Por otra parte, la Convención autoriza a los Estados firmantes a establecer regímenes que asignen responsabilidades ulteriores al ejercicio de la libertad de expresión, pero esta facultad permitida está limitada por la prohibición aludida más arriba de no establecer mecanismos indirectos de censura. En otras palabras, no es posible para los Estados firmantes de la Convención establecer regímenes de responsabilidades ulteriores que operen como mecanismos de censura por una vía indirecta. Los regímenes de responsabilidad civil por daños pueden funcionar como un mecanismo de censura indirecta como consecuencia de tres situaciones específicas, que se desarrollan a continuación.

### ***3.1. Características estructurales de regulaciones y litigios civiles***

Hay un cierto consenso acerca de los efectos inhibitorios que produce la asignación de responsabilidades ulteriores penales como consecuencia de ciertos ejercicios de la libertad de expresión.<sup>(33)</sup> De hecho, la tendencia

---

(33) BERTONI, EDUARDO, *Libertad de expresión en el estado de derecho. Doctrina y jurisprudencia nacional, extranjera e internacional*, op. cit.

global es a la despenalización de la expresión, sobre todo comenzando por aquellas expresiones que son relevantes para el debate público y el control del gobierno, como ha sucedido en varios países con la derogación del delito de desacato, como por ejemplo, en Argentina luego de la solución amistosa en el “Caso Verbitsky” como consecuencia de la cual se derogó el delito de desacato, o la derogación de las calumnias e injurias para casos de interés público luego de la decisión de la Corte Interamericana en el “Caso Kimel”.

Sin embargo, no sucede lo mismo con las responsabilidades ulteriores de tipo civil, pues existe una cierta intuición más o menos extendida de que ellas no pueden configurar una amenaza al ejercicio de la libertad de expresión por ser inocuas o inofensivas. Esta intuición es, sin embargo, infundada. Existen voces calificadas que advierten sobre características estructurales del sistema de adjudicación de responsabilidad civil que muestran los riesgos que este podría traer aparejado si se encontrara diseñado de modo que tuviera por efecto el silenciamiento o inhibición de la expresión, incluso cuando la legislación no tuviera por objeto la persecución de la expresión.

Respecto de la posición que sostiene que las adjudicación de responsabilidades civiles posee generalmente características estructurales que la podría convertir en una amenaza a la libertad de expresión, resulta interesante y apropiado mencionar el argumento presentado por la que fuera presidenta de la *American Civil Liberties Union (ACLU)* de los Estados Unidos entre 2001 y 2008 y que se desempeña actualmente como profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de New York, la Sra. Nadine Strossen. Esta experta considera que la posibilidad de ser demandado en sede civil por compensación de daños en los Estados Unidos podría provocar lo que ella califica en su obra como “censura civil”.

En ese sentido, la autora sostiene que si bien el gobierno juega un rol menos directo en los casos civiles llevados a la justicia, ese rol sigue siendo sustancial. Los jueces, como funcionarios del gobierno en un sentido amplio —similar al que consideramos en materia de responsabilidad internacional del Estado— tienen un significativo impacto sobre los resultados de esos casos civiles por medio de las decisiones que toman en referencia a diferentes aspectos legales que definen los contornos de esos casos, como por ejemplo las decisiones referidas a cuál será la evidencia que deberá admitirse en el pleito o el modo en que los miembros del jurado —como sucede en su país— son instruidos. Además, argumenta Strossen,

en los casos en los que hubiera órdenes judiciales (*civil injunctions*), ellas, al menos en los Estados Unidos, son ejecutadas por la policía, los fiscales y los *sheriffs*, e incluso pueden conducir a la privación de la libertad si los jueces consideran que los demandados incurrieron en desobediencia de una orden judicial.<sup>(34)</sup>

Uno de los casos más importantes del derecho comparado en materia de libertad de expresión es "*New York Times vs. Sullivan*", decidido en 1964 por la Corte Suprema de los Estados Unidos. De él surge con claridad lo que Strossen llama nada menos que "equivalencia" entre la aplicación de sanciones penales a la expresión y la asignación de responsabilidades civiles en los casos de compensación por daños, identificando a estos últimos como "vehículos de censura inconstitucional".<sup>(35)</sup> El "Caso Sullivan" no se refirió a los efectos asimilables a la censura de una causa penal, sino justamente a una causa civil en la que se reconocía a personas particulares que alegaban haber sido afectadas por la expresión de un tercero a reclamar una compensación por los daños que decían haber sufrido. En este caso en particular, de un modo similar al alegado por los peticionantes en "*Fontevicchia*", los daños que el jurado había establecido y su consiguiente compensación era muy superior a la multa máxima que el *New York Times* hubiera tenido que pagar si hubiera sido sancionado penalmente por difamación escrita (libelo).

Por ello, la Suprema Corte en "*Sullivan*" entendió que la ley que asignaba responsabilidad civil por daños era inconstitucional, dado que conllevaba efectos inhibitorios o *chilling effects* sobre la libertad de expresión. Según Strossen, a fin de evitar los costos económicos de los supuestos daños, así como también los costos económicos y los intangibles de defenderse de una acción civil por daños, mucha gente se sentiría cohibida de expresar aquello que podría terminar siendo la causa de un juicio civil. De acuerdo con lo afirmado por la autora, los costos tangibles e intangibles de defenderse en una causa civil por daños, incluso cuando se ganara, son tan enormes que mucha gente prudente se vería inhibida de decir aquello que la pudiera hacer pasar por un proceso civil, no importan las chances de resultar victorioso en él.<sup>(36)</sup>

---

(34) NADINE STROSSEN, *Defending Pornography: Free Speech, Sex, and the Fight for Women's Rights*, NYU Press, 2000, pp. 67/69.

(35) *Ibid.*

(36) *Ibid.*

Los argumentos de Strossen se dan en el contexto del debate que existió en los Estados Unidos a comienzos de la década de 1990, cuando a raíz de la iniciativa de las dos prestigiosas juristas feministas, Katherine MacKinnon y Andrea Dworkin, el Estado de Indiana sancionó una ley por la que hacía responsables civilmente a aquellos que produjeran o distribuyeran material con contenido pornográfico por los daños que este pudiera provocar. Los editores y vendedores de libros, en reacción a la posibilidad de enfrentar causas civiles altamente onerosas que pudieran conducir a compensaciones por daños de altos montos pecuniarios, reaccionaron sosteniendo que esa amenaza o riesgo sería evitado por ellos a través de la decisión de no crear o distribuir material con contenido sexualmente explícito. Cuando testificaron en contra de la propuesta de legislativa conocida como *Pornography Victims' Compensation Act*, en 1991, Joyce Meskis, en ese entonces presidente de la *American Booksellers Association*, sostuvo que en los Estados Unidos se publican alrededor de 700.000 volúmenes y que existen unos 27.000 editores de libros que producen alrededor de 50.000 nuevos títulos al año, y que esa situación hace imposible desde el punto de vista económico para los librerías revisar todos esos trabajos. Por consiguiente, Meskis sostuvo que la única "opción real" que tenían los comerciantes y empresarios de la distribución de libros frente a este tipo de legislación era la de "informar a los editores que sus tiendas no recibirían nunca más todo aquel material que posea un contenido sexual", y concluyó que, de este modo, "la ley produciría la censura más extendida que jamás se haya experimentado en los Estados Unidos".

Strossen considera que el impacto inhibitorio podría ser incluso mayor en el caso de las responsabilidades civiles si se las compara con las penales, dadas las características propias del proceso civil. Además del enorme impacto adverso desde el punto de vista económico que estas causas civiles promovidas por la legislación anti-pornografía podría producir, sostiene la autora, se encuentra el impacto que ocasionarían desde el punto de vista legal, el cual sería aún más fuerte que el de las querrelas criminales. En las causas penales, por ejemplo, prosigue Strossen, los imputados tienen el beneficio que les otorga el principio de presunción de inocencia, el cual no se aplica en sede civil.

El Estado, en un proceso penal, no puede adjudicar responsabilidad a menos que se provea evidencia suficiente como para convencer a un jurado de que existen pruebas suficientes que van "más allá de la duda razonable",

necesaria para adjudicar el hecho delictivo al acusado. En materia de responsabilidad civil, en cambio, el estándar es mucho menos exigente y requiere solo de una “evidencia importante” (*preponderance of the evidence*). Además, el proceso penal está rodeado de una serie de garantías que se le exigen a la acusación penal por parte de los fiscales (y de un Gran Jurado imparcial), que tienen la responsabilidad de llevar adelante la causa de la justicia penal de un modo neutral. En cambio, generalmente, los juicios civiles por daños son impulsados por partes auto-interesadas que aspiran a lograr beneficios económicos. Finalmente, en materia penal, se otorga la protección procesal de la imposibilidad de juzgar a una personas más de una vez por un mismo hecho, llamada en el derecho anglosajón *double jeopardy*, mientras que en materia civil, una misma publicación podría ser objeto de un número ilimitado de acciones civiles, multiplicando así los daños a compensar potencialmente al infinito, así como también los costos de litigar y defenderse en sede judicial.<sup>(37)</sup>

Una posición similar fue sostenida por la Corte IDH en el “Caso Tristán Donoso vs. Panamá” citado más arriba:

“... si bien la sanción penal de días-multa no aparece como excesiva, la condena penal impuesta como forma de responsabilidad ulterior establecida en el presente caso es innecesaria. Adicionalmente, los hechos bajo el examen del Tribunal evidencian que el temor a la sanción civil, ante la pretensión del ex Procurador de una reparación civil sumamente elevada, puede ser a todas luces tan o más intimidante e inhibitorio para el ejercicio de la libertad de expresión que una sanción penal, en tanto tiene la potencialidad de comprometer la vida personal y familiar de quien denuncia a un funcionario público, con el resultado evidente y disvalioso de autocensura, tanto para el afectado como para otros potenciales críticos de la actuación de un servidor público”.<sup>(38)</sup>

En suma, existen razones asociadas a las características estructurales de las regulaciones y litigios civiles derivadas del mito de que son inofensivas, que operan como factores inhibitorios de la libertad de expresión. A modo de ejemplo, podemos señalar los siguientes cuatro rasgos de los procesos civiles que, en comparación con los penales, resultan ser menos

---

(37) *Ibid.*

(38) Corte IDH, “Caso Tristán Donoso vs. Panamá”, fallo cit.

robustos en materia de garantías respecto de aquella persona que sea demandada por haber ocasionado eventualmente daños por medio de sus expresiones.

En primer lugar, mientras en el proceso penal se presume la inocencia del demandado y se exige que la prueba vaya más allá de una duda razonable, en el proceso civil, como consecuencia del extendido régimen de la responsabilidad objetiva (*strict liability*) y sus consecuencias procesales, la presunción no es de inocencia sino de culpabilidad, además de que la exigencia de que no exista duda razonable no se da en este tipo de procesos. En segundo término, en un proceso penal, la acción es impulsada, en la mayoría de los casos, por fiscales imparciales que tienen por misión determinar la verdad de lo sucedido para la asignación consiguiente de la responsabilidad y del castigo, mientras en el proceso civil por responsabilidad por daños, la acción es impulsada por la parte demandante que busca un resarcimiento económico en su beneficio. En tercer lugar, mientras en un proceso penal está prohibido juzgar a una persona dos veces por el mismo hecho (*double jeopardy*), el régimen de responsabilidad por daños habilitaría más de una demanda por el mismo acto de expresión. Finalmente, en el régimen de responsabilidad penal, quizá como consecuencia de la asunción de que no hay nada más grave que la pérdida de la libertad tras la asignación de una pena, los jueces ven limitada su discreción al momento de mensurar la pena con mínimos y máximos medidos en años. El régimen de responsabilidad civil, generalmente, deja librado al buen criterio del juez la medida de la responsabilidad y del resarcimiento a pagar, quizá asumiendo que, a diferencia de los reporteros citados por Villanueva al comienzo de este ensayo, la pérdida de patrimonio resulta menos intimidante que la pérdida de libertad.

### **3.2. *Carácter deficitario de la regulación legislativa de las responsabilidades civiles***<sup>(39)</sup>

Una de las razones que suelen darse en defensa de las responsabilidades civiles es que su reclamo o aplicación no involucra a agentes del gobierno, como sucede con los fiscales en el caso de las responsabilidades penales. Si bien, en el derecho comparado, las normas que asignan responsabilidad

---

(39) Dicho carácter podría atentar contra la libertad de expresión por vías indirectas, o podría generar las condiciones necesarias para que su interpretación dé lugar a ese atentado contra el derecho en sus doble dimensión individual y social (como, por ejemplo, las regulaciones que dan amplia discrecionalidad al juez).

civil por los daños provocados por el ejercicio de la libertad de expresión no involucran a la maquinaria estatal que se encuentra detrás del sistema penal —y que por ello algunos consideran a las primeras como no tan riesgosas en términos de sus efectos inhibitorios— ello solo es así si esas responsabilidades civiles están formuladas de modo tal que previenen o evitan abusos y proveen las defensas necesarias, así como límites razonables a las compensaciones que se desprendan de ellas.<sup>(40)</sup> Del mismo modo que sucede en aquellos casos en los que se establecen responsabilidades penales al ejercicio de la libertad de expresión, la búsqueda de reparaciones civiles por daños supuestamente ocasionados por el ejercicio de ese derecho, puede tener motivaciones políticas o económicas y buscar un efecto silenciador sobre el disidente, crítico u opositor político, o sobre un competidor económico, generando el inaceptable debilitamiento del debate público.<sup>(41)</sup> Los ejemplos de casos en diferentes países del mundo citados al comienzo de este ensayo son una prueba de ello.

Por otro lado, como veremos más adelante, el sistema institucional que administra y aplica las responsabilidades civiles, aunque promovido en un caso concreto por un particular, también involucra al Estado y a funcionarios de éste, tales como los jueces.

En síntesis, una legislación que establezca un régimen de responsabilidad por daños que se encuentre diseñada de forma tal que deja una amplísimo margen de discrecionalidad al juez para tomar decisiones y asignar responsabilidades, genera una incertidumbre tal que conduce a que una persona prudente se inhiba de ejercer su derecho a la libertad de expresión por miedo a los riesgos desconocidos y eventualmente graves que correría si fuera hallado responsable de haber ocasionado daños a terceros.

Me referiré a la relación entre incertidumbre y efecto inhibitorio de la expresión en el siguiente parágrafo.

### *3.2.1. Incertidumbre, principio de legalidad y efecto inhibitorio*

En un Estado de derecho, la ley debe permitirle a las personas bajo su jurisdicción anticipar las consecuencias que el Estado asigna a las conductas. Los mínimos y máximos de las penas aplicables cuando se realiza una conducta prohibida por el derecho penal son, por ejemplo, una expresión

---

(40) *Article 19, Civil Defamation: Undermining Free Expression*, Londres, diciembre de 2009, p. 3.

(41) *Ibid.*

de esa certidumbre. Los justiciables deben saber, y se presume que saben —y consienten— el contenido de las obligaciones legales, lo cual justificaría la aplicación de la pena, cuál es la consecuencia de su conducta respecto de las restricciones a la libertad que el Estado podría aplicarles como consecuencia de haber violado la ley penal. Una de las razones que justifican la aplicación de una pena privativa de la libertad es justamente la publicidad de ese eventual castigo a aquellos que realizaran una conducta específica. Visto de otro modo, la ley, al establecer las penas mínimas y máximas, limita la discreción del juez al decidir qué pena aplica a una persona en particular que realizó una conducta prohibida y penada. El justiciable sabe que, de realizar la conducta prohibida, su libertad será privada y sabe también dentro de que márgenes temporales al momento de realizar la conducta.

Algo parecido sucede con la facultad estatal de establecer las obligaciones impositivas. El requisito de la no confiscatoriedad de los impuestos elaborado por los tribunales de distintos países, le brinda al justiciable la certeza de que la discrecionalidad de la autoridad pública para aplicar esa imposición tiene un límite, y que el mismo está dado por el respeto del derecho de propiedad.

En este sentido, el estado de derecho, y su principio esencial, el principio de legalidad, aspira a dar certidumbre a las personas sometidas a la jurisdicción de la autoridad pública, al tiempo que transmite el mensaje a los funcionarios del Estado de cuál es el límite de sus facultades de aplicar penas y de cobrar impuestos. ¿Por qué el estado de derecho llevaría adelante estos esfuerzos para brindar certidumbre respecto del ejercicio de la libertad personal o del derecho de propiedad, y no realizaría un esfuerzo equivalente para asegurar el derecho a la libertad de expresión, sobre todo cuando ella es no solo un derecho individual, sino la precondition misma del sistema democrático?

Hay leyes que por su redacción no dan prácticamente ninguna certidumbre, pues no permiten al justiciable anticipar las decisiones que el Estado tomaría respecto de sus conductas, ni comunican al funcionario público cuáles son los límites de su discrecionalidad para tomar decisiones que pueden afectar derechos. Ello es inadmisibles en todos los casos dentro de un Estado de derecho en el que rige el principio de legalidad, pero mucho más inadmisibles cuando lo que se pone en situación de riesgo es la precondition misma del sistema democrático. Además, en un régimen jurídico en el que rija la regla

de precedente, una ley redactada con un lenguaje de textura abierta podría definirse paulatinamente con las interpretaciones que los jueces hacen en el contexto de casos concretos. Sin embargo, en regímenes jurídicos de tradición continental, en los que no rige la regla de precedente, el esfuerzo por definir con mayor rigor las reglas en el texto de la ley resulta aún más imperioso para proveer al justiciable de algún grado mayor de certidumbre. Ello es lo que sucede, por ejemplo, en el caso del art. 1071 *bis* CC argentino. El Estado democrático, sobre todo si se sometió a las obligaciones de la Convención Americana de Derechos Humanos, debe tomar las medidas necesarias, como por ejemplo las reclamadas por el art. 2º de la Convención, para impedir la incertidumbre que produce efectos inhibitorios para el ejercicio de un derecho como la libertad de expresión, que es precondition del sistema político democrático. De este modo, debe asegurar que las regulaciones que rigen las decisiones de los funcionarios públicos cierren los márgenes de discreción estatal, sea a través de decisiones del Poder Ejecutivo (como en el caso de las regulaciones que establecen criterios para la distribución de publicidad oficial) o del Poder Judicial (como en los casos de determinación de la compensación por daños).

En suma, existen razones asociadas a una regulación legislativa deficitaria de las responsabilidades civiles que generan efectos inhibitorios de la libertad de expresión (por ejemplo, la elevada discrecionalidad al juez para determinar la existencia del daño, la existencia de responsabilidad y la determinación de la compensación a pagar). Por ello, es preciso evitar la aplicación de una regla única para todo tipo de daños, pues no es lo mismo asignar responsabilidad por los daños producidos en un accidente de autos que hacerlo en virtud del ejercicio de la libertad de expresión, algo que ya se ve reflejado en la jurisprudencia del derecho de daños de muchos países. La posible extralimitación en la asignación de responsabilidad por accidentes de tránsito, de modo de hacer excesivamente costosa la compensación del daño producido, podría generar como efecto que las personas conduzcan sus automóviles con mayor precaución o incluso que se inhiban de manejar un vehículo si ellas fueran personas muy adversas al riesgo. Sin embargo, un régimen de responsabilidad equivalente en el caso de eventuales daños provocados por la libertad de expresión, tendría como efecto el silenciamiento y la inhibición de la expresión, con los consiguientes efectos destructivos del debate público robusto sobre el que nos hablaba la Corte Suprema de los Estados Unidos en el famoso caso de "*New York Times vs. Sullivan*".

Una legislación mal diseñada por ser muy abierta y vaga, que le deje al juez una amplísima discrecionalidad para tomar su decisión, genera una enorme incertidumbre acerca de: a) la existencia de daño; b) la identificación de lo que significa un daño; c) la existencia de responsabilidad del que se expresa; y la d) la determinación de la compensación por ese daño.

En conclusión, ante la incertidumbre y la posibilidad de correr riesgos demasiado altos, una persona prudente prefiere no expresarse (por ejemplo, en el caso de los liberos que describía Strossen mencionado precedentemente), y en ello radica el efecto inhibitorio que un régimen de responsabilidad por daños mal diseñado podría tener sobre la libertad de expresión y la robustez del debate público.

### 3.2.2. *La obligación de tomar medidas y la censura civil*

En primer lugar, no tiene fundamento el presupuesto de que un régimen de responsabilidad civil, por ser diferente al de responsabilidad penal en el sentido de que no conlleva la aplicación de una sanción, son más tolerables o menos dañinas que estas últimas. Sin ánimo de comparar unas con otras, pues se trata de elementos inconmensurables, estimo que es posible afirmar que la atribución de responsabilidades ulteriores civiles puede importar, dadas ciertas circunstancias específicas, una amenaza cierta al ejercicio libre de la libertad de expresión y provocar, así, un efecto inhibitorio sobre ella.

El profesor Owen Fiss de la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale también se ha referido a los posibles efectos inhibitorios de la asignación de responsabilidad civil sobre aquellos que ejercen su libertad de expresión, justamente en referencia a la legislación antipornografía del Estado de Indiana mencionada por Strossen. En esa legislación se asume que las publicaciones o filmaciones con contenido pornográfico tienen por efecto la incitación a la violencia. El autor acota que en los Estados Unidos la ley que castiga tanto al que realiza desmanes como a aquellos que lo han incitado a hacerlo es constitucional y no se opone a la Primera Enmienda de la Constitución (referida a la protección de la libertad de expresión), aunque reconoce que esta tesis es problemática, pues es muy difícil determinar qué expresiones fueron las que causaron la incitación.<sup>(42)</sup> Fiss teme que al imponer responsabilidades civiles a aquella persona que al expre-

(42) OWEN FISS, *Liberalism Divided*, Westview Press, 1996, p. 74.

sarse incitó a otros a cometer, por ejemplo, un delito, también estemos desalentando aquellas expresiones que no sean una incitación a la violencia y que, por lo tanto, no deberían serlo. Este efecto, que él llama *chilling effect* en el sentido de efecto inhibitorio o silenciador de aquellas voces que no deberían ser calladas, se manifiesta, según el autor, a través de sanciones penales que se presentan como una amenaza, pero no solo en ellas, sino también cuando existe el riesgo de que se asigne responsabilidad civil por daños. En este sentido, Fiss es enfático:

“en el área de la difamación por medios escritos (libelo), reconocemos que permitir que una persona pueda ser compensada por daños ocasionados por una lesión a su reputación a causa de una afirmación falsa puede inhibir o desalentar a la prensa de realizar coberturas o emitir opiniones apropiadas o importantes”.<sup>(43)</sup>

Fiss argumenta, y coincido con su posición, que ese riesgo de inhibición no puede negarse, pero que, sin embargo, hemos aprendido que sí es un riesgo que, en algunas situaciones, estamos dispuestos a correr para conciliar valores que se encuentran en conflicto.<sup>(44)</sup> En el caso del sistema legal de los Estados Unidos, la respuesta de los tribunales al posible efecto inhibitorio de las leyes que regulan y asignan responsabilidades civiles por difamación, no redundó en una prohibición generalizada de ese tipo de normas. Por el contrario, los tribunales de ese país actuaron con cautela estableciendo una serie de parámetros que esas leyes debían observar para que no provocaran ese temido efecto inhibitorio. Según el académico de la Universidad de Yale, esos rasgos inevitables de la regulación establecidos por la Corte Suprema de los Estados Unidos son, en primer término, que la prohibición de establecer responsabilidades penales a expresiones referidas a funcionarios públicos cuando estos las consideren difamatorias y, en segundo lugar, que el establecimiento de limitaciones específicas a la posibilidad de interponer una acción por daños, por ejemplo, requiriendo la producción de la prueba que demuestre que el que se expresó sabía o tenía razones para saber que lo que dijo era falso.

De este modo, estableciendo una cantidad apropiada de restricciones y limitaciones a la asignación de responsabilidades civiles, estas podrían aplicarse sin atentar contra la libertad de expresarse libremente, buscando

---

(43) *Ibid.*, la traducción es mía.

(44) *Ibid.*

conciliar el respeto tanto a la libertad de expresión como a la reputación o al honor. Así, los Estados que asumieron compromisos internacionales para respetar ambos extremos o derechos, pueden esmerarse más o menos en cuanto a su tarea de refinar la legislación vigente de modo de minimizar el efecto inhibitorio o *chilling effect* que conlleva el establecimiento de un sistema de responsabilidades civiles.

En el caso argentino, el esfuerzo por minimizar esos efectos podría ser mayor que el actual reflejado en la ley vigente, dado que, por ejemplo, el lenguaje vago del art. 1071 CC deja al funcionario judicial una amplitud de discreción interpretativa que no es admisible en ninguna tradición jurídica que hubiera adoptado el principio de legalidad, central en un estado de derecho. El art. 1071 bis se refiere al potencial daño ocasionado como el resultado de expresiones que hubieren perturbado “de cualquier modo su intimidad” para luego dar al juez una facultad prácticamente sin límites al momento de estimar la cuantía de la compensación por el daño producido, estableciendo que se deberá “pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez, de acuerdo con las circunstancias”. Finalmente, la norma argentina también ha dejado librada a la discreción del magistrado la decisión de, a pedido del agraviado, “ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar”, lo cual, en algunos casos, de consistir en la publicación del medio impreso de mayor circulación del país, pondría también en cabeza del sujeto que ejerció la libertad de expresión una responsabilidad ulterior de costos ingentes.

Siguiendo el marco conceptual que provee Fiss, el juicio respecto de cuáles deben ser esas garantías que rodean el sistema de asignación de responsabilidades civiles depende de un pormenorizado análisis de los riesgos de producir un efecto inhibitorio vis a vis la necesidad de prevenir la afectación de otro derecho, como por ejemplo el derecho al honor o a la reputación. Una forma de llevar a cabo este análisis es a través del establecimiento de estándares, tests y guías apropiadas en la legislación, y, luego en la resolución de casos específicos en los tribunales, de modo de ir construyendo una jurisprudencia coherente en la materia. Esta estrategia limita la libertad o la aspiración de los jueces de aplicar una regla en forma automática a todos los casos, pues no es posible anticiparse a todas las posibles situaciones que pueden surgir en ellos. A lo máximo que podemos aspirar es a establecer estándares legislativos más claros que los actuales en Argentina, por ejemplo, aquellos que les den a los magistrados las herramientas necesarias para realizar ese sopesamiento entre las

libertades y derechos en juego, pero también evitando que se eleven los niveles de discreción en la aplicación de la norma por parte de los jueces.

En resumen, aunque sea evidente, es preciso insistir en que la protección de la libertad de expresión no exige la erradicación total de un sistema de asignación de responsabilidades civiles ulteriores. Además, la asignación de responsabilidades ulteriores establecida por el legislador no debe dar al juez que la aplique una discrecionalidad tal que deje prácticamente a su completa libertad de criterio la evaluación acerca del modo en que se deben conciliar las libertades y derechos en juego. Si ello sucediera, se desvanecería el principio de legalidad, base del Estado de derecho, y se atacaría la libertad de expresión como precondition del sistema democrático. Por ello, ese régimen legal debe establecer estándares, tests y límites que reduzcan la discrecionalidad de los jueces al aplicarlo, y esos estándares, tests y límites deben reflejar la importancia de prevenir efectos inhibitorios a la libertad de expresión por medio de la asignación de responsabilidades civiles. Ellos deben también expresar el compromiso fundamental asumido por los estados firmantes de la Convención de respetar la libertad de expresión por ser ella un derecho individual pero, sobre todo, por ser la precondition necesaria para la existencia de un debate desinhibido y robusto, a su vez requisito sustancial de un régimen democrático y de respeto a los derechos humanos. Por ello, esos estándares, tests y límites deben ser propios del caso particular en el que el honor y la reputación de las personas se encuentren en conflicto por el ejercicio de la libertad de expresión, de modo que se le asignen garantías al que se expresa que quizá no estaríamos dispuestos a aceptar en otros casos de conflictos de derechos en los que no se encuentra en juego una precondition del sistema político democrático. En este sentido, se puede incorporar un juego de presunciones y cargas probatorias y argumentativas que no serían trasladables automáticamente a otros conflictos de derechos dentro del régimen de responsabilidades civiles por daños. El régimen de daños que se adopte debe definir, al menos para este caso, qué es el que se entiende por "daño", de modo que el resarcimiento se limite a compensar los que sean lo más objetivamente identificables y cuya compensación pueda ser anticipable de modo tal que el régimen de compensaciones no produzca incertidumbres que provoquen un efecto inhibitorio de la expresión. Una opción a considerar, por ejemplo, es limitar el daño resarcible al daño efectivo material y que no alcance al daño moral, de determinación y cuantificación altamente incierta.

Podemos concluir, entonces, que hay ciertos elementos propios y estructurales de las acciones civiles por daños que parece tener, por sí solos, un impacto negativo e inhibitorio sobre la libertad de expresión, sin mencionar los aspectos de tipo políticos derivados de la utilización o exacerbación espuria de esos elementos con fines persecutorios. En este último caso, en el que las características estructurales de la acción civil se combinan con la intencionalidad persecutoria de la autoridad pública respecto de la expresión de información de interés público y/o sobre funcionarios públicos, los efectos inhibitorios se potencian aumentando las chances de auto-censura y silenciamiento y afectando así la calidad del debate público que, lejos de ser amplio, desinhibido y robusto, como reza el voto del juez Brennan en “*New York Times v. Sullivan*”, sería más estrecho, inhibido y débil.

### ***3.3. Desarrollo de prácticas interpretativas o interpretaciones puntuales de agentes de la administración pública o de jueces***<sup>(45)</sup>

En este sentido, existen acciones estatales o de particulares que, individualmente consideradas, por ejemplo, pueden ser perfectamente legales pero que, evaluadas colectivamente, tomen la forma de una práctica articulada tendiente a producir efectos inhibitorio de la expresión. Por ejemplo, si el Estado, haciendo uso de su facultad legítima de inspeccionar las instalaciones de un medio de comunicación para evaluar el cumplimiento de normas sanitarias o normas impositivas, recurre a la práctica de hostigar por medio de esas inspecciones a un medio de prensa de modo que se repite injustificadamente en el tiempo, ese accionar podría tener efectos inhibitorios de la expresión por los costos e inconvenientes que la práctica ocasiona a pesar de que cada una de esas inspecciones tomadas en forma individual no constituyan una amenaza a la libertad de expresión. A esto es a lo que se refiere el art. 13.3 con la referencia al abuso de los controles oficiales. Otro ejemplo que podemos mencionar de prácticas habituales en algunos de los países firmantes de la Convención, es la utilización del poder discrecional de distribución de fondos públicos para la compra de publicidad oficial con el objeto de premiar o castigar a aquellos que expresen ideas u opiniones

(45) Aun mediando regulaciones razonables de las responsabilidades civiles, dichas interpretaciones conducen a un efecto silenciador de la libertad de expresión por vías indirectas violando el derecho en su doble dimensión individual y social (por ejemplo, imponiendo costos asociados al litigio o a la compensación por daños que inhiben la expresión del afectado en el caso o aquellos que en el futuro tengan necesidad de expresarse).

favorables o adversas, respectivamente, a la autoridad que detenta la facultad de alocar esa publicidad, tal como lo establece el Principio 13 de la Declaración de Principios de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

“La utilización del poder del Estado y los recursos de la hacienda pública; la concesión de prebendas arancelarias; la asignación arbitraria y discriminatoria de publicidad oficial y créditos oficiales; el otorgamiento de frecuencias de radio y televisión, entre otros, con el objetivo de presionar y castigar o premiar y privilegiar a los comunicadores sociales y a los medios de comunicación en función de sus líneas informativas atenta contra la libertad de expresión y deben estar expresamente prohibidos por la ley. Los medios de comunicación social tienen derecho a realizar su labor en forma independiente. Presiones directas o indirectas dirigidas a silenciar la labor informativa de los comunicadores sociales son incompatibles con la libertad de expresión”.

Estos efectos inhibitorios derivados de las características intrínsecas de las acciones civiles, aumentados por el uso espurio de estos litigios, impactan especialmente sobre el ejercicio de la libertad de expresión por parte de los profesionales de la comunicación, generadas por realizar publicaciones sobre funcionarios públicos y/o de interés público. Un ejemplo de ello podrían ser las 17 causas civiles iniciadas por el esposo de la presidenta de Filipinas mencionado al comienzo de este ensayo. Una situación similar fue la que provocó la decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos cuando decidió “*New York Times vs. Sullivan*”, pues ese caso se da en el contexto de una escalada de demandas civiles contra medios que apoyaban la lucha de los afrodescendientes por sus derechos civiles con la intención de quebrarlos como empresas.

Un punto importante y que es materia de debate en cuanto a la estimación de la cuantía del resarcimiento, es el relacionado con la determinación de la finalidad misma de la obligación de pagar. En el debate académico y en la jurisprudencia surgen dos posiciones respecto de las finalidades de la reparación: a) la compensación del daño en términos estrictos y b) la obligación de pagar una suma que tenga por efecto la disuasión de que la misma persona involucrada en el pleito o cualquier otra reitere la acción que produjo el daño. Entiendo que el régimen de

responsabilidad civil por daños es exclusivamente reparatorio. Asignarle efectos disuasorios a la responsabilidad ulterior conlleva los problemas derivados de la atribución de una sanción o pena, lo cual daría lugar a las objeciones referidas a la necesidad de establecer las consecuentes garantías que deben respetarse cuando se persigue esa finalidad. Como ya señalé, el derecho de daños supone que, al ser reparatorio y no sancionatorio, no debe operar con las garantías requeridas por el derecho penal. Si la finalidad del pago es reparar los daños provocados, sobre la base de los mandatos de la justicia compensatoria, es quizá posible articular buenas razones para no imponer a esos procesos civiles los pesados requisitos que se asignan a un proceso que impone penas. Sin embargo, no es posible ni resulta justificado diseñar un sistema carente de esas garantías sobre la base de que solo se buscará compensar daños para luego usarlo para aplicar sanciones y penas con finalidad disuasoria. La asignación de una finalidad disuasoria a la responsabilidad civil, reflejada en el monto estipulado que deberá pagar el que se expresó, obligaría a sacar ese proceso de asignación de responsabilidad del ámbito puro del derecho civil para llevarlo a un ámbito más cercano al del derecho penal y, por ende, debería rodeárselo de las máximas garantías posibles equivalentes a las que se reconocen en los procesos penales, tales como, por ejemplo, la presunción de inocencia y el *ne bis in idem*, en lugar de hacer valer la presunción de culpabilidad del régimen de responsabilidad objetiva. La Corte Suprema argentina incurrió en el caso "Fontevicchia" en una especie de reconocimiento de esta falla en la determinación de la finalidad de la asignación de responsabilidad civil cuando reconoció los efectos disuasorios de la aplicación de la suma exigida:

"17. Que las consideraciones precedentes bastan para confirmar lo resuelto en la instancia anterior respecto del alcance de los principios constitucionales en juego, y a la admisión de la responsabilidad civil de los codemandados. En cuanto al monto de la indemnización, cabe tratar el agravio de los recurrentes pues es evidente que el *quantum* del resarcimiento, si bien constituye un factor disuasivo de las conductas ilícitas, también puede convertirse, en caso de exceso, en factor de debilitamiento del desempeño de la prensa responsable. En este sentido, el monto no debe ser simbólico ni ínfimo, pero tampoco debe entrañar un enriquecimiento sin causa del reclamante

—que solo ha promovido acción en nombre propio— y debe guardar equilibrio con la configuración que el propio sujeto lesionado ha dado al ámbito de reserva tutelado lo cual determina la medida en que la conducta del medio de prensa merece la calificación de arbitraria.

Por ello, se admitirá parcialmente en este punto el recurso de los apelantes y se reducirá el monto de la indemnización a la suma de sesenta mil pesos (\$ 60.000), a la fecha de esta sentencia, suma que devengará los intereses en la forma dispuesta por el tribunal a quo".<sup>(46)</sup>

#### **4. Necesidad de establecer un régimen específico de responsabilidad civil por daños para casos en que se haya ejercido la libertad de expresión**

El juez García Ramírez sostuvo en el "Caso Kimel":

"En el debate democrático acerca de los asuntos que atañen al interés público: la información errónea o sesgada se combate con información fidedigna y objetiva, y la opinión infundada o maliciosa, con opinión fundada y suficiente (...) Esos son los extremos naturales de un debate que difícilmente se zanjará en las oficinas de la policía, en los estrados de los tribunales o tras las rejas de las prisiones".<sup>(47)</sup>

Esta afirmación guarda absoluta coherencia con lo que la Corte IDH ha sostenido en la Opinión Consultiva 5/1985 sobre "La Colegiación Obligatoria de Periodistas" del 13 de noviembre de 1985:

"Considera la Corte, sin embargo, que el mismo concepto de orden público reclama que, dentro de una sociedad democrática, se garanticen las mayores posibilidades de circulación de noticias, ideas y opiniones, así como el más amplio acceso a la información por parte de la sociedad en su conjunto. La libertad de expresión se inserta en el orden público primario y

---

(46) CSJN, "Menem, Carlos Saúl c/ Editorial Perfil SA y otros s/ daños y perjuicios - sumario", 25 de septiembre de 2001.

(47) Del voto del Juez García Ramírez en CORTE IDH, "Caso Kimel vs. Argentina", fallo cit., párrs. 26/27.

radical de la democracia, que no es concebible sin el debate libre y sin que la disidencia tenga pleno derecho de manifestarse" (párr. 69).

Sobre la base de lo sostenido por la Corte en el "Caso Kimel" y en la OC 5 antes citados, entre otros muchos antecedentes, un marco regulatorio de la responsabilidad civil debería tener en cuenta los siguientes extremos a fin de cumplir con las obligaciones asumidas en la Convención:

- La protección del honor, la dignidad y la reputación de la persona se desprenden de sus derechos reconocidos constitucionalmente y por los tratados internacionales.
- Pero esa protección no puede erigirse para socavar la robustez del debate público, precondition de la democracia entendida como el sistema político que asegura la vigencia de todos los derechos y cuyo debilitamiento redundaría en un ataque indirecto a ellos.
- El sistema de reparación de daños del derecho civil no se apoya en la premisa de que todos los daños producidos deben ser compensados. Existe, pues, una especie de "política de reparación de daños", así como existe una política criminal que sanciona penalmente algunas acciones y no otras. Existen daños "tolerados" y daños que son "resarcibles", no porque esté escrito en la naturaleza que ellos lo son, sino porque hay una decisión legislativa, democrática y, por ende, legítima de que así sea.
- Ello conlleva a evitar aplicar un régimen de daños único para todos los casos y conduce a la necesidad de establecer un régimen de daños específico para aquellos casos en los que se sospecha que el daño fue provocado por una persona en ejercicio de su libertad de expresión.

La política de reparaciones, por tratarse de una política pública decidida, diseñada e implementada por gobiernos democráticos limitados por las obligaciones por ellos contraídas a través de acuerdos internacionales y normas nacionales que le exigen respetar derechos, debe estar sometida a los límites surgidos de las prescripciones constitucionales y de las obligaciones internacionales del Estado. Estas prescripciones exigen, por ejemplo, que no se aplique una única regla reparatoria para todos los posibles casos, como sucede con el art. 1071 bis CC argentino. En este sentido, no es posible tratar desde el derecho de daños del mismo modo un accidente de automóviles que los efectos de la expresión. La academia civilista es consciente de estas diferencias y tensiones, por ejemplo, cuando detecta que el régimen de reparación de daños puede poner una carga sobre las empresas que redunde en una baja de la inversión y por

consecuencia del empleo.<sup>(48)</sup> Por ello, las decisiones respecto de dónde se coloca la responsabilidad es la consecuencia de una política económica o de una decisión de política pública. Sin embargo, esa decisión de política pública está limitada por las obligaciones surgidas de tratados internacionales, como es el caso de la obligación de no ejercer censura por medios indirectos. En suma, es posible pensar en un sistema de reparación de daños que sea apropiado para los casos en los que está en juego una posible afectación de la libertad de expresión, de modo que, entendida como precondition del sistema democrático de gobierno, no resulte inhibida por posibles responsabilidades ulteriores que tengan efectos de silenciamiento.

El derecho civil argentino, por medio de las reformas introducidas por la ley 17.711 en 1968, abandonó un régimen de responsabilidad subjetiva por uno de responsabilidad objetiva con el fin de alcanzar con el derecho de daños a aquellas situaciones en las que resultaba difícil, por causa de la reunión de evidencia o de la inexistencia de culpa o dolo, atribuir responsabilidad subjetiva sobre la base de la supuesta necesidad de contrarrestar los daños surgidos de la introducción de las máquinas.<sup>(49)</sup> Sin embargo, incluso aquellos defensores más radicales de la asignación de responsabilidad objetiva reconocen que toda sociedad tiene un nivel de daño tolerado para el cual no diseña o asigna responsabilidades ni obligaciones reparatorias. En los casos en los que está en juego la calidad y robustez del debate público a través de la protección debida a la libertad de expresión, existen razones para que el sistema de reparación de daños ceda ante una precondition básica del sistema político democrático que, por otro lado, brinda la justificación misma para que la ley que aplica esas responsabilidades civiles sea legítima por haber sido decidida por medio de ese sistema democrático de toma de decisiones. Sin embargo, por otro lado, no estaría justificado que cualquier daño producido por el ejercicio de la libertad de expresión sea tolerado; la doctrina, el derecho comparado, el derecho internacional y la jurisprudencia nacional e internacional han ido delineando los contornos de aquella esfera de posible daño no compensable con miras a evitar el riesgo de producir un efecto inhibitorio sobre la expresión relevante para el debate público.

---

(48) GHERSI, CARLOS A., *Teoría general de la reparación de daños*, Bs. As., Astrea, 2003, pp. 30/37.

(49) *Ibid.*

Esos contornos se dibujan a través de protecciones a la libertad de expresión respecto de posibles demandas por compensación de daños en virtud de: a) las personas que se expresan; b) las personas que alegan el padecimiento del daño y c) el contenido de la expresión.

Un párrafo especial merece la cuestión de los sujetos que ejercen la libertad de expresión. Si bien existe una tendencia a reconocer protección especial a los profesionales de la comunicación frente a posibles demandas, por ejemplo, por daños, en los tiempos que corren en los que el derecho a buscar y difundir gracias a las nuevas tecnologías es ejercido por periodistas y medios de comunicación, pero también por ciudadanos comunes que se expresan mediante blogs, ONG que participan activamente del debate público proveyendo información o incluso pensadores, ensayistas de medios, periodistas, activistas políticos o de la sociedad civil, humoristas, artistas, o académicos interesados por la cosa pública, esta protección debe ir más allá de la que reciben aquellos que pertenecen a la profesión periodística.

El debate público que debe ser robusto no involucra solo a funcionarios públicos, pues puede referirse a prácticas o actos de particulares.<sup>(50)</sup> En el derecho comparado, y el caso argentino no es una excepción, cuando el derecho a la libertad de expresión entra en conflicto con derechos tales como el derecho al honor o a la reputación de funcionarios públicos, la protección de estos últimos resulta más débil que la de otras personas que no desempeñen esa función.<sup>(51)</sup> En este sentido, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha sostenido en el caso "*New York Times vs. Sullivan*", citando a su vez el caso "*City of Chicago vs. Tribune Co.*", que "ninguna corte (...) jamás ha sostenido, o siquiera sugerido, que las querellas criminales por difamación (libelo) respecto del gobierno tienen un lugar en el sistema legal de los Estados Unidos". En un sentido similar se pronunció la Corte Suprema de la India, estableciendo que el gobierno, la autoridad local u otros órganos e instituciones que ejercen la autoridad pública, no están legitimados para demandar por

(50) CEDH, Caso *Castells c. España*, sentencia del 23 de abril de 1992, párr. 46; *Lingens c. Austria*: "los límites de la crítica aceptable deben ser más amplios con respecto a un político como tal que con relación a un individuo particular. Ya que el primero expone su persona a un escrutinio abierto de sus palabras y actos tanto por la prensa como por el público en general y, en consecuencia, debe demostrar un mayor grado de tolerancia".

(51) Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, casos "*New York Times vs. Sullivan*" (1964) y "*City of Chicago vs. Tribune Co.*" (1923).

difamación.<sup>(52)</sup> Esta menor protección se ha extendido incluso, en el caso de los Estados Unidos, a personalidades públicas que no son funcionarios públicos.<sup>(53)</sup>

También resulta fundamental hacer distinciones respecto de los temas o cuestiones que se consideran relevantes para el debate público. El carácter de funcionario público o de personalidad pública opera como un indicador *a priori* que permite presuponer la relevancia para el debate público del tema que los involucra. La doctrina de la real malicia también es un mecanismo de presunciones de este tipo.

## 5. Componentes de un marco legal posible

Los siguientes son solo algunos de los posibles componentes que podría contener una legislación apropiada que regule el régimen de responsabilidad civil en casos en los que se encuentre involucrado el goce de la libertad de expresión. La enumeración es solo a título de sugerencia y no intenta agotar esos componentes ni ofrece una ley modelo.

- Estándares para determinar si hubo daño e identificación de daño resarcible.
- Estándares para evaluar si existe responsabilidad: estos estándares pueden establecer presunciones a) a favor del debate público robusto; b) a favor del sujeto que se expresa en ese debate; c) también pueden establecer las cargas probatorias y de argumentación de acuerdo con la presunción (por ejemplo, las cargas derivadas de la presunción que establece la doctrina de la "real malicia" surgida de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, seguida por una variedad de países, o de acuerdo con legislaciones que incorporaron esa doctrina como norma general legal, como en el caso de la Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal, de México).<sup>(54)</sup>
- Estándares para evaluar el modo de calcular la dimensión de la compensación o su monto: estos podrían establecer límites de indemnización de acuerdo con algún parámetro, como por ejemplo topes absolutos, topes relativos (que tomen en cuenta las características particulares del caso) o la previsión de obligaciones de hacer, como la publicación de la sentencia o de una rectificación (esta previsión debería ser limitada a fin de que no se convierta en una carga que tenga efectos inhibitorios por sus costos).

---

(52) CORTE SUPREMA DE LA INDIA, *Rajagopal v. State of Tamil Nadu*, 6 S.C.C. 632 (1994).

(53) *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323 (1974).

(54) Ver Anexo.

- Costos del juicio: La norma también podría referirse a los costos procesales del juicio, dado que, incluso cuando la sentencia no resultase adversa, ellos podrían tener efectos inhibitorios por sí mismos.

A modo de ejemplo, es útil citar la ley de responsabilidad civil para la protección del derecho a la vida privada, el honor y la propia imagen en el Distrito Federal de México, pues allí se ha intentado establecer un régimen específico de responsabilidad civil del tipo del que aquí se sugiere. Si bien esta norma puede ser criticada y dista de ser óptima, puede funcionar como un ejemplo ilustrativo para eventuales legislaturas, y en particular lo allí establecido en el Título Tercero, Capítulo III dedicado a la malicia efectiva.

### ***5.1. ¿Deben los estándares del régimen de responsabilidad civil en casos de libertad de expresión ser establecidos por la ley o por la jurisprudencia?***

La necesidad de una ley que establezca límites y estándares se vuelve más necesaria en un sistema en el que no rige la regla de precedente, ni siquiera para las decisiones de la Corte Suprema, como es el caso del sistema legal argentino.

Como sostuve más arriba, la protección de la libertad de expresión no exige la erradicación total de un sistema de asignación de responsabilidades civiles ulteriores. Sin embargo, la regulación de responsabilidades civiles depende de un pormenorizado análisis de los riesgos de producir un efecto inhibitorio *vis a vis*; la necesidad de proteger otros derechos, como el derecho a la intimidad, la privacidad, el honor o la reputación. Una forma de llevar a cabo este análisis es a través del establecimiento de estándares, test y guías apropiadas en la legislación, y, luego, en la resolución de casos específicos en los tribunales, de modo de ir construyendo una jurisprudencia coherente en la materia.

La asignación de responsabilidades ulteriores establecida por el legislador no debe dar al juez que la aplique una discrecionalidad tal que deje prácticamente a su completa libertad de criterio la evaluación acerca del modo en que se deben conciliar las libertades y derechos en juego. Si ello sucediera, se desvanecería el principio de legalidad, base del estado de derecho, y se atacaría la libertad de expresión como precondition del sistema democrático. Esta estrategia limita la libertad o la aspiración de los jueces de aplicar una regla en forma automática a todos los casos, pues no es posible anticiparse a todas las posibles situaciones que pueden surgir en ellos.

## **6. Anexo. Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal (fragmento)<sup>(55)</sup>**

### **Título Tercero**

#### **Afectación al patrimonio moral**

##### **Capítulo I - El daño al patrimonio moral**

**Artículo 22.-** Para la determinación de las obligaciones que nacen de los actos ilícitos se estará a lo dispuesto por el Código Civil para el Distrito Federal en todo lo que no contravenga al presente ordenamiento.

**Artículo 23.-** La violación a los derechos a la vida privada, al honor y/o a la propia imagen constituyen un menoscabo al patrimonio moral, su afectación será sancionada en los términos y condiciones establecidos en el presente ordenamiento.

**Artículo 24.-** El daño se reputará moral cuando el hecho ilícito menoscabe a los componentes del patrimonio moral de la víctima. Enunciativamente se consideran parte del patrimonio moral, el afecto del titular del patrimonio moral por otras personas, su estimación por determinados bienes, el derecho al secreto de su vida privada, así como el honor, el decoro, el prestigio, la buena reputación y la imagen de la persona misma.

**Artículo 25.-** No se considerará que se causa daño al patrimonio moral cuando se emitan opiniones, ideas o juicios de valor sobre cualquier persona, siempre y cuando no se utilicen palabras, frases o expresiones insultantes por sí mismas, innecesarias para el ejercicio de la libertad de expresión.

Las imputaciones de hechos o actos que se expresen con apego a la veracidad, y sean de interés público tampoco podrán ser motivo de afectación al patrimonio moral.

##### **Capítulo II - Afectación en cuanto a propia imagen**

**Artículo 26.-** La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares

---

(55) Publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 19 de mayo de 2006.

o momentos de su vida privada o fuera de ellos sin la autorización de la persona constituye una afectación al patrimonio moral.

La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona con fines peyorativos, publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga dará lugar a la reparación del daño que por la difusión de la misma se genere.

Mientras no sea condenado por sentencia ejecutoriada, el probable responsable tiene derecho a hacer valer el respeto a su propia imagen.

**Artículo 27.-** No se reputarán intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la ley, ni cuando predomine un interés público, histórico, científico o cultural.

### Capítulo III - Malicia efectiva

**Artículo 28.-** La malicia efectiva se configura en los casos en que el demandante sea un servidor público y se sujetará a los términos y condiciones del presente capítulo.

**Artículo 29.-** Se prohíbe la reparación del daño a los servidores públicos que se encuentren contenidos en los supuestos del presente título, a no ser prueben que el acto ilícito se realizó con malicia efectiva.

**Artículo 30.-** Los servidores públicos afectados en su patrimonio moral por opiniones y/o informaciones, conforme al art. 33 de la ley, difundidas a través de los medios de comunicación e información, deberán probar la existencia de la malicia efectiva demostrando:

- I. Que la información fue difundida a sabiendas de su falsedad;
- II. Que la información fue difundida con total despreocupación sobre si era falsa o no; y
- III. Que se hizo con el único propósito de dañar.

**Artículo 31.-** En el caso de las figuras públicas, la acción procederá siempre y cuando se pruebe la fracción I del artículo anterior.

**Artículo 32.-** En los demás casos bastará que se demuestre la negligencia inexcusable del demandado.

**Artículo 33.-** Los servidores públicos tendrán limitado su derecho al honor, a la vida privada y a su propia imagen como consecuencia del ejercicio de sus funciones sometidas al escrutinio público.

**Artículo 34.-** Para efectos de este apartado. Se reputarán informaciones de interés público:

- I. Los datos y hechos sobre el desempeño, en el sentido más amplio, de los servidores públicos, la administración pública y organismos privados que ejerzan gasto público o cumplan funciones de autoridad.
- II. Los datos sobre acontecimientos naturales, sociales, políticos, económicos y culturales que pueden afectar, en sentido positivo o negativo a la sociedad en su conjunto.
- III. Aquella información que sea útil para la toma de decisiones de las personas, para ejercer derechos y cumplir obligaciones en una sociedad democrática.

## Título Cuarto

### Medios de defensa del derecho a la vida privada, al honor y la propia imagen

**Artículo 35.-** La tramitación de la acción se sujetará a los plazos y condiciones establecidos para los procedimientos en vía de controversia en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

**Artículo 36.-** Para que se produzca el daño al patrimonio moral se requiere:

- I. Que exista afectación en la persona, de los bienes tutelados en la presente ley;
- II. Que esa afectación sea a consecuencia de un acto ilícito; y
- III. Que haya una relación de causa-efecto entre ambos acontecimientos.

Para la procedencia de la acción se deberá tomar en cuenta la mayor o menor divulgación que el hecho lesivo ha tenido, las condiciones personales de la víctima y las demás circunstancias del caso.

**Artículo 37.-** La carga de la prueba recaerá, en principio sobre el actor, quien deberá demostrar el daño en su derecho de personalidad derivado de un hecho ilícito.

La valoración del daño al patrimonio moral debe ser realizada tomando en cuenta la personalidad de la víctima, su edad, posición socioeconómica y naturaleza pública o privada, la índole del hecho ilícito, la gravedad objetiva del perjuicio, la mayor o menor divulgación.

**Artículo 38.-** Las acciones para exigir la reparación del daño contenidas en la presente ley prescribirán a los dos años de la fecha en que se causó efectivamente el daño que contará a partir de la realización del acto que se presume ilícito.

## Título Quinto

### Responsabilidades y sanciones

**Artículo 39.-** La reparación del daño comprende la publicación o divulgación de la sentencia condenatoria, a costa del demandado, en el medio y formato donde fueron difundidos los hechos y/u opiniones que constituyeron la afectación al patrimonio moral.

**Artículo 40.-** En ningún caso, las sanciones derivadas del daño al patrimonio moral serán privativas de la libertad de las personas.

**Artículo 41.-** En los casos en que no se pudiere resarcir el daño en términos del art. 39 se fijará indemnización tomando en cuenta la mayor o menor divulgación que el acto ilícito hubiere tenido, las condiciones personales de la víctima y las demás circunstancias del caso, en ningún caso el monto por indemnización deberá exceder de trescientos cincuenta días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, lo anterior no incluye los gastos y costas que deberá sufragar y que podrán ser restituidos conforme lo que dispone en estos casos el Código Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

En los casos de los sujetos contemplados en el art. 33 de esta ley el juez podrá, dependiendo las características especiales del caso, disminuir hasta en un setenta por ciento la cantidad máxima establecida en el presente artículo.

**Artículo 42.-** Mientras no sea ejecutoriada la sentencia no se tendrá por totalmente concluido el expediente. El juez podrá dictar las medidas de apremio que la ley le autorice para el debido cumplimiento de la sanción.

**Artículo 43.-** En caso de reincidencia, en el plazo de un año, el Juez podrá imponer hasta en una mitad más del monto máximo por indemnización.

**Artículo 44.-** Las resoluciones derivadas por el la acción de daño moral podrán ser impugnadas conforme a los procedimientos y plazos que establece el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.





# La diversidad cultural como criterio para la determinación de sanciones en materia penal<sup>(1)</sup>

SEBASTIÁN ALEJANDRO REY<sup>(2)</sup>



*“uno de los desafíos o claves que enfrentan las democracias en la actualidad se centra en la necesidad de encontrar respuestas moralmente defendibles y políticamente viables a diversas cuestiones que plantea el multiculturalismo”.*<sup>(3)</sup>

## 1. Introducción

A partir de las reformas constitucionales que se han llevado a cabo en la mayoría de los Estados americanos en los últimos tiempos, se han logrado importantes progresos vinculados a los derechos de los pueblos

---

(1) Las primeras investigaciones del autor sobre la materia fueron publicadas bajo el nombre “La prohibición de la pena de prisión a los indígenas. Hacia un pleno respeto a la diversidad cultural en la Argentina”, en el Suplemento de Derecho Público de *El Dial*, n° 42, el 17 de julio de 2006.

(2) Abogado *cum laude* con orientación en Derecho Penal y Derecho Internacional Público (UBA). Magíster en Derechos Humanos (UNLP). Doctorando en Derecho (UBA). Jefe de Trabajos Prácticos de Derechos Humanos y Garantías y Derecho Internacional Público (UBA). Profesor Titular de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación. Director del Proyecto Decyt “Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Reformas para lograr una mayor protección de los derechos humanos en el siglo XXI” (2012-2014).

(3) BAZÁN, VÍCTOR, “Los derechos de los pueblos indígenas desde las perspectivas interna e internacional”, en *Estudios Constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n° 1, 2004.

indígenas. Sin embargo, hasta el presente, en pocas oportunidades se ha considerado la diversidad cultural como una herramienta útil para determinar judicialmente una sanción en materia penal aplicable a los integrantes de estos pueblos. La medida utilizada es la pena privativa de la libertad que, además de ser la más extrema, es violatoria de sus costumbres.

Dentro del ámbito del derecho constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos, el reconocimiento y el respeto de las tradiciones y del derecho de los pueblos indígenas han generado no pocas controversias entre los doctrinarios más importantes. Sin embargo, dado que no es objeto de este trabajo analizar la discusión acerca de quiénes —el Estado o las comunidades— deben tipificar las conductas que se considerarán delictivas, y acerca de quiénes poseerán jurisdicción sobre los delitos cometidos por indígenas;<sup>(4)</sup> se partirá de la constatación fáctica de que en la actualidad es el Estado quien lo hace.

---

(4) Sólo a título enunciativo, se puede afirmar que los instrumentos de derechos humanos que reconocen el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas establecen fuertes limitaciones a éste. En efecto, el art. 4° de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas dispone que “[l]os pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas”. Esta norma se ve complementada por el art. 46, inc. 1°, que recuerda que “[n]ada de lo contenido en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que confiere a un Estado, pueblo, grupo o persona derecho alguno a participar en una actividad o realizar un acto contrarios a la Carta de las Naciones Unidas, ni se entenderá en el sentido de que autoriza o alienta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes”. En este sentido, Anaya sostiene que “los Estados se han resistido a reconocer a los grupos indígenas como ‘pueblos’ titulares del derecho a la autodeterminación. Esta resistencia se debe, fundamentalmente, al resultado de una inclinación a igualar la autodeterminación con el derecho de secesión o a formar un Estado independiente, aun cuando los pueblos indígenas en la articulación de sus demandas sobre la autodeterminación, han rechazado, casi de manera universal, las aspiraciones a un Estado independiente” —ANAYA, JAMES, “Los derechos de los pueblos indígenas”, en Berraondo López, Mikel (coord.), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2006, p. 38—. Sin embargo, Daes señala que “el término ‘soberanía’ no se refiere al sentido abstracto y absoluto del término, sino más bien al control gubernamental y la autoridad sobre los recursos en el ejercicio de la libre determinación. Así pues, no significa la autoridad suprema de un Estado independiente (...) el término ‘soberanía’ se puede utilizar con respecto a los pueblos indígenas sin disminuir en los más mínimo ni contradecir la ‘soberanía’ del Estado” —SUBCOMISIÓN DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS, “La soberanía permanente de los pueblos indígenas sobre sus recursos naturales”, Informe final 56°, período de sesiones, de la Relatora Especial Sra. Erica-Irene Daes A, E/CN.4/Sub.2/2004/30, 13 de julio de 2004, párrs. 18, 30—.

Por otra parte, de conformidad con el derecho internacional clásico, únicamente el Estado es quien asume los compromisos internacionales establecidos en los tratados sobre derechos humanos que ratifica, y quien se obliga a cumplirlos de acuerdo a la interpretación que de estos instrumentos realizan sus órganos de aplicación.<sup>(5)</sup>

Resultarán de especial relevancia los criterios que se han ido consolidando durante las últimas décadas dentro del sistema interamericano de protección de derechos humanos en materia de derechos de los pueblos indígenas y, en particular, el alcance asignado en la actualidad al principio de igualdad y no discriminación en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH).

A partir de estos estándares se demostrará que la condición de miembro de un pueblo originario constituye una distinción objetiva y razonable que justifica el trato diferenciado respecto del resto de los ciudadanos; cuya finalidad, al momento de determinar judicialmente la sanción que le corresponde a un indígena en materia penal, es respetar sus costumbres y tradiciones con la elección de sanciones distintas a la prisión.

---

(5) En el "Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile", la Corte IDH señaló que "cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana", CORTE IDH, "Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile". (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 26 de noviembre 2006, Serie C N° 154, párr. 124. Además, la Corte IDH ha expresado que "la obligación de cumplir con lo dispuesto en las decisiones del Tribunal corresponde a un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben cumplir sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*) y, como lo dispone el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, no pueden, por razones de orden interno, dejar de atender la responsabilidad internacional ya establecida", *Inter alia*, CORTE IDH, "Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá", Competencia, 28 de noviembre de 2003, Serie C N° 104, párr. 61; CORTE IDH, OC-16/99, "El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal", 1 de octubre de 1999, Serie A N° 16, párr. 128; CORTE IDH, OC-14/94, "Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1° y 2° Convención Americana sobre Derechos Humanos)", 9 de diciembre de 1994, Serie A N° 14, párr. 35.

## 2. Precisiones sobre algunos conceptos y términos

Dado que algunos de los términos presentes en este trabajo son usados en otros ámbitos con diferentes significados; conviene precisar el sentido que aquí se les dará para despejar cualquier confusión.

Así, se adoptará la definición de “cultura” que la comunidad internacional ha utilizado en numerosas conferencias de derechos humanos<sup>(6)</sup> y que fue plasmada en el Preámbulo de la Declaración Universal de la UNESCO sobre Diversidad Cultural<sup>(7)</sup> en los siguientes términos: la cultura debe ser considerada como el conjunto de los rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos de una sociedad, un grupo social o una persona; y que abarca —además de las artes y las letras— los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias.

Por otra parte, no existe una definición internacionalmente convenida de “pueblos indígenas”. Los diferentes estados adoptan definiciones en función de sus contextos y de sus propias circunstancias.<sup>(8)</sup> Si bien Martínez Cobo sugería una definición que ha sido usada y citada ampliamente;<sup>(9)</sup> en

---

(6) Entre otras, la Conferencia Mundial sobre las Políticas Culturales (México, 1982), la Comisión Mundial de Cultura y Desarrollo (1995) y la Conferencia Intergubernamental sobre Políticas Culturales para el Desarrollo (Estocolmo, 1998).

(7) Resolución adoptada el 2 de noviembre de 2001 en el marco de la 31ª sesión de la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura celebrada en París.

(8) Ver Comisión de Derechos Humanos (CIDH), “Las cuestiones indígenas. Los derechos humanos y las cuestiones indígenas. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen”, 58º período de sesiones, presentado de conformidad con la resolución 2001/57 de la Comisión, E/CN.4/2002/97, 4 de febrero de 2002, párr. 92; CIDH, “Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 56/09, 30 diciembre 2009, párr. 25.

(9) “Son comunidades, pueblos y naciones indígenas los que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y precoloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios o en partes de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblo, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sus sistemas legales”, en COBO, JOSÉ R. MARTÍNEZ, *Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas*, E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4, párr. 379.

este trabajo se seguirá la propuesta de Stavenhagen, quien denomina “pueblo indígena” a

“aquellos grupos humanos que pueden considerarse como descendientes de los pobladores originales de América, antes de la invasión europea, que en la actualidad manifiestan características culturales que los distinguen del resto de la sociedad nacional, y que por lo general, ocupan una posición de inferioridad y de marginación económica y social frente al resto de la población”.<sup>(10)</sup>

Al respecto, debe destacarse que los Estados se han visto obligados a incorporar el autoreconocimiento como criterio fundamental para la definición de indígena, esto es, la conciencia que los mismos tienen de su identidad.<sup>(11)</sup> En esta dirección, se acepta cada vez más que el derecho a decidir sobre quién es indígena les pertenece exclusivamente; lo que puede tener consecuencias jurídicas con respecto al estado, toda vez que en la elaboración y aplicación de políticas relativas a los pueblos indígenas deben respetar el derecho a la propia definición y a la conciencia de la propia identidad de los pueblos indígenas.<sup>(12)</sup>

Si bien estos cambios han sido receptados por el artículo 1º, inc. 2º del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes<sup>(13)</sup> (en adelante, Convenio 169);

(10) STAVENHAGEN, RODOLFO, “Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales”, en Jelin, Elizabeth y Hershberg, Eric (coords.), *Construir la democracia: derechos humanos, ciudadanía y sociedad en América Latina*, Caracas, Nueva Sociedad, 1996, p. 151. En igual sentido, Anaya advierte que “los pueblos, naciones o comunidades indígenas son grupos culturalmente diferenciados que se encuentran sumergidos en sociedades colonizadoras que nacieron de las fuerzas del imperio y de la conquista”, ANAYA, JAMES, *op. cit.*, p. 29). Lo señalado no implica que los pueblos indígenas o tribales sean sociedades estáticas que permanecen idénticas a sus antecesores. Por el contrario, como sostiene la CIDH, “en tanto colectividades humanas, los pueblos indígenas y tribales tienen su propia trayectoria social, que se adapta al cambio de los tiempos, manteniendo en todo o en parte el legado cultural de sus ancestros. Las culturas indígenas evolucionan con el tiempo. Las comunidades indígenas del presente son descendientes de los habitantes de la América precolombina; en el transcurso de los siglos han atravesado por historias particulares que han conformado sus estructuras sociales distintivas, su espiritualidad y sus prácticas rituales, su lengua, su arte, su folklore, su memoria y su identidad —en suma, su cultura—, ver CIDH, “Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales”, *cit.*, párr. 35.

(11) Ver CARRASCO, MORITA, “Una perspectiva sobre los Pueblos Indígenas en Argentina”, en CELS, *Derechos humanos. Argentina, 2002*, Bs. As., Siglo XXI, 2002, p. 2.

(12) Ver CIDH, “Las cuestiones indígenas. Los derechos humanos y las cuestiones indígenas.”, *cit.*, párr. 100.

(13) Adoptado por la 76ª Conferencia Internacional del Trabajo reunida en Ginebra el 27 de junio de 1989.

al referirse a “la conciencia de su identidad indígena o tribal”;<sup>(14)</sup> la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas no contiene una definición de pueblo indígena sino que, únicamente, afirma el derecho de los pueblos e individuos indígenas a pertenecer a una comunidad o nación indígena.<sup>(15)</sup>

Finalmente, desde un criterio generalmente aceptado por los etnólogos, el concepto de “indígena” es entendido en un sentido predominantemente cultural y no racial. Esto implica que un sujeto que ha abandonado su medio original, las tradiciones y costumbres tribales; y que, al mismo tiempo, ha logrado asimilar ideas, valores y costumbres de “occidente” tras haber pasado una parte prolongada de su vida en ambientes de esa procedencias, podría no quedar incluido entre aquellos a pesar de que su sangre carezca de mezcla de otras sangres.<sup>(16)</sup>

---

(14) La OIT explica que los elementos que definen a un pueblo indígena son tanto objetivos como subjetivos. Los elementos objetivos incluyen: (i) la continuidad histórica, —v.gr. se trata de sociedades que descienden de los grupos anteriores a la conquista o colonización—; (ii) la conexión territorial, en el sentido de que sus antepasados habitaban el país o la región; y las (iii) instituciones sociales, económicas, culturales y políticas distintivas y específicas —que son propias y se retienen en todo o en parte—. El elemento subjetivo corresponde a la auto-identificación colectiva en tanto pueblo indígena. El Grupo de Trabajo de la ONU sobre poblaciones indígenas concluyó que los factores relevantes para comprender el concepto de “indígena” incluyen: (i) prioridad en el tiempo con respecto a la ocupación y uso de un territorio específico; (ii) la perpetuación voluntaria de la especificidad cultural —que puede incluir los aspectos de lenguaje, organización social, religión y valores espirituales, modos de producción, formas e instituciones jurídicas—; (iii) la auto-identificación, así como el reconocimiento por otros grupos, o por las autoridades estatales, en tanto una colectividad diferenciada; y (iv) una experiencia de subyugación, marginalización, desposesión, exclusión o discriminación; ya sea que estas condiciones persistan o N° Ver CIDH, “Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales”, cit., párrs. 29 y 30. En igual sentido, la Corte IDH reconoció que la identificación de una Comunidad, desde su nombre hasta su composición, es un hecho histórico social que hace parte de su autonomía, por lo que se debe respetar la forma en que ésta se auto-identifique. Ver CORTE IDH, “Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay” (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C N° 214, párr. 37.

(15) Ver Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, A/RES/61/295, 107ª sesión plenaria, 13 de septiembre de 2007, art. 9°. Con respecto a su relevancia jurídica, la CIDH ha afirmado que “a partir de su adopción por la Asamblea General de Naciones Unidas en 2007, la Declaración ha comenzado a jugar un papel similar al del Convenio N° 169 como guía para la adopción e implementación de normas y políticas públicas en los países del sistema interamericano. Sus disposiciones, en conjunción con la jurisprudencia del sistema, constituyen un corpus iuris aplicable en relación con los derechos de los pueblos indígenas”, ver CIDH, “Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales”, cit., párr. 19.

(16) Ver YRURETA, GLADIS, *El indígena ante la ley penal*, Caracas, Universidad del Centro de Venezuela, 1981, p. 114.

De este modo, podría haber casos de coincidencias o aproximaciones notables entre las reglas de conducta social de una comunidad indígena con las de un "hombre de los grupos dominantes". También podría darse el caso de comunidades indígenas que conciban dentro de su cosmovisión la idea de la pena privativa de la libertad. En efecto, Albanese sostiene que "posiblemente no exista en la actualidad ningún sector de la sociedad que haya mantenido costumbres milenarias sin un intercambio con las de otros sectores".<sup>(17)</sup> En igual sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) entendió que "es inevitable que algunos miembros de cada pueblo vivan con menos apego a las tradiciones culturales correspondientes que otros. Este hecho no puede llevar a la conclusión de que los pueblos indígenas o tribales pierdan su identidad o los derechos que les confiere el derecho internacional".<sup>(18)</sup> Tales situaciones deberán ser verificadas sociológicamente<sup>(19)</sup> y tendrán un resultado distinto al aquí propuesto.

### 3. El respeto a la diversidad cultural en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos

#### 3.1. Caracterización del principio de igualdad y no discriminación como norma de *ius cogens*

Pese a que el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación se encuentran consagrados en la gran mayoría de los tratados de derechos humanos, recién en los últimos años los órganos de aplicación han comenzado a relacionarlos. En este contexto, la Corte IDH ha sido el tribunal internacional que ha ido más lejos, al afirmar en la Opinión Consultiva OC-18 que el mencionado principio "ha ingresado en el dominio del *jus cogens*".<sup>(20)</sup> Este criterio fue reiterado con posterioridad en el marco de la competencia contenciosa del tribunal en los casos Yatama<sup>(21)</sup> y Servellón García.<sup>(22)</sup>

(17) ALBANESE, SUSANA, "Derechos de los pueblos indígenas", en Abramovich, Víctor; Bovino, Alberto y Courtis, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, primera edición, Bs. As., Editores Del Puerto, 2006, p. 785.

(18) CIDH, "Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales", cit., párr. 37.

(19) Ver YRURETA, GLADIS, *op. cit.*, p. 113.

(20) CORTE IDH, OC-18/03, "Condición Jurídica y Derechos De Los Migrantes Indocumentados", 17 de septiembre de 2003, Serie A N° 18, párr. 101.

(21) CORTE IDH, "Caso Yatama vs. Nicaragua" (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 23 de junio de 2005, Serie C N° 127, párr. 184.

(22) CORTE IDH, "Caso Servellón García y otros vs. Honduras" (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 21 de septiembre de 2006, Serie C N° 152, párr. 94.

La fuerza que esta expresión acarrea es indudable. Pues es considerada norma imperativa de derecho internacional por el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 —“es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”—. Por lo que el principio “no puede ser eludido en circunstancia alguna”.<sup>(23)</sup>

En este sentido, el Tribunal interamericano ha establecido que “los estados deben combatir las prácticas discriminatorias en todos sus niveles, en especial en los órganos públicos, y finalmente deben adoptar las medidas afirmativas necesarias para asegurar una efectiva igualdad ante la ley de todas las personas”.<sup>(24)</sup>

Aunque en las garantías del debido proceso se reconocen a todas las personas por igual —pues, como ha dicho la Corte IDH en la Opinión Consultiva OC-17, “es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferente situación, entre quienes participan en un procedimiento”—,<sup>(25)</sup> en la Opinión Consultiva OC-16, el Tribunal fue más contundente al expresar que

“para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos

---

(23) CORTE IDH, “Caso Acosta Calderón vs. Ecuador” (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 24 de junio de 2005, Serie C N° 129, voto razonado del juez A. A. Cançado Trindade, párr. 9. Para un mayor análisis sobre el valor jurídico de las normas de *ius cogens* en materia de derechos humanos, ver REY, SEBASTIÁN ALEJANDRO, *Juicio y castigo. Las obligaciones de los estados americanos y su incidencia en el derecho argentino*, Bs. As., Editores del Puerto, 2012, pp. 62-79.

(24) CORTE IDH, “Caso de la Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana” (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 8 de septiembre de 2005, Serie C N° 130, párr. 141.

(25) CORTE IDH, OC-17/02, “Condición jurídica y derechos humanos del niño”, 28 de agosto de 2002, Serie A N° 17, párrs. 95 y 96.

en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas".<sup>(26)</sup>

En este orden de ideas, la Corte IDH sostuvo que, en ciertas situaciones, es necesario establecer un trato diferenciado conforme a distinciones objetivas y razonables que se realicen con el debido respeto a los derechos humanos y teniendo en cuenta el principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana.<sup>(27)</sup> Asimismo, manifestó que "no toda desigualdad o distinción es ilegítima ni, por ende, discriminatoria, para cuya determinación hay que acudir a criterios más o menos objetivos de razonabilidad, proporcionalidad y justicia".<sup>(28)</sup>

Al analizar la posible afectación del principio de igualdad y no discriminación a miembros de pueblos indígenas, el Tribunal afirmó en el "Caso del Pueblo Saramaka" que

"[e]s un principio establecido en el derecho internacional que el trato desigual a personas en condiciones desiguales no necesariamente constituye discriminación no permitida. La legislación que reconoce dichas diferencias no es, por lo tanto, necesariamente discriminatoria. En el contexto de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales (...) es necesario la adopción de medidas especiales a fin de garantizar su supervivencia de conformidad con sus tradiciones y costumbres".<sup>(29)</sup>

En igual sentido, la Corte IDH sostuvo que

"bajo el principio de no discriminación, establecido en el art. 1.1 de la CADH, el reconocimiento del derecho a la identidad cultural

(26) CORTE IDH, "El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal", cit., párr. 119; CORTE IDH, "Caso Baldeón García vs. Perú," (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 6 de abril de 2006, Serie C N° 147, párr. 202.

(27) Ver CORTE IDH, "Condición Jurídica y Derechos De Los Migrantes Indocumentados", cit., párr. 105.

(28) CORTE IDH, "Caso Yatama vs. Nicaragua", cit., párr. 185; CORTE IDH, OC-4/84, "Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización", 19 de enero de 1984, Serie A N° 4, voto del Juez Piza Escalante, párr. 8.

(29) CORTE IDH, "Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas", Sentencia de 28 de noviembre de 2007, Serie C N° 172, párr. 103.

es ingrediente y vía de interpretación transversal para concebir, respetar y garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas protegidos por la CADH y, según el art. 29.b) de la misma, también por los ordenamientos jurídicos internos”.<sup>(30)</sup>

Para el Tribunal, el derecho a la identidad cultural “es un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática”.<sup>(31)</sup>

A continuación se desarrollarán algunos de los estándares fijados dentro del sistema interamericano de protección de derechos humanos sobre derechos de los pueblos originarios. Éstos permitirán sostener la idea de que la pertenencia a una comunidad indígena constituye una distinción objetiva y razonable que obliga a los estados a aplicarles una sanción diferente a la pena de prisión.

### ***3.2. Algunos estándares del sistema interamericano de protección de derechos humanos sobre pueblos indígenas: la pertenencia a una comunidad indígena como distinción objetiva y razonable***

Como advierte Rodríguez-Piñero Royo; ni la Carta de la OEA, ni la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, ni la CADH, ni ninguno de los otros instrumentos vinculantes del sistema interamericano hacen referencia explícita a los derechos de los pueblos indígenas. La única excepción es el artículo 39 de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales de 1947 que, sin embargo, no figura en el listado oficial de instrumentos interamericanos de derechos humanos.<sup>(32)</sup>

En efecto, la preocupación institucional de la OEA por las cuestiones indígenas tuvo históricamente una vía alternativa: la del sistema indigenista interamericano —instaurado formalmente en 1940—, anclado en planteamientos integracionistas y asistencialistas que, durante décadas, fueron ajenos a toda consideración en clave de derechos humanos.<sup>(33)</sup>

---

(30) CORTE IDH, “Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador” (Fondo y Reparaciones), Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C N° 245, párr. 213.

(31) *Ibid.*, párr. 217.

(32) RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, LUIS, “El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y los Pueblos Indígenas”, en Berraondo López, Mikel (coord.), op. cit., p. 155.

(33) *Ibid.* p. 159.

No obstante ello, a partir de la década del '70, en diferentes casos la CIDH se ha avocado al tratamiento de la protección especial de los pueblos indígenas.<sup>(34)</sup>

En 1972, la CIDH dictó una "Resolución sobre la protección especial de los pueblos indígenas" donde afirmó que "dadas las razones históricas y en consideración de principios morales y humanitarios, la protección especial de poblaciones indígenas constituye un compromiso sagrado de los estados".<sup>(35)</sup>

Posteriormente, en el "Caso del Pueblo Yanomami", señaló que

"el Derecho Internacional, en su estado actual y tal como se encuentra cristalizado en el art. 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reconoce a los grupos étnicos el derecho a una protección especial para el uso de su idioma, el ejercicio de su religión y, en general, de todas aquellas características necesarias para la preservación de su identidad cultural".<sup>(36)</sup>

Sin embargo, recién en los últimos diez años, la CIDH le dio mayor contenido al derecho de los pueblos indígenas, tanto al redactar sus informes sobre países y peticiones individuales como al ejercer la facultad que le confiere el art. 61, inc. 1° CADH de decidir someter un caso a la Corte IDH.

Así, en el "Informe sobre la Situación de Derechos Humanos en Ecuador" expresó que

"[d]entro del derecho internacional en general, y en el derecho interamericano específicamente, se requiere de protección especial para que los pueblos indígenas puedan ejercer sus

(34) Ver Grupo Jurídico Internacional de Derechos Humanos y Centro de Derecho Ambiental Internacional, *Amici curiae presentado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso de la Comunidad Indígena Mayagna (Sumo) de Awás Tingni contra la República de Nicaragua*, 31 de mayo de 1999, pp. 8 y 9.

(35) CIDH, "Resolución sobre el problema de la protección especial de poblaciones indígenas", OEA/Ser.L/V/II.29, Doc. 38 rev., 1972. Este criterio se reitera al año siguiente en "Protección Especial para las Poblaciones Indígenas. Lucha contra el Racismo y la Discriminación Racial", OEA/Ser.PAG/doc. 305/73, rev. 1, 14 marzo 1973, p. 89.

(36) CIDH, Resolución 12/85, Caso 7615, Brasil, 5 de marzo de 1985, párr. 7. Idéntico criterio adoptó en el Informe 36/00, Caso 11.101, Masacre "Caloto", Colombia, 13 de abril de 2000, párr. 64.

derechos plena y equitativamente con el resto de la población. Además, quizá sea necesario establecer medidas especiales de protección para los pueblos indígenas a fin de garantizar su supervivencia física y cultural”.<sup>(37)</sup>

La CIDH también observó que el derecho a la igualdad ante la ley no significa que las disposiciones sustantivas de la ley sean las mismas para todos, sino que la aplicación de la ley debe ser igual para todos, sin discriminación.<sup>(38)</sup>

Por otra parte, en el “Caso Rolando Hernández Hernández”, declaró que para garantizar el pleno ejercicio y goce del art. 8º CADH a las víctimas de un pueblo indígena que sólo hablan la lengua otomí, el Estado debería haberles nombrado un traductor e intérprete al momento de prestar declaración.<sup>(39)</sup>

A la vez, la CIDH observó que “es obligación del Estado mexicano, dentro de sus principios constitucionales y aquellos reconocidos internacionalmente, respetar las culturas indígenas, y sus organizaciones, y lograr su máximo desarrollo de acuerdo a sus tradiciones, intereses y prioridades”<sup>(40)</sup> y que “la garantía del pleno y efectivo goce de los derechos humanos por los pueblos indígenas exige considerar su situación y experiencia históricas, culturales, sociales y económicas”.<sup>(41)</sup>

Por último, en el “Caso de las Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo” afirmó que

“un examen de los tratados, la legislación y la jurisprudencia pertinentes revela la evolución, durante más de 80 años, de determinadas normas y principios de derechos humanos aplicables a las circunstancias y el tratamiento de los pueblos indígenas. Central, dentro de estas normas y principios, ha sido el reconocimiento de la necesidad de que los estados adopten

---

(37) CIDH, “Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador”, OEA.Ser.L/V/II.96.Doc.10 rev.1, 24 de abril de 1997, Capítulo IX.

(38) Ver CIDH, “Caso William Andrews, Estados Unidos de América, Informe Anual”, Informe 57/1996, 6 de diciembre de 1996, p. 615, párr. 173.

(39) Ver CIDH, “Caso 11.543, Rolando Hernández Hernández, México”, Informe 1/1998, 5 de mayo de 1998, párr. 37.

(40) CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en México, OEA/Ser.L/V/II.100, Doc. 7 rev. 1, 24 de Septiembre de 1998, párr. 577.

(41) CIDH, “Caso 11.140, Fondo, Mary y Carrie Dann, Estados Unidos de América”, Informe 75/2002, 27 de diciembre de 2002, párr. 125.

medidas especiales para compensar la explotación y discriminación a que han sido sometidas estas sociedades a manos de los no indígenas".<sup>(42)</sup>

En el citado pronunciamiento concluyó que

"la protección apunta a garantizar la igualdad, no un idéntico tratamiento, y no necesariamente excluye diferenciaciones entre personas o grupos de personas. Además, de acuerdo con la Comisión, el principio de igualdad también puede, a veces, obligar a los estados a tomar una acción afirmativa, con carácter temporal, con objeto de atenuar o eliminar condiciones que causen o ayuden a perpetuar la discriminación, incluyendo las vulnerabilidades o desventajas que padecen grupos particulares, como las minorías y las mujeres".<sup>(43)</sup>

A los estándares fijados en materia de pueblos indígenas por la CIDH en los casos señalados, deben añadirse los establecidos por la Corte IDH en el ejercicio de su competencia contenciosa desde el "Caso Aloeboetoe y otros", en adelante.

Allí, el Tribunal reconoció "la importancia de tener en cuenta determinados aspectos de las costumbres de los pueblos indígenas en América para los efectos de la aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos".<sup>(44)</sup>

Por ende, decidió aplicar la costumbre saramaca en la medida en que ésta no era contraria a la CADH. Así, al momento de ordenar las reparaciones; cuando se refirió a los "ascendientes" de las víctimas no hizo ninguna distinción de sexos, aun cuando ello era contrario a la costumbre saramaca.<sup>(45)</sup>

Por otra parte, en el caso Yatama, el Tribunal entendió que la Ley Electoral nicaragüense, que sólo permitía la participación en los procesos

(42) CIDH, "Caso 12.053, Fondo, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo", Informe 40/04, 12 de octubre 2004, párr. 95

(43) *Ibid*, párr. 166.

(44) Corte IDH, "Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam". Reparaciones y Costas, sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C N° 15, párr. 62. Igual criterio adoptó en el *Caso Bámaca Velásquez* al referirse a la significación muy especial que asume en la cultura maya, etnia mam, el cuidado de los restos mortales de una persona. Corte IDH, "Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala" (Reparaciones y Costas), Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C N° 91, párr. 81.

(45) Ver Corte IDH, "Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam", cit., párr. 62.

electorales a través de partidos políticos —forma de organización que no es propia de las comunidades indígenas de la Costa Atlántica—, era violatoria de la CADH.

En palabras de la Corte IDH, “el requisito de transformarse en partido político desconoció las costumbres, organización y cultura de los candidatos propuestos por YATAMA, quienes son miembros de comunidades indígenas y étnicas de la Costa Atlántica”;<sup>(46)</sup> por lo que le ordenó al Estado que reformulara la regulación de los requisitos dispuestos en la Ley Electoral declarados violatorios de la Convención, y adoptara, en un plazo razonable, las medidas necesarias para que los integrantes de las comunidades indígenas y étnicas pudieran participar en los procesos electorales en forma efectiva y considerando sus tradiciones, usos y costumbres, en el marco de la sociedad democrática.<sup>(47)</sup>

También en el “Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni”, destacó que “[e]l derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata”.<sup>(48)</sup>

Más recientemente, en los casos de la Comunidad Indígena Yakye Axa y de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya ha sostenido que “al interpretar y aplicar su normativa interna, los estados deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural”,<sup>(49)</sup> a lo que agregó que “es indispensable que los estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres”.<sup>(50)</sup>

A la misma conclusión se había arribado en el Seminario de Expertos sobre Pueblos Indígenas y la Administración de Justicia del 2003, donde se recomendó que:

---

(46) Corte IDH, “Caso Yatama vs. Nicaragua”, cit., párr. 214.

(47) *Ibid.*, párr. 259.

(48) CORTE IDH, “Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua” (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C N° 79, párr. 151.

(49) CORTE IDH, “Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay”, cit., párr. 51; CORTE IDH, “Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay”, cit., párr. 60.

(50) *Ibid.*, párrs. 63 y 83 respectivamente.

“al aplicar las leyes y regulaciones nacionales a los pueblos indígenas, los estados deben tomar en cuenta el debido respeto a sus costumbres o su derecho consuetudinario y respetar los métodos practicados de forma consuetudinaria por parte de los pueblos indígenas para afrontar los delitos, inclusive sobre cuestiones criminales, cometidos por sus miembros. También tienen que tomar en cuenta las características económicas, sociales y culturales de los pueblos indígenas para la imposición de penas bajo la ley general”.<sup>(51)</sup>

La diferenciación alcanza al plano de formaciones culturales diversas. Pues el indígena tiene un contacto con su ambiente que difiere mucho del que la sociedad occidental posee, entiende de manera diversa la realidad y se forja otros valores y otras explicaciones acerca del significado de su vida y del medio que lo rodea.<sup>(52)</sup>

Por ende, el respeto a la identidad de los pueblos indígenas debe traducirse en normas que interpreten y reconozcan la forma en que entienden la vida, sus instituciones y escala de valores.<sup>(53)</sup>

En este sentido, el vínculo fuerte que los integrantes de los pueblos indígenas tienen con sus tierras y sus comunidades es una diferencia de especial trascendencia que debe ser considerada al momento de determinar judicialmente una sanción en materia penal. El reconocimiento de dicho vínculo ya forma parte de la jurisprudencia constante de la Corte IDH.

Efectivamente, el Tribunal ha expresado que

“[l]a cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino

(51) STAVENHAGEN, RODOLFO, “Conclusiones y recomendaciones del Seminario de Expertos sobre Pueblos Indígenas y la Administración de Justicia”, en Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/2004/80/Add.4, 2004, p. 65.

(52) Ver YRURETA, GLADIS, *op. cit.*, p. 112.

(53) Ver KIPER, CLAUDIO MARCELO, *Derechos de las minorías ante la discriminación*, Bs. As., Hammurabi, 1998, pp. 366 y 372.

además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural”.<sup>(54)</sup>

Por ello, sostuvo que la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para tales pueblos, su nexos comunal con el territorio ancestral no es meramente una cuestión de posesión y producción, sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.<sup>(55)</sup>

Estos conceptos se ven profundizados en los votos de algunos de los jueces en el ya mencionado “Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni”.

Mientras que para Salgado Pesantes “las culturas indígenas tienen una vinculación muy particular con la tierra secular de sus antepasados, en la cual cumplen su ciclo vital y donde buscan alcanzar su plenitud humana espiritual y material”;<sup>(56)</sup> Cançado Trindade, Pacheco Gómez y Abreu Burelli afirmaron que la vinculación de los pueblos indígenas con el territorio, “aunque no esté escrita, integra su vida cotidiana”.<sup>(57)</sup> Además, “[e]l sentimiento que se desprende es (...) que, así como la tierra que ocupan les pertenece, a su vez ellos pertenecen a su tierra. Tienen, pues, el derecho de preservar sus manifestaciones culturales pasadas y presentes, y el de poder desarrollarlas en el futuro”.<sup>(58)</sup>

Similar posición adoptó la Corte IDH en el “Caso de la Comunidad Moiwana” cuando sostuvo que “la conexión de la comunidad N’djuka a su tierra tradicional reviste vital importancia espiritual, cultural y material”.<sup>(59)</sup>

---

(54) CORTE IDH, “Caso de la Comunidad Indígena Yakyé Axa vs. Paraguay”, cit., párr. 135; CORTE IDH, “Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay”, cit., párr. 118.

(55) Ver CORTE IDH, “Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 15 de junio de 2005, Serie C N° 124, párr. 131; CORTE IDH, “Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala.” Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2004, Serie C N° 116, párr. 85; y CORTE IDH, “Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua”, cit., párr. 149.

(56) CORTE IDH, “Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua”, cit., voto razonado concurrente del juez Salgado Pesantes, párr. 3.

(57) *Ibid.*, voto razonado conjunto de los jueces Cançado Trindade, Pacheco Gómez y Abreu Burelli, párr. 6.

(58) *Ibid.*, párr. 8.

(59) CORTE IDH, “Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam”, cit., párr. 101.

Por otra parte, en el “Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa”, el Tribunal admitió que

“la significación especial que la tierra tiene para los pueblos indígenas en general, y para la Comunidad Yakye Axa en particular, implica que toda denegación al goce o ejercicio de los derechos territoriales acarrea el menoscabo de valores muy representativos para los miembros de dichos pueblos, quienes corren el peligro de perder o sufrir daños irreparables en su vida e identidad cultural y en el patrimonio cultural a transmitirse a las futuras generaciones”.<sup>(60)</sup>

En este sentido, señaló que

“la tierra está estrechamente relacionada con sus tradiciones y expresiones orales, sus costumbres y lenguas, sus artes y rituales, sus conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, sus artes culinarias, el derecho consuetudinario, su vestimenta, filosofía y valores. En función de su entorno, su integración con la naturaleza y su historia, los miembros de las comunidades indígenas transmiten de generación en generación este patrimonio cultural inmaterial, que es recreado constantemente por los miembros de las comunidades y grupos indígenas”.<sup>(61)</sup>

Por este motivo, al analizar el contenido y alcance del artículo 21 de la CADH, la Corte IDH consideró la significación especial de la propiedad comunal de las tierras ancestrales para los pueblos indígenas incluyendo la importancia que ésta tiene para preservar su identidad cultural y transmitirla a las generaciones futuras.<sup>(62)</sup> Es más, el Tribunal tuvo en cuenta en el “Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek” este vínculo para analizar otro derecho reconocido en la CADH —ser juzgado en un plazo razonable—, identificando cómo afectó la duración del procedimiento de reivindicación de tierras a la situación jurídica de la Comunidad.<sup>(63)</sup>

Dicho criterio está vigente en el “Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa”, donde el Tribunal destacó que “la estrecha vinculación

(60) CORTE IDH, “Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay”, cit., párr. 203.

(61) *Ibid.*, párr. 154.

(62) *Ibid.*, párr. 124.

(63) Ver CORTE IDH, “Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay”, cit., párr. 136.

de los pueblos indígenas con sus tierras tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporeales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana”.<sup>(64)</sup> Ello obedece a que

“la base espiritual y material de la identidad de los pueblos indígenas se sustenta principalmente en su relación única con sus tierras tradicionales (...) Dicha relación puede expresarse de distintas maneras, según el pueblo indígena del que se trate y las circunstancias concretas en que se encuentre, y puede incluir el uso o presencia tradicional, ya sea a través de lazos espirituales o ceremoniales; asentamientos o cultivos esporádicos; caza, pesca o recolección estacional o nómada; uso de recursos naturales ligados a sus costumbres; y cualquier otro elemento característico de su cultura”.<sup>(65)</sup>

En este sentido, en el “Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku”, el Tribunal sostuvo que

“las nociones del dominio y de la posesión sobre las tierras no necesariamente corresponden a la concepción clásica de propiedad, pero merecen igual protección del artículo 21 de la CADH. Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección de tal disposición para millones de personas”.<sup>(66)</sup>

Asimismo, la Corte IDH consideró que, a fin de garantizar el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas, de conformidad con el art. 1.1 CADH, los Estados

“deben asegurar la participación efectiva de los miembros de la Comunidad, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan o decisión que afecte sus tierras tradicionales y que pueda conllevar restricciones en el uso, goce y

---

(64) CORTE IDH, “Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay”, cit., párr. 121.

(65) *Ibid.*, párr. 131.

(66) CORTE IDH, “Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador”, cit., párr. 145.

disfrute de dichas tierras, para así evitar que ello implique una denegación de su subsistencia como pueblo indígena".<sup>(67)</sup>

Por último, en los casos del Pueblo Saramaka y de la Comunidad Moiwana, se extendió la protección reconocida a los pueblos indígenas también a los pueblos tribales.

Así, se señaló que

"los miembros de la comunidad, un pueblo tribal N'djuka, poseen una 'relación omnicomprendiva' con sus tierras tradicionales, y su concepto de propiedad en relación con ese territorio no se centra en el individuo, sino en la comunidad como un todo. En virtud de lo anterior, la jurisprudencia de esta Corte en relación con las comunidades indígenas y sus derechos comunales a la propiedad, de conformidad con el art. 21 de la Convención, debe también aplicarse a los miembros de la comunidad tribal que residía en Moiwana".<sup>(68)</sup>

Respecto del pueblo Saramaka, la Corte afirmó que

"no es indígena a la región que habitan, sino que fueron llevados durante la época de colonización a lo que hoy se conoce como Surinam. Por lo tanto, están haciendo valer sus derechos en calidad de presunto pueblo tribal, es decir, un pueblo que no es indígena a la región pero que comparte características similares con los pueblos indígenas, como tener tradiciones sociales, culturales y económicas diferentes de otras secciones de la comunidad nacional, identificarse con sus territorios ancestrales y estar regulados, al menos en forma parcial, por sus propias normas, costumbres o tradiciones".<sup>(69)</sup>

Los miembros del pueblo Saramaka conforman una comunidad tribal cuyas características sociales, culturales y económicas difieren al de otras comunidades de la nación; particularmente por la relación especial que sostienen con sus territorios ancestrales, y por su autorregulación —al menos en forma parcial, se rigen bajo sus propias normas, costumbres

(67) CORTE IDH, "Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay", cit., párr. 157.

(68) CORTE IDH, "Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam", cit., párr. 133.

(69) CORTE IDH, "Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam", cit., párr. 79.

y tradiciones—. <sup>(70)</sup> Además comparten características sociales, culturales y económicas distintivas; por la relación especial que mantienen con sus territorios ancestrales, que requiere medidas especiales conforme al derecho internacional de los derechos humanos a fin de garantizar la supervivencia física y cultural de dicho pueblo. <sup>(71)</sup>

Finalmente, el Tribunal también recordó en dicha sentencia que los estados deben tener en cuenta “la relación que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con el territorio en su conjunto y no sólo con sus aldeas, asentamientos y parcelas agrícolas”. <sup>(72)</sup>

En esta dirección, el objetivo y fin de las medidas ordenadas al Estado en nombre de los miembros de los pueblos indígenas y tribales es garantizar que podrán continuar con su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados. <sup>(73)</sup>

#### **4. El respeto por la diversidad cultural como criterio para la determinación de sanciones en materia penal: el deber de optar por una sanción distinta al encarcelamiento**

Las garantías judiciales procuran asegurar que ninguna persona pueda ser sometida por el estado, en particular por los tribunales, ni a un procedimiento ni a una pena arbitraria. Tal y como la Corte IDH ha expresado en reiteradas ocasiones, la aplicación del art. 8º CADH no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del estado que pueda afectar sus derechos. <sup>(74)</sup> Por lo tanto, las garantías deben operar a favor del imputado desde que se inicia el procedimiento hasta que una sentencia definitiva le imponga una sanción o lo absuelva.

---

(70) *Ibid.*, párr. 84.

(71) *Ibid.*, párr. 86.

(72) *Ibid.*, párr. 114.

(73) *Ibid.*, párr. 121.

(74) Ver CORTE IDH, “Caso Yatama vs. Nicaragua”, cit., párr. 147; CORTE IDH, “Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú” (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 31 de enero de 2001, Serie C N° 71, párr. 69; CORTE IDH, OC-9/87, “Garantías judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, 6 de octubre de 1987, Serie A N° 9, párr. 27.

No puede quedar duda alguna, entonces, de que el derecho a la igualdad de trato y la consiguiente prohibición de discriminación, deben estar presente durante todo el proceso penal, lo cual incluye el proceso de determinación de la sanción correspondiente.

Asimismo, tal como el art. 8º, inc. 2º CADH dispone en forma expresa, las garantías allí consagradas son “mínimas”. Al denominarlas así, la Convención presume que, en circunstancias específicas, otras garantías adicionales pueden ser necesarias si se trata de un debido proceso legal.<sup>(75)</sup>

En base a lo desarrollado en los apartados anteriores, se puede afirmar que, desde el momento en que el estado decide iniciar un proceso penal contra determinada persona, entran a regir allí no sólo las garantías del imputado reconocidas en el derecho constitucional sino también las consagradas en los instrumentos de derechos humanos que el estado haya ratificado.

En este sentido debe mencionarse que la Corte IDH ha señalado que existe un *corpus juris* internacional sobre la protección especial que requieren los miembros de las comunidades indígenas, formado por la CADH: el Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —Protocolo de San Salvador— y el Convenio 169.<sup>(76)</sup> Si bien este último tiene pocas ratificaciones hasta la fecha, distintos autores han señalado que se trata “del instrumento más desarrollado de reconocimiento de los derechos indígenas”,<sup>(77)</sup> que “es el único instrumento jurídico vinculante sobre los derechos de los pueblos indígenas”<sup>(78)</sup> y que es el desarrollo más concreto que se ha producido

(75) Ver CORTE IDH, OC-11/90 “Excepciones al agotamiento de los recursos internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, 10 de agosto de 1990, Serie A N° 11, párr. 24.

(76) CORTE IDH, “Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay”, cit., párr. 162. Aunque podría presentar ciertas dudas, el Convenio 169 debe ser considerado un tratado de derechos humanos de acuerdo al criterio establecido por la Corte IDH en su Opinión Consultiva OC-2. Pues no es un tratado multilateral de tipo tradicional, concluido en función de un intercambio recíproco de derechos para el beneficio mutuo de los Estados contratantes, sino que su objeto y fin es la protección de los derechos de los pueblos indígenas; tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados partes. Ver CORTE IDH, OC-2/82, “El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, 24 de septiembre de 1982, Serie A N° 2, párr. 29.

(77) HUALPA, EDUARDO R., *Las Comunidades Indígenas y los Derechos de Incidencia Colectiva*, Bs. As., La Ley, tomo 2002-B, 2002, p. 93.

(78) STAVENHAGEN, RODOLFO, “Los derechos de los pueblos indígenas: esperanzas, logros y reclamos”, *op. cit.*, p. 24.

acerca de los pueblos indígenas en términos del Derecho Internacional ya establecido.<sup>(79)</sup>

Por su parte, la CIDH destacó que, la mayoría de los Estados Miembros de la OEA con alta población indígena, son parte del Convenio 169<sup>(80)</sup>. Éste ha sido una importante referencia normativa para los procesos de reforma constitucional, legislativa e institucional que se han dado en ellos y en otros países.<sup>(81)</sup>

Para respetar y cumplir con el debido proceso legal en el marco de un proceso contra un miembro de un pueblo indígena, deben tenerse presentes fundamentalmente el artículo 8°, inciso 2° de la CADH y los artículos 8°, 9° y 10 del Convenio 169.

El primero establece que:

- I. al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados, deberán tomarse en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario;
2. dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

El artículo 9° dispone que:

1. en la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros;
2. las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.<sup>(82)</sup>

Como señala Irigoyen Fajardo, el Convenio 169 no limita la aplicación del derecho consuetudinario a materias civiles o de mínima cuantía; expresamente

---

(79) Ver ANAYA, JAMES, "Los derechos de los pueblos indígenas", *op. cit.*, p. 30.

(80) Los siguientes países de la región han ratificado el Convenio N° 169 de la OIT: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, Perú y Venezuela.

(81) Ver CIDH, "Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales", *cit.*, párr. 13.

(82) Debe mencionarse la similar redacción entre los artículos 8° y 9° del Convenio 169 y los artículos 34 y 40 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

incluye la materia penal. El límite está referido a que los métodos indígenas de control penal no vulneren los derechos humanos.<sup>(83)</sup>

Por otra parte, el propio tratado autoriza la pena de prisión a los indígenas en el artículo 10:

1. cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tener en cuenta sus características económicas, sociales y culturales;
2. deberán darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.

Sobre este tema en particular, se recomienda que el encarcelamiento de personas indígenas se utilice como último recurso.<sup>(84)</sup>

Para determinar el alcance que se le debe dar a los arts. 8º, 9º y 10 del Convenio 169 debe tenerse en cuenta que numerosas comunidades indígenas no sólo tienen una estrecha relación con sus tierras —como ya ha sido acreditado—, sino que no conciben dentro de su propia cosmovisión la pena privativa de libertad; mucho menos, si esa sanción debe ser ejecutada fuera del territorio de la comunidad.

En cuanto a la reparación de los daños causados, Papadópolo señala que, para dirimir los conflictos, los indígenas buscan que las partes se reconcilien y queden conformes, de manera de mantener la cohesión en la comunidad y lograr que aquéllos que incurran en faltas se corrijan. Un efecto contrario produce su penalización conforme al derecho positivo, pues convalida una ruptura del indígena con su comunidad de origen.<sup>(85)</sup>

Por otra parte, analizando la necesidad y legalidad de las restricciones a los derechos humanos, la Corte IDH ha manifestado que, para alcanzar ese objetivo, debe escogerse aquella opción que restrinja en menor escala el derecho protegido. La restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo.<sup>(86)</sup>

(83) Ver IRIGOYEN FAJARDO, RAQUEL, *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal*, Guatemala, Fundación Myrna Mack, 1999, p. 59.

(84) Ver STAVENHAGEN, RODOLFO, *Conclusiones y recomendaciones del Seminario de Expertos sobre Pueblos Indígenas y la Administración de Justicia*, op. cit., p. 7.

(85) Ver PAPADÓPOLO, MIDORI, *El nuevo enfoque internacional en materia de derechos de los pueblos indígenas*, Guatemala, Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales, Universidad Rafael Landívar, 1995, p. 60.

(86) Ver CORTE IDH, OC-5/85, "La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)", 13 de noviembre de 1985. Serie A N° 5, párr. 46.

Como señala Pinto,

“a la luz del criterio *pro homine* que informa todo el derecho de los derechos humanos, debe acudirse a la norma más amplia, o a la interpretación extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria”.<sup>(87)</sup>

En el supuesto que se analiza en este trabajo, la aplicación por parte del Estado de la pena de prisión a un indígena que no la concibe dentro de su propia cosmovisión no es una sanción inevitable e irreductible —absolutamente necesaria—, cuya omisión o sustitución pone en peligro la seguridad colectiva o la paz pública, en forma tal que no exista medio menos cruel para preservar el orden jurídico y asegurar el imperio de la justicia.<sup>(88)</sup>

Además, al momento de ratificar un tratado de derechos humanos, los estados se han obligado a adoptar las medidas legislativas o de otro carácter necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades allí reconocidas.<sup>(89)</sup>

En este sentido, en los casos “Yatama” y “López Álvarez”, la Corte IDH destacó el carácter fundamental que posee el principio de igualdad y no discriminación para la salvaguardia de los derechos humanos, tanto en el derecho internacional como en el interno. Los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias y eliminar las que sean de ese carácter, combatir sus prácticas y establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas.<sup>(90)</sup>

---

(87) PINTO, MÓNICA, *Temas de derechos humanos*, Bs. As., Editores Del Puerto, 1997, p. 81. En igual sentido, Medina Quiroga afirma que “la interpretación *pro persona* es una característica importante de la interpretación de las normas sobre derechos humanos, que constituye el norte que debe guiar al intérprete en todo momento”. MEDINA QUIROGA, CECILIA, *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia*, Santiago, Universidad de Chile, 2003, p. 9.

(88) Ver CORTE IDH, “Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago” (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 11 de marzo de 2005, Serie C N° 123, voto concurrente del juez Sergio García Ramírez, párr. 23.

(89) Ver CADH, art. 2; Convenio N° 169, arts. 2° y 4° y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 2°. CORTE IDH, “Caso Gómez Palomino vs. Perú” (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 22 de noviembre de 2005, Serie C N° 136, párr. 91.

(90) Ver CORTE IDH, “Caso Yatama vs. Nicaragua”, cit., párr. 185; CORTE IDH, “Caso López Álvarez vs. Honduras” (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C N° 141, párr. 170.

Refiriéndose expresamente a los pueblos indígenas, destacó que

“el estado debe adoptar en su derecho interno, de conformidad con el art. 2 de la CADH, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de la propiedad de los miembros de la Comunidad Mayagna Awas Tingni, acorde con el derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres de ésta”.<sup>(91)</sup>

Por ende, el Estado estaría incumpliendo su obligación de dar preferencia a sanciones distintas de la privación de la libertad —pues tiene la obligación de respetar las costumbres y tradiciones de los integrantes de pueblos indígenas— mediante una omisión,<sup>(92)</sup> de no existir estas alternativas

Y si el Estado ha establecido sanciones alternativas basadas en el respeto del principio de igualdad y no discriminación que incluyan opciones diferentes a la privación de libertad, ante la disyuntiva de utilizar estas sanciones o la pena de prisión como último recurso, el juez debe optar por las primeras.<sup>(93)</sup>

En síntesis, los artículos 8º y 9º del Convenio 169 no consagran una facultad, sino un deber de los estados de tomar debidamente en consideración las costumbres o el derecho consuetudinario y de respetar los métodos a los que los pueblos indígenas y tribales recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros —a menos que éstos sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional o con los derechos humanos internacionalmente reconocidos—.

De ello se deduce que la compatibilidad de las costumbres indígenas con la noción moderna de los derechos humanos —entendidos como universales, indivisibles e interdependientes—,<sup>(94)</sup> será el límite establecido para alcanzar el respeto de la diversidad cultural.

(91) CORTE IDH, “Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua”, cit., párr. 138.

(92) Ver *Inter alia*, CORTE IDH, “Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay”, cit., párr. 176; CORTE IDH, “Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia” (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 11 de mayo de 2007, Serie C N° 163, párr. 102.

(93) Ver STAVENHAGEN, RODOLFO, *Conclusiones y recomendaciones del Seminario de Expertos sobre Pueblos Indígenas y la Administración de Justicia*, op. cit., p. 51.

(94) Ver Acta Final de la Declaración y el Programa de Acción de la “Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos”, Viena, del 12 de julio de 1993, A/CONF. 157/23, párr. I.5.

El concepto de diversidad cultural, desarrollado tanto en la Declaración Universal de la UNESCO sobre Diversidad Cultural como en la Convención sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales,<sup>(95)</sup> parecería estar íntimamente vinculado a la salvaguardia de los derechos humanos.<sup>(96)</sup> En otras palabras, “los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar libremente sus identidades culturales diferenciadas dentro del marco de principios de derechos humanos generalmente aceptados y, por lo tanto, aplicables”.<sup>(97)</sup>

Sobre el particular, Cançado Trindade, Pacheco Gómez y Abreu Burelli sostienen que

“la invocación de las manifestaciones culturales no puede atentar contra los estándares universalmente reconocidos de observancia y respeto a los derechos fundamentales de la persona humana. Así, al mismo tiempo que afirmamos la importancia de la atención debida a la diversidad cultural, inclusive para el reconocimiento de la universalidad de los derechos humanos, rechazamos con firmeza las distorsiones del llamado ‘relativismo’ cultural”.<sup>(98)</sup>

Sin embargo, como advierte Raffin, “la famosa antinomia universalismo-relativismo encierra una aporía probablemente insuperable ya que la forma de resolver este tipo de dilemas esconde siempre, de manera más o menos abierta, bajo la máscara de un supuesto objetivismo puro del universalismo jurídico, una imposición, una violencia, y hasta una conquista, culturales”.<sup>(99)</sup>

Más allá de esta observación, la cuestión principal radicará entonces en que, al momento de determinar el tipo de sanción penal que le corresponde a un integrante de un pueblo indígena, se deberá demostrar que

---

(95) Aprobada 20 de octubre de 2005 en el marco de la 33ª sesión de la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura celebrada en París.

(96) Ver CORTE IDH, “Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay” (Interpretación de la Sentencia sobre Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 6 de febrero de 2006. Serie C N° 142, voto razonado del juez A. A. Cançado Trindade, párr. 11.

(97) ANAYA, JAMES, “Los derechos de los pueblos indígenas”, *op. cit.*, p. 60.

(98) CORTE IDH, “Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua”, *cit.*, voto razonado conjunto de los jueces A. A. Cançado Trindade, M. Pacheco Gómez y A. Abreu Burelli, párr. 14.

(99) RAFFIN, MARCELO, *La experiencia del horror. Subjetividad y derechos humanos en las dictaduras y posdictaduras del Cono Sur*, Bs. As., Editoriales Del Puerto, 2006, p. 62.

la costumbre de dicho pueblo —que no concibe de ninguna manera la existencia de la pena privativa de la libertad— es incompatible con los derechos fundamentales o los derechos internacionalmente reconocidos; si es que todavía se pretende aplicar la pena de prisión.

## 5. Conclusiones

Es de público conocimiento que “la discriminación contra los pueblos indígenas es el resultado de un largo proceso histórico de conquista, penetración y marginación, acompañado de actitudes de superioridad y de una concepción del indígena como ser primitivo e inferior”.<sup>(100)</sup>

Pese a este escenario desfavorable, en la mayoría de los casos, los indígenas aún tienen su propia organización, sus autoridades, sus normas jurídicas, sus sanciones y sus costumbres. Ciertas tradiciones indígenas siguen vigentes aún pese a que desde fuera sean valoradas como mero folklore.<sup>(101)</sup>

Por lo tanto, la eliminación de la discriminación histórica y sus legados en contra de los pueblos indígenas y el respeto de sus culturas —que representan un patrimonio de toda la humanidad—<sup>(102)</sup> requieren de un fiel seguimiento del principio de igualdad y no discriminación.

Como sostenía Bidart Campos, “integrar a los pueblos indígenas implica depararles un trato igualitario con el resto de la sociedad, pero no significa que para hacerlos parte integrante haya de reclamárseles la renuncia o la abdicación a su estilo, a sus diferencias, a su idiosincrasia, a su cultura”.<sup>(103)</sup>

Por ello, la idea de que en virtud de los fundamentos propios de una sociedad democrática no es admisible la pluralidad de regímenes legales dentro de un mismo estado, y de que los indígenas deben ser tratados bajo las mismas leyes que se han dictado para los demás ciudadanos; vulnera el contenido que la Corte IDH le ha asignado al principio de igualdad y no discriminación. Pues el respeto a la diversidad cultural hace inapropiadas para ellos normas que suponen una manera distinta de concebir y entender la vida, su entorno y los fines de una sociedad.<sup>(104)</sup>

(100) ANAYA, JAMES S., *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, Madrid, Trotta, 2005, p. 177.

(101) Ver PAPANÓPOLO, MIDORI, *op. cit.*, p. 55.

(102) Declaración Universal de la UNESCO sobre Diversidad Cultural, art. 1°.

(103) BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Manual de la Constitución reformada*, t. III, *op. cit.*, p. 119.

(104) Ver YRURETA, GLADIS, *op. cit.*, p. 121.

De este modo, el principio de igualdad y no discriminación no sufre lesión o merma cuando se brinda trato diferente a personas cuya situación lo justifica; precisamente para colocarlas en posición de ejercer verdaderamente los derechos y aprovechar auténticamente las garantías que la ley reconoce a todas las personas. La desigualdad real, la marginación, la vulnerabilidad, la debilidad, deben ser compensadas con medidas razonables y suficientes que generen o auspicien —en la mayor medida posible— condiciones de igualdad y ahuyenten la discriminación.<sup>(105)</sup>

Por otra parte, durante las últimas décadas, el sistema interamericano de derechos humanos se ha mostrado cada vez más receptivo para acoger demandas de reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas hasta convertirse en todo un referente a nivel internacional en la defensa de estos derechos.<sup>(106)</sup>

Ya no deberían quedar dudas de que “es esencial reconocer y entender la profunda y especial relación espiritual que tienen los pueblos indígenas con sus tierras, la cual la consideran tan fundamental para su existencia como para todo su conjunto de creencias, costumbres y tradiciones”,<sup>(107)</sup> pese a que las personas no indígenas no comprendan bien la necesidad de este vínculo espiritual que une a las comunidades indígenas y sus tierras de origen.<sup>(108)</sup>

Por lo tanto, a partir de los estándares en materia de derecho de los pueblos indígenas señalados, el respeto a la diversidad cultural y a los derechos de los pueblos indígenas constituye en la actualidad una obligación

---

(105) Ver CORTE IDH, “Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú” (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 25 de noviembre de 2006, Serie C N° 160, voto razonado del juez Sergio García Ramírez, párr. 11.

(106) Ver RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, LUIS, *op. cit.*, p. 203.

(107) Grupo Jurídico Internacional de Derechos Humanos y Centro de Derecho Ambiental Internacional, *Amici curiae presentado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el “Caso de la Comunidad Indígena Mayagna (Sumo) de Awas Tingni contra la República de Nicaragua”*, *op. cit.*, p. 28. Esta interpretación sobre la relación entre el indígena y su tierra se reconoce, incluso, en sede interna. En este sentido, durante la Convención Constituyente de 1994 el convencional Rodolfo Díaz indicaba que el tipo de relación del hombre con la tierra en las culturas indígenas no es igual al tipo de relación del hombre y la tierra que nos viene de nuestra tradición europea. Ver BAZÁN, VÍCTOR, *Justificación putativa, derechos indígenas y un embate contra el letargo constitucional*, Bs. As., La Ley, tomo 2000-E, 2000, p. 137.

(108) Ver CIDH, “Las cuestiones indígenas. Los derechos humanos y las cuestiones indígenas.”, *op. cit.*, párr. 49.

que el Estado ha asumido y que, en el supuesto de incumplirla, lo haría incurrir en responsabilidad internacional.

De este modo, el carácter de *ius cogens* del principio de igualdad y no discriminación les brinda a los pueblos indígenas la posibilidad de exigir al Estado, no sólo que se abstenga de realizar conductas que vulnere su "cultura", sino que adopte medidas de carácter positivo para garantizar su preservación. En materia penal, esto implica que el Estado —al determinar judicialmente la sanción por el delito cometido— no podrá dejar de considerar en su tratamiento la condición de indígena por lo que, en ocasiones, se verá imposibilitado de aplicar la pena de prisión y se verá en la necesidad de optar por otro tipo de sanciones.

Sin embargo, no debe perderse de vista que el respeto a la diversidad cultural tiene límites. Como afirma Cançado Trindade

"las culturas no son estáticas, se manifiestan dinámicamente en el tiempo, y se han mostrado abiertas a los avances en el dominio de los derechos humanos en las últimas décadas (...) la diversidad cultural jamás obstaculizó la formación de un núcleo universal de derechos fundamentales inderogables, consagrado en muchos tratados de derechos humanos".<sup>(109)</sup>

Por lo tanto, para que los derechos colectivos puedan ser reconocidos como derechos humanos, deberán ejercerse sin coacción y voluntariamente por todos sus miembros.<sup>(110)</sup>



(109) CORTE IDH, "Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala" (Fondo), Sentencia de 25 de noviembre de 2000, Serie C N° 70, voto razonado del juez Cançado Trindade, párr. 25.

(110) Ver STAVENHAGEN, RODOLFO, "Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales", *op. cit.*, p. 163.



# Los derechos humanos al agua y al saneamiento: aportes para un debate nacional pendiente

MARCOS EZEQUIEL FILARDI<sup>(1)</sup>



*A través del agua, damos vida a todo*<sup>(2)</sup>

*La Madre Tierra quedó preñada con una gota de agua*<sup>(3)</sup>

## 1. Un precario umbral molecular<sup>(4)</sup>

El 70,90% de la superficie terrestre está constituida por agua, ese sencillo compuesto químico conformado por dos moléculas de hidrógeno y una de oxígeno.

Sin embargo, del agua disponible en el planeta, el 97,25% —unos 1.370 millones de kilómetros cúbicos— es salada, y sólo el 2,75% restante —unos 38,71 millones de kilómetros cúbicos— es dulce.<sup>(5)</sup>

---

(1) Abogado *cum laude* (UBA). Profesor adjunto (int) a cargo del Seminario Interdisciplinario sobre el Hambre y el Derecho a la Alimentación de la Facultad de Derecho (UBA). Docente de la Cátedra Libre de Soberanía Alimentaria de la Escuela de Nutrición (UBA).

(2) *El Noble Corán*, 21:30.

(3) Cosmogonía de los Pueblos del Abya Yala.

(4) KINGSLOVER, BARBARA, "El agua es vida", en *National Geographic*, vol. 26, n° 4, abril de 2010, p. 8.

(5) SACHS, JEFFREY, *Common Wealth, Economics for a Crowded Planet*, New York, The Penguin Press, 2008, p. 117.

De ese 2,75 % de agua dulce disponible en el mundo, el 69,60% —unos 24,36 trillones de litros— se encuentra congelada en capas de hielo, glaciares, cobertura de nieve y permafrost; el 30,10% —unos 10,55 trillones de litros— está en el subsuelo y en acuíferos alimentados por filtración desde la superficie y el 0,30% restante —unos 118.639 billones de litros— está en lagos, ríos, pantanos, plantas, animales y en la atmósfera.<sup>(6)</sup>

A través del llamado “ciclo del agua”, las precipitaciones que caen sobre la superficie terrestre constituyen la principal fuente de agua para el consumo humano, la agricultura, la producción de alimentos, los procesos de eliminación de desechos industriales y el sostenimiento de los ecosistemas. Esta agua es absorbida por las plantas y el suelo y luego eventualmente retornada a la atmósfera a través de la evapotranspiración, o es drenada desde la tierra hasta los océanos a través de ríos, lagos y pantanos.<sup>(7)</sup>

El agua es esencial para el desarrollo de la vida vegetal, animal y humana. El ser humano no puede sobrevivir sin agua más que unos pocos días. Entre el 48 y el 55% del cuerpo humano está constituido por agua. El agua desempeña un rol vital en prácticamente todas las funciones del cuerpo, protege el sistema inmunológico y elimina los desechos del cuerpo.

El agua es además esencial para la producción de alimentos (tanto de origen vegetal como animal) y la higiene personal, además de cumplir otras finalidades sociales y culturales.

El 70% del agua dulce es utilizada para la agricultura: se requieren, en promedio, 11.000 litros para producir 1 kg de café; 9000 litros para una hamburguesa de carne vacuna; 5000 litros para 1 kg de queso; 3000 litros para 1 kg de azúcar; 2000 litros para 1 litro de leche y 1000 litros para 1 kg de trigo.<sup>(8)</sup> El 20% es empleado por la industria y el 10% restante es para uso doméstico.

Sin agua potable no hay supervivencia más allá de unos pocos días. Sin agua para cultivos, no hay alimentos. Sin saneamiento, hay enfermedad generalizada, especialmente enfermedades infecciosas que cobran las vidas de millones de niños al año. Sin agua fácilmente accesible, disponible en lugares convenientes —si no llevada directamente a los hogares— hay

(6) *National Geographic*, cit., pp. 10/11. En el mismo sentido, HERRERO, ANA CAROLINA, “Generalidades del recurso agua e indicadores hídricos. Realidades mundial y argentina”, en Rivas, Carlos (comp.), *La Cuestión del Agua en Argentina*, Bs. As., Kaikron, 2003, pp. 29/75.

(7) TAWFIC, MOHAMED, *Water Pollution*, Tokyo, United Nations University Materials, 2010, p.1.

(8) HAN JIAROU, en Glantz, Michael y Qian Ye, *Usable Thoughts: Climate, Water and Weather in the Twenty First Century*, Tokio, United Nations University Press, Tokio, 2010.

trabajo arduo para las mujeres y niñas, quienes deben caminar varios kilómetros por día para obtenerla —la distancia promedio que las mujeres en África y Asia caminan para obtener agua es de seis kilómetros—. <sup>(9)</sup> Y sin seguridad hídrica —para cultivos, cría de animales y uso humano— hay conflicto. Además, el uso del agua por un grupo o región afecta la disponibilidad y seguridad hídrica de otros. Esto se denomina interdependencia hidrológica. Cuando un grupo retira agua de un río para riego, el impacto bien puede ser la reducción de la disponibilidad de agua río abajo. Una represa río arriba puede provocar desastres río abajo. Lo mismo ocurre con el agua subterránea. Cuando una comunidad efectúa pozos para riego, la consecuencia puede ser una reducción del agua en los pozos vecinos". <sup>(10)</sup>

Es en virtud de esta interdependencia hidrológica que resulta clave analizar las dinámicas de acceso a este recurso limitado. En este sentido, los 7000 millones de personas que hoy habitamos el planeta, no accedemos de igual modo al agua: mientras el ciudadano estadounidense utiliza un promedio de 380 litros diarios de agua y el europeo unos 200, mil millones de personas sobreviven con menos de 5 litros por día, el 46% de la población mundial no tiene agua entubada en sus hogares, mil millones de personas carecen de agua potable, 2600 millones no utilizan servicios de saneamiento mejorados <sup>(11)</sup> y, aún hoy, diariamente mil millones de personas se ven obligadas a realizar sus necesidades fisiológicas al aire libre, en las calles o en el campo. <sup>(12)</sup>

La falta de acceso al agua potable y a servicios de saneamiento se cobra millones de vidas: se registran 3.3 millones de muertes al año por falta de acceso al agua potable; más de 3600 niños y niñas mueren cada día debido a enfermedades diarreicas evitables, superando las cifras de la malaria, el VIH/SIDA y el sarampión juntos. <sup>(13)</sup> En los últimos diez años, en efecto, la diarrea ha matado más niños que todos los que han muerto por conflictos armados desde la Segunda Guerra Mundial. <sup>(14)</sup>

(9) UNHR, UN HABITAT, WHO, *The Right to Water*, Fact Sheet 35, ONU, Ginebra, 2010, p. 10.

(10) SACHS, *Common Wealth...*, *op. cit.*, p. 115.

(11) OMS/UNICEF, *Progresos en materia de saneamiento y agua potable: Informe de actualización 2010*, [en línea] [http://www.wssinfo.org/fileadmin/user\\_upload/resources/WEB-OMS-PHE-JMP-SP-20101222-v6.pdf](http://www.wssinfo.org/fileadmin/user_upload/resources/WEB-OMS-PHE-JMP-SP-20101222-v6.pdf), pp. 6/7.

(12) OMS/UNICEF, *op. cit.*, p. 22.

(13) BLACK R. E., COUSENS S., JOHNSON H. L., LAWN J. E., RUDAN I., BASSANI D. G., JHA P., CAMPBELL H., FISCHER WALKER C., CIBULSKIS R., EISELE T., LIU L. Y MATHERS C., para el Grupo de Referencia sobre Epidemiología Infantil de la OMS y el UNICEF, "Global, regional, and national causes of child mortality in 2008: A systematic analysis", *The Lancet*, 05/06/2010; 375(9730): 1969-87.

(14) OMS-UNICEF, *Joint Monitoring Programme on Water Supply and Sanitation*, [en línea] <http://www.wssinfo.org>

Se calcula además que una de cada dos camas de los hospitales del mundo está ocupada, en todo momento, por personas que padecen enfermedades directa o indirectamente ligadas a la falta de agua potable y a servicios de saneamiento:<sup>(15)</sup> se registran cuatro billones de casos de diarrea al año, derivada del consumo de agua contaminada con desechos humanos; 200 millones de casos de esquistosomiasis, transmitida por moluscos acuáticos; 17 millones de casos de fiebre tifoidea y paratifoidea, producidas por la ingesta de agua contaminada; 150 millones de casos de tracoma al año por falta de saneamiento —5 millones de los cuales desembocan en ceguera permanente—; entre 140.000 y 184.000 casos de cólera —derivada de la ingesta de agua y comida contaminada con desechos humanos— y 96.000 casos de dracunculiasis derivados del agua contaminada;<sup>(16)</sup> 133 millones de casos de infecciones intestinales, 1,5 millones de casos de lesiones cutáneas derivadas de la ingesta de agua con altos niveles de arsénico y 26 millones de casos de fluorosis, sólo en China, por el consumo de agua con altos niveles de flúor.<sup>(17)</sup>

Asimismo, en los niños, la probabilidad de sufrir un retraso en el crecimiento a los 24 meses de edad aumenta de forma exponencial con cada episodio de diarrea y con cada día que el niño sufre esta enfermedad.<sup>(18)</sup>

Como especie, en este momento, vivimos en un precario umbral molecular: el agua dulce es un recurso escaso y limitado que hoy se encuentra amenazado, fundamentalmente, por el drenaje de acuíferos con más rapidez que la velocidad de recarga natural; mayor presión demográfica (cada año hay 83 millones de personas más en el mundo), la contaminación y el cambio climático.

Una solución que se propone ante la escasez creciente de agua dulce es recurrir al agua salada: a esos 1370 millones de kilómetros cúbicos disponibles en océanos y mares. Actualmente se producen 60.000 millones de litros diarios en las 14.450 plantas desalinizadoras del mundo. En este momento, 300 millones de personas obtienen su agua del mar o de aguas

---

(15) Véase [en línea] [www.un.org/waterforlifedecade](http://www.un.org/waterforlifedecade)

(16) TAWFIC, *Water Pollution...*, op. cit., p. 8.

(17) UNITED NATIONS MILLENNIUM PROJECT TASK FORCE ON WATER AND SANITATION, *Health, dignity and development: what will it take?*, [en línea] <http://www.unmillenniumproject.org/documents/WaterComplete-lowres.pdf>

(18) DE ALBUQUERQUE, CATARINA, *Derechos hacia el final*, [en línea] [http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Water/BookonGoodPractices\\_sp.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Water/BookonGoodPractices_sp.pdf)

subterráneas demasiado saladas para beber. Se calcula que en los próximos seis años, a través de la incorporación de nuevas tecnologías de desalinización (ósmosis forzada, monotubos de carbono y biomimética, más eficientes y menos costosas que la destilación) se añadirán otros 49.000 millones de litros al día al suministro global de agua.<sup>(19)</sup> Sin embargo, la desalinización resultará económica sólo cerca de las costas y de fuentes de energía (como los países del Golfo). La desalinización no será una solución viable para las zonas interiores y de altura, debido a los altos costos del bombeo del agua.<sup>(20)</sup>

## 2. El agua potable y el saneamiento como derechos humanos

El presente artículo no ha de referirse al uso del agua para la agricultura, la cría de animales o el desarrollo de actividades industriales, sino al derecho humano a tener acceso a agua potable **suficiente** para usos personales y domésticos, esto es, “agua para beber, para higiene sanitaria, para lavar la ropa, para la preparación de alimentos y para la higiene personal y de la casa. Incluye también el acceso a servicios de saneamiento mejorados, no sólo como un elemento de la dignidad humana y la privacidad, sino también para proteger las fuentes y el suministro de agua potable”.<sup>(21)</sup> No incluye, empero, otros usos domésticos del agua, como el agua para piscinas o jardines.

Ahora bien ¿Qué cantidad de agua es **suficiente** para satisfacer dichas necesidades?

Se estima que 20-25 litros por persona por día es el mínimo, aunque entre 50 y 100 es lo deseable,<sup>(22)</sup> ya que el mínimo permite mantener la vida pero puede traer aparejados problemas en la salud.<sup>(23)</sup> El mínimo es mayor para personas que sufren del virus de VIH/SIDA, las cuales requieren entre 50 y 100 litros diarios. En contextos de emergencias, el Manual Esfera recomienda una disponibilidad mínima *per capita* de entre 7,5 y 15 litros diarios.

(19) *National Geographic*, cit.

(20) SACHS, *Common Wealth...*, op. cit., p. 134.

(21) UNHR, UN HABITAT, WHO, *The Right to Water*, cit., p. 4.

(22) UN, *Special Rapporteur on the Human Rights to Water and Sanitation*, FAQ; HOWARD, GUY y BARTRAM, JAMIE, *Domestic Water Quantity, Service Level and Health*, [en línea] [http://www.who.int/water\\_sanitation\\_health/diseases/WSH03.02.pdf](http://www.who.int/water_sanitation_health/diseases/WSH03.02.pdf), p. 22.

(23) HUTTON, GUY y HALLER, LAWRENCE, *Evaluation of the costs and benefits of water and sanitation improvements at the global level*, [en línea] [http://www.who.int/water\\_sanitation\\_health/wsh0404.pdf](http://www.who.int/water_sanitation_health/wsh0404.pdf)

### **3. Los derechos humanos al agua potable y al saneamiento en el derecho internacional**

A continuación se analizarán las fuentes del derecho internacional que consagran los derechos humanos al agua potable y al saneamiento. Asimismo, se hará referencia a la interpretación y aplicación efectuada por los respectivos órganos de vigilancia para arrojar luz sobre sus alcances.

#### ***3.1. Los derechos humanos al agua y al saneamiento en el derecho internacional de los derechos humanos***

##### *3.1.1. Organización Internacional del Trabajo (OIT)*

La Recomendación de la OIT sobre la Vivienda de los Trabajadores (número 115)<sup>(24)</sup> establece en la norma II que:

“7. Las normas de vivienda mencionadas en el párrafo 19 de los Principios generales deberían referirse:

(...)

b) al abastecimiento de agua potable dentro de la vivienda del trabajador, en cantidad suficiente para poder cubrir todas las necesidades personales y domésticas;

(...)

e) a las instalaciones adecuadas de carácter sanitario;

8. Cuando la vivienda destinada a trabajadores solteros o a trabajadores separados de sus familias sea colectiva, la autoridad competente debería establecer ciertas normas de habitación que dispongan, como mínimo:

(...)

c) que haya suficiente abastecimiento de agua potable;

d) que existan adecuadas instalaciones sanitarias y de desagüe.”

El Convenio de la OIT sobre los Servicios de Salud en el Trabajo (número 161),<sup>(25)</sup> por su parte, señala que:

---

(24) La Recomendación fue adoptada el 18/06/1961.

(25) El Convenio fue aprobado el 25/06/1985 y entró en vigor el 17/02/1988.

Artículo 5. Los servicios de salud en el trabajo deberán asegurar las funciones siguientes que sean adecuadas y apropiadas a los riesgos de la empresa para la salud en el trabajo:

(...)

b) vigilancia de los factores del medio ambiente de trabajo y de las prácticas de trabajo que puedan afectar a la salud de los trabajadores, incluidos las instalaciones sanitarias, comedores y alojamientos, cuando estas facilidades sean proporcionadas por el empleador.

### 3.1.2. Carta de las Naciones Unidas<sup>(26)</sup>

“...la Organización promoverá:

a) niveles de vida más elevados, trabajo permanente para todos, y condiciones de progreso y desarrollo económico y social;

b) La solución de problemas internacionales de carácter económico, social y sanitario, y de otros problemas conexos; y la cooperación internacional en el orden cultural y educativo; y

c) el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades”.

El artículo 56, por su parte, reza que:

“Todos los Miembros se comprometen a tomar medidas conjuntas o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos consignados en el artículo 55”.

### 3.1.3. Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>(27)</sup>

Si bien la Declaración Universal no incluye explícitamente los derechos al agua potable y al saneamiento, pueden entenderse como componentes del derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado, al establecer, en su artículo 25.1, que:

(26) La Carta fue adoptada en San Francisco el 26/06/1945.

(27) La Declaración fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10/12/1948.

“Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”.

#### 3.1.4. *Los Pactos Internacionales*

Una norma en común de ambos Pactos, el artículo 1.2, es relevante para los derechos humanos al agua y el saneamiento, en la medida que dispone que:

“Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio del beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia”.

##### 3.1.4.1. **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y su Primer Protocolo Facultativo<sup>(28)</sup>**

El PIDCP no contiene una referencia explícita a los derechos al agua y al saneamiento, pero el Comité de Derechos Humanos ha entendido que los mismos pueden inferirse de una interpretación extensiva de los derechos a la vida y a la integridad personal y de los derechos del niño.

En efecto, el artículo 6.1 del Pacto establece que:

“El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”.

El artículo 7, por su parte, dispone que:

“Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”.

---

(28) El PIDCP fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16/12/1966 y entró en vigencia el 23/03/1976. 167 Estados son Partes del Pacto. El Comité de Derechos Humanos supervisa el cumplimiento del Pacto mediante los mecanismos de informes periódicos, denuncias interestatales y, bajo el Primer Protocolo Facultativo, analiza denuncias de particulares.

El artículo 10.1 del Pacto señala que:

“1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.

El artículo 24.1 del Pacto, por su parte, dispone que:

“Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”.

3.1.4.1.1. Observaciones generales (OG) del Comité de Derechos Humanos

OG 6, Derecho a la Vida. El Comité entendió que

“el derecho a la vida ha sido usualmente interpretado de modo restrictivo. La expresión ‘derecho a la vida inherente a la persona’ no puede ser entendida de manera restrictiva, y la protección de este derecho requiere que el estado adopte medidas positivas. En relación a ello, el Comité considera que sería deseable que los Estados Parte adopten todas las medidas posibles para reducir la mortalidad infantil e incrementar las expectativas de vida, especialmente procurando eliminar la desnutrición y las epidemias”.<sup>(29)</sup>

OG 17, Derechos del Niño. El Comité consideró que

“las medidas enderezadas principalmente a que los niños gocen de los derechos enunciados en el Pacto, también pueden ser económicas, sociales o culturales. Por ejemplo, toda medida económica y social posible debe adoptarse para reducir la mortalidad infantil y erradicar la desnutrición entre los niños”.<sup>(30)</sup>

3.1.4.1.2. Comunicaciones del Comité bajo el Primer Protocolo Facultativo

1) La privación de agua a las personas privadas de su libertad como trato cruel, inhumano y degradante.

(29) COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *Observación General 6, El Derecho a la Vida*, 30/03/1982, (art. 6, párr. 5).

(30) COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *Observación General 17, Derechos del Niño*, 04/07/1989, (art. 24, párr. 3).

En un caso donde la persona detenida fue privada de agua durante tres días, el Comité consideró que ello constituía un trato incompatible con el derecho de toda persona privada de su libertad a ser tratada humanamente (art. 10.1).<sup>(31)</sup> En otro caso en que la privación de alimentos y agua se extendió por más de siete días, el Comité entendió que ello constituía un trato cruel, inhumano y degradante.<sup>(32)</sup>

2) La falta de agua corriente o de servicios de saneamiento adecuados en las cárceles como trato incompatible con la dignidad humana.

En por lo menos dos comunicaciones, el Comité tuvo por probado que las celdas de la prisión no tenían agua corriente, considerando que ello importaba una violación al derecho de toda persona privada de la libertad de ser tratada humanamente.<sup>(33)</sup>

En junio de 1985, el ciudadano Patterson Matthews fue detenido y trasladado a una penitenciaría de Trinidad y Tobago, donde un desagote abierto de las letrinas pasaba por el lugar donde se preparaba la comida, por lo que el excremento humano estaba muy próximo a los alimentos que recibían los detenidos. Además, el comedor estaba a metros de los baños sin puertas y como éstos no funcionan los inodoros se llenaban de moscas e invadían los platos servidos. El Comité consideró que dichas condiciones constituyen una violación al derecho de toda persona privada de la libertad de ser tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano (art. 10.1).<sup>(34)</sup>

En igual sentido se pronunció el Comité en una Comunicación contra Jamaica, en la que se había denunciado que en una prisión los detenidos debían realizar sus necesidades en baldes que eran evacuados sólo una vez al día, que el agua provista para consumo estaba contaminada con insectos y desechos humanos y que los utensilios para comer no estaban limpios.

---

(31) COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *Munguwambuto Kabwe Peter Mwamba v. Zambia*, Comunicación 1520/2006, CCPR/C/98/D/1520/2006, párr. 6.4.

(32) COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *Essono Mika Miha v. Guinea Ecuatorial*, Comunicación 14/1990, 08/07/1994, CCPR/C/51/D/414/1990.

(33) COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *Abduali Ismatovich Kurbanov v. Tajikistan*, Comunicación 1096/2002, CCPR/C/79/D/1096/2002, párr. 7.8; *Albert Wilson v. Philippines*, Comunicación 868/1999, CCPR/C/79/D/868/1999, párr. 7.3.

(34) COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *Patterson Matthews v. Trinidad y Tobago*, Comunicación 569/1993, 31/03/1998, CCPR/C/62/D/569/1993.

3) La calidad del agua que se provee a las personas privadas de la libertad

En una comunicación ante el Comité, varias personas detenidas en la penitenciaría estatal de Trinidad cuestionaron la calidad del agua que les era provista. Una de ellas indicó que “el agua venía de un tanque y era de color marrón. El oficial a cargo de la división no bebía esa agua”. Otra señaló que “recibía un jarro de agua dos veces al día, pero el agua estaba sucia o tenía gusto a óxido o barro. Los oficiales no beben de esa agua sino que reciben agua de afuera”. El Estado, en su respuesta, se limitó a decir que “el agua era limpia”. Ello llevó a dos integrantes del Comité a concluir que “el estado pudo haber aportado detalles sobre la fuente del agua, y la calidad del agua que le era provista a los detenidos. También pudo haber demostrado que el agua que bebían los oficiales era la misma que bebían los detenidos. El Estado no lo ha hecho, por lo que se presumen verdaderas las afirmaciones de los autores de la comunicación y, en consecuencia, se declara que el estado violó el artículo 10, párrafo 1 del Pacto”.<sup>(35)</sup>

#### 3.1.4.1.3. Observaciones finales del Comité a los Estados Partes

En sus Observaciones finales al informe presentado por Honduras en 2006, el Comité expresó que:

“Al Comité le preocupan las condiciones carcelarias en el Estado Parte, a saber, el hacinamiento, las deficientes condiciones de reclusión, incluyendo en ocasiones la falta de agua potable y de servicios sanitarios”.<sup>(36)</sup>

En idéntico sentido se pronunció respecto de los informes presentados por Nicaragua en 2008<sup>(37)</sup> y por Bulgaria en el año 2011, al expresar que:

“El Comité mantiene su preocupación sobre las condiciones de detención de las prisiones, incluyendo la falta de agua potable y de agua corriente”.<sup>(38)</sup>

(35) COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *Dole Chadee v. Trinidad y Tobago*, Comunicación 813/1998, CCPR/C/63/D/813/1998, 29/07/1998 (opinión individual de Klein y Kretzmer), párr. 2.

(36) COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Observaciones Finales, Honduras, 13/12/2006, CCPR/C/HND/CO/1, párr. 15.

(37) COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Observaciones Finales, Nicaragua, 12/12/2008, CCPR/C/NIC/CO/3, párr. 15.

(38) COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Observaciones finales, Bulgaria, CCPR/C/BGR/CO/3 (2011), párr. 18.

### 3.1.4.2. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>(39)</sup>

El PIDESC tampoco reconoce de modo **explícito** los derechos humanos al agua y al saneamiento, sino comprendidos en “el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuada para sí”. Su artículo 11 reza que:

“1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento”.

#### 3.1.4.2.1. Observaciones Generales (OG) del Comité

OG 3, Índole de las obligaciones de los estados parte:

El Comité indicó que si bien la plena realización de los derechos pertinentes —incluidos al agua y al saneamiento— puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendientes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados. Entre las medidas a adoptar, se encuentran las medidas legislativas, la provisión de recursos judiciales y otros recursos efectivos, la justiciabilidad de los derechos, medidas de carácter administrativo, financiero, educacional y social. Asimismo, el Comité señaló que corresponde a cada Estado Parte la obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos. Si el Pacto se ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser. Por último, para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo

(39) El PIDESC fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16/12/1966 y entró en vigencia el 23/03/1976. 167 Estados son Partes del Pacto. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales supervisa el cumplimiento del Pacto mediante los mecanismos de informes periódicos pero aún no puede examinar denuncias de particulares.

esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas.<sup>(40)</sup>

OG 4, El derecho a la vivienda adecuada:

El Comité entendió que una vivienda adecuada debe tener, entre otras cosas, agua potable, instalaciones sanitarias y de lavado, sistemas de saneamiento y de eliminación de residuos.<sup>(41)</sup>

OG 5, Las personas con discapacidad:

El Comité manifestó que las personas con discapacidad tienen derecho a tener acceso a una alimentación adecuada, una vivienda adecuada y otras necesidades materiales básicas (entre las cuales están el agua y el saneamiento).<sup>(42)</sup>

OG 6, Derechos de las personas de edad:

El Comité señaló que el “principio de independencia” de las personas de edad comprende el derecho a tener acceso a agua, para expresar luego que las personas de edad deben tener acceso al agua potable, mediante la provisión de ingresos, el apoyo de sus familias y de la comunidad y su propia autosuficiencia.<sup>(43)</sup>

OG 8, Relación entre las sanciones económicas y el respeto de los derechos económicos, sociales y culturales:

El Comité consideró que “si bien los efectos de las sanciones varían de un caso a otro, es consciente de que casi siempre producen consecuencias dramáticas en los derechos reconocidos en el Pacto. Así, por ejemplo, con frecuencia originan perturbaciones en la distribución de suministros alimentarios, farmacéuticos y sanitarios, comprometen la calidad de los alimentos y la disponibilidad de agua potable”.<sup>(44)</sup>

(40) COMITÉ DE DESC, *Observación General 3, La índole de las obligaciones de los estados parte*, 14/12/1990, (art. 2, párr.1).

(41) COMITÉ DE DESC, *Observación General 4, El derecho a la vivienda adecuada*, 13/12/1991, (art. 11.1, párr. 8 b).

(42) COMITÉ DE DESC, *Observación General 5, Personas con Discapacidad*, 9/12/1994, párr. 33.

(43) COMITÉ DE DESC, *Observación General 6, Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores*, 08/12/1995, párr. 5 y 32.

(44) COMITÉ DE DESC, *Observación General 8, La relación entre las sanciones económicas y el respeto de los derechos económicos, sociales y culturales*, 12/12/1997, párr. 3.

OG 13, El derecho a la educación:

Refiriéndose a la disponibilidad de los servicios educativos, el Comité consideró que debe haber instituciones en cantidad suficiente en el estado Parte y, para que funcionen, normalmente necesitarán instalaciones sanitarias para ambos sexos y agua potable.<sup>(45)</sup>

OG 14, Derecho a la salud:

El Comité señaló que “interpreta el derecho a la salud, definido en el apartado 1 del artículo 12, como un derecho inclusivo que no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada sino también los principales factores determinantes de la salud, como el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas”. Asimismo, el Estado debe garantizar la disponibilidad, la accesibilidad y la calidad del agua y de las condiciones sanitarias de los establecimientos de salud; para garantizar el derecho a la higiene del trabajo y el medio ambiente, el Estado debe velar por el suministro adecuado de agua limpia potable y la creación de condiciones sanitarias básicas; debe evitar la contaminación del agua, sea por actores estatales o no estatales; debe garantizar el acceso igual de todos los factores determinantes de la salud, entre otros, agua potable y servicios básicos de saneamiento; debe establecer planes nacionales para reducir y suprimir la contaminación del agua; al distribuir y administrar recursos como el agua limpia potable, tanto el Estado como las organizaciones internacionales deben otorgar prioridad a los grupos más vulnerables o marginados de la población; entre las obligaciones básicas que el estado debe satisfacer, se encuentra la de garantizar el acceso a un hogar, una vivienda y unas condiciones sanitarias básicas, así como a un suministro adecuado de agua limpia potable.<sup>(46)</sup>

OG 15, Derecho al agua:

Una consideración aparte y más detallada merece la Observación General 15 por cuanto en ella el Comité abordó con profundidad los alcances del derecho humano al agua. Si bien es

---

(45) COMITÉ DE DESC, *Observación General 13, El Derecho a la Educación del Pacto*, 08/12/1999, (art.13, párr. 6a).

(46) COMITÉ DE DESC, *Observación general 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*, 11/08/2000, (art.12).

conveniente una lectura íntegra de la misma, aquí me permito poner de resalto las siguientes definiciones del Comité:

1. Bien público: “El agua es un recurso natural limitado y un bien público fundamental para la vida y la salud. El derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente y es condición previa para la realización de otros derechos humanos” (párr. 1).
2. Definición del derecho humano al agua: “el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico” (párr. 2).
3. Fundamento jurídico del derecho humano al agua: la fuente normativa de este derecho es el artículo 11.1 del Pacto —el derecho a un nivel de vida adecuado— ya que si bien no menciona explícitamente al agua como uno de sus componentes, la expresión “incluso” lleva a interpretar que la enunciación del artículo no es taxativa (párr. 3).
4. Relación con otros derechos humanos: el derecho al agua está indisolublemente ligado a los derechos a la vida, a la salud, a la alimentación y a la dignidad humana (párr. 3).
5. Fuentes explícitas del derecho: la Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y la Convención sobre los Derechos del Niño contienen referencias explícitas al derecho al agua (párr. 4).
6. Libertades y derechos: “el derecho al agua entraña tanto libertades como derechos. Las libertades son el derecho a mantener el acceso a un suministro de agua necesario para ejercer el derecho al agua y el derecho a no ser objeto de injerencias, como por ejemplo, a no sufrir cortes arbitrarios del suministro o a la no contaminación de los recursos hídricos. En cambio, los derechos comprenden el derecho a un sistema de abastecimiento y gestión del agua que ofrezca a la población iguales oportunidades de disfrutar del derecho al agua” (párr. 10).
7. Bien social y cultural: “El agua debe tratarse como un bien social y cultural, y no fundamentalmente como un bien económico” (párr. 11).
8. Sustentabilidad: El modo en que se ejerza el derecho al agua también debe ser sostenible, de manera que este derecho pueda ser ejercido por las generaciones actuales y futuras (párr. 11).
9. Adecuación: Para que el ejercicio del derecho al agua sea adecuado, debe garantizarse su **disponibilidad** (abastecimiento continuo y suficiente para los usos personales y domésticos), su **calidad** (el agua debe ser salubre, estar libre de micro-organismos o sustancias químicas o radiactivas y debe tener un color, sabor y olor

aceptables), su **accesibilidad física** (debe poderse acceder a un suministro de agua suficiente, salubre y aceptable en cada hogar, institución educativa o lugar de trabajo o en sus cercanías inmediatas), su **accesibilidad económica** (los costos y cargos directos e indirectos asociados con el abastecimiento de agua deben ser asequibles y no deben comprometer ni poner en peligro el ejercicio de otros derechos reconocidos en el Pacto), la **no discriminación por ningún motivo y el acceso a la información** (el derecho de solicitar, recibir y difundir información sobre las cuestiones del agua; párr. 12).

10. Igualdad y no discriminación: los estados deben eliminar la discriminación *de iure* o *de facto* y adoptar medidas para satisfacer el derecho al agua de los grupos en situación de vulnerabilidad (párrs. 13/16).
- II. Obligaciones inmediatas con relación al derecho al agua: si bien el derecho al agua debe realizarse progresivamente, los estados deben adoptar medidas de inmediato, no deben discriminar y existe “una fuerte presunción que las medidas regresivas con relación al agua están prohibidas por el Pacto” (párrs. 17/19).
12. Obligaciones nacionales del Estado: el estado está obligado a respetar (no violar), proteger y cumplir (facilitar, promover y garantizar) el derecho al agua (párrs. 20/29).
13. Obligaciones internacionales del Estado: el estado no debe violar el derecho al agua en otros países y “debe abstenerse en todo momento de imponer embargos o medidas semejantes que impidan el suministro de agua, así como de los bienes y servicios esenciales para garantizar el derecho al agua. El agua no debe utilizarse jamás como instrumento de presión política y económica” (párrs. 30/32).
14. Organizaciones internacionales: “los Estados Partes que son miembros de instituciones financieras internacionales tales como el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y los bancos regionales de desarrollo, deben adoptar medidas para velar por que en sus políticas de préstamo, acuerdos de crédito y otras medidas internacionales se tenga en cuenta el derecho al agua potable” (párr. 36).
15. Violaciones: el Comité detalló distintas conductas que pueden configurar violaciones al derecho al agua, por comisión u omisión (párrs. 39/44).
16. Aplicación en el plano nacional: el estado debe adoptar legislación, estrategias y políticas, establecer indicadores y niveles de referencia, recursos y rendición de cuentas para realizar el derecho al agua en su jurisdicción (párrs. 45/59).

17. Obligaciones de los agentes que no son Estados Partes: las agencias especializadas de Naciones Unidas deben cooperar eficazmente para realizar el derecho al agua en el plano nacional y las instituciones financieras internacionales, "especialmente el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, deberán tener en cuenta el derecho al agua en sus políticas de préstamo, acuerdos crediticios, programas de ajuste estructural y otros proyectos de desarrollo" (párr. 60).<sup>(47)</sup>

OG 16, Igualdad de derechos de hombres y mujeres:

El Comité puso de resalto que la mujer debe tener derecho de propiedad, usufructo u otra forma de intervención sobre la vivienda, la tierra y los bienes en plena igualdad con el hombre y acceder a los recursos necesarios a tal efecto. Se incluye aquí en particular el análisis de las formas en que las funciones asignadas a ambos géneros afectan al acceso a condiciones de base de la salud, como el agua y la alimentación.<sup>(48)</sup>

OG 18, Trabajo:

El Comité señaló que el derecho al trabajo es esencial para la realización de otros derechos humanos y constituye una parte inseparable e inherente de la dignidad humana. Toda persona tiene el derecho a trabajar para poder vivir con dignidad.<sup>(49)</sup>

OG 19, Derecho a la seguridad social:

El Comité puso de manifiesto su preocupación porque el 80% de la población mundial carece actualmente de acceso a un sistema de seguridad social estructurado. De este 80%, el 20% vive en situación de pobreza extrema. Es una obligación básica del estado asegurar el acceso a un sistema de seguridad social que ofrezca a todas las personas y familias un nivel mínimo indispensable de prestaciones que les permita obtener al menos la atención de salud esencial, alojamiento y vivienda básicos, agua y saneamiento, alimentos y las formas más elementales de educación.<sup>(50)</sup>

(47) Comité de DESC, *Observación general 15, El derecho al agua*, 20/01/2003, (arts. 11 y 12).

(48) COMITÉ DE DESC, *Observación general 16, La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales*, 11/08/2005, (art. 3).

(49) COMITÉ DE DESC, *Observación General 18, El Derecho al Trabajo*, 06/02/2006, (art. 6).

(50) COMITÉ DE DESC, *Observación General 19, El Derecho a la Seguridad Social*, 04/02/2008, (art. 9).

**OG 20, Igualdad y no discriminación:**

El Comité interpretó que no se debe impedir el acceso a los derechos amparados en el Pacto por razones de nacionalidad. Los derechos reconocidos en el Pacto son aplicables a todos, incluidos los no nacionales, como los refugiados, los solicitantes de asilo, los apátridas, los trabajadores migratorios y las víctimas de la trata internacional, independientemente de su condición jurídica y de la documentación que posean. Nadie debe ser discriminado en razón de su pertenencia a un grupo, raza y color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, discapacidad, edad, nacionalidad, estado civil y situación familiar, orientación sexual e identidad de género, estado de salud, lugar de residencia o situación económica y social. Además, señaló que los Estados partes deben, por tanto, adoptar de forma inmediata las medidas necesarias para prevenir, reducir y eliminar las condiciones y actitudes que generan o perpetúan la discriminación sustantiva o *de facto*. Por ejemplo, asegurar que todas las personas tengan igual acceso a una vivienda adecuada y a agua y saneamiento ayudará a superar la discriminación de que son objeto las mujeres, las niñas y las personas que viven en asentamientos informales y zonas rurales. Por último, recordó que "algunos de los derechos recogidos en el Pacto, como el acceso a servicios de abastecimiento de agua o la protección contra el desahucio, no deben depender de la situación en que se encuentre una persona en cuanto a la tenencia de la tierra, como el hecho de vivir en un asentamiento informal".<sup>(51)</sup>

**OG 21, Derecho de toda persona a participar en la vida cultural:**

El Comité señaló que "Toda persona tiene derecho (...) a seguir un estilo de vida asociado al uso de bienes culturales y de recursos como la tierra, el agua, la biodiversidad, el lenguaje o instituciones específicas, y a beneficiarse del patrimonio cultural y de las creaciones de otros individuos y comunidades". Además, recalcó "la necesidad de tener en cuenta, en toda la medida de lo posible, los valores culturales asociados, entre otras cosas, con los alimentos y su consumo, la utilización del agua, la forma

---

(51) COMITÉ DE DESC, *Observación General 20, La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales*, 02/07/2009, art. 2, párrs. 8 y 25, E/C.12/GC/20.

en que se prestan los servicios de salud y educación, y la forma en que se diseña y construye la vivienda”.<sup>(52)</sup>

#### 3.1.4.2.2. Declaración del Comité sobre el Derecho al Saneamiento

El Comité declaró que “Dado que el saneamiento es esencial para la supervivencia humana y para que los seres humanos puedan llevar una vida digna, el Comité reafirma que el derecho al saneamiento es un componente esencial del derecho a un nivel de vida adecuado, consagrado en el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El derecho al saneamiento también está integralmente relacionado, entre otros derechos enunciados en el Pacto, con el derecho a la salud establecido en el art. 12, párrs. 1 y 2 a), b) y c), el derecho a la vivienda (art. 11) y el derecho al agua, que el Comité reconoció en su Observación general 15 de 2002. De acuerdo con la definición de saneamiento propuesta por la Experta independiente sobre el acceso al agua potable y el saneamiento, según la cual se trata de “un sistema para la recogida, el transporte, el tratamiento y la eliminación o reutilización de excrementos humanos y la correspondiente promoción de la higiene”, los Estados deben garantizar que todos, sin discriminación alguna, tengan acceso, desde el punto de vista físico y económico, al saneamiento, “en todas las esferas de la vida, que sea inocuo, higiénico, seguro, aceptable desde el punto de vista social y cultural, proporcione intimidad y garantice la dignidad”. El Comité considera que el derecho al saneamiento exige su pleno reconocimiento por los Estados partes de conformidad con los principios de derechos humanos relativos a la no discriminación, la igualdad de género, la participación y la rendición de cuentas.”<sup>(53)</sup>

#### 3.1.4.2.3. Conclusiones y recomendaciones del Comité

En sus Conclusiones y Recomendaciones al informe presentado por Azerbaiyán, el Comité expresó su “alarma por el prolongado declive en las condiciones de vida, evidenciado por el crecimiento de la pobreza y del gran porcentaje de la población que no tiene acceso a agua potable” y le recomendó que aborde, con suma urgencia, las necesidades básicas de la población, incluyendo el acceso al agua potable.”<sup>(54)</sup>

(52) COMITÉ DE DESC, *Observación General 21, Derecho de toda persona a participar de la vida cultural*, 17/05/2010, párrs. 15 b) y 16 d).

(53) COMITÉ DE DESC, *Declaración sobre el Derecho al Saneamiento*, 22/12/1997, párrs. 23 y 37.

(54) COMITÉ DE DESC *Conclusiones y Recomendaciones, Azerbaiyán*, 18/03/2011, párrs. 7 y 8.

En el mismo sentido, le expresó al Estado Plurinacional de Bolivia que “está consternado por el grado de pobreza que hay en Bolivia. Según las cifras presentadas por el PNUD, el 88,8% de todas las unidades familiares de Bolivia tiene ingresos inferiores al umbral de pobreza. Además, el 90% de esas unidades familiares vive en zonas rurales. Esta situación se refleja en indicadores como la mortalidad infantil, la esperanza de vida, la alfabetización y el acceso al saneamiento y al agua potable. A este respecto, el Comité deplora la distribución extremadamente desigual de la riqueza en Bolivia”.<sup>(55)</sup>

Ante el informe presentado por Camerún, por su parte, el Comité expresó que “lamenta la falta de acceso al agua potable de grandes sectores de la sociedad, especialmente en las zonas rurales, donde sólo el 27% de la población tiene acceso a agua segura (a una distancia razonable), mientras el 47% de la población urbana goza de ese acceso”.<sup>(56)</sup>

Respecto del informe presentado por Canadá, el Comité expresó que “otra preocupación es la falta de provisión de agua segura y potable a las comunidades aborígenes que viven en reservas”.<sup>(57)</sup>

Finalmente, el Comité felicitó a la Región Administrativa Autónoma de Hong Kong por sus esfuerzos para brindar vivienda adecuada a los residentes de Hong Kong, destacando que las estructuras construidas antes de 1982 fueron provistas de agua potable y saneamiento, en miras a mejorar la calidad de vida de los residentes.<sup>(58)</sup>

### 3.1.4.3. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial<sup>(59)</sup>

El artículo 5 de la Convención establece que:

“...los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho

(55) COMITÉ DE DESC, Conclusiones y Recomendaciones, *Bolivia*, 21/05/2001, párr. 13.

(56) COMITÉ DE DESC, Conclusiones y Recomendaciones, *Camerún*, 02/12/1999, párr. 22.

(57) COMITÉ DE DESC, Conclusiones y Recomendaciones, *Canadá*, 10/12/1998, párr. 17.

(58) COMITÉ DE DESC, Conclusiones y Recomendaciones, *Hong Kong (China)*, 21/05/2001, párr. 6 c).

(59) La Convención fue adoptada por la Asamblea General el día 07/03/1966 y entró en vigencia el 04/01/1969. 174 Estados son Partes de la Convención. El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial supervisa la aplicación del Pacto mediante el mecanismo de informes periódicos, procedimiento de alerta temprana, el examen de las denuncias entre los Estados y el examen de las denuncias de particulares.

de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos (...) económicos, sociales y culturales”.

#### 3.1.4.3.1. Conclusiones y Recomendaciones del Comité

El Comité le expresó a Etiopía que se “encuentra alarmado por los graves y bien documentados incidentes de discriminación racial y le preocupa que los conflictos inter-étnicos puedan escalar en un futuro cercano, animados por tensiones políticas y violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales y exacerbados por la competencia por los recursos naturales, la alimentación, el acceso a agua limpia y tierras agrícolas y, en consecuencia, poniendo a muchos grupos étnicos en riesgo en el estado parte”. Asimismo, expresó su preocupación por los amplios sectores de la población que viven en la pobreza extrema, sin acceso a la alimentación y al agua, en particular grupos étnicos minoritarios que viven en zonas remotas.<sup>(60)</sup>

Asimismo, expresó su preocupación a República Dominicana por “informes sobre las condiciones de vida de los migrantes de origen haitiano y sus hijos en lo que respecta al acceso a los servicios de salud, vivienda, saneamiento, agua potable y educación, incluyendo estudios universitarios” y le recomendó que adopte medidas para garantizar un nivel de vida adecuado a los no-ciudadanos de origen haitiano.<sup>(61)</sup>

#### 3.1.4.3.2. Comunicaciones del Comité contra la Discriminación Racial

En la localidad de Dobšiná, República de Eslovaquia, el Consejo Municipal aprobó un plan para desarrollar 1800 viviendas para los gitanos que vivían “en casas de cartón y sin servicios de agua y saneamiento”. Ante ello, 2700 habitantes de dicha localidad y de las aldeas circundantes suscribieron un petitorio para que se cancele dicho proyecto ya que podría “alentar la radicación de individuos inadaptables en la zona”. El Consejo Municipal, en base a dicho petitorio, canceló el proyecto. El Comité encontró al estado de Eslovaquia responsable de violaciones a la Convención contra la Discriminación Racial por este hecho.<sup>(62)</sup>

(60) COMITÉ CONTRA LA DISCRIMINACIÓN RACIAL, Conclusiones y Recomendaciones, *Etiopía*, 20/06/2007, párrs. 12 y 26.

(61) COMITÉ CONTRA LA DISCRIMINACIÓN RACIAL, Conclusiones y Recomendaciones, *República Dominicana*, 16/05/2008, párr. 18.

(62) COMITÉ CONTRA LA DISCRIMINACIÓN RACIAL, *L. R. et al. v. Eslovaquia*, Comunicación 31/2003, U.N. Doc. CERD/C/66/D/31/2003 (2005), 10/03/2005.

#### **3.1.4.4. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer<sup>(63)</sup>**

A diferencia de los instrumentos internacionales de derechos humanos mencionados hasta aquí, esta Convención consagra explícitamente los derechos humanos al agua y el saneamiento.

Su artículo 14.2, en efecto, señala que:

“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales a fin de asegurar en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, su participación en el desarrollo rural y en sus beneficios, y en particular le asegurarán el derecho a:

(...)

h) Gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, el transporte y las comunicaciones”.

##### **3.1.4.4.1. Recomendaciones generales del Comité**

1) La salud de la mujer y el acceso al agua potable y los servicios sanitarios: el Comité recordó que la Convención obliga a los Estados Partes a adoptar todas las medidas apropiadas para garantizar condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, el transporte y las comunicaciones, sectores todos ellos primordiales para prevenir las enfermedades y fomentar una buena atención médica.<sup>(64)</sup>

#### **3.1.4.5 Convención sobre los Derechos del Niño<sup>(65)</sup>**

El artículo 24 de la Convención también reconoce de modo explícito el derecho humano al agua, al establecer que:

---

(63) La CEDAW fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18/12/1979 y entró en vigencia el 03/09/1981. 186 estados son Parte de la Convención. El Comité para la Eliminación de la discriminación contra la mujer supervisa la aplicación del pacto mediante el mecanismo de informes.

(64) COMITÉ CEDAW, *Recomendación general 24, La mujer y la salud*, 1999, art.12, párr. 28.

(65) La Convención sobre los Derechos del Niño fue adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1989 y entró en vigencia el 2 de septiembre de 1990. 193 Estados son Partes de la Convención. El Comité de los Derechos del Niño supervisa la aplicación del Pacto mediante el mecanismo de informes.

"1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.

2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para:

(...)

c) Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente".

#### 3.1.4.5.1. Observaciones Generales (OG) del Comité

OG 4, Salud adolescente y desarrollo en el contexto de la Convención. El Comité expresó que:

"Considerando la importancia de la educación apropiada para la actual y futura salud y desarrollo adolescente, el Comité recomienda a los Estados que (...) provean establecimientos educativos y recreativos que no signifiquen un riesgo para la salud de los niños, incluyendo agua, saneamiento y caminos seguros hacia la escuela".<sup>(66)</sup>

OG 7, La realización de los derechos del niño en la primera infancia. El Comité indicó que:

"los Estados Partes tienen la responsabilidad de garantizar el acceso a agua potable salubre, a saneamiento e inmunización adecuados, a una buena nutrición y a servicios médicos, que son esenciales para la salud del niño pequeño".<sup>(67)</sup>

(66) COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observación General 4, La salud adolescente y el desarrollo en el contexto de la Convención*, 06/06/2003, párr. 17.

(67) COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observación General 7, Realización de los derechos del niño en la primera infancia*, 20/09/2006.

#### 3.1.4.5.2. Observaciones finales a los informes de los Estados

En sus observaciones finales al informe presentado por Uganda, el Comité celebró la "prioridad dada por el Estado a la salud, en especial la salud de los niños, incluyendo los esfuerzos para reducir la mortalidad infantil, facilitar la lactancia materna, apoyar programas de nutrición, combatir el HIV/SIDA, eliminar la mutilación genital femenina e incrementar el acceso al agua potable". Al mismo tiempo, expresó su preocupación por el hecho de que, a pesar de la existencia de distintos programas de vacunación, las tasas de mortalidad infantil siguen siendo muy altas por, entre otras causas, un suministro pobre de agua, la falta de higiene y saneamiento y la malnutrición endémica".<sup>(68)</sup>

Respecto del informe presentado por Sudáfrica, el Comité se mostró preocupado por las altas tasas de mortalidad infantil y mortalidad materna, el alto nivel de malnutrición, la deficiencia de vitamina A y el bajo peso, la pobre situación del saneamiento y la falta de acceso a agua potable, especialmente en las zonas rurales".<sup>(69)</sup>

Análogas consideraciones efectuó respecto de Gambia, al señalar su preocupación, entre otras cuestiones, por "la falta de saneamiento y de acceso al agua potable, especialmente en las zonas rurales".<sup>(70)</sup>

#### 3.1.4.6. Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad<sup>(71)</sup>

La Convención también consagra el derecho al agua. El artículo 25 f) establece que:

"Los estados impedirán que se nieguen, de manera discriminatoria, servicios de salud o de atención de la salud o alimentos sólidos o líquidos por motivos de discapacidad".

El artículo 28, por su parte, dispone que:

"2. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la protección social y a gozar de ese derecho

---

(68) COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Observaciones Finales, *Uganda*, 30/09/1997, párrs. 5 y 17.

(69) COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Observaciones Finales, *Sudáfrica*, 28/01/2000, párr. 29.

(70) COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Observaciones Finales, *Gambia*, 12/12/2001, párr. 42.

(71) La Convención fue adoptada por la Asamblea General el 13/12/2006 y entró en vigor el 03/05/2008. 99 Estados son Partes de la Convención. El Comité de los derechos de las personas con discapacidad supervisa la aplicación del Pacto mediante el mecanismo de informes y, si el Estado es Parte del Protocolo, a través del examen de las denuncias formuladas por particulares.

sin discriminación por motivos de discapacidad, y adoptarán las medidas pertinentes para proteger y promover el ejercicio de ese derecho, entre ellas:

- a) Asegurar el acceso en condiciones de igualdad de las personas con discapacidad a servicios de agua potable y su acceso a servicios, dispositivos y asistencia de otra índole adecuados a precios asequibles para atender las necesidades relacionadas con su discapacidad”.

### 3.1.4.7. Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes<sup>(72)</sup>

El artículo 16.1 de la Convención establece que:

“Todo Estado Parte se comprometerá a prohibir en cualquier territorio bajo su jurisdicción otros actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser tortura tal como se define en el artículo 1, cuando esos actos sean cometidos por un funcionario público u otra persona que actúe en el ejercicio de funciones oficiales, o por instigación o con el consentimiento o la aquiescencia de tal funcionario o persona”.

En uno de sus informes, el Comité contra la Tortura consideró que “la superpoblación carcelaria lleva a problemas de higiene. Estos se ven agravados en muchos casos por la falta de agua corriente”. Asimismo, indicó que “las condiciones de detención deplorables de las cárceles de Challapalca y Yanamayo, en el sur de Perú y la falta de agua potable, constituyen trato cruel, inhumano y degradante”.<sup>(73)</sup>

En sus conclusiones y recomendaciones a un informe presentado por Argentina, el Comité consideró que “el hacinamiento y las malas condiciones materiales que prevalecen en los establecimientos penitenciarios, en particular la falta de higiene, de alimentación adecuada y de cuida-

(72) La Convención fue aprobada por la Asamblea General el 10/12/1984 y entró en vigor el 26/06/1987. 147 Estados son Partes de la Convención. El Comité contra la Tortura supervisa la aplicación del Pacto mediante el mecanismo de informes, denuncias de particulares, investigaciones y denuncias entre estados. El Protocolo Facultativo crea un subcomité para llevar a cabo visitas a los centros de detención.

(73) COMITÉ CONTRA LA TORTURA, *Informe Anual del período de sesiones del 30 de abril al 18 de mayo de 2001*, párrs. 181 y 183.

dos médicos apropiados, podrían constituir tratos crueles, inhumanos y degradantes".<sup>(74)</sup>

#### 3.1.4.8. Convención sobre el Estatuto de los Refugiados<sup>(75)</sup>

"17.1. En cuanto al derecho a empleo remunerado, todo Estado Contratante concederá a los refugiados que se encuentren legalmente en el territorio de tales Estados el trato más favorable concedido en las mismas circunstancias a los nacionales de países extranjeros.

18. Todo Estado Contratante concederá a los refugiados que se encuentren legalmente en el territorio de tal Estado el trato más favorable posible y en ningún caso menos favorable que el concedido en las mismas circunstancias generalmente a los extranjeros, en lo que respecta al derecho de realizar trabajos por cuenta propia.

19.1. Todo Estado Contratante concederá a los refugiados que se encuentren legalmente en su territorio, que posean diplomas reconocidos por las autoridades competentes de tal Estado y que desean ejercer una profesión liberal, el trato más favorable posible y en ningún caso menos favorable que el generalmente concedido en las mismas circunstancias a los extranjeros.

20. Cuando la población en su conjunto esté sometida a un sistema de racionamiento que reglamente la distribución general de productos que escaseen, los refugiados recibirán el mismo trato que los nacionales.

(...)

23. Los Estados Contratantes concederán a los refugiados que se encuentren legalmente en el territorio de tales Estados el mismo trato que a sus nacionales en lo que respecta a asistencia y a socorro públicos.

---

(74) COMITÉ CONTRA LA TORTURA, Conclusiones y Recomendaciones, *Argentina*, 10/12/2004.

(75) La Convención fue adoptada el 28/07/1951 y entró en vigor el 22/04/1954. 144 Estados son Partes de la Convención.

24. Los Estados Contratantes concederán a los refugiados que se encuentren legalmente en el territorio de tales Estados el mismo trato que a los nacionales en lo concerniente a las materias siguientes: Remuneración y Seguros sociales”.

#### 3.1.4.9. La Convención sobre el Estatuto de los Apátridas<sup>(76)</sup>

La Convención tiene las mismas disposiciones antes transcritas con relación a los refugiados.

#### 3.1.4.10. Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares<sup>(77)</sup>

“25.1. Los trabajadores migratorios gozarán de un trato que no sea menos favorable que el que reciben los nacionales del Estado de empleo en lo tocante a remuneración y de:

a) Otras condiciones de trabajo, es decir, horas extraordinarias, horario de trabajo, descanso semanal, vacaciones pagadas, seguridad, salud, fin de la relación de empleo y cualesquiera otras condiciones de trabajo que, conforme a la legislación y la práctica nacionales, estén comprendidas en este término;

b) Otras condiciones de empleo, es decir, edad mínima de empleo, restricción del trabajo a domicilio y cualesquiera otros asuntos que, conforme a la legislación y la práctica nacionales, se consideren condiciones de empleo.

(...)

27.1. Los trabajadores migratorios y sus familiares gozarán en el Estado de empleo, con respecto a la seguridad social, del mismo trato que los nacionales en la medida en que cumplan los requisitos previstos en la legislación aplicable de ese Estado o en los tratados bilaterales y multilaterales aplicables”.

(76) La Convención fue adoptada el 28/09/1954 y entró en vigor el 06/06/1960. 65 Estados son Partes de la Convención.

(77) Adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158 del 18/12/1990, entró en vigor el 01/07/2003. 44 Estados son Partes de la Convención. El Comité de Protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus Familiares supervisa el cumplimiento de la Convención mediante el sistema de informes y del análisis de denuncias de particulares en algunos supuestos.

### 3.1.4.11. Otros instrumentos no vinculantes en el ámbito universal

1) Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 54/175 sobre el Derecho al Desarrollo.<sup>(78)</sup> La Asamblea General reafirma que:

“12. a) Los derechos a la alimentación y al agua son derechos humanos fundamentales y su promoción constituye un imperativo moral para los gobiernos y organizaciones internacionales”.

2) Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 64/292 sobre el Derecho Humano al Agua y al Saneamiento.<sup>(79)</sup> La Asamblea General,

“1. Reconoce que el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos”.

3) Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas<sup>(80)</sup>

“Artículo 25. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado y a asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumben para con las generaciones venideras”.

4) Principios Rectores de los Desplazamientos Internos<sup>(81)</sup>

“Principio 18.1. Los desplazados internos tienen derecho a un nivel de vida adecuado.

(...)

2. Cualesquiera que sean las circunstancias, las autoridades competentes proporcionarán a los desplazados internos, como mínimo, los siguientes suministros o se asegurarán de que disfruten de libre acceso a los mismos: (...) Alimentos esenciales y agua potable”.

---

(78) ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Res. 54/175, El Derecho al Desarrollo*, A/RES/54/175, 15/02/2000, párr. 12 a).

(79) ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Res. 64/292, El Derecho Humano al Agua y al Saneamiento*, A/RES/64/292, 03/08/2010.

(80) Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13/09/2007, A/RES/61/295.

(81) Adoptados el 11/02/1998.

5) Principios de las Naciones Unidas en favor de las Personas de Edad<sup>(82)</sup>

Las personas de edad deberán tener acceso a alimentación, agua, vivienda, vestimenta y atención de salud adecuados, mediante ingresos, apoyo de sus familias y de la comunidad y su propia autosuficiencia.

6) Declaración y Programa de Acción de Viena<sup>(83)</sup>

“La Conferencia Mundial de Derechos Humanos [...] pide a los Estados que integren la Convención sobre los Derechos del Niño en sus planes nacionales de acción. En esos planes nacionales de acción y en los esfuerzos internacionales debe concederse particular prioridad a la reducción de los índices de mortalidad infantil y mortalidad derivada de la maternidad, a reducir la malnutrición y los índices de analfabetismo y a garantizar el acceso al agua potable y a la enseñanza básica”.

7) Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos<sup>(84)</sup>

“15. Se exigirá de los reclusos aseo personal y a tal efecto dispondrán de agua y de los artículos de aseo indispensables para su salud y limpieza.

(...)

20. 2) Todo recluso deberá tener la posibilidad de proveerse de agua potable cuando la necesite”.

8) Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de la libertad<sup>(85)</sup>

“34. Las instalaciones sanitarias deberán ser de un nivel adecuado y estar situadas de modo que el menor pueda satisfacer sus necesidades físicas en la intimidad y en forma aseada y decente.

37. Todos los centros de detención deben garantizar que todo menor disponga de una alimentación adecuadamente preparada y

(82) Aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas, resol. 46/91 del 16/12/1991.

(83) Aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25/06/1993, A/CONF.157/23, párr. 47.

(84) Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (Ginebra, 1955), y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 66 3C (XXIV) del 31/07/1957 y 2076 (LXII) de 13/05/1977.

(85) Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, del 14/12/1990.

servida a las horas acostumbradas, en calidad y cantidad que satisfagan las normas de la dietética, la higiene y la salud y, en la medida de lo posible, las exigencias religiosas y culturales. Todo menor deberá disponer en todo momento de agua limpia y potable”.

9) Declaración de Desarrollo del Milenio<sup>(86)</sup>

“19. Decidimos, asimismo:

Reducir a la mitad, para el año 2015, el porcentaje de habitantes del planeta cuyos ingresos sean inferiores a un dólar por día y el de las personas que padezcan hambre; igualmente, para esa misma fecha, reducir a la mitad el porcentaje de personas que carezcan de acceso a agua potable o que no puedan costearlo”.

10) Declaración del Foro del Agua de Mar del Plata de 1977.<sup>(87)</sup> Todos los pueblos, cualquiera que sea su etapa de desarrollo,

“tienen derecho a disponer de agua potable en cantidad y calidad suficiente para sus necesidades básicas”

11) Las Directrices voluntarias en apoyo de la realización progresiva del derecho a una alimentación adecuada en el contexto de la seguridad alimentaria de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO)<sup>(88)</sup>

“3.6. En sus estrategias de reducción de la pobreza, los Estados también deberían conceder prioridad a la prestación de servicios básicos a los más pobres y a la inversión en los recursos humanos, garantizando el acceso universal a la enseñanza primaria, la atención sanitaria básica, la creación de capacidad en relación con las buenas prácticas, el agua potable, un saneamiento adecuado y la justicia, y apoyando programas de alfabetización, de enseñanza de aritmética elemental y sobre buenas prácticas de higiene.

(...)

8.11. Teniendo presente que el acceso al agua en cantidad y de calidad suficientes para todos es fundamental para la vida

---

(86) Aprobada en la Cumbre del Milenio del 6 al 8 de septiembre de 2000 en Nueva York.

(87) Para un análisis de los Foros del Agua, DEL CASTILLO, LILIAN, *Los Foros del Agua: de Mar del Plata a Estambul*, CARI, Documentos de Trabajo, n° 86, Bs. As., 2009.

(88) Aprobadas por el Consejo de la FAO en su 127° período de sesiones, noviembre de 2004.

y la salud, los Estados deberían esforzarse para mejorar el acceso a los recursos hídricos y promover su uso sostenible, así como su distribución eficaz entre los usuarios, concediendo la debida atención a la eficacia y la satisfacción de las necesidades humanas básicas de una manera equitativa y que permita un equilibrio entre la necesidad de proteger o restablecer el funcionamiento de los ecosistemas y las necesidades domésticas, industriales y agrícolas, en particular salvaguardando la calidad del agua potable”.

12) Programa 21<sup>(89)</sup>

“todos los pueblos, cualquiera que sea su estado de desarrollo y sus condiciones económicas y sociales, tienen derecho al agua potable en cantidad y calidad suficientes para sus necesidades básicas” (cap. 18, párr. 47).

13) Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo<sup>(90)</sup>

“toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido, vivienda, agua y saneamiento adecuados” (Principio 2.)

14) Plan Global de Acción de la Agenda Hábitat<sup>(91)</sup>

“Todas las personas tienen derecho a un nivel de vida adecuado para sí mismas y sus familias, lo que incluye alimento, vestido, vivienda, agua y saneamiento adecuados, y a la mejora constante de las condiciones de vida” (Preámbulo, art. 11).

15) Declaración de Dublín sobre Agua y Desarrollo Sustentable<sup>(92)</sup>

“es esencial reconocer ante todo el derecho fundamental de todo ser humano a tener acceso a un agua pura y al saneamiento por un precio asequible” (Principio 4).

(89) Programa de acción adoptado en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, Río de Janeiro, Brasil, 1992.

(90) Adoptado en Cairo, Egipto, en 1994.

(91) Adoptado en Estambul, Turquía, en 1996.

(92) Adoptada en la Conferencia Internacional sobre el Agua y el Medio Ambiente, Dublín, Irlanda, 31/01/1992.

## 16) Resoluciones y decisiones del Consejo de de Derechos Humanos de las Naciones Unidas

“Decide pedir al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos la realización de un estudio detallado sobre el alcance y el contenido de las obligaciones pertinentes en materia de derechos humanos relacionadas con el acceso equitativo al agua potable y el saneamiento que imponen los instrumentos internacionales de derechos humanos” (Decisión 2/104).<sup>(93)</sup>

“Decide nombrar, por un período de tres años, a un experto independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el acceso al agua potable y el saneamiento” (Resolución 7/22).<sup>(94)</sup>

“Exhorta a los Estados a que:

a) Creen un entorno propicio para encarar el problema de la falta de saneamiento en todos los niveles” (Resolución 12/8).<sup>(95)</sup>

“Afirma que el derecho humano al agua potable y el saneamiento se deriva del derecho a un nivel de vida adecuado y está indisolublemente asociado al derecho al más alto nivel posible de salud física y mental, así como al derecho a la vida y la dignidad humana;

Reafirma que los Estados tienen la responsabilidad primordial de garantizar la plena realización de todos los derechos humanos y que el hecho de haber delegado en terceros el suministro de agua potable segura y/o servicios de saneamiento no exime al Estado de sus obligaciones en materia de derechos humanos;

Reconoce que los Estados, de conformidad con sus leyes, reglamentos y políticas públicas, pueden optar por hacer participar a

---

(93) CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, Decisión 2/104, *Los Derechos Humanos y el Acceso al Agua*, 27/11/2006.

(94) CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, Resolución 7/22, *Los Derechos Humanos y el Acceso al Agua y el Saneamiento*, 28/03/2008.

(95) CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, Resolución 12/8, *Los Derechos Humanos y el Acceso al Agua y el Saneamiento*, 12/12/2009, A/HRC/RES/12/8.

actores no estatales en el suministro de agua potable segura y servicios de saneamiento y, con independencia del modo de suministro, deben velar por la transparencia, la no discriminación y la rendición de cuentas” (Resolución 15/9).<sup>(96)</sup>

“Decide prorrogar el mandato de la actual titular de mandato como Relatora Especial sobre el derecho humano al agua potable y el saneamiento por un período de tres años” (Resolución 16/2).<sup>(97)</sup>

“Reafirma que los Estados tienen la responsabilidad primordial de garantizar la plena realización de todos los derechos humanos y deben adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que dispongan, para lograr progresivamente la plena realización del derecho humano al agua potable y el saneamiento por todos los medios apropiados, en particular la adopción de medidas legislativas, para dar cumplimiento a sus obligaciones en materia de derechos humanos” (Resolución 18/1).<sup>(98)</sup>

“Exhorta a los Estados a que den prioridad, en la forma apropiada, a la financiación de servicios de agua potable y saneamiento, prestando especial atención a la ampliación de su acceso a los sectores que carecen de ellos o tienen un acceso insuficiente, incluidas medidas dirigidas a identificar a las personas más marginadas, excluidas y desfavorecidas desde el punto de vista del acceso a servicios de agua potable y saneamiento” (Resolución 21/2).<sup>(99)</sup>

“Exhorta a los Estados a que incorporen el principio de la sostenibilidad en las medidas adoptadas para hacer realidad el derecho humano al agua potable y el saneamiento, tanto en

(96) CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, Resolución 15/9, *Los Derechos Humanos y el Acceso al Agua y el Saneamiento*, 06/10/2010, A/HRC/RES/15/9.

(97) CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, Resolución 16/2, *Los Derechos Humanos y el Acceso al Agua y el Saneamiento*, 08/04/2011, A/HRC/RES/16/2.

(98) CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, Resolución 18/1, *Los Derechos Humanos y el Acceso al Agua y el Saneamiento*, 12/10/2011, A/HRC/RES/18/1.

(99) CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, Resolución 21/2, *Los Derechos Humanos y el Acceso al Agua y el Saneamiento*, 09/10/2012, A/HRC/RES/21/2.

tiempos de estabilidad económica como de crisis económica y financiera” (Resolución 24/L.31).<sup>(100)</sup>

17) Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2004/17 sobre Efectos nocivos para el goce de los derechos humanos del traslado y vertimiento ilícitos de productos y desechos tóxicos y peligrosos.<sup>(101)</sup>

Afirmando que el traslado y vertimiento ilícitos de productos y desechos tóxicos y peligrosos constituyen una amenaza grave para los derechos humanos, incluidos los derechos a la vida, el disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental y otros derechos humanos afectados por el traslado y vertimiento ilícitos de productos tóxicos y peligrosos, como los derechos al agua.

18) Directrices para la realización del derecho al agua potable y al saneamiento.

Mediante la Decisión 2004/17 del 09/08/2004, la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos decidió solicitar al Relator Especial, Sr. El Hadji Guissé, que preparase un proyecto de directrices para la realización del derecho al agua potable y al saneamiento. Tal como se desprende del informe del Relator, el objetivo de las Directrices “es contribuir a que las personas que están encargadas de la elaboración de políticas en los gobiernos, los organismos internacionales y la sociedad civil y que trabajan en el sector del agua y el saneamiento hagan realidad el derecho al agua potable y al saneamiento”. Así, el informe contiene las siguientes diez directrices:

1. El derecho humano al agua y al saneamiento.
2. Realización por los Estados del derecho humano al agua y al saneamiento.
3. Evitar las medidas discriminatorias y satisfacer las necesidades de los grupos vulnerables o marginales.
4. Disponibilidad y asignación equitativa del agua.
5. Mejorar el acceso al agua.
6. Precio asequible.
7. Calidad del agua.

---

(100) CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, Resolución 24/L.31, *Los Derechos Humanos y el Acceso al Agua y el Saneamiento*, 23 /09/2013, A/HRC/RES/24/L.31.

(101) COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, Resolución 2004/17, *Efectos nocivos para el goce de los derechos humanos del traslado y vertimiento ilícitos de productos y desechos tóxicos y peligrosos*, CN.4/2004/127, 16/04/2004.

8. Derechos de participación.
9. Recursos y vigilancia.
10. Obligación internacional y deber de solidaridad.<sup>(102)</sup>

### 3.1.4.12. Otros mecanismos de protección en el ámbito universal

#### 3.1.4.12.1. Corte Internacional de Justicia<sup>(103)</sup>

En el año 2004, la Corte Internacional de Justicia emitió una opinión consultiva originada en una consulta formulada por la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre las consecuencias legales de la construcción del muro efectuada por Israel en Cisjordania. En dicha opinión, la Corte consideró que la construcción del muro

“ha generado un aumento de las dificultades que tiene la población afectada para acceder a los servicios de salud, los centros educativos y las fuentes primarias de agua, como han atestiguado también distintas fuentes de información (...) Concretamente en relación con los recursos hídricos, el Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre el derecho a la alimentación observa que, al construir la barrera, Israel también se anexionará efectivamente la mayor parte del sistema acuífero occidental (que proporciona el 51% de los recursos hídricos de la Ribera Occidental)”.

En virtud de ello, la Corte concluyó que la construcción del muro “obstaculiza el ejercicio, por parte de las personas afectadas, del derecho al trabajo, la salud, la educación y un nivel de vida adecuado, proclamados en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño”.<sup>(104)</sup>

#### 3.1.4.12.2. Tribunal del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)

Un Tribunal del CIADI aceptó recibir *amicus curiae* de organizaciones de la sociedad civil en un caso entre una empresa privada de provisión de agua y el Estado Argentino, advirtiendo que las circunstancias del caso

(102) Informe del Relator Especial El Hadji Cisse, *La realización del derecho al agua potable y al saneamiento*, 11/07/2005, E/CN.4/Sub.2/2005/25.

(103) Es el órgano judicial principal de la Organización de las Naciones Unidas según el Capítulo XIV de la Carta de las Naciones Unidas.

(104) CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, Opinión Consultiva sobre las Consecuencias Jurídicas de la Construcción de un Muro en el Territorio Palestino Ocupado, E/CN.4/2004/10/Add.2, 31/10/2003, párr. 51; y 13/07/2004, A/ES-10/273, párrs. 133 y 134.

plantean cuestiones de interés público dado que “esos sistemas proveen servicios públicos a millones de personas y, en consecuencia, pueden dar lugar a una variedad de complejos interrogantes de derecho público y derecho internacional, incluyendo consideraciones de derechos humanos”.<sup>(105)</sup>

Sin perjuicio de ello, como bien concluye un trabajo especializado en la materia, “los tribunales arbitrales que han laudado en la materia (tribunales del CIADI) no han considerado al derecho humano al agua potable ni como derecho humano individualizado ni como precondition para el cumplimiento de los otros derechos humanos, que poseen el reconocimiento *erga omnes* a nivel internacional”.<sup>(106)</sup>

3.1.4.12.3. Experta Independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el acceso al agua potable y al saneamiento y Relatora Especial sobre el derecho humano al agua potable y al saneamiento<sup>(107)</sup>

El mandato de la Experta Independiente se estableció para examinar las cuestiones relacionadas con los derechos humanos al agua y al saneamiento y formular recomendaciones a los gobiernos, las Naciones Unidas y otras partes interesadas. La Sra. Catarina de Albuquerque fue nombrada en septiembre de 2008, y comenzó a ejercer el cargo en noviembre de ese mismo año.

Desde entonces, la Experta Independiente ha elaborado los siguientes **Informes Temáticos e Informes de Misión:**

1) Informe Preliminar:

“se reseñan los hechos que condujeron a la creación del mandato y se toma nota de las reuniones celebradas por la Experta independiente con las diversas partes interesadas para debatir las cuestiones relacionadas con el mandato”.<sup>(108)</sup>

---

(105) CIADI, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, cases ARB/03/19 and ARB/03/17.

(106) ECHAIDE, JAVIER, “El Derecho Humano al Agua Potable y al Saneamiento: su recepción constitucional en la región y su vinculación con la protección de las inversiones extranjeras”, en *Revista Derecho Público*, año 2 n° 2, Bs. As., Ediciones Infojus, 2012, p. 302.

(107) La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos cuenta con una valiosa “Caja de herramientas sobre los derechos humanos al agua y al saneamiento”, [en línea] <http://www.ohchr.org/SP/Issues/ESCR/Pages/Water.aspx>.

(108) Informe de la Experta Independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el acceso al agua potable y al saneamiento, *Informe Preliminar*, 25/02/2009, A/HRC/10/6.

2) Informe de la Misión a Costa Rica.<sup>(109)</sup>

3) Informe sobre las Obligaciones de Derechos Humanos relacionadas con el saneamiento:

“Después de examinar los vínculos inextricables entre el saneamiento y una serie de derechos humanos, la Experta independiente llega a la conclusión de que al analizar el saneamiento en el contexto de los derechos humanos se debe superar la tendencia a vincularlo a otros derechos humanos, pues de este modo no se captaría plenamente la totalidad de las dimensiones del saneamiento (...) Sugiere que la evolución reciente en los planos internacional, regional y nacional muestra una tendencia hacia el reconocimiento de ese derecho, en concreto, considerando el derecho al saneamiento como un componente explícito del derecho a un nivel de vida adecuado (...) Esboza una definición de saneamiento en términos de derechos humanos, y explica las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el saneamiento, así como el contenido de esas obligaciones. El informe termina con conclusiones y recomendaciones”.<sup>(110)</sup>

4) Informe de la Misión a Bangladesh.<sup>(111)</sup>

5) Informe de la Misión a Egipto.<sup>(112)</sup>

6) Nota Preliminar sobre la Misión a Eslovenia.<sup>(113)</sup>

7) Informe sobre la Marcha de los Trabajos de Recopilación de Buenas Prácticas:

(109) Informe de la Experta Independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el acceso al agua potable y al saneamiento, *Misión a Costa Rica*, 23/06/2009, A/HRC/12/24/Add.1.

(110) Informe de la Experta Independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el acceso al agua potable y al saneamiento, *Obligaciones de Derechos Humanos relacionadas con el saneamiento*, 01/07/2009, A/HRC/12/24.

(111) Informe de la Experta Independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el acceso al agua potable y al saneamiento, *Misión a Bangladesh*, 22/07/2010, A/HRC/15/55.

(112) Informe de la Experta Independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el acceso al agua potable y al saneamiento, *Misión a Egipto*, 05/07/2010, A/HRC/15/31/Add.3.

(113) Informe de la Experta Independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el acceso al agua potable y al saneamiento, *Nota Preliminar sobre la Misión a Eslovenia*, 03/09/2010, A/HRC/15/31/Add.2.

“la Experta independiente presenta un marco para evaluar las buenas prácticas desde la perspectiva de los derechos humanos empleando cinco criterios normativos (disponibilidad, calidad y seguridad, aceptabilidad, accesibilidad y asequibilidad) y cinco criterios comunes (no discriminación, participación, responsabilidad, repercusión y sostenibilidad)”.<sup>(114)</sup>

8) Informe sobre las obligaciones de derechos humanos y las responsabilidades aplicables en los casos de servicios no estatales de suministro de agua y saneamiento:

“Comienza con una sinopsis de la función que desempeñan los proveedores no estatales de servicios de suministro de agua y saneamiento en todo el mundo. A continuación reseña las obligaciones de derechos humanos de los Estados y las responsabilidades de los proveedores no estatales de servicios y destaca tres esferas principales en que se pueden encontrar problemas a este respecto: la adopción de decisiones, el funcionamiento de los servicios, y la responsabilidad y el cumplimiento (...) destaca que el marco de los derechos humanos no expresa una preferencia con respecto a los modelos de prestación de servicios, pero insiste en que en todos los casos se garanticen los derechos humanos al agua y el saneamiento. En la sección final del informe figuran conclusiones y recomendaciones”.<sup>(115)</sup>

9) Informe sobre la contribución de los derechos humanos a la realización de los Objetivos de Desarrollo del Milenio, en particular el séptimo Objetivo:

“inicia el informe con un breve resumen de los antecedentes y los rasgos característicos de los Objetivos de Desarrollo del Milenio y analiza su potencial para facilitar la realización progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales. Prosigue examinando la forma en que los derechos humanos pueden

---

(114) Informe de la Experta Independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el acceso al agua potable y al saneamiento, *Informe sobre la Marcha de los Trabajos de Recopilación de Buenas Prácticas*, 01/07/2010, A/HRC/15/31/Add.1.

(115) Informe de la Experta Independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el acceso al agua potable y al saneamiento, *Informe sobre las obligaciones de derechos humanos y las responsabilidades aplicables en los casos de servicios no estatales de suministro de agua y saneamiento*, 29/06/2010, A/HRC/15/31.

resolver algunas deficiencias del marco de los Objetivos de Desarrollo del Milenio en relación con el acceso universal, la cooperación y asistencia internacionales, la formulación de metas e indicadores y su armonización con las normas de derechos humanos, la no discriminación y la prestación de atención específica a los grupos más marginados y desfavorecidos, la participación, la promoción de enfoques intersectoriales y la rendición de cuentas. La última sección del informe contiene conclusiones y recomendaciones”.<sup>(116)</sup>

10) Informe de la Misión a los Estados Unidos de América.<sup>(117)</sup>

11) Informe de la Misión a Japón.<sup>(118)</sup>

12) Informe de la Misión a Eslovenia.<sup>(119)</sup>

13) Informe sobre la Compilación de Buenas Prácticas:

“presenta una serie de buenas prácticas para hacer realidad los derechos al agua y al saneamiento que llevan a cabo diversas partes interesadas, como órganos estatales (a nivel nacional y local), organismos internacionales, proveedores de servicios, organizaciones no gubernamentales (ONG) y la sociedad civil, y se ocupa de muchas formas de hacer efectivos los derechos al agua y al saneamiento, como la legislación, la planificación, la prestación de servicios, la promoción y la creación de la capacidad, el seguimiento y la acción judicial”.<sup>(120)</sup>

(116) Informe de la Experta Independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el acceso al agua potable y al saneamiento, *Informe sobre la contribución de los derechos humanos a la realización de los Objetivos de Desarrollo del Milenio, en particular el séptimo Objetivo*, 06/08/2010, A/65/254.

(117) Informe de la Experta Independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el acceso al agua potable y al saneamiento, *Misión a los Estados Unidos de América*, 06/08/011, A/HRC/18/33/Add.4.

(118) Informe de la Experta Independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el acceso al agua potable y al saneamiento, *Misión a Japón*, 04/07/2011, A/HRC/18/33/Add.3.

(119) Informe de la Experta Independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el acceso al agua potable y al saneamiento, *Misión a Eslovenia*, 04/07/2011, A/HRC/18/33/Add.2.

(120) Informe de la Experta Independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el acceso al agua potable y al saneamiento, *Compilación de Buenas Prácticas*, 29/06/2011, A/HRC/18/33/Add.1.

14) Informe sobre la Planificación Nacional y Local para la Aplicación de los Derechos al Agua y al Saneamiento:

“señala los marcos pertinentes que existen para la planificación y la importancia de integrar los recursos humanos en todo el proceso de planificación, desde la evaluación y el diagnóstico, la fijación de objetivos, y la formulación y aplicación de medidas apropiadas hasta el seguimiento y la evaluación. Luego indica varios factores para lograr una planificación satisfactoria, como la existencia de marcos jurídicos e instituciones sólidos, el acceso a la justicia y una asignación clara de responsabilidades; una financiación suficiente; la participación y la transparencia, y la no discriminación y la igualdad. La última sección del informe contiene las conclusiones y recomendaciones”.<sup>(121)</sup>

15) Informe sobre los Recursos Disponibles para hacer realidad los derechos al agua potable y al saneamiento:

“se ofrece una breve reseña de la situación de los recursos en los sectores. Seguidamente se examinan varias fuentes principales de financiación en esos sectores y se ofrecen propuestas sobre las formas en que podrían acrecentarse y mejorarse mediante la adaptación a los principios de los derechos humanos, y se recapitulan los enormes beneficios de la inversión en los derechos al agua potable y el saneamiento. En la sección III se examina el problema conexo de la eficaz orientación de los recursos. Se exponen ejemplos concretos de las formas en que los interesados pueden aprovechar mejor sus recursos limitados teniendo presentes los principios relativos a los derechos humanos. Por último, en la sección IV se abordan otros problemas de la adecuada financiación, como la fragmentación institucional y la falta de transparencia”.<sup>(122)</sup>

16) Informe de la Misión a Namibia.<sup>(123)</sup>

---

(121) Informe de la Relatora Especial sobre el derecho humano al agua y al saneamiento, *Informe sobre la Planificación Nacional y Local para la Aplicación de los Derechos al Agua y al Saneamiento*, 04/07/2011, A/HRC/18/33.

(122) Informe de la Relatora Especial sobre el derecho humano al agua y al saneamiento, *Informe sobre los Recursos Disponibles para hacer realidad los derechos al agua potable y al saneamiento*, 03/08/2011, A/66/255.

(123) Informe de la Relatora Especial sobre el derecho humano al agua y al saneamiento, *Misión a Namibia*, 28/06/2012, A/HRC/21/42/Add. 3.

17) Informe de la Misión a Uruguay.<sup>(124)</sup>

18) Informe de la Misión a Senegal.<sup>(125)</sup>

19) Informe sobre el Estigma y el Ejercicio de los Derechos Humanos al Agua y al Saneamiento:

“examina en particular los vínculos que existen entre el estigma y el marco de derechos humanos referente al agua y el saneamiento. Sus trabajos la han llevado a concluir que el estigma, como fenómeno cultural y social profundamente arraigado, es la causa fundamental de muchas violaciones de los derechos humanos y conduce a la exclusión y el menoscabo de grupos enteros de población [...] procura determinar las estrategias adecuadas para prevenir y combatir el estigma desde la perspectiva de los derechos humanos, y concluye formulando una serie de recomendaciones”.<sup>(126)</sup>

La Relatora también realizó un estudio sobre “El Cambio Climático y los derechos humanos al agua y al saneamiento”.<sup>(127)</sup> Finalmente, la Relatora publicó un libro intitulado *Derechos hacia el final. Buenas prácticas en la realización de los derechos al agua y al saneamiento*.<sup>(128)</sup>

#### 3.1.4.12.4. Relator Especial sobre el Derecho a la Alimentación

El Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho a la alimentación se ha referido al derecho al agua en sus informes anuales intitulados “El agua y el derecho a la alimentación”<sup>(129)</sup> y “Las empresas transnacionales y el derecho a la alimentación: el control cada vez mayor de las empresas

(124) Informe de la Relatora Especial sobre el derecho humano al agua y al saneamiento, *Misión a Uruguay*, 02/07/2012, A/HRC/21/42/Add. 2.

(125) Informe de la Relatora Especial sobre el derecho humano al agua y al saneamiento, *Misión a Senegal*, 16/08/2012, A/HRC/21/42/Add. 1.

(126) Informe de la Relatora Especial sobre el derecho humano al agua y al saneamiento, *El Estigma y el Ejercicio de los Derechos Humanos al Agua y al Saneamiento*, 02/07/2012, A/HRC/21/42.

(127) Relatora Especial sobre el derecho humano al agua y al saneamiento, *Climate Change and the Human Rights to Water and Sanitation, Position Paper*.

(128) ALBUQUERQUE, CATARINA y ROAF, VIRGINIA, *Derechos hacia el final, Buenas Prácticas en la realización de los derechos al agua y al saneamiento*, Ongawa, Water and Sanitation, AECID, Lisboa, 2012.

(129) Informe del Relator Especial sobre el Derecho a la Alimentación, *El Agua y el Derecho a la Alimentación*, 10/01/2003, E/CN.4/2003/54.

transnacionales sobre los sistemas de abastecimiento de alimentos y agua y mecanismos para supervisar a las empresas transnacionales y exigirles responsabilidades".<sup>(130)</sup>

3.1.4.12.5. Relatora Especial  
de las Naciones Unidas sobre el derecho a la educación

Para la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho a la educación,

"desde la perspectiva de los derechos del niño, la obligación de hacer la educación primaria aceptable va mucho más allá de la libertad de elección de los padres o del idioma de instrucción, y plantea un gran desafío para todos los Estados. Una escuela primaria ideal debería ser amigable con el niño, basada en el derecho del niño a "ser curioso, hacer preguntas y recibir respuestas, discutir y disentir, probar y cometer errores, saber y no saber, crear y ser espontáneo, ser reconocido y respetado".<sup>(131)</sup> La enormidad de la tarea corporizada en esta visión choca con la realidad de las escuelas que pueden estar lidiando con la falta de agua potable y saneamiento, la incompatibilidad del horario escolar con la vida familiar y comunitaria o la violencia contra y entre los niños".<sup>(132)</sup>

3.1.4.12.6. Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho  
de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental

El Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental señaló en uno de sus informes que "el vivir en la pobreza también puede ser una de las principales causas del empeoramiento de la salud de esas personas: cuando tienen acceso limitado al agua potable o a la nutrición adecuada, corren grave peligro de contraer enfermedades".<sup>(133)</sup>

---

(130) Informe del Relator Especial sobre el derecho a la alimentación, *Las Empresas Transnacionales y el derecho a la alimentación*, 09/02/2004, E/CN.4/2004/10.

(131) HAMMARBERG, T., *A School for Children with Rights*, Innocenti Lectures, UNICEF International Child Development Centre, Florence, 23 October 1997, p. 19.

(132) Informe preliminar de la Relatora Especial sobre el derecho a la educación, con arreglo a la resolución de la Comisión de Derechos Humanos 1998/33, 13/01/1999, E/CN.4/1999/49, párr. 67.

(133) Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, *Estudio temático sobre el ejercicio del derecho a la salud de las personas mayores*, 04/07/2011, A/HRC/18/37, párr. 40.

El Relator también efectuó observaciones y recomendaciones a los Estados sobre la incidencia del agua y el saneamiento en el derecho a la salud en sus misiones a Perú<sup>(134)</sup> y Rumania.<sup>(135)</sup>

3.1.4.12.7. Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho a la vivienda adecuada como parte del derecho a un nivel de vida adecuado

En uno de sus informes, el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho a la vivienda adecuada como componente del derecho a un nivel de vida adecuado analizó el “Impacto de la globalización en la realización del derecho a la vivienda, incluidos los efectos de la privatización de los servicios de abastecimiento de agua”.<sup>(136)</sup>

En otro de sus informes anuales el Relator Especial analizó con profundidad la relación entre los derechos humanos al agua y al saneamiento y el derecho a la vivienda adecuada.<sup>(137)</sup>

Asimismo, tras su Misión a la República Islámica de Irán, le recomendó al Estado “mejorar la calidad de los servicios básicos provistos a los barrios pobres, incluyendo el acceso al agua potable siguiendo los lineamientos de la Observación General 15 del Comité de DESC en cuanto a la disponibilidad y calidad del agua”.<sup>(138)</sup>

3.1.4.12.8. Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos

La Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos realizó un completo estudio sobre “El alcance y el contenido de las obligaciones pertinentes en materia de derechos humanos relacionadas con el acceso equitativo al agua potable y el saneamiento que imponen los instrumentos internacionales de derechos humanos”.<sup>(139)</sup>

(134) Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, *Misión a Perú*, E/CN.4/2005/51/Add.4, párr. 73.

(135) Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, *Misión a Rumania*, E/CN.4/2005/51/Add.3, párrs. 10, 15, 19, 54, 62, 63.

(136) Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho a la vivienda adecuada como parte del derecho a un nivel de vida adecuado, 01/03/2002, E/CN.4/2002/59, párrs. 49/65.

(137) Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho a la vivienda adecuada como parte del derecho a un nivel de vida adecuado, 03/03/2003, E/CN.4/2003/5, párrs. 39/46.

(138) Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho a la vivienda adecuada como parte del derecho a un nivel de vida adecuado, *Misión a la República Islámica de Irán*, 21/03/2006, E/CN.4/2006/41/Add.2, párr. 105.

(139) Véase [en línea] <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G07/136/58/PDF/G0713658.pdf?OpenElement>

También analizó la relación entre la falta de acceso al agua potable y al saneamiento y la mortalidad y morbilidad materna en un informe intitulado "Mortalidad y morbilidad materna prevenibles y derechos humanos".<sup>(140)</sup>

#### 3.1.4.12.9. Secretario General de las Naciones Unidas

En ocasión de la celebración del Día Mundial del Agua en el año 2001, el por entonces Secretario General de las Naciones Unidas, Koffi Annan, expresó en su discurso que "el acceso al agua salubre es una necesidad humana fundamental y, por lo tanto, un derecho fundamental".<sup>(141)</sup>

#### 3.1.4.12.10. Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD)

El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo incluyó en su Informe sobre el Desarrollo Humano del año 2006 un análisis sobre los derechos al agua y al saneamiento intitulado "Más allá de la escasez: Poder, pobreza y la crisis mundial del agua".<sup>(142)</sup>

El PNUD también publicó el informe "El agua, un derecho en un mundo desigual. Los jóvenes resumen el informe sobre Desarrollo Humano 2006".<sup>(143)</sup>

#### 3.1.4.12.11. Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF)

UNICEF, junto a la Organización Mundial de la Salud (OMS) publicó el informe sobre los "Progresos en Agua Potable y Saneamiento".<sup>(144)</sup>

En un informe dedicado al saneamiento, UNICEF expresó que "el acceso a instalaciones de saneamiento es un derecho humano fundamental que protege la salud y la dignidad humana".<sup>(145)</sup>

#### 3.1.2.12.12. ONU Hábitat

ONU Hábitat, junto a otras organizaciones, publicó un *Manual sobre el Derecho Humano al Agua y al Saneamiento*.<sup>(146)</sup>

(140) Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los derechos humanos, *Informe sobre Mortalidad y Morbilidad Materna Prevenibles y Derechos Humanos*, 16/04/2010, A/HRC/14/39.

(141) Véase [en línea] <http://www.worldwaterday.org/wwday/2001/news/msgun.html>.

(142) PNUD, *Informe sobre Desarrollo Humano 2006*, Madrid, Mundi Prensa Libros, 2006.

(143) PNUD, *El Agua, un derecho en un mundo desigual. Los jóvenes resumen el informe sobre Desarrollo Humano 2006*, Celetron Printing, Reino Unido, 2007.

(144) WHO, UNICEF, *Progress on Drinking Water and Sanitation: 2010 Update* (2010).

(145) UNICEF, *Sanitation for All*, Nueva York, enero de 2000.

(146) UN HABITAT, *Manual on the Right to Water and Sanitation*, COHRE, Ginebra, 2007.

## 3.1.2.12.13. Equipo de Tareas del Proyecto del Milenio de las Naciones Unidas

El Equipo de Tareas del Proyecto del Milenio de las Naciones Unidas sobre el agua y el saneamiento destacó “la importancia del derecho al agua para la consecución de los objetivos de desarrollo del Milenio en relación con el agua y el saneamiento”.<sup>(147)</sup>

3.1.2.12.14. Examen periódico universal del Consejo de Derechos Humanos<sup>(148)</sup>

El Consejo de Derechos Humanos, a través del mecanismo de examen periódico universal (EPU), ha efectuado noventa y seis (96) recomendaciones sobre los derechos humanos al agua y al saneamiento a los siguientes sesenta y un (61) Estados: Benin, Botswana, Burundi, Ecuador, Guatemala, India, Japón, Luxemburgo, Mali, Marruecos, Perú, Rumania, Serbia, Sudáfrica, Tonga, Reino Unido de Gran Bretaña, Angola, Bután, Bolivia, Costa Rica, Korea del Sur, República Democrática de Congo, Djibouti, Dominica, Guinea Ecuatorial, Eritrea, Etiopía, Georgia, Guyana, Haití, Israel, Jordania, Kenya, Kirgystan, Liberia, Libia, Malawi, Mongolia, Mozambique, Namibia, Nauru, Nicaragua, Níger, Pakistán, Panamá, Seychelles, Islas Solomon, Sudán del Sur, Sudán, Swazilandia, Suecia, Tajikistán, Tanzania, Timor Oriental, Togo, Turquía, Uganda, Vanuatu, Venezuela, Vietnam y Zimbabwe.<sup>(149)</sup>

### **3.2. Los derechos humanos al agua potable y al saneamiento en el derecho internacional humanitario<sup>(150)</sup>**

Se ha dicho que el “agua potable se ha transformado en el recurso estratégico del siglo XXI. Ha sido, es y continuará siendo, sin lugar a dudas, fuente permanente de conflictos”.<sup>(151)</sup>

En esta sección no he de referirme a los conflictos armados —tanto de carácter interno como internacional— que se han generado, se generan

(147) Véase [en línea] <http://www.unmillenniumproject.org/documents/WaterComplete-lowres.pdf>

(148) En el año 2006 la Asamblea General decidió que el Consejo de Derechos Humanos hiciera un examen periódico universal del cumplimiento de cada uno de los estados miembros de las Naciones Unidas de sus obligaciones de derechos humanos.

(149) Véase [en línea] <http://www.upr-info.org/database>

(150) Para un análisis con mayor profundidad, ZEMMALI, AMEUR, “Protección del Agua en Período de Conflicto Armado”, [en línea] <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdlee.htm>, última consulta 28/12/2013.

(151) BRUZZONE, ELSA, *Las Guerras del Agua*, Bs. As., Capital Intelectual, 2012, p. 17.

o se puedan generar en el futuro por el control del agua, sino cómo el derecho internacional humanitario regula el agua en un conflicto armado ya iniciado, cualesquiera sea/n su/s causa/s.

En efecto, el derecho internacional humanitario es

“la rama del derecho internacional que limita el uso de la violencia mediante:

La protección de aquéllos que no participan, o no participan más, directamente en las hostilidades;

La limitación de la violencia al nivel estrictamente necesario para cumplir el objetivo del conflicto, el cual puede ser —independientemente de las causas por las que se lucha— sólo debilitar el potencial militar del enemigo”.<sup>(152)</sup>

### 3.2.1. *Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (Convenio III)*

“Artículo 20 (evacuación): La Potencia detenedora proporcionará a los prisioneros de guerra evacuados agua potable y alimentos en cantidad suficiente.

(...)

Artículo 26 (alimentación): (...) Se suministrará a los prisioneros de guerra suficiente agua potable.

(...)

Artículo 29 (higiene): La Potencia detenedora tendrá la obligación de tomar todas las necesarias medidas de higiene para garantizar la limpieza y la salubridad de los campamentos y para prevenir las epidemias.

Los prisioneros de guerra dispondrán, día y noche, de instalaciones conformes con las reglas higiénicas y mantenidas en constante estado de limpieza. En los campamentos donde haya prisioneras de guerra se les reservarán instalaciones separadas.

---

(152) SASSOLI, MARCO y BOUVIER, ANTOINE A, *How does law protect in war*, International Committee of the Red Cross, Geneva, 1999, p. 67.

Además, y sin perjuicio de los baños y de las duchas que debe haber en los campamentos, se proporcionará a los prisioneros de guerra agua y jabón en cantidad suficiente para el aseo corporal diario y para lavar la ropa; con esta finalidad dispondrán de las instalaciones, de las facilidades y del tiempo necesarios”.

*3.2.2. Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (Convenio IV)*

“Artículo 85 (alojamiento-higiene): (...) Los internados dispondrán, día y noche, de instalaciones sanitarias que se avengan con las normas de la higiene y que estén en constante estado de limpieza. Se les proporcionará suficiente agua y jabón para el aseo diario y para lavar la ropa; a este respecto, dispondrán de las instalaciones y de las facilidades necesarias. Tendrán, además, instalaciones de duchas o de baños. Se les dará el tiempo necesario para el aseo personal y para los trabajos de limpieza.  
(...)

Artículo 89 (alimentación): (...) Se les proporcionará suficiente agua potable”.

*3.2.3. Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I)*

“Artículo 54 (Protección de los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil):

1. Queda prohibido, como método de guerra, hacer padecer hambre a las personas civiles.
2. Se prohíbe atacar, destruir, sustraer o inutilizar los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, tales como los artículos alimenticios y las zonas agrícolas que los producen, las cosechas, el ganado, las instalaciones y reservas de agua potable y las obras de riego, con la intención deliberada de privar de esos bienes, por su valor como medios para asegurar la subsistencia, a la población civil o a la Parte adversa, sea cual fuere el motivo, ya sea para hacer padecer hambre a las personas civiles, para provocar su desplazamiento, o con cualquier otro propósito”.

3.2.4. *Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)*

“Artículo 14 (Protección de los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil):

Queda prohibido, como método de combate, hacer padecer hambre a las personas civiles. En consecuencia, se prohíbe atacar, destruir, sustraer o inutilizar con ese fin los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, tales como los artículos alimenticios y las zonas agrícolas que los producen, las cosechas, el ganado, las instalaciones y reservas de agua potable y las obras de riego”.<sup>(153)</sup>

**3.3 Los derechos humanos al agua potable y al saneamiento en el derecho penal internacional**

3.3.1. *Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio*<sup>(154)</sup>

“Se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal: (...) c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial”.

3.3.2. *Estatuto de la Corte Penal Internacional*<sup>(155)</sup>

De conformidad con el Estatuto

“Constituye genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal: c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;

---

(153) MACALISTER-SMITH, P., *Protection of the Civilian Population and the Prohibition of Starvation as a method of Warfare. Draft Text on International Humanitarian Assistance*, IRRC, n° 283, 1991, pp. 440/459; MAYER, J., “Starvation as a Weapon”, en Rose, S (ed), *CBW: Chemical and Biological Warfare, London Conference on CBW*, London, 1968, pp. 76/84.

(154) La Convención fue adoptada por la Asamblea General en su resolución 260 A (III), de 09/12/1948 y entró en vigor el 12/01/1951.

(155) El estatuto fue adoptado el 17/07/1998 en Roma.

Constituye crimen de lesa humanidad el ‘exterminio’ como parte de un ataque sistemático de la población civil, que comprenderá la imposición intencional de condiciones de vida, entre otras, la privación del acceso a alimentos, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población” (art. 7.2 b).

“Constituye crimen de guerra hacer padecer intencionalmente hambre a la población civil como método de hacer la guerra, privándola de los objetos indispensables para su supervivencia, incluido el hecho de obstaculizar intencionalmente los suministros de socorro de conformidad con los Convenios de Ginebra” (art. 8 2 b) xxv).

### **3.4. El derecho a la alimentación adecuada en el derecho convencional regional**

#### *3.4.1 Sistema interamericano de protección de los derechos humanos*

##### **3.4.1.1. Carta de la Organización de los Estados Americanos<sup>(156)</sup>**

“Artículo 34: Los Estados miembros convienen en que la igualdad de oportunidades, la eliminación de la pobreza crítica y la distribución equitativa de la riqueza y del ingreso, así como la plena participación de sus pueblos en las decisiones relativas a su propio desarrollo, son, entre otros, objetivos básicos del desarrollo integral. Para lograrlos, convienen asimismo en dedicar sus máximos esfuerzos a la consecución de las siguientes metas básicas:

(...)

- j) Nutrición adecuada, particularmente por medio de la aceleración de los esfuerzos nacionales para incrementar la producción y disponibilidad de alimentos;
- k) Vivienda adecuada para todos los sectores de la población;
- l) Condiciones urbanas que hagan posible una vida sana, productiva y digna”.

##### **3.4.1.2. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre<sup>(157)</sup>**

“Artículo I. Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

(156) Adoptada el 30/04/1948 en Bogotá, entró en vigor el 13/12/1951.

(157) Aprobada por la Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá en 1948.

(...)

Artículo XI. Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad”.

#### 3.4.1.3. Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>(158)</sup>

“Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

(...)

Artículo 4. Derecho a la Vida

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

---

(158) Suscrita en San José de Costa Rica el 22/11/1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Entró en vigor el 18/07/1978. 25 Estados Americanos son Parte en la Convención. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos son sus órganos de aplicación.

2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

(...)

Artículo 19. Derechos del Niño

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

(...)

Artículo 24. Igualdad ante la Ley

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

(...)

Artículo 26. Desarrollo Progresivo

Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

#### 3.4.1.4. Protocolo Adicional a la Convención

**Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (“Protocolo de San Salvador”)<sup>(159)</sup>**

“10.1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.

11.1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos”.

(159) Adoptado en San Salvador el 17/11/1988, entró en vigor el 16/11/1999. 15 estados Americanos son Parte del Protocolo. La CIDH supervisa su cumplimiento mediante el mecanismo de informes y se admite el sistema de peticiones individuales ante la CIDH y la Corte IDH sólo para presuntas violaciones a los derechos a la libertad sindical y a la educación.

#### 3.4.1.4.1. Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Privación de agua a personas privadas de la libertad como violación a los derechos a la integridad personal y a la vida: la CIDH consideró en un caso que “la detención fue extrema dado que el detenido fue privado de comida y agua durante una semana, violándose el derecho a la integridad personal”.<sup>(160)</sup>

En otro caso en que la víctima falleció como consecuencia de una deshidratación derivada de la detención en aislamiento por cuarenta días sin alimentos ni bebida, la CIDH entendió que el estado violó el derecho a la vida consagrado en el artículo 4 de la Convención.<sup>(161)</sup>

En otro informe, en el cual una persona privada de la libertad alegó que “si bien recibía diariamente agua, la misma era de una baja calidad, lo que le provocaba diarrea”, la CIDH consideró que ese trato, junto a la existencia de otras condiciones de detención, era violatorio del derecho a la integridad personal.<sup>(162)</sup>

#### 3.4.1.4.2. Jurisprudencia de la Corte IDH

Obligaciones generales de los Estados Partes: desde sus primeros casos contenciosos, y en su jurisprudencia constante, la Corte ha señalado que en virtud de los artículos 1.1 y 2 de la CADH, los Estados partes asumen tres tipos de obligaciones de carácter general. La primera consiste en respetar los derechos humanos, lo cual implica no violar los derechos y libertades proclamados.<sup>(163)</sup> La segunda de ellas comprende la obligación de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción,<sup>(164)</sup> como consecuencia de la cual, “los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos en la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos

---

(160) CIDH, *Luis Lizardo Cabrera v. República Dominicana*, Caso 10.832, Informe N° 35/96, OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev. at 821 (1997).

(161) CIDH, *Victor Rosario Congo v. Ecuador*, Caso 11.427, Informe N° 63/99, OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev. at 475 (1998).

(162) CIDH, *Leroy Lamey et al v. Jamaica*, Caso 11.826, Informe N° 49/01, OEA/Ser.L/V/II.111 Doc. 20 rev. at 996 (2000).

(163) CORTE IDH, “Caso Godínez Cruz vs. Honduras”, (Fondo), Sentencia de 20 enero 1989, serie C N° 5, párr. 178.

(164) CORTE IDH, “Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras”, (Fondo), Sentencia de 29 de julio de 1988, serie C N° 4, párr. 166.

por la violación".<sup>(165)</sup> Finalmente, la tercera obligación reside en el deber de los estados de adoptar medidas en el derecho interno suprimiendo las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la CADH, y expidiendo normas y desarrollando prácticas conducentes a la efectiva observancia de éstas.<sup>(166)</sup> El incumplimiento de cualquiera de ellas está siempre relacionado con la violación de algún derecho específico.<sup>(167)</sup>

Los derechos humanos al agua potable y al saneamiento como componentes del derecho a la vida digna: la Corte ha señalado que el derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce pleno es un requisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos.<sup>(168)</sup> De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido, porque se extingue su titular.<sup>(169)</sup> En razón de dicho carácter, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo.<sup>(170)</sup> Por ello, el derecho a la vida comprende "no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna",<sup>(171)</sup> entendiendo por tal las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana, como ser el acceso a una alimentación adecuada, agua limpia y atención a la salud, y el respeto de los derechos de contenido económico, social y cultural.

(165) CORTE IDH, "Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras" (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 7 de junio de 2003, serie C N° 99, párr. 110 y 111.

(166) CORTE IDH, "Caso Durand y Ugarte vs. Perú" (Fondo), Sentencia de 16 de agosto de 2000, serie C N° 68, párr. 137.

(167) CORTE IDH, "Caso Neira Alegría y otros vs. Perú" (Fondo), Sentencia de 19 de enero de 1995, serie C N° 20, párr. 85.

(168) CORTE IDH, "Caso de los 'Niños de la Calle' (Villagrán Morales y otros vs. Guatemala)" (Fondo), Sentencia de 19 de noviembre de 1999, serie C N° 63, párr. 144; "Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela", (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 5 de julio de 2006, serie C N° 150, párr. 63, entre otros.

(169) CORTE IDH, "Caso 'Instituto de Reeducación del Menor' vs. Paraguay" (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 2 de septiembre de 2004, serie C N° 112, párr. 156.

(170) CORTE IDH, "Caso de los 'Niños de la Calle' (Villagrán Morales y otros vs. Guatemala)", *cit.*, párr. 144; "Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela", *cit.*, párr. 63.

(171) CORTE IDH, "Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago" (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 21 de junio de 2002, serie C N° 94, voto concurrente juez Cançado Trindade, párr. 3.

La provisión de agua y saneamiento inadecuados a las personas privadas de la libertad como trato inhumano: en el caso de Yvon Neptune, la Corte concluyó que las condiciones de detención a las que se sometió al Sr. Neptune constituyeron un trato inhumano (en violación a los artículos 5.1 y 5.2 de la Convención). Entre otras cuestiones, la Corte dio por probado que “recibía agua contaminada”, que había “escasez de agua potable” y “graves riesgos sanitarios de enfermedades e infecciones bacterianas”.<sup>(172)</sup>

Derechos al agua potable y al saneamiento de los niños: la Corte señaló que “la Convención Americana, la Convención sobre los Derechos del Niño y el Protocolo de San Salvador forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los niños”.<sup>(173)</sup> En el caso del Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay, la Corte dio por probado que el Instituto Panchito López, situado a 50 km de Asunción, albergaba a niños en conflicto con la ley penal en condiciones de hacinamiento, en “celdas insalubres” con “escasas instalaciones higiénicas”, entre otras vejaciones. La Corte entendió que el Estado de Paraguay violó los derechos a la vida, a la integridad personal y a los derechos del niño de los niños allí alojados. Si bien la CIDH había solicitado que se declare la violación del artículo 26 (desarrollo progresivo de los DESC), la Corte resolvió que no iba a pronunciarse ya que se había pronunciado sobre la violación al derecho a la vida digna y al proyecto de vida de los niños bajo los artículos 4 y 19 de la Convención.<sup>(174)</sup>

Derecho al agua potable de los pueblos indígenas y tribales: las Comunidades Yakyé Axa, Sawhoyamaxa y Xákmok Kásek sufrieron el despojo de sus tierras ancestrales en el Chaco Paraguayo por parte del gobierno para venderlas a inversores que erigieron en ellas distintas estancias. Las comunidades iniciaron acciones para reivindicar sus tierras ancestrales. Al no obtener respuesta alguna por parte del Estado, parte las dos primeras se instalaron al costado de la ruta, frente a la alambrada de las estancias erigidas en sus tierras ancestrales, viviendo en condiciones inhumanas, y el resto de modo en otros asentamientos y aldeas precarias. En estos

---

(172) CORTE IDH, “Caso Yvon Neptune vs. Haití” (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 6 de mayo de 2008, párrs. 133 y 137.

(173) CORTE IDH, “Caso ‘Instituto de Reeducción del Menor’ vs. Paraguay”, cit., párr. 148; “Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú”, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 8 de julio de 2004, serie C N° 110, párr. 166; entre otros.

(174) CORTE IDH, “Caso ‘Instituto de Reeducción del Menor’ vs. Paraguay”, cit.

tres casos, la Corte consideró que el desplazamiento de los miembros de las Comunidades de estas tierras ha ocasionado que tengan especiales y graves dificultades para obtener alimento, principalmente porque las zonas que comprenden sus asentamientos temporales no cuentan con las condiciones adecuadas para el cultivo ni para la práctica de sus actividades tradicionales de subsistencia, tales como caza, pesca y recolección, lo cual impactó negativamente en la debida nutrición de los miembros de las Comunidades que se encuentran en estos asentamientos. Para la Corte, las afectaciones especiales del derecho a la salud, e íntimamente vinculadas con él, las del derecho a la alimentación y el acceso al agua limpia impactan de manera aguda el derecho a una existencia digna y las condiciones básicas para el ejercicio de otros derechos humanos, como el derecho a la educación o el derecho a la identidad cultural. En el caso de los pueblos indígenas el acceso a sus tierras ancestrales y al uso y disfrute de los recursos naturales que en ellas se encuentran están directamente vinculados con la obtención de alimento y el acceso a agua limpia. La Corte consideró que este hecho ha afectado el derecho a una vida digna de los miembros de las Comunidades, ya que los ha privado de la posibilidad de acceder a sus medios de subsistencia tradicionales, así como del uso y disfrute de los recursos naturales necesarios para la obtención de agua limpia y para la práctica de la medicina tradicional de prevención y cura de enfermedades. En el último de los casos señalados, toda vez que el Estado suministró agua a los miembros de la comunidad, la Corte pasó a analizar su suficiencia y adecuación. En palabras de la Corte "el agua suministrada por el Estado durante los meses de mayo a agosto de 2009 no supera más de 2,17 litros por persona al día". Al respecto, de acuerdo a los estándares internacionales la mayoría de las personas requiere mínimo de 7,50 litros por persona por día para satisfacer el conjunto de las necesidades básicas, que incluye alimentación e higiene. Además, según los estándares internacionales el agua debe ser de una calidad que represente un nivel tolerable de riesgo. Bajo los estándares indicados, el Estado no ha demostrado que esté brindando agua en cantidad suficiente para garantizar un abastecimiento para los mínimos requerimientos. Es más, el Estado no ha remitido prueba actualizada sobre el suministro de agua durante el año 2010, ni tampoco ha demostrado que los miembros de la Comunidad tengan acceso a fuentes seguras de agua en el asentamiento "25 de Febrero" donde se encuentran radicados actualmente. En consecuencia, las gestiones que el Estado ha realizado a partir del Decreto No. 1830 no han sido suficientes para proveer a los miembros de la Comunidad

de agua en cantidad suficiente y calidad adecuada, lo cual los expone a riesgos y enfermedades. Por todo ello, la Corte concluyó en los tres casos que el estado violó el artículo 4.1 en perjuicio de los miembros de las comunidades.<sup>(175)</sup> En el caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, la Corte consideró que

“El agua limpia natural, por ejemplo, es un recurso natural esencial para que los miembros del pueblo Saramaka puedan realizar algunas de sus actividades económicas de subsistencia, como la pesca. La Corte observa que este recurso natural se verá probablemente afectado por actividades de extracción relacionadas con otros recursos naturales que no son tradicionalmente utilizados o esenciales para la subsistencia del pueblo Saramaka”.

En virtud de ello, la Corte encontró que Surinam violó el derecho a la propiedad comunitaria indígena y le ordenó al Estado, entre otras cosas, que asigne una suma de dinero a un fondo de desarrollo comunitario para, entre otras cuestiones, “proveer agua potable a la comunidad”.<sup>(176)</sup>

En el mismo sentido, en el caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala, la Corte ordenó al Estado como reparación “la implementación de un sistema de alcantarillado, tratamiento de aguas negras o residuales y abastecimiento de agua potable”.<sup>(177)</sup>

### 3.4.2. Sistema Europeo

Es sabido que “el Convenio Europeo sólo contempla derechos civiles, lo que no ha sido obstáculo para que numerosos casos vinculados a los derechos sociales, en particular en cuestiones vinculadas a la protección del medio ambiente, fueran considerados por los órganos del sistema. La habilidad de los planteos consistió en identificar intereses amparados por derechos civiles tanto como por derechos sociales, de modo de traducir la violación de un derecho social en términos de transgresión de un derecho civil”.<sup>(178)</sup>

---

(175) CORTE IDH, “Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay” (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia 17 de junio de 2005, serie C N° 125; entre otras.

(176) CORTE IDH, “Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia del 18 de noviembre de 2007, párrs. 126 y 201.

(177) CORTE IDH, “Caso Masacres de Río Negro v. Guatemala” (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia del 4 de septiembre de 2012, párr. 284.

(178) ABRAMOVICH, VICTOR, *Litigio y Activismo en materia de derechos humanos*, materiales de curso, Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, American University, Washington College of Law, 2010.

La Carta Social Europea,<sup>(179)</sup> por su parte, tras subrayar el carácter indivisible de todos los derechos humanos, sean civiles, políticos, económicos, sociales o culturales, reconoce los derechos de los trabajadores a una remuneración que les proporcione a ellos y sus familias un nivel de vida decoroso (art. 4), de los niños y adolescentes a la protección (art. 7), a la salud (art. 11), a la seguridad social (art. 12), a la asistencia social (art. 13), a los beneficios de los servicios sociales (art. 14), de las personas en edad avanzada a la protección social (art. 23) y a la protección contra la pobreza y la exclusión social (art. 30).

Ante el Comité Europeo de Derechos Sociales, la Organización European Roma Rights Centre (ERRC) presentó una demanda contra Grecia por la violación del derecho a la vivienda adecuada de los gitanos residentes en el país. El Comité consideró que “el derecho a la vivienda permite el ejercicio de otros derechos —tanto civiles y políticos como económicos, sociales y culturales—, [y que] los estados deben velar para que las viviendas sean de un estándar adecuado e incluyan todos los servicios esenciales”. Luego constató que más de 100.000 gitanos vivían en asentamientos informales, que en 7 de los asentamientos no había suministro de agua, mientras en los demás había un acceso inadecuado a agua corriente, por lo que concluyó que Grecia violó el artículo 16 de la Carta Social Europea.<sup>(180)</sup>

En el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se registran dos casos de interés para el debate sobre los derechos humanos al agua y al saneamiento.

En el primero, el 16 de julio de 1999 la Comisión de las Comunidades Europeas presentó un recurso ante el Tribunal alegando que la República de Francia “no adoptó las disposiciones necesarias a fin de que la calidad de las aguas superficiales destinadas a la producción de agua potable sea conforme con los valores establecidos en la Directiva 75/440/CCE”. Se comprobó que el agua potable producida de ese modo superaba los niveles máximos de nitratos, por lo que el gobierno de Francia debió recomendar que las mujeres embarazadas y los lactantes no consumieran esa agua hasta tanto se adoptaran las medidas necesarias.<sup>(181)</sup>

(179) Adoptada por el Consejo de Europa en Turín el 18/10/1961 y revisada por última vez en Estrasburgo en 1996.

(180) COMITÉ EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES, *European Roma Rights Centre v Greece*, Asunto N° 15/2003 (08/12/2004).

(181) TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Asunto C-266/99 (1999/C-281/06)*, publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, 02/10/1999, C 281/4.

En el segundo, el Tribunal condenó al Reino Unido de Gran Bretaña por la falta de delimitación de zonas vulnerables a la contaminación de los recursos hídricos y de desarrollo de planes de gestión.<sup>(182)</sup>

Por otra parte, el 17 de octubre de 2001 el Comité de Ministros del Consejo de Europa adoptó la recomendación 14, la cual contiene los "Principios de la Carta Europea de los Recursos Hídricos". Entre dichos principios, cabe destacar el número 5, el cual señala que "todas las personas tienen derecho a disponer de una cantidad de agua suficiente para satisfacer sus necesidades esenciales".<sup>(183)</sup>

Por último, la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa (UNECE) aprobó el "Protocolo de Agua y Salud" al Convenio sobre la Protección y Utilización de los Cursos de Agua Transfronterizos y de los Lagos Internacionales (Convenio del Agua).<sup>(184)</sup>

#### Dicho Protocolo

"ilustra y encarna la estrecha relación entre derechos humanos, salud, protección del medioambiente y desarrollo sostenible. Establece que los Estados deben guiarse por diversos principios de derechos humanos, incluyendo el acceso adecuado y equitativo al agua para todos los habitantes, el acceso a la información, la participación del público y la consideración especial de los grupos vulnerables. Además, el Protocolo obliga a las Partes a suministrar agua potable exenta de microorganismos, parásitos y sustancias que constituyan un peligro potencial para la salud".<sup>(185)</sup>

### 3.4.3 Sistema Africano

#### 3.4.3.1. Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos<sup>(186)</sup>

"Artículo 16. Cada individuo tiene el derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental.

(182) TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Asunto C-69/99 (1999/C 1999/069)*.

(183) COMITÉ DE MINISTROS DEL CONSEJO DE EUROPA, *Principios de la Carta Europea de los Recursos Hídricos*, Rec (2001) 14, 17/10/2001.

(184) NACIONES UNIDAS, COMISIÓN ECONÓMICA PARA EUROPA, *Protocolo sobre Agua y Salud*, 18/10/1999, MP.WAT/2000/1 EUR/ICP/EHCO 020205/8.

(185) NACIONES UNIDAS, COMISIÓN ECONÓMICA PARA EUROPA Organización Mundial de la Salud Europa, *Protocolo sobre Agua y Salud*, disponible [en línea] <http://www.unece.org/env/water/>

(186) Aprobada el 27/07/1981, durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana reunida en Nairobi, Kenya. Entró en vigor el 21/10/1986.

2. Los Estados firmantes de la presente Carta tomarán las medidas necesarias para proteger la salud de su pueblo y asegurarse de que reciben asistencia médica cuando están enfermos”.

3.4.3.1.1. Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, relativo a los derechos de la mujer en África<sup>(187)</sup>

“Artículo 15: El derecho a la seguridad alimentaria obliga a los estados a proporcionar a las mujeres acceso a agua potable, fuentes de combustibles, tierra, y los medios para producir alimentos nutritivos, y a establecer sistemas adecuados de oferta y almacenamiento de alimentos para garantizar la seguridad alimentaria”.

3.4.3.1.2. Decisiones de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos

En el caso Ogoni, la Comisión comprobó que el consorcio entre la empresa petrolera estatal y la empresa Shell, entre otras cosas, explotó los recursos petroleros de Ogoniland sin ninguna consideración a la salud y al medio ambiente de las comunidades de la zona, vertiendo los desechos tóxicos de la explotación en el ambiente y en los cursos de agua, en contravención a los estándares internacionales. Según la Comisión “el derecho a un medio ambiente limpio y sano está íntimamente relacionado a los demás derechos económicos y sociales en la medida en que el ambiente afecta la calidad de vida y la seguridad del individuo”. En virtud de ello, la Comisión halló a Nigeria responsable de haber violado, entre otros, los derechos al medio ambiente sano y a la salud del pueblo Ogoni.<sup>(188)</sup>

En el caso Free Legal Assistance Group y otros v Zaire, la Comisión analizó una comunicación en la que la Unión Interafricana de Derechos del Hombre denunció, entre otras violaciones a los derechos humanos, que “el fracaso del gobierno en proveer servicios esenciales se estaba agravando”.

La Comisión consideró que el artículo 16 de la Carta establece que todo individuo tiene derecho a disfrutar del más alto nivel de salud física y mental, y los Estados deben adoptar todas las medidas necesarias para proteger la salud de su pueblo. El fracaso del gobierno en proveer servicios

(187) Aprobado el 11/07/2003 en la segunda cumbre de la Asamblea de la Unión Africana, celebrada en Maputo, Mozambique.

(188) CADHP, *The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights v. Nigeria*, Comm. 155/96, Banjul, 13 al 20 de octubre de 2001.

esenciales como agua potable y la falta de medicinas constituyen una violación al artículo 16 de la Carta”.<sup>(189)</sup>

#### 3.4.3.2. Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño Africano<sup>(190)</sup>

“Artículo 14: Cada niño tiene el derecho de disfrutar del nivel más alto posible de salud física, mental y espiritual, para lo cual los estados han de tomar medidas para c) Asegurar la provisión de nutrición adecuada y agua potable”.

#### 3.4.3.3. Convención Africana sobre la Conservación de la Naturaleza y los Recursos Naturales<sup>(191)</sup>

“Artículo 5: 1. Los Estados contratantes establecerán políticas de conservación, utilización y desarrollo de aguas subterráneas y superficiales y procurarán garantizar a sus poblaciones un suministro suficiente y continuo de agua apropiada, adoptando medidas con relación a:

- a) el estudio de los ciclos de agua y la investigación de las áreas de captación;
- b) la coordinación y planificación de los proyectos de desarrollo de recursos hídricos;
- c) la administración y control de la utilización de toda el agua;
- d) la prevención y control de la contaminación del agua”.

#### 3.4.3.4. Declaración de Abuja<sup>(192)</sup>

“18. Reconocemos la importancia del agua como un recurso natural del Estado que es un elemento esencial para la vida y que tiene funciones socioeconómicas y ambientales. Promoveremos el derecho de nuestros ciudadanos a tener acceso a agua segura y limpia y saneamiento dentro de nuestras respectivas jurisdicciones”.

---

(189) CADHP, *Free Legal Assistance Group and Others v. Zaire*, Comm. 25/89, 47/90, 56/91, 100/93, Praia, Cabo Verde, 1995, p. 47.

(190) Aprobada por los Estados Africanos Miembros de la Organización para la Unidad Africana el 11/07/1990.

(191) Adoptada por la Unión Africana el 11/07/2003 en Argel, Argelia.

(192) Suscripta en la primera Cumbre Africa-América del Sur del 26 al 30 de noviembre de 2006, ASA/Summit/doc.01(l).

### 3.4.4. Proceso de discusión de la Región Asia-Pacífico del Foro del Agua

En el informe del proceso de la región Asia-Pacífico del Foro del Agua los representantes suscribieron una declaración en la que manifestaron “comprometerse con el derecho al agua y al saneamiento y acordar la más alta prioridad a alcanzar un acceso universal y sustentable al agua y al saneamiento para el año 2025”.<sup>(193)</sup>

## 4. Los derechos humanos al agua y al saneamiento en el derecho comparado

### 4.1. Constituciones nacionales seleccionadas

#### 4.1.1. La Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia

“Artículo 16. I. Toda persona tiene derecho al agua y a la alimentación.

(...)

Artículo 20. I. Toda persona tiene derecho al acceso universal y equitativo a los servicios básicos de agua potable, alcantarillado, electricidad, gas domiciliario, postal y telecomunicaciones.

II. Es responsabilidad del Estado, en todos sus niveles de gobierno, la provisión de los servicios básicos a través de entidades públicas, mixtas, cooperativas o comunitarias. En los casos de electricidad, gas domiciliario y telecomunicaciones se podrá prestar el servicio mediante contratos con la empresa privada. La provisión de servicios debe responder a los criterios de universalidad, responsabilidad, accesibilidad, continuidad, calidad, eficiencia, eficacia, tarifas equitativas y cobertura necesaria; con participación y control social.

III. El acceso al agua y alcantarillado constituyen derechos humanos, no son objeto de concesión ni privatización y están sujetos a régimen de licencias y registros, conforme a ley.

(...)

Capítulo Quinto. Recursos Hídricos

Artículo 373. I. El agua constituye un derecho fundamentalísimo para la vida, en el marco de la soberanía del pueblo. El Estado

(193) Véase [en línea] <http://www.apwf.org>

promoverá el uso y acceso al agua sobre la base de principios de solidaridad, complementariedad, reciprocidad, equidad, diversidad y sustentabilidad.

II. Los recursos hídricos en todos sus estados, superficiales y subterráneos, constituyen recursos finitos, vulnerables, estratégicos y cumplen una función social, cultural y ambiental. Estos recursos no podrán ser objeto de apropiaciones privadas y tanto ellos como sus servicios no serán concesionados y están sujetos a un régimen de licencias, registros y autorizaciones conforme a Ley.

Artículo 374. I. El Estado protegerá y garantizará el uso prioritario del agua para la vida. Es deber del Estado gestionar, regular, proteger y planificar el uso adecuado y sustentable de los recursos hídricos, con participación social, garantizando el acceso al agua a todos sus habitantes. La ley establecerá las condiciones y limitaciones de todos los usos.

II. El Estado reconocerá, respetará y protegerá los usos y costumbres de las comunidades, de sus autoridades locales y de las organizaciones indígena originaria campesinas sobre el derecho, el manejo y la gestión sustentable del agua.

III. Las aguas fósiles, glaciales, humedales, subterráneas, minerales, medicinales y otras son prioritarias para el Estado, que deberá garantizar su conservación, protección, preservación, restauración, uso sustentable y gestión integral; son inalienables, inembargables e imprescriptibles.

Artículo 375. I. Es deber del Estado desarrollar planes de uso, conservación, manejo y aprovechamiento sustentable de las cuencas hidrográficas.

II. El Estado regulará el manejo y gestión sustentable de los recursos hídricos y de las cuencas para riego, seguridad alimentaria y servicios básicos, respetando los usos y costumbres de las comunidades.

III. Es deber del Estado realizar los estudios para la identificación de aguas fósiles y su consiguiente protección, manejo y aprovechamiento sustentable.

Artículo 376. Los recursos hídricos de los ríos, lagos y lagunas que conforman las cuencas hidrográficas, por su potencialidad, por la variedad de recursos naturales que contienen y por ser parte fundamental de los ecosistemas, se consideran recursos estratégicos para el desarrollo y la soberanía boliviana. El Estado evitará acciones en las nacientes y zonas intermedias de los ríos que ocasionen daños a los ecosistemas o disminuyan los caudales, preservará el estado natural y velará por el desarrollo y bienestar de la población.

Artículo 377. I. Todo tratado internacional que suscriba el Estado sobre los recursos hídricos garantizará la soberanía del país y priorizará el interés del Estado.

II. El Estado resguardará de forma permanente las aguas fronterizas y transfronterizas, para la conservación de la riqueza hídrica que contribuirá a la integración de los pueblos”.

#### 4.1.2. *La Constitución de la República Democrática de Congo*

“Artículo 48. El derecho a la vivienda decente, el derecho al acceso al agua potable y a la electricidad están garantizados. La ley establecerá las condiciones para el ejercicio de estos derechos.

(...)

Artículo 55. La transferencia, importación, almacenamiento, derrame y disposición de desechos tóxicos, contaminantes o radioactivos en las aguas interiores o en los espacios marítimos bajo la jurisdicción del Estado, o su liberación en el espacio aéreo, sea que procedan o no del exterior, constituyen un crimen castigado por la ley”.

#### 4.1.3. *La Constitución del Ecuador*

“Artículo 12. El derecho humano al agua es fundamental e irrenunciable. El agua constituye patrimonio nacional estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida.

(...)

Artículo 15. La soberanía energética no se alcanzará en detrimento de la soberanía alimentaria, ni afectará el derecho al agua.

(...)

Artículo 32. La salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua.

(...)

Artículo 66. Se reconoce y garantizará a las personas: 2. El derecho a una vida digna, que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental [...].

(...)

Artículo 276. El régimen de desarrollo tendrá los siguientes objetivos: 4. Recuperar y conservar la naturaleza y mantener un ambiente sano y sustentable que garantice a las personas y colectividades el acceso equitativo, permanente y de calidad al agua.

(...)

Artículo 282. Se prohíbe el latifundio y la concentración de la tierra, así como el acaparamiento o privatización del agua y sus fuentes. El Estado regulará el uso y manejo del agua de riego para la producción de alimentos, bajo los principios de equidad, eficiencia y sostenibilidad ambiental.

(...)

Artículo 314. El Estado será responsable de la provisión de los servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias, y los demás que determine la ley.

(...)

Artículo 318. El agua es patrimonio nacional estratégico de uso público, dominio inalienable e imprescriptible del Estado, y constituye un elemento vital para la naturaleza y para la existencia de los seres humanos. Se prohíbe toda forma de privatización del agua.

La gestión del agua será exclusivamente pública o comunitaria. El servicio público de saneamiento, el abastecimiento de agua potable y el riego serán prestados únicamente por personas jurídicas estatales o comunitarias.

El Estado fortalecerá la gestión y funcionamiento de las iniciativas comunitarias en torno a la gestión del agua y la prestación de los servicios públicos, mediante el incentivo de alianzas entre lo público y comunitario para la prestación de servicios.

El Estado, a través de la autoridad única del agua, será el responsable directo de la planificación y gestión de los recursos hídricos que se destinarán a consumo humano, riego que garantice la soberanía alimentaria, caudal ecológico y actividades productivas, en este orden de prelación. Se requerirá autorización del Estado para el aprovechamiento del agua con fines productivos por parte de los sectores público, privado y de la economía popular y solidaria, de acuerdo con la ley.

El Estado regulará el uso y manejo del agua de riego para la producción de alimentos, bajo los principios de equidad, eficiencia y sostenibilidad ambiental.

(...)

Artículo 411. El Estado garantizará la conservación, recuperación y manejo integral de los recursos hídricos, cuencas hidrográficas y caudales ecológicos asociados al ciclo hidrológico. Se regulará toda actividad que pueda afectar la calidad y cantidad de agua, y el equilibrio de los ecosistemas, en especial en las fuentes y zonas de recarga de agua.

La sustentabilidad de los ecosistemas y el consumo humano serán prioritarios en el uso y aprovechamiento del agua.

Artículo 412. La autoridad a cargo de la gestión del agua será responsable de su planificación, regulación y control. Esta autoridad cooperará y se coordinará con la que tenga a su cargo la gestión ambiental para garantizar el manejo del agua con un enfoque ecosistémico.

Artículo 413. El Estado promoverá la eficiencia energética, el desarrollo y uso de prácticas y tecnologías ambientalmente limpias y sanas, así como de energías renovables, diversificadas, de bajo impacto y que no pongan en riesgo la soberanía alimentaria, el equilibrio ecológico de los ecosistemas ni el derecho al agua”.

#### 4.1.4. La Constitución de Sudáfrica

“Artículo 27: Salud, alimentación, agua y seguridad social:

1. Todos tienen derecho a: (...)

b) Agua y alimentación suficientes.

2. El Estado adoptará medidas legislativas razonables y otras medidas, dentro de sus recursos, para alcanzar la realización progresiva de esos derechos”.

#### 4.1.5. *La Constitución de Uganda*

“Artículo 13. El Estado protegerá los recursos nacionales importantes, como la tierra, el agua, los humedales, minerales, petróleo, flora y fauna en nombre del pueblo de Uganda.

Artículo 14. El Estado procurará realizar los derechos fundamentales de los ugandeses a la justicia social y al desarrollo económico y asegurará, en particular:

b) Que todos los ugandeses disfruten de derechos y oportunidades y acceso a la educación, servicios de salud, agua limpia y segura, trabajo, refugio decente, vestimenta adecuada, seguridad alimentaria, pensión y beneficios de retiro.

(...)

Artículo 21. El Estado adoptará todas las medidas prácticas para promover un buen sistema de manejo del agua en todos los niveles”.

#### 4.1.6. *La Constitución de Maldivas*

“Artículo 23. Cada ciudadano tiene los siguientes derechos de acuerdo a la Constitución, y el Estado asume la obligación de alcanzar la progresiva realización de dichos derechos por medidas razonables y dentro de sus habilidades y sus recursos

a) Alimentación adecuada y nutritiva y agua limpia”

#### 4.1.7. *La Constitución Política de Colombia*

“Artículo 49. La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad

(...)

Artículo 366. El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable”.

#### 4.1.8. *La Constitución de Etiopía*

“1. Cada etíope ha de tener derecho, dentro de los límites de los recursos del Estado, a alimentación, agua limpia, refugio, salud, educación y seguridad social”.

#### 4.1.9. *La Constitución de Eritrea*

“Artículo 10, inc. 3. El Estado tendrá la responsabilidad de regular toda la tierra, el agua y los recursos naturales y asegurar su administración de una manera balanceada y sustentable en el interés de las generaciones presentes y futuras, y de crear las condiciones para asegurar la participación del pueblo para proteger el ambiente.

(...)

Artículo 23, inc. 2. Toda la tierra, el agua y los recursos naturales debajo y encima de la superficie del territorio de Eritrea pertenecen al Estado. Los derechos de usufructo de los ciudadanos serán establecidos por ley”.

#### 4.1.10. *La Constitución de Gambia*

“Artículo 216. El Estado procurará facilitar el acceso equitativo al agua limpia y segura, salud adecuada y servicios médicos, refugio habitable, suficiente alimentación y seguridad para todas las personas”.

#### 4.1.11. *La Constitución de los Estados Unidos Mexicanos*

“Artículo 3. Toda persona tiene derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible. El Estado garantizará este derecho y la ley definirá las bases, apoyos y modalidades para el acceso y uso equitativo y sustentable de los recursos hídricos, estableciendo la participación de la Federación, las entidades federativas y los municipios, así como

la participación de la ciudadanía para la consecución de dichos fines”.

#### 4.1.12. *La Constitución de Panamá*

“Artículo 110. En materia de salud corresponde primordialmente al Estado (...)

4. Combatir las enfermedades transmisibles mediante el saneamiento ambiental, el desarrollo de la disponibilidad de agua potable y adoptar medidas de inmunización, profilaxis y tratamiento, proporcionadas colectiva o individualmente, a toda la población”.

#### 4.1.13. *La Constitución de Zambia*

“Artículo 10, a) El gobierno velará para proveer agua limpia y segura, facilidades médicas adecuadas y refugio para todas las personas y tomará medidas para mejorar constantemente dichas facilidades”.

### 4.2. *Legislaciones nacionales seleccionadas*

El Código de Agua de Benín establece que la primera prioridad en el uso del agua es para consumo humano, seguida de su uso para la agricultura, la industria, los usos municipales y el esparcimiento.

En Chad, la ley 016/PR que regula el agua subraya que la prioridad debe ser dada a asegurar el acceso de la población al agua potable.

En Francia, el gobierno modificó la ley de agua (Código Ambiental L 211.1) para afirmar la prioridad del agua para consumo humano sobre otros usos.

En Marruecos, el artículo 85 de la ley 10-95 sobre agua establece que, en caso de escasez hídrica, la prioridad debe ser dada al uso de agua para los usos personales y domésticos.

En Níger, el artículo 9 de la ley 98-041 que regula el agua subraya que, durante las sequías, las autoridades pueden prohibir el uso del agua que no está directamente relacionado con el consumo humano, incluyendo el agua para la jardinería, las piscinas o el lavado de automóviles.

En Sudáfrica, la sección 5 de la Ley de Servicios Hídricos señala que “si los servicios hídricos provistos por la institución de agua no pueden satisfacer los requerimientos de todos los consumidores existentes, debe dar prioridad a la provisión de agua y saneamiento esenciales para ellos”.

### 4.3. Jurisprudencia seleccionada<sup>(194)</sup>

#### 4.3.1. Sudáfrica

El caso *Mazibuko v. City of Johannesburg* se origina a raíz de la demanda de cinco residentes pobres del *township* de Soweto que cuestionaron: a) Que la política de la Ciudad de Johannesburgo de limitar el agua que se provee gratuitamente a cada titular de cuenta a la cantidad de 6 kilolitros por mes contraviene el artículo 27 de la Constitución que reconoce el derecho al agua potable y b) Que el establecimiento de medidores individuales de consumo de agua en las viviendas es incompatible con el mencionado artículo 27. La Corte Constitucional de Sudáfrica señaló que: "las culturas en todo el mundo reconocen la importancia del agua. El agua es vida. Sin ella, nada orgánico crece. Los seres humanos necesitamos el agua para beber, para cocinar, para higienizarnos y para cultivar nuestra comida. Sin ella, moriremos. No sorprende entonces que nuestra Constitución reconozca el derecho al acceso al agua". La Corte resolvió que política de la Ciudad era razonable para satisfacer el interés general y que el establecimiento de medidores individuales no contraviene el mentado artículo 27.<sup>(195)</sup>

En el caso *Residents of Bon Vista Mansions v. Southern Metropolitan Local Council 2002*, la Alta Corte de Sudáfrica hizo lugar a la medida cautelar de reconexión al servicio de agua corriente solicitada por varios residentes del distrito de Hillbrow, en Johannesburgo. Para así resolver, la Corte entendió que

"la obligación de respetar al acceso existente implica que el Estado no puede adoptar ninguna medida que implique denegar dicho acceso. Al desconectar el suministro de agua, el Consejo Local *prima facie* violó los derechos de los demandantes. La Corte se refirió a la Ley de Servicios de Agua (*Water Services Act*) y notó que dicha ley establece que el proveedor de servicios de agua puede establecer en qué condiciones dicho suministro ha de ser interrumpido. Dicho procedimiento debe ser justo y equitativo y debe notificarse en forma previa

(194) Esta sección se nutre, en parte, del documento elaborado por el CENTRE ON HOUSING RIGHTS AND EVICTIONS (COHRE), *Leading cases on economic, social and cultural rights: summaries*, COHRE, Ginebra, 2005.

(195) CORTE CONSTITUCIONAL DE SUDÁFRICA, *Mazibuko and Others v City of Johannesburg and Others* (CCT 39/09) [2009] ZACC 28; 2010 (3) BCLR 239 (CC); 2010 (4) SA 1 (CC), 08/10/2009.

la intención de desconectar el servicio de modo de facilitar el ejercicio de una representación adecuada. Cuando una persona puede probar al proveedor de servicios de agua que no puede pagar por los servicios básicos, el suministro no puede ser discontinuado".<sup>(196)</sup>

#### 4.3.2. India

En el caso *Fk Hussain v Union of India* un grupo de residentes de las islas de coral de Lakshadweep denunciaron que un proyecto del gobierno local destinado a obtener agua subterránea a gran escala a través de un sistema de bombeo habría de poner en peligro el delicado equilibrio hidrológico de la zona, generando un riesgo de salinización del agua destinada al consumo humano. La Alta Corte de Kerala, tras señalar que "el derecho al agua dulce, y el derecho al aire libre, son atributos del derecho a la vida porque éstos son los elementos básicos que sustentan la vida", le ordenó a las autoridades que remitieran sus planes de obtención de agua subterránea a los Ministerios de Ciencia y Medio Ambiente para su aprobación. Además, determinó que si se aprueba el plan, debe establecerse una agencia para monitorear el proyecto de modo de evitar que afecte el acceso al agua potable de la población local.<sup>(197)</sup>

En el caso *Narmada Bachao Andolan v. Union of India*, la Corte Suprema de la India decidió una disputa entre varios estados de la India respecto de la construcción de una represa hidroeléctrica en el río Narmada. La Corte entendió que

"el agua es un elemento sin el cual la vida no puede sostenerse. En consecuencia, una de las obligaciones primarias del gobierno es asegurar la disponibilidad del agua a la población (...)  
La represa hidroeléctrica sirven para muchos propósitos. Sirve como reservorio de agua dulce, genera electricidad y libera agua durante todo el año y en tiempos de escasez. Su capacidad de reserva sirve para controlar las inundaciones y el sistema de canales que emana de ella está pensado para proveer agua

---

(196) HIGH COURT OF SOUTH AFRICA, *Residents of Bon Vista Mansions v Southern Metropolitan Local Council*, 2002 (6) BCLR 625 (W). Para un análisis de estos precedentes judiciales, KOK, ANTON y LANGFORD, MALCOLM, "The Right to Water", en Brand, Danie y Heyns, Cristof (eds), *Socio-economic rights in South Africa*, Pretoria University Law Press, 2005, pp. 197/208.

(197) HIGH COURT OF KERALA, *F. K. Hussain v. Union of India and others*, O.P. 2741/1988, 26/02/1990.

para bebida, para la agricultura y la industria. Adicionalmente, es una fuente de generación de energía hidroeléctrica”.

En virtud de ello, la Corte decidió que la obra debía reanudarse, sin demora alguna, a fin de realizar, entre otros, el derecho al agua de las poblaciones que habrían de beneficiarse con su desarrollo.<sup>(198)</sup>

#### 4.3.3. Brasil

En el caso *Marques v. Estado de Paraná*, el Sr. Marques, residente de Londrina, estado de Paraná, solicitó una medida cautelar cuando la empresa proveedora de aguas interrumpió el suministro de agua en su vivienda. La Corte de Apelaciones de Paraná estableció que el servicio debía ser restablecido inmediatamente, ya que había una persona de alta vulnerabilidad, enferma, en la misma vivienda y esa consideración debía prevalecer sobre la discusión sobre la legalidad o no de la interrupción del suministro.<sup>(199)</sup>

#### 4.3.4. Colombia

En la *Acción de tutela instaurada por Flor Inid Jiménez de Correa en contra de las empresas públicas de Medellín*, la Corte Constitucional de Colombia confirmó la decisión del juzgado de primera instancia que había hecho lugar a la acción de tutela. Dicha acción se inició a raíz de la interrupción del suministro del servicio de agua a la nombrada por falta de pago. La actora tenía 56 años y sufría de una insuficiencia renal crónica, por lo que se le había prescrito la realización de diálisis en su casa. Si bien la empresa le ofreció saldar la deuda mediante un plan de pagos, la actora adujo que no podría incurrir en erogación alguna dada su precaria condición económica. La Corte consideró que el agua era esencial para el desarrollo del tratamiento médico de la nombrada y no sólo confirmó la sentencia de grado, sino que ordenó a la empresa proveedora de servicios eléctricos que también reanude el suministro de energía eléctrica en su vivienda.<sup>(200)</sup>

(198) SUPREME COURT OF INDIA, *Narmada Bachao Andolan vs Union Of India and Others*, 18/10/2000, 10 SCC 664. Para un análisis crítico de esta decisión y del movimiento de resistencia popular contra la construcción de esta represa, véase SHIVA, VANDANA, *Water Wars: Privatization, pollution and profit*, South End Press, Cambridge, 2002, pp. 64/65.

(199) JURISDICCIÓN ESPECIAL DE LA CORTE DE APELACIONES DE PARANÁ, *Marques v Estado de Paraná*, revisión 0208625-3, agosto de 2002.

(200) CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, *Acción de tutela instaurada por Flor Inid Jiménez de Correa en contra de las empresas públicas de Medellín*, 17/04/2007, sentencia T-270-07.

## 5. Los derechos humanos al agua potable y al saneamiento en el derecho argentino<sup>(201)</sup>

### 5.1. Constitución Nacional

Si bien la Constitución Nacional no menciona las palabras “agua” ni “saneamiento” en todo su articulado, los derechos humanos al agua y al saneamiento pueden entenderse implícitos en otros derechos que la misma Constitución reconoce. Así, el artículo 14 bis reconoce, entre “los beneficios de la seguridad social”, el “acceso a una vivienda digna”, lo que comprende, como vimos, servicios de agua potable y saneamiento.

Del mismo modo, los derechos al agua y al saneamiento de las personas privadas de la libertad pueden interpretarse a partir del artículo 18, ya que establece que “las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice”.

De igual manera, el artículo 41 reconoce el derecho a un ambiente sano y equilibrado y exige la utilización racional de los recursos naturales..

El artículo 42 tutela los derechos de consumidores a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos.

El artículo 43 reconoce la acción de amparo contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley, entre ellos los derechos al agua y al saneamiento.

El artículo 75, inciso 22 establece que “los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes” y que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo;

---

(201) Excede el objeto de este trabajo analizar cuál es el grado de efectivo goce y ejercicio de los derechos humanos al agua y al saneamiento en la Argentina, por lo que me limitaré a esbozar el marco jurídico general y a poner de resalto algunas decisiones judiciales de relevancia. Para la discusión, véase RIVAS, CARLOS (comp), *La Cuestión del Agua en Argentina*, op. cit., y ACIJ, CELS, COHRE, *El acceso a agua segura en el área Metropolitana de Buenos Aires: Una obligación impostergable*, Bs. As., noviembre de 2009.

la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.

Como se vio anteriormente, todos estos instrumentos reconocen, implícita o explícitamente, los derechos humanos al agua y al saneamiento.

En virtud de ello, puede sostenerse, sin hesitación alguna, que la Constitución Nacional tutela claramente los derechos humanos al agua potable y al saneamiento.

## 5.2. Leyes Nacionales

El artículo 124 de la Constitución Nacional establece que “corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio”. Así,

“en Argentina no existe un código de derecho de aguas de alcance nacional, sino que las normas referidas a ésta se encuentran dispersas en distintos cuerpos normativos de carácter provincial o federal (...) Por lo tanto, no existe una ley nacional que, preservando las competencias propias de las provincias, sirva de marco legal y presupuestario a la gestión integral del recurso agua, por lo cual sólo se hallan instrumentos dispersos. No obstante ello, la ley 25.688 estableció un Régimen de Gestión Ambiental de Aguas (...). Esta ley de alguna manera constituye un instrumento jurídico que puede considerarse como delineador de una política hídrica a nivel nacional (...). En este sentido, lo más similar a una política federal son los “*Principios Rectores de la Política Hídrica de la República Argentina*” (...). En diciembre de 2002 se crea el Consejo Hídrico Federal (COHIFE), una instancia federal donde debatir y consensuar los contenidos de una política hídrica”.<sup>(202)</sup>

(202) HERRERO, ANA CAROLINA, “Gestión de Cuencas Hídricas”, en Rivas, Carlos (comp.), *La Cuestión del Agua en Argentina*, op. cit., pp. 373/411.

### 5.3. *Jurisprudencia seleccionada*

#### 5.3.1. *El derecho al agua potable de las Comunidades Tobas*

En el año 2007 el Defensor del Pueblo de la Nación dedujo acción de amparo contra la Provincia del Chaco y el Estado Nacional,

“a fin de que se los condene a que adopten las medidas necesarias para modificar las actuales condiciones de vida de las poblaciones indígenas ubicadas en el sudeste del Departamento General Güemes y noroeste del Departamento Libertador General San Martín, de ese Estado local, las que debido a las reiteradas y sistemáticas omisiones en que han incurrido los demandados en prestar la debida asistencia humanitaria y social, se encuentran en una situación de exterminio silencioso, progresivo, sistemático e inexorable”.

Fundó su pretensión en los arts. 14 bis, 19, 33 y 75, incs. 17 y 19, de la Constitución Nacional y 14, 15, 35, 36, 37 y en el preámbulo de la Constitución de la Provincia del Chaco; en los arts. 4 y 25 del Pacto de San José de Costa Rica; 11, 12 y 28 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 1º, 3º, 8º y 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y 11 y 12 del PIDESC; en la CEDAW; en la ley 23.302 de Protección de las Comunidades Aborígenes, y su decreto reglamentario 155/89; en la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 27 de septiembre de 2004 y en el Convenio 169 de la Organización Nacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, aprobado por la ley 24.071. Asimismo, solicitó que, como medida cautelar, se ordene a los demandados a proveer asistencia alimentaria y sanitaria y agua potable. La Procuradora ante la Corte sostuvo en su dictamen que el caso no era de competencia originaria de la Corte, sino que debía acudir a la justicia provincial, y eventualmente, a la justicia federal de la provincia, pero señaló que si la Corte advertía peligro en la demora, podía hacer lugar a la medida. El 11 de septiembre de 2007 la Corte resolvió que

“le corresponde al Poder Judicial de la Nación buscar los caminos que permitan garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que estos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y de tomar decisiones en los procesos que se someten a su conocimiento, sobre todo cuando está en juego el derecho a la vida y a la integridad física de las personas. No debe verse en ello una intromisión indebida del Poder Judicial cuando lo

único que se hace es tender a tutelar derechos, o suplir omisiones en la medida en que dichos derechos puedan estar lesionados”.

En virtud de ello, ordenó a los demandados informar al tribunal 1) Comunidades que pueblan esos territorios y cantidad de habitantes que las integran. 2) Presupuesto para la atención de los asuntos indígenas y destino de los recursos fijados en las leyes respectivas. 3) Ejecución de programas de salud, alimentarios y de asistencia sanitaria. 4) Ejecución de programas de provisión de agua potable, fumigación y desinfección. 5) Ejecución de planes de educación. 6) Ejecución de programas habitacionales. Asimismo, convocó a las partes a una audiencia pública para discutir los asuntos antes señalados e hizo lugar a la medida cautelar solicitada, ordenando al Estado Nacional y a la Provincia del Chaco el suministro de agua potable y alimentos a las comunidades indígenas, como así también de un medio de transporte y comunicación adecuados, a cada uno de los puestos sanitarios. Las magistradas Argibay Molina y Highton de Nolasco emitieron votos en disidencia, compartiendo el dictamen de la Procuradora, pero acompañando la decisión de la mayoría de hacer lugar a la medida cautelar solicitada.<sup>(203)</sup>

### 5.3.2. Imposibilidad de interrumpir el suministro de agua por falta de pago en Córdoba

En el caso “Quevedo Miguel Angel y otros c/ Aguas Cordobesas SA”, la empresa Aguas Cordobesas SA decidió interrumpir el suministro de agua de varias familias indigentes por falta de pago. Las familias iniciaron una acción de amparo alegando que la interrupción del suministro era ilegal, que la empresa no había cumplimentado con su obligación de proveer la cantidad mínima de cincuenta litros por día —independientemente del pago o no— y que dicha cantidad debía ser incrementada a 200 litros por día. En su decisión, la jueza interviniente resolvió que la empresa tenía la facultad de reducir, aunque no interrumpir completamente, el suministro de agua por falta de pago. Además, señaló que la cantidad de 50 litros no era suficiente para satisfacer las necesidades familiares y le ordenó a la empresa que eleve el mínimo a 200 litros diarios. En el mismo sentido, adujo que es el gobierno provincial el garante de satisfacer la cantidad, calidad e inocuidad del agua de todas las personas porque se trata de un “servicio público esencial”. Por último, indicó que el carácter de “servicio público”

(203) CSJN, “Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional y otra (Provincia del Chaco) s/ proceso de conocimiento”, D. 587. XLIII.

nada tiene que ver con que la distribución esté a cargo de un particular o empresa, sino que significa que “responde a una necesidad básica”.<sup>(204)</sup>

### *5.3.3. La obligación del Estado de brindar agua potable a los barrios de emergencia*

En el caso “Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ) c. Ciudad de Buenos Aires”, un grupo de vecinos de la Villa 31 bis de la Ciudad de Buenos Aires, patrocinados por ACIJ, iniciaron una acción de amparo a fin de que el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires garantizara el suministro de agua potable en dicha zona. El juez de primera instancia hizo lugar a la acción impetrada y ordenó que hasta tanto se normalizara la prestación del servicio, el demandado debía proveer agua mediante camiones cisterna. La Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad confirmó el fallo. Para así resolver, la Cámara consideró que:

“a) El derecho al agua es un derecho humano fundamental cuyo respeto por parte del Estado no puede ser obviado en tanto constituye parte esencial del derecho a la vida y a la salud.

b) Si bien el acceso al agua potable requiere de una política estatal en la materia que establezca sistemas de suministro, ello no implica que el servicio pueda ser relegado mientras tales políticas son implementadas, sino que debe ser brindado por medios alternativos dado que el agua es esencial para la vida.

c) El principio de no regresividad veda a las autoridades públicas la posibilidad de adoptar medidas que reduzcan el nivel de los derechos sociales de los cuales goza la población, más aún si se encuentran en situación de precariedad y exclusión social.

d) Debe rechazarse la pretensión del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires tendiente a que se declare abstracta la acción de amparo deducida con el objeto de que se garantice el suministro de agua potable en un barrio de emergencia desde que, el propio demandado reconoció la imposibilidad parcial de provisión de agua potable respecto de los amparistas y existe un cumplimiento parcial de las obligaciones estatales impuestas por una medida cautelar y,

---

(204) J.Civ. y Com. 51A NOM. DE CÓRDOBA, “Quevedo Miguel Angel y otros c/Agua Cordobesas SA”, Amparo, 08/04/2002.

e) Si antes de la promoción de la acción de amparo interpuesta, el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires decidió proveer de agua potable a la población que reside en un barrio de emergencia, se encuentra obligado a continuar dando dicho servicio, en virtud de la teoría de los actos propios” (Del voto del Dr. Centanaro).<sup>(205)</sup>

*5.3.4. La obligación del Estado de brindar agua potable directamente de otra fuente, si la fuente natural del agua se encuentra contaminada, hasta que se concluyan las obras de saneamiento*

En el caso “Defensoría de Menores Nro. 3 v. Poder Ejecutivo Municipal”, el Defensor de Menores inició una acción de amparo en representación de los niños, niñas y adolescentes de la colonia rural de Valentina Norte, los cuales estaban consumiendo agua contaminada con hidrocarburos. El Superior Tribunal de la Provincia confirmó la decisión de la Cámara de Apelaciones que había ordenado que se haga entrega a cada individuo de la colonia de 100 litros diarios —y, de corresponder, los medios para su almacenamiento seguro— hasta tanto se encuentre y solucione el problema de la contaminación del agua subterránea.<sup>(206)</sup>

*5.3.5. El derecho de los niños y jóvenes de una comunidad indígena al consumo de agua potable*

En el caso “Menores Comunidad Paynemil s/acción de amparo” la Defensora Oficial de Menores de la Provincia de Neuquén interpuso una acción de amparo a fin de garantizar la salud de los niños y jóvenes de la comunidad indígena mapuche Paynemil afectados por el consumo de agua contaminada con plomo y mercurio. En la acción solicitó que se obligue al Estado a proveer agua potable en cantidad necesaria para la supervivencia de la población afectada, a realizar el diagnóstico y tratamiento de los menores afectados, y adoptar las medidas pertinentes para impedir en lo sucesivo la contaminación del suelo y el agua. La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Civil de Neuquén confirmó la sentencia de primera instancia, haciendo lugar a la acción y condenando al Poder Ejecutivo Provincial a: 1) proveer 250 litros de agua potable diarios por habitante; 2) asegurar —en el plazo de 45 días— la provisión de agua potable a los afectados por

(205) CAPEL. CONT. ADM. Y TRIBUT., Sala I, “Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ) c/ Ciudad de Buenos Aires”, 18/07/2007.

(206) TSJ NEUQUÉN, Sala Civ., “Defensoría de Menores N° 3 v. Poder Ejecutivo Municipal”, Acuerdo 5, 02/03/1999.

cualquier medio conducente a ese fin; 3) poner en funcionamiento —en el plazo de 7 días— las acciones tendientes a determinar si existían daños por contaminación de metales pesados en los habitantes y, en caso afirmativo; 4) realizar los tratamientos necesarios para su curación, y; 5) tomar las previsiones necesarias para asegurar la preservación del medio ambiente de la contaminación. El tribunal entendió que había existido una omisión arbitraria del Estado provincial —la omisión de actuar con la debida diligencia— en la protección del derecho a la salud y al medio ambiente sano de la comunidad y, en particular, de los niños que la integran.<sup>(207)</sup>

### *5.3.6. La contaminación de un río y la consecuente imposibilidad de acceso a agua potable de las comunidades afectadas*

En el caso “Marchisio José Bautista y otros c/ Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba y otros–Amparo”, algunos ciudadanos y la Fundación Centro de Derechos Humanos y Medio Ambiente (CEDHA) iniciaron una acción de amparo contra el Poder Ejecutivo Municipal de la ciudad de Córdoba y el Poder Ejecutivo Provincial de Córdoba a raíz de la contaminación del río Suquía, y la provisión de agua potable a vecinos que carecían de la misma. Los actores peticionaron el cese de la contaminación del río, la instalación de un sistema permanente de provisión de agua potable —indispensable para llevar una vida en dignidad humana— y la adecuación de la Estación Depuradora de Aguas Residuales (EDAR) de la ciudad de Córdoba, ya que la misma vuelca al río líquidos cloacales sin el tratamiento adecuado. El juzgado interviniente resolvió condenar al Municipio a minimizar el impacto ambiental producto de la Estación Depuradora, y a la Provincia a que provea 200 litros diarios de agua potable a los ciudadanos que accionaron junto con CEDHA hasta tanto se realice una obra que garantice el acceso al agua.<sup>(208)</sup>

## **6. Conclusión**

Al igual que lo expresé con respecto al derecho a la alimentación adecuada en otro trabajo,<sup>(209)</sup> los derechos humanos al agua y al saneamiento cuentan con un suficiente grado de protección normativa en todos los

(207) CAPEL. CIV., COM., LAB. Y MINERÍA, sala II, “Menores Comunidad Paynemil s/ acción de amparo”, Expte. 311-CA-1997, 19/05/997.

(208) JCIV. Y COM. 8A NOM., “Marchisio José Bautista y otros c/ Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba y otros”, Amparo Expte. 500003/36, 14/10/2004.

(209) FILARDI, MARCOS EZEQUIEL, “El Derecho a la Alimentación Adecuada”, en Rey, Sebastián A. (coord.), *Problemas Actuales de Derechos Humanos*, n° I, Bs. As., Eudeba, 2012, p. 131.

niveles. Por ello, la lucha, aquí y ahora, no ha de centrarse en la búsqueda de un mayor o mejor reconocimiento normativo de estos derechos, sino en la consecución de políticas públicas que los hagan realidad.

La Organización de las Naciones Unidas estima que para el año 2025 aproximadamente dos tercios de la población mundial —unos 5,5 billones de personas— vivirán en áreas con estrés hídrico moderado a grave.<sup>(210)</sup>

¿Cómo enfrentaremos esta situación? ¿Sosteniendo que el agua es una mercancía librada a las reglas de juego del mercado? ¿Legitimando el acaparamiento y privatización de aguas en las manos de unos pocos que quieren monopolizar el negocio? ¿O enarbolando la bandera del agua como un derecho humano?

Me sumo a quienes proponen enfrentar los tiempos que se avecinan desde el paradigma de una verdadera “democracia hídrica”, cuyos principios sean:

- a. El agua es un regalo de la naturaleza.
- b. El agua es esencial para la vida.
- c. La vida está interconectada a través del agua.
- d. El agua debe ser gratuita para satisfacer las necesidades de manutención.
- e. El agua es limitada y puede agotarse.
- f. El agua debe conservarse.
- g. El agua es un bien común.
- h. Nadie tiene derecho a destruir el agua.
- i. El agua no puede ser sustituida.<sup>(211)</sup>

En otras palabras, que podamos entender finalmente que “la vida debe estar en el centro de todo y alrededor de ella debe girar la política y la economía ya que es la única manera de asegurar el presente y el futuro”.<sup>(212)</sup>



(210) Véase [en línea] [www.un.org/waterforlifedecade/](http://www.un.org/waterforlifedecade/)

(211) SHIVA, VANDANA, *Water Wars*, op. cit., pp. 35/36.

(212) BRUZZONE, ELSA, “Agua para la Vida”, en AAVV, *Seguridad y Soberanía Alimentaria*, Bs. As., Akadia, 2013, p. 157.



# El delito de terrorismo, el Derecho Internacional Público y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

JUAN MANUEL BRADI<sup>(1)</sup>



## 1. Introducción

En el presente trabajo intentaré abordar la problemática suscitada en torno a la tipificación y calificación del terrorismo internacional, visto desde el Derecho Internacional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Sabido es que el Derecho Internacional es un sistema de normas que rigen a la comunidad internacional en donde prevalece la cooperación y reciprocidad entre los Estados y los diferentes sujetos internacionales. A raíz de ello, la temática referida al terrorismo ha ocasionado grandes discusiones y problemas, ya sea en cuanto a su definición, alcance, extensión y sanción.

---

(1) Abogado (UBA). Maestrando en Relaciones Internacionales (UBA). Posgrado en Derecho de la Integración (UBA). Asesor de la Secretaría de Ciencia, Tecnología y Producción del Ministerio de Defensa de la Nación. Profesor Adjunto Interino de Derecho Internacional Público (UBA). Profesor Adjunto de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado (PTN).

Comenzaré el presente estudio evocando los antecedentes recientes que existen sobre el tema, desde el intento de definición elaborada por la otrora Sociedad de las Naciones hasta las más recientes discutidas en el ámbito de las Naciones Unidas. Haré un repaso por la actividad llevada a cabo en el marco de la ONU por la Asamblea General y por el Consejo de Seguridad y se remarcarán algunas Convenciones adoptadas bajo su auspicio.

Una de las cuestiones más interesantes que plantea la temática en estudio es la existencia o no de un crimen internacional al cometer un acto de terrorismo. Esto es, se discute si la comisión de un acto de terrorismo puede asemejarse a la comisión de un crimen internacional con todas las consecuencias gravosas que ello conlleva. Aclaro, que la posición adoptada en este trabajo quizás no sea la posición dominante en la doctrina y la jurisprudencia internacional.

Otro de los ítems que abarco se relaciona con el terrorismo enmarcado desde el instituto de la extradición y su comparación con los delitos políticos. Allí veré la posibilidad fáctica y jurídica que existe en la extradición de un imputado de cometer un acto de terrorismo y/o un delito político. Intentaré realizar una diferencia sustancial entre uno y otro delito, delimitando sus características propias y distintivas.

Luego discutiré sobre el terrorismo en relación al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La posibilidad de coexistencia entre estos dos ámbitos tan disímiles y que plantean miradas diferentes según el bien jurídico tutelado.

Para terminar con el desarrollo comentaré un fallo jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Argentina —*in re "Lariz Iriondo"*—, en el cual se discutía la posibilidad de extraditar desde la Argentina y hacia España a una persona imputada de delitos de terrorismo y perteneciente a la agrupación terrorista ETA. Veré las distintas aristas suscitadas y la resolución final adoptada por nuestro Máximo Tribunal judicial. También, reseño las posturas asumidas por los miembros del Tribunal que me resultaron más interesantes y que nos pueden aportar un poco de claridad sobre el pensamiento dominante entre nuestros juristas más importantes.

Para finalizar, procuraré reflexionar y concluir sobre los distintos puntos abarcados en el presente trabajo para contribuir desde una perspectiva netamente personal sobre una temática tan compleja y tan actual como el terrorismo internacional.

## 2. Un poco de historia. Antecedentes

En el año 1937, bajo los auspicios de la entonces Sociedad de las Naciones, se había adoptado la Convención para la Prevención y Sanción del Terrorismo. Sin embargo, faltó el número necesario de Estados suscriptores para que la misma entrase en vigor. En dicha Convención se definía a los actos de terrorismo como actos criminales dirigidos contra un Estado con la intención y objeto de crear un estado de terror en las mentes de las personas a título particular o del público en general. Esta definición carecía de elementos que permitiesen una clara distinción en los posibles móviles del acto; sean estos políticos o comunes.

En el marco de la ONU, la Asamblea General estableció entre 1972 y 1979 una Comisión Especial para examinar el tema cuyos trabajos no tuvieron éxito y a partir de ese momento y hasta 1985 la Sexta Comisión de la Asamblea General se ocupó de su consideración. En ese marco y bajo los auspicios de la Organización, en 1997, se adoptó el Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas y en 1999 el Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo. Sin embargo, ninguno de esos tratados contiene una definición genérica de lo que cabría entender por "terrorismo internacional", limitándose a tipificar uno y otro ilícito. De ambos acuerdos internacionales surge claramente la obligación, para quienes expresan su consentimiento en obligarse por ellos, de adoptar las medidas necesarias para prevenir y sancionar, juzgando o dando a juzgar a presuntos responsables de los actos de terrorismo internacional a los que los mencionados acuerdos se refieren.

En la Declaración de la Asamblea General sobre medidas para eliminar el terrorismo internacional,<sup>(2)</sup> se expresa el convencimiento de que la supresión de los actos de terrorismo internacional, incluidos aquéllos en los que hay Estados directa o indirectamente involucrados, es fundamental para el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales y que los responsables de los actos de terrorismo internacional deben ser sometidos a la acción de la justicia. Por ende, en ella se declara que los actos, los métodos y las prácticas terroristas constituyen una violación grave de los Propósitos y los Principios de las Naciones Unidas y pueden representar una amenaza para la paz y la seguridad internacional, es decir, poner en peligro las relaciones de amistad de los Estados, obstaculizar las libertades fundamentales

(2) Declaración de la Asamblea General, [en línea] (Anexo A/RES/49/60).

y las bases democráticas de la sociedad, por lo que los actos criminales con fines políticos concebidos o planeados para provocar un estado de terror en la población general, en un grupo de personas o en personas determinadas son injustificables en todas las circunstancias. Se afirma así, la obligación de los Estados de asegurar la aprehensión, el enjuiciamiento o la extradición de los autores de actos de terrorismo.

En la Declaración de la Asamblea General sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados<sup>(3)</sup> se expresa que todo Estado tiene el deber de abstenerse de organizar, instigar, ayudar o participar en actos de terrorismo en otro Estado o de consentir actividades organizadas dentro de su territorio encaminadas a la comisión de dichos actos, cuando los actos a que se hace referencia impliquen recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza.

Si bien es cierto que las Resoluciones de la Asamblea General no tienen carácter vinculante, en ocasiones —tal como lo señalara la Corte Internacional de Justicia (CIJ)— pueden tener valor normativo. La Corte expresó así que, en ciertas circunstancias, pueden proporcionar pruebas importantes para determinar la existencia de una norma o la aparición de *opinio juris* y asimismo que una serie de resoluciones pueden mostrar la evolución gradual de esta *opinio juris* necesaria para el establecimiento de una nueva norma.<sup>(4)</sup>

En este sentido, basta señalar que los términos de estas Declaraciones de la Asamblea General fueron tomados particularmente en cuenta en Resoluciones ulteriores del Consejo de Seguridad <sup>(5)</sup> en las que se condenan los actos de terrorismo internacional, reafirmandose que constituyen una amenaza a la paz y la seguridad internacional y, por ende, se insta a los Estados a cooperar en el marco de acuerdos para prevenir y reprimir los actos de terrorismo y enjuiciar a los responsables de tales actos. En dichas resoluciones también se instó a los Estados a que previnieran y reprimiesen la financiación de los actos de terrorismo para lo cual han de tipificar como delitos la provisión o recaudación internacionales de fondos por sus nacionales, o en sus territorios, con intención de que dichos fondos se utilicen —o con conocimiento de que dichos fondos se utilizarán— para perpetrar

---

(3) Declaración de la Asamblea General sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados, A/2625 XXV.

(4) CIJ, Legalidad de la Amenaza o el empleo de armar nucleares, Recueil, 1996.

(5) ONU, Resoluciones del Consejo de Seguridad, S/1269 (1999); S/1373 (2001), S/1456 (2003), entre otras.

actos de terrorismo. También, deberán asegurar el enjuiciamiento de toda persona que participe en la financiación, la planificación, la perpetración o la comisión de actos de terrorismo o preste apoyo a esos actos.

A la obligación del Estado de prevenir actos de terrorismo internacional se sumaría la de sancionar a los responsables, lo que comporta la adopción de medidas internas tendientes a impedirlos o reprimirlos, mediante la tipificación de las conductas ilícitas, estableciendo su jurisdicción, designando las instancias que habrían de conocer y determinando las penas que corresponderían.

Ahora bien, cabe interrogarse sobre una eventual aplicación a este tipo de actos de terrorismo, una tercera obligación impuesta a los Estados en el ámbito de las infracciones graves al derecho internacional humanitario, así como en otros tratados con relación a las materias específicas que regulan; esto es, el Estado no sólo tienen la obligación de juzgar, sino la de dar a juzgar en caso de que se considerase que el hecho no sería de conocimiento de sus Tribunales. Aquí se consagra el principio *aut dedere aut judicare*. Es decir, en la especie, la de extraditar al presunto terrorista que se encuentre en su territorio en caso de no procesarlo ante los tribunales nacionales. En este supuesto, cabe recordar que en el famoso caso "Lockerbie", el Consejo de Seguridad de la ONU determinó la existencia de una amenaza a la paz y a la seguridad internacionales<sup>(6)</sup> e impuso a Libia una serie de medidas coercitivas que no implicaron el uso de la fuerza; ello en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas.

El contenido de esta resolución del Consejo nos indicaría que ante el supuesto de comisión de actos de terrorismo internacional, a la obligación de juzgar se agregaría, en su defecto, la de dar a juzgar. En este mismo sentido, cabe señalar que el terrorismo internacional no habría de ser considerado como un delito político y que, por ende, no cabría dar asilo al acusado de cometer tales actos.

### 3. Medidas concretas adoptadas en el marco de la ONU

El Consejo de Seguridad de la ONU, en ejercicio de las competencias que se le atribuyen en el Capítulo VII de la Carta, decidió instituir un Comité especial contra el terrorismo,<sup>(7)</sup> en cuyo marco el Secretario General creó

(6) ONU, S/731 (1992).

(7) ONU, S/1373 (2001).

un Grupo Asesor sobre las Naciones Unidas y el Terrorismo. En el informe brindado por este Grupo<sup>(8)</sup> se intenta una caracterización del terrorismo, donde se especifica que es un ataque a derechos fundamentales; es un acto político cuyo objetivo es infligir daños dramáticos y mortales a civiles y crear una atmósfera de temor, generalmente con fines políticos o ideológicos, sean seculares o religiosos. A la luz de ello, se considera que es un acto delictivo y que la ONU debe propugnar, cumplir y reafirmar los Propósitos y Principios de la Carta cuyo núcleo se ve menoscabado y amenazado por el terrorismo.

Por ende, se recomienda apoyar los esfuerzos mundiales para disuadir a los grupos descontentos de adoptar el terrorismo, mediante el establecimiento de normas que conecten los instrumentos que tipifican delitos y la lucha contra el terrorismo; el afianzamiento de la protección de los derechos humanos; y la cooperación con los Estados en la elaboración de normas internas. Asimismo, se sugiere denegar a grupos o individuos los medios para llevar a cabo actos de terrorismo, particularmente, por medio de la actividad del Comité contra el Terrorismo, también se señala que lo que se pretende no es imponer sanciones a los Estados, sino sancionar actos de terrorismo y a los terroristas. Por último, en este informe se sugiere fomentar una cooperación internacional amplia en la lucha contra el terrorismo, particularmente, entre la ONU y las organizaciones regionales.

En septiembre de 2005, se presentó a la Cumbre celebrada con motivo del 60 aniversario de la ONU el Informe preparado por el entonces Secretario General de la Organización. En este Informe, entre las amenazas a la paz y a la seguridad a las que ha de hacerse frente en este siglo XXI, se menciona especialmente el terrorismo, se propuso a los Estados miembros que, como punto de partida, acuerden una definición y la incluyan en una convención general. Esta definición debería dejar en claro que, además de las acciones ya prohibidas por las convenciones existentes, constituye terrorismo toda acción encaminada a causar la muerte o un grave daño corporal a civiles o no combatientes con el fin de intimidar a la población u obligar a un Gobierno u organización internacional a hacer o dejar de hacer alguna cosa. El terrorismo internacional, continúa el Informe, es una amenaza para todo lo que las Naciones Unidas representan.

---

(8) ONU, A/57/273.

El Informe fue acogido positivamente y en el Documento Final de la Cumbre 2005 —Resolución A/60/1—<sup>(9)</sup> se solicitó al Secretario General que presentara propuestas a fin de reforzar la capacidad del sistema de las Naciones Unidas para ayudar a los Estados a luchar contra el terrorismo y aumentar la coordinación de las actividades de las Naciones Unidas a este respecto. Las Recomendaciones del Secretario General sobre una estrategia mundial contra el terrorismo están contenidas en su Informe Unidos contra el Terrorismo que fue preparado con la asistencia de un Equipo Especial para la lucha contra el terrorismo que se había establecido en el 2005.

Por su parte, las organizaciones regionales tampoco han permanecido ajenas a este fenómeno, puesto que en sus ámbitos se han adoptado tratados y acciones para eliminar el terrorismo. Tal es el caso de la Convención Europea para la Eliminación del Terrorismo del año 1976. En el marco de la Organización de Estados Americanos, la Asamblea General estableció un Comité Interamericano contra el Terrorismo cuyo propósito es desarrollar la cooperación en modo a prevenir y combatir el terrorismo; y en el año 2002 se adoptó la Convención Interamericana contra el Terrorismo —la Argentina la aprobó mediante ley 26.023—.

#### 4. El Terrorismo como crimen internacional

Los crímenes internacionales están tipificados en normas de carácter imperativo que, al amparar valores esenciales, generan obligaciones oponibles *erga omnes*, siendo trascendente para la comunidad internacional en su conjunto prevenir, juzgar y sancionar su comisión. La tipificación de crímenes internacionales puede encontrarse también en tratados internacionales, pero los principios que derivan de ellos no sólo vinculan a los Estados Parte sino que también originan derechos y obligaciones para toda la comunidad internacional.

La noción de “crimen internacional” se adoptó a partir del Estatuto y la sentencia del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg en relación a los crímenes de guerra, los crímenes contra la paz y los crímenes de lesa humanidad y, ulteriormente, fue utilizada para calificar al genocidio y al apartheid.

La disyuntiva se presenta ante la pregunta de si los actos de terrorismo internacional también constituyen crímenes internacionales, en cuanto vul-

(9) Ver [en línea] [http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/hrcouncil/docs/gaA.RES.60.1\\_Sp.pdf](http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/hrcouncil/docs/gaA.RES.60.1_Sp.pdf)

neran la paz y seguridad internacionales y, si así fuese, entonces, sería necesario precisar el alcance de la responsabilidad que acarrearía su comisión.

Los tratados internacionales que fueron adoptados en el ámbito del sistema de las Naciones Unidas, así como las Resoluciones de la Asamblea General y del propio Consejo de Seguridad constituyen una valiosa indicación de la percepción por los Estados y por la ONU de la gravedad de los actos de terrorismo internacional y un primer indicio de que su comisión constituiría un crimen internacional.

A modo de ejemplo, entre los tratados sancionados al respecto podemos mencionar: el Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de aeronaves, Tokio, 1963; el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, La Haya, 1970; el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, Montreal, 1971; el Convención Internacional contra la toma de rehenes, Nueva York, 1979; el Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, Nueva York, 1997; el Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo internacional, Nueva York, 1999; el Convenio Internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear, 2005, entre muchos otros.

En consecuencia, la práctica, generalmente, aceptada parecería revelar a través de decisiones del Consejo de Seguridad, Declaraciones de la Asamblea General, tratados multilaterales adoptados en el seno de la ONU y de los organismos regionales, las obligaciones que pesarían sobre los Estados de prevenir y sancionar tanto actos de terrorismo internacional como terroristas. Si se admitiera que estas obligaciones derivan del derecho internacional general, ello implicaría que tales actos constituirían un crimen internacional, de lo que se inferiría que las personas que los cometieren o que de algún modo participaren en su comisión son directamente responsables en virtud de este ordenamiento. Tal conclusión se vería avalada por el hecho de que en numerosas legislaciones nacionales se tipifica el terrorismo internacional como delito, se toman los elementos que lo configuran del Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo de 1999.

Pero aun cuando, con sustento en el derecho internacional general pueda llegar a sostenerse que el terrorismo internacional o transnacional comporta un crimen de este ordenamiento jurídico, y genere la responsabilidad penal individual de quienes planeen, ejecuten, o de algún modo,

colaboren en su comisión, cabe señalar que dificultades políticas impidieron, en su momento, consensuar en un texto convencional multilateral atribuyendo competencia para conocer en este tipo de actos a la Corte Penal Internacional.

Sin embargo, en el Acta Final de la Conferencia de Roma en la que se adoptó el Estatuto de la Corte Penal Internacional, se dejó constancia de reconsiderar la definición de este crimen para examinar su inclusión en el ámbito material de competencia del Tribunal en la Primera Conferencia de Revisión del Estatuto que se realice.

## 5. Terrorismo en relación al Derecho Internacional de los Derechos Humanos

El Consejo de Seguridad de la ONU, mediante Resolución 1624,<sup>(10)</sup> alegó que la incitación a la comisión de actos de terrorismo por motivos de extremismo e intolerancia constituye un peligro grave y creciente para el goce de los derechos humanos y una amenaza para el desarrollo social y económico de todos los Estados, socava la estabilidad y prosperidad mundiales, y debe ser afrontada por las Naciones Unidas y todos los Estados con urgencia y de manera activa.

Además, recalcó la necesidad de adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas de conformidad con el derecho internacional, en los planos nacional e internacional, para proteger el derecho a la vida. Sin embargo, también subrayó que los Estados deben asegurarse de que cualquier medida adoptada para luchar contra el terrorismo se ajuste a las obligaciones que les incumben en virtud del derecho internacional, y que deben adoptarlas de conformidad con ese derecho, en particular el derecho internacional relativo a los derechos humanos, el derecho relativo a los refugiados y el derecho humanitario.

Así, instó a todos los Estados a que adopten las medidas necesarias y adecuadas en cumplimiento de sus obligaciones de derecho internacional para prohibir por ley la incitación a la comisión de actos de terrorismo, denegar protección a toda persona respecto de la cual se disponga de información pertinente por la que haya razones fundadas para considerar que es culpable de esa conducta y a cooperar para reforzar la seguridad de sus fronteras internacionales.

(10) ONU, Resolución 1624 (2005), [en línea] <http://www.un.org/es/terrorism/sc-res.shtml>

A su vez, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en su "Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos",<sup>(11)</sup> afirmó que las medidas de protección de los derechos humanos del sistema interamericano son concernientes a las iniciativas de los Estados miembros para responder al terrorismo en varios aspectos. Cabe señalar que constituyen obligaciones jurídicas internacionales que son obligatorias para los Estados miembros en todo momento, ya sea en tiempos de guerra o emergencia, o en tiempos de paz —algunas situaciones de terrorismo podrían presumiblemente presentar condiciones en las cuales los Estados miembros podrían legítimamente restringir o derogar ciertos derechos; y ciertos derechos, incluido el derecho a la vida, el derecho a un trato humano y los componentes fundamentales del derecho al debido proceso y a un juicio justo— nunca pueden ser legítimamente objeto de restricción o derogación, en circunstancia alguna.

Las protecciones del derecho a la vida establecidas por el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario son particularmente relevantes para dos tipos de iniciativas antiterroristas que pueden emprenderse en tiempos de paz, en estados de emergencia y en conflictos armados. Estas iniciativas son el uso de la fuerza letal durante operativos antiterroristas por parte de agentes del Estado y la aplicación de la pena de muerte a condenados de delitos relacionados con el terrorismo.

"En el curso de las operaciones antiterroristas, los agentes del Estado podrían recurrir al uso de la fuerza letal contra sospechosos terroristas. En efecto, el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar la seguridad de todos y esto, en algunas circunstancias, puede requerir el uso de fuerza letal. Sin embargo, como lo ha recalcado la Corte Interamericana en el contexto del uso de la fuerza por funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, 'independientemente de la gravedad de ciertas acciones y de la culpabilidad de quienes cometen ciertos delitos, el poder del Estado no es ilimitado, ni puede el Estado recurrir a cualquier medio para alcanzar sus fines. El Estado está sometido a la ley y a la moral. El irrespeto por la dignidad humana no puede servir de base para ninguna acción del Estado'".

---

(11) CIDH, "Informe sobre terrorismo y derechos humanos", [en línea] OEA/Ser.L/V/II.116, 22 octubre del 2002.

En su empeño por eliminar el terrorismo, la Comisión señala en su informe que los Estados con frecuencia han recurrido a la imposición de la pena de muerte como castigo por los delitos relacionados con el terrorismo, lo cual también tiene implicaciones para el derecho a la vida. Independientemente de que esta medida sea impuesta durante tiempo de paz o en situaciones de conflicto armado, existen ciertas restricciones que se aplican en todo momento como protecciones fundamentales y no derogables bajo el derecho internacional de los derechos humanos y/o el derecho internacional humanitario.

Primero, ciertas condiciones limitan la capacidad del Estado de someter los delitos relacionados con el terrorismo a la pena capital. Los Estados Partes de la Convención Americana que han abolido la pena de muerte por tales delitos no pueden reimplantarla y los Estados que crean nuevos delitos de terrorismo y que han ratificado la Convención no pueden castigar esos delitos con la pena capital. Segundo, en los casos en que un Estado legítimamente somete los delitos relacionados con el terrorismo a la pena capital, también hay ciertas condiciones que limitan la manera en que se puede aplicar la pena. En particular, sólo puede ser pronunciada una sentencia de muerte de acuerdo con una decisión definitiva a cargo de un tribunal competente, y de acuerdo con una ley que establezca ese castigo y que haya sido promulgada con anterioridad a la comisión del delito. Sólo se puede imponer la pena de muerte para los delitos más graves y no puede aplicarse con base en normas de pena obligatoria.

La pena capital nunca puede aplicarse por delitos políticos o delitos comunes conexos. Al respecto, corresponde señalar que ciertos instrumentos internacionales de antiterrorismo explícitamente estipulan que los delitos de terrorismo definidos en dichos instrumentos no deben considerarse delitos políticos o delitos comunes afines para los efectos de la extradición o la cooperación jurídica mutua.

## **6. Extradición, terrorismo internacional y delitos políticos**

La extradición es un procedimiento de asistencia judicial internacional, cuyo fundamento radica en el interés común a todos los Estados de que los delincuentes sean juzgados en el país a cuya jurisdicción internacional corresponde el conocimiento de los respectivos hechos delictivos, y en las actuaciones sobre extradición el criterio judicial debe ser favorable al propósito de beneficio universal que la inspira.

Siempre ha suscitado controversia la diferencia existente entre los actos de terrorismo y los delitos políticos, atento a que los delitos políticos suelen no ser extraditables en la mayoría de los tratados signados al respecto y en las legislaciones internas.

A modo de ejemplo, nuestra legislación interna: la ley 24.767,<sup>(12)</sup> Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal, señala en su artículo 8° inc. a, que la extradición no procederá cuando el delito que la motiva fuese un delito político. Y, en su artículo 9° inc. f, complementa estableciendo que no se consideraran delitos políticos a los actos de terrorismo.

Ahora bien, no es la ideología lo que determina la ilegalidad de un acto criminal sino los medios que —para el cumplimiento de no importa qué fines— se utilizan. No se busca incriminar por sí misma la pertenencia a un grupo cuyo fin es restaurar un régimen, sino en cuanto éste utiliza el terrorismo como vía para lograr la imposición de su ideología.

Para ser considerado delito político, debería tratarse de un hecho que atentase exclusivamente contra la organización política de un país determinado, o bien que tuviera por fin asegurar la comisión de un atentado de ese tipo, o que fuera una secuela inmediata y directa del mismo.

Sin embargo, aun cuando se cometiera exclusivamente contra el orden político del Estado escaparía a aquella categoría en el caso de que, por sus conexiones internacionales, constituyera una amenaza para la paz y la seguridad de las naciones o —independientemente de los límites espaciales de sus efectos— involucrase atentados contra la vida y la propiedad de las personas que, por su falta de proporción con el fin buscado, así como por la gravedad de la ofensa, integraren el género de los delitos *iuris gentium*. El delito de terrorismo cae bajo estas consideraciones. En efecto, se trata de un sistema de subversión del orden y la seguridad pública que, si bien en la comisión de ciertos hechos aislados puede apuntar a un Estado determinado, últimamente se caracteriza por desconocer los límites territoriales del país afectado, constituyéndose de este modo en una seria amenaza para la paz y la seguridad de la comunidad internacional.

Es por ello, que su persecución no interesa exclusivamente al Estado directamente perjudicado por sus acciones, sino que se trata de una meta cuyo logro beneficia, en última instancia, a todas las naciones civilizadas,

---

(12) Sancionada el 18 de diciembre de 1996. Promulgada de hecho el 13 de enero de 1997.

que por ello están obligadas a cooperar en la lucha mundial contra el terrorismo, tanto por la vía de los tratados internacionales vigentes, como a través de la coordinación de sus derechos internos para una mayor eficacia en aquella lucha.

Respecto de la inclusión de terrorismo dentro del género de los delitos contra el derecho de gentes, cabe tener en cuenta que aquél abarca actos que no connotan ventajas de orden militar y, además, causan un sufrimiento innecesario y un peligro inútil para las vidas humanas de la población civil. Se patentiza de este modo una desproporción total entre el fin político o ideológico buscado —si lo hay— y el medio empleado, con la consecuente violación de los más elementales principios de convivencia humana civilizada. Dado que el terrorismo implica la comisión de crueldades sobre gente inocente e indefensa, su comisión no puede quedar alcanzada por el principio de no extraditabilidad de los delitos políticos, puesto que la doctrina sobre la cual se funda esta garantía fue inicialmente concebida para la protección de los derechos humanos y no para amparar a quienes atentan contra ellos con la más abierta impunidad.

El 10 de mayo de 2005, la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió un caso en el cual el Reino de España solicitó a la República Argentina la extradición de José María Lariz Iriondo de conformidad con el Tratado de Extradición y Asistencia Judicial Internacional en materia penal celebrado entre ellos. <sup>(13)</sup>

El imputado fue procesado por la justicia española, en marzo de 2002, por actos de terrorismo atribuidos a la ETA que habían acaecidos entre el mes de diciembre de 1982 y octubre de 1984.

En primera instancia, se denegó la extradición de Lariz Iriondo al considerar que la acción penal por la cual fue requerido por España se encontraba extinta para la ley Argentina. Esta circunstancia configura uno de los supuestos de denegación del pedido de extradición establecido en el tratado bilateral, donde se requiere que la acción se encuentre vigente para los dos ordenamientos jurídicos.

Al resolver en este caso, la Corte planteó que el agravio de la prescripción de la acción penal no puede escindirse de otras dos cuestiones que también fueron materia del recurso ordinario de apelación, a saber, el alcance

(13) CSJN, in re "Lariz Iriondo, Jesús María s/ solicitud de extradición", 10/05/2005 (Fallos 328:1268).

de los hechos incluidos en el pedido de extradición y la subsunción legal en el país requerido.

Con relación a la vigencia de la acción penal, la Corte entendió que a la luz de las distintas soluciones previstas por el derecho interno, ésta se encontraba prescripta, aun si se optaba por subsumir la conducta imputada a Lariz Iriondo a la calificación más gravosa de cada tipo penal.

Por su parte, el Procurador General de la Nación sostuvo que para superar el problema que en el caso representó la prescripción de la acción penal, resultaba aplicable el Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas. Éste argumentó que las disposiciones de este convenio multilateral modifican, para los delitos en él contemplados, el tratado bilateral celebrado entre Argentina y España, especialmente en lo que respecta a la prescripción de la acción penal para el país requerido como causal para denegar la colaboración internacional, desde que ambos Estados son partes en el Tratado.

El Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas establece que, comete delito, en el sentido de este tratado, quien ilícita e intencionadamente entrega, coloca, arroja o detona un artefacto explosivo u otro artefacto mortífero en contra un lugar de uso público, una instalación pública o gubernamental, una red de transporte público o una instalación de infraestructura con el propósito de: causar la muerte o graves lesiones corporales; o de causar una destrucción significativa de ese lugar, instalación o red que produzca o pueda producir un gran perjuicio económico. A los efectos de este tratado, allí se establece que estos delitos se considerarán incluidos entre los que dan lugar a extradición en todo tratado de extradición concertado entre Estados Partes con anterioridad a la entrada en vigor de este Convenio.

Sin embargo, la Corte sostuvo que las normas del convenio multilateral no pueden ser interpretadas de forma tal que se entienda que las mismas *per se* modifican los acuerdos bilaterales de extradición vigentes entre Estados parte como surge de este primer tratado, sino que sólo rige en esas situaciones en que regulen aspectos que también aparecen contemplados en el tratado multilateral dando lugar a una situación de incompatibilidad.

A su vez, estableció que el convenio multilateral no es en sí mismo un tratado de extradición propiamente dicho sino un complemento de los tratados de extradición en vigor entre los Estados parte. De allí que, al

margen de las disposiciones previstas en el propio Convenio, la Corte recordó la obligación de cumplir con todas las condiciones establecidas para la extradición definidas en el ámbito del derecho internacional o por el derecho interno. De lo contrario, implicaría que el tratado ha consagrado la obligación de extraditar sin condicionamientos o de juzgar por parte de las autoridades nacionales sin sujeción a ninguna condición, lo cual resultaría contrario al propio texto.

## 7. Distintos votos y disidencia en el fallo “Lariz Iriondo”

En el presente acápite realicé una pequeña síntesis de los distintos votos y disidencia de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Argentina, que fueron emitidos en el fallo jurisprudencial “Lariz Iriondo”. Este sumario apunta únicamente a las opiniones vertidas por los jueces sobre el tema en estudio: terrorismo internacional.

a) Voto de los Ministros Dr. Enrique Santiago Petracchi, Dra. Elena I. Highton de Nolasco, Dr. Ricardo Luis Lorenzetti y Dra. Carmen M. Argibay.

El tribunal considera que en el derecho internacional no existe un desarrollo progresivo suficiente que permita concluir que todos y cada uno de los actos, que a partir de tratados internacionales pasan a ser calificados como actos de terrorismo pueden reputarse tan sólo por esa circunstancia delitos de lesa humanidad.

b) Voto de los Ministros Dr. Juan Carlos Maqueda y Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni.

No puede decirse lo mismo de los delitos de terrorismo, sin que importe la calificación actual conforme al derecho internacional fundado en los tratados vigentes, pues, al menos respecto de todos los actos hoy calificados como tales, conforme al derecho de los tratados, no puede afirmarse la existencia de un derecho internacional consuetudinario previo a éstos. El concepto de terrorismo ha sido sumamente difuso y ampliamente discutido, al punto que ni siquiera se logró un consenso sobre su definición.

Mal puede considerarse la vigencia de un derecho internacional consuetudinario consagrador de la tipicidad e imprescriptibilidad de delitos, sobre cuya definición no se ha logrado acuerdo entre los Estados hasta el presente.

No debe confundirse la consideración del terrorismo como crimen de lesa humanidad y, por ende, imprescriptible, lo que no ha sido en general consagrado por el derecho internacional consuetudinario, con el tratamiento de algunos actos usualmente considerados de terrorismo como ajenos al concepto de delito político y, por ende, privados de los privilegios humanitarios, que en general se reconocen a esta categoría de delitos y, consiguientemente, sujetos a extradición. Es verdad que ciertos actos de esta naturaleza se han declarado extraditables desde mucho antes, pero por excluirlos de los beneficios del delito considerado político, lo que nada tiene que ver con la calificación de delito de lesa humanidad y, por consiguiente, con su prescriptibilidad, pues esta exclusión sólo servía para considerarlos delitos comunes y como tales sujetos a extradición.

c) Disidencia del Ministro Dr. Antonio Boggiano.

El terrorismo es una de las formas más brutales de violencia que actualmente perturba a la comunidad internacional, pues siembra odio, muerte, deseo de venganza y de represalia. De estrategia subversiva, típica sólo de algunas organizaciones extremistas, dirigida a la destrucción de las cosas y al asesinato de las personas, el terrorismo se ha transformado en una red oscura de complicidades políticas, que utiliza también sofisticados medios técnicos, se vale frecuentemente de ingentes cantidades de recursos financieros y elabora estrategias a gran escala, atacando personas totalmente inocentes, víctimas casuales de las acciones terroristas. Los objetivos de los ataques terroristas son, en general, los lugares de la vida cotidiana y no objetivos militares en el contexto de una guerra declarada. El terrorismo actúa y golpea a ciegas, fuera de las reglas con las que los hombres han tratado de regular sus conflictos, por ejemplo mediante el derecho internacional humanitario: en muchos casos se admite como nuevo sistema de guerra el uso de los métodos del terrorismo. No se deben desatender las causas que originara esta inaceptable forma de reivindicación. La lucha contra el terrorismo presupone el deber moral de contribuir a crear las condiciones para que no nazca ni se desarrolle.

El terrorismo, como delito contra el derecho de gentes, se comete mediante una desproporción total entre el fin político o

ideológico buscado y el medio empleado, con la consecuente violación de los más elementales principios de la convivencia humana civilizada. Dado que el terrorismo implica la comisión de crueldades sobre gente inocente e indefensa causa un sufrimiento innecesario y un peligro inútil para las vidas humanas de la población civil. Se trata de un sistema de subversión del orden y la seguridad pública que, si bien en la comisión de ciertos hechos aislados puede apuntar a un Estado determinado, últimamente se caracteriza por desconocer los límites territoriales del país afectado, constituyéndose de este modo en una seria amenaza para la paz y la seguridad de la comunidad internacional. Es por ello que su persecución no interesa exclusivamente al Estado directamente perjudicado por sus acciones, sino que se trata de una meta cuyo logro beneficia, en última instancia, a todas las naciones civilizadas, que por ello están obligadas a cooperar en la lucha mundial contra el terrorismo, tanto por la vía de los tratados internacionales vigentes, cuanto por la coordinación de sus derechos internos encaminada a la mayor eficacia de aquella lucha.

Las convenciones mencionadas y las resoluciones de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad sobre el terrorismo reflejan claramente, por una parte, una creciente determinación en el seno de la comunidad internacional de condenar todos los actos, métodos y prácticas de terrorismo donde quiera que se cometan y quienquiera que los cometa y por otra parte, una creciente conciencia internacional entre la relación existente entre los derechos humanos y el terrorismo, tal como se destacó en el Informe preliminar preparado por la Relatora Especial de la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, Kalliopi K. Kuofa, E/CN.4/Sub.2/1999/27, el 7 de junio de 1999.

Es posible afirmar que la condena de la comunidad internacional al terrorismo se ha desarrollado como una práctica constante y uniforme aceptada como derecho.

Probada la consistencia y generalidad de una práctica, ninguna duración particular es requerida: el paso del tiempo será por supuesto parte de la evidencia de la generalidad y consistencia. Una larga y menos aún inmemorial práctica no es necesaria.

Dada la estrecha relación que existe entre el terrorismo y el goce de los derechos humanos y las libertades esenciales y la ya señalada obligación de luchar contra el terrorismo que les incumbe a los Estados en virtud del derecho internacional, resulta apropiado recordar la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la materia. En efecto, en el caso Barrios Altos, sentencia del 14 de marzo de 2001, Serie C, N° 75, dicho tribunal consideró inadmisibles las disposiciones de derecho interno, entre ellas las atinentes a la prescripción, que impidan la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos (párr. 41).

Consiguientemente, es obvio que si en Barrios Altos se estableció este criterio para el caso de terrorismo de estado también es necesario decidirlo respecto de todo acto de terrorismo. Bien es verdad que la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos no establece expresamente la imprescriptibilidad razonablemente inferida en Barrios Altos. De ello se sigue que tal inferencia cabe respecto de cualquier metodología de violación grave de los derechos humanos; pues es equiparable el terrorismo de estado al terrorismo cometido en el caso de la AMIA o en el de las Torres Gemelas, entre tantos otros.

En este contexto, se impone concluir que tratándose de delitos de lesa humanidad, como el terrorismo, no rigen las disposiciones del derecho interno en materia de prescripción. Tales normas importan un obstáculo para la investigación y el eventual castigo de los responsables de graves violaciones a los derechos humanos y, en el caso de la extradición, atenta, además, contra el deber impuesto a los estados de cooperar en la lucha contra el flagelo del terrorismo que, como se dijo, afecta a toda la comunidad internacional por hallarse reñido con los más elementales principios de la convivencia humana civilizada.

Esta Corte juzgó que la calificación de delitos de lesa humanidad —como el terrorismo— está sujeta de los principios del *ius cogens* del derecho internacional y que no hay prescripción para los delitos de esa laya (Fallos: 318:2148). Este es un principio derivado tanto del derecho internacional consuetudinario cuanto del convencional, como por ejemplo la “Convención de la

Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad". En suma, los delitos de lesa humanidad nunca han sido prescriptibles en el derecho internacional ni en el derecho argentino. En rigor, el derecho internacional consuetudinario ha sido juzgado por esta Corte como integrante del derecho interno argentino (Fallos: 43:321; 176:218; 316: 567, disidencia del juez Boggiano).

## 8. Conclusión

A lo largo del presente trabajo he intentado abordar la cuestión del terrorismo desde una óptica jurídica y que se enmarca en el Derecho Internacional. Una difícil tarea, atento a las diversas complicaciones y opiniones divergentes que existen en torno a su conceptualización, su tipificación, las sanciones que deberían imponérseles a quienes cometen tales actos y la extensión de la pena. Más aún, la discusión se centra en si los actos de terrorismo pueden ser considerados delitos o crímenes internacionales.

No caben dudas sobre la condena de la comunidad internacional sobre este tipo de actos terroristas. Desde inicios del siglo pasado se ha intentado prevenir la comisión de estos actos y sancionar a sus responsables. Tanto la Sociedad de las Naciones como la Organización de las Naciones Unidas han auspiciado la celebración de un tratado internacional sobre la materia, pero la complejidad de su naturaleza jurídica como la diversidad de opiniones científicas han impedido su celebración y entrada en vigor. Sumado a ello, no debemos olvidarnos que la comunidad internacional basa su funcionamiento en la cooperación, y es así como los intereses políticos de los sujetos de este ordenamiento han impedido conseguir las mayorías necesarias en todos los casos.

El avance más importante que se ha conseguido en la materia, entiendo que fue la celebración de varios Tratados relacionados con la problemática en estudio y que se encuentran plenamente operativos y en vigor. Así, entre los más importantes puedo mencionar al Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas y al Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo. Estos dos tratados en particular son de fecha reciente pero demuestran el interés mundial y la voluntad política por prevenir y sancionar este tipo de actos. En estos instrumentos internacionales se tipifica en forma clara uno y otro delito, se prevé su sanción y la extensión de su pena; no existe marco a discusión alguna.

La mayoría de la doctrina y la jurisprudencia existentes coinciden en que los actos de terrorismo internacional no ha generado la conformación de una costumbre internacional, entendida ésta como la práctica constante y reiterada en el tiempo con conciencia de obligatoriedad. Esto es, no existe un derecho consuetudinario que establezca su definición y su condena. Asimismo, la inexistencia de esta costumbre previa tampoco permita considerar a estos actos como crímenes o delitos de lesa humanidad y por lo tanto no resultan imprescriptibles. No existe unanimidad en considerar a los actos de terrorismo como atentados contra el derecho de gentes más elemental; no existe acuerdo en considerar a tales actos con el alcance de normas de *ius cogens*.

La comunidad internacional ha encontrado consenso en considerar imprescriptibles a los crímenes de guerra y a los crímenes de lesa humanidad. Así, se ha adoptado en el marco de la ONU, y se encuentra plenamente en vigor, la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Crímenes de Lesa Humanidad; tratado internacional adoptado en 1968 al cual la República Argentina ha dotado de jerarquía constitucional. A partir del mentado instrumento, los Estados partes deben adoptar las medidas legislativas que fueren necesarias para que la prescripción de la acción penal o de la pena no se aplique a estos crímenes. Sin embargo, no sucede lo mismo con el terrorismo; no hay fundamentos históricos ni actuales que autoricen a concluir que el terrorismo se encuentra alcanzado por la recién señalada Convención sobre Imprescriptibilidad.

Asimismo, las convenciones internacionales que tipifican la existencia de ciertos actos terroristas como crímenes de tal índole tampoco establecen la imprescriptibilidad de la acción penal o de la pena. Señalan la existencia del crimen para el supuesto, por ejemplo, de actos terroristas cometidos con bombas, lo tipifican y le establecen una sanción, pero no los consideran como delitos que atenten contra el *ius gentium* y por lo tanto imprescriptibles.

Sobre lo que no debe quedar dudas es que los actos de terrorismo son crímenes internacionales. Estos actos criminales vulneran la paz y la seguridad internacional, un valor reconocido y aceptado como esencial a su subsistencia por la comunidad internacional y atentan contra los Propósito y Principios de la Carta de Naciones Unidas. Entonces, es deber de todo Estado prevenir y sancionar a los responsables de tales crímenes como también —de resultar imposible su juzgamiento en sede interna— la de

entregar a los responsables para que sean juzgados en los países donde cometieron los crímenes.

Todavía resta mucho por hacer para la consolidación de los actos de terrorismo como crimen internacional. Por ejemplo, establecer dentro de la comunidad internacional una tipificación de este crimen, cuantificar su pena y la extensión de la condena, posibilitar su juzgamiento por tribunales internacionales, juzgar a los Estados y/o responsables políticos de dichos Estado que fomenten la comisión de tales crímenes o los amparen dentro de sus fronteras, entre otros supuestos. Pese a ello, no debemos olvidarnos del importante avance que ha habido a lo largo de la historia, los logros concretos conseguidos y su inclusión como tema fundamental de agenda internacional.





# El deber de garantía y de prevención y la violencia contra las mujeres

JUAN PABLO VISMARA<sup>(1)</sup>



## 1. Introducción

En el presente trabajo se pretende analizar el deber de garantía y prevención que recae sobre los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH) en relación a los casos de violencia contra las mujeres, pues estos suelen presentarse en todos los países de la región.

Para llevar a cabo ese análisis se realizará, en primer lugar, una aproximación al deber general de respeto y garantía que recae sobre los Estados; en especial, se tendrá en cuenta el deber de prevención en los casos de violaciones de derechos humanos cometidas por particulares, es decir, violaciones que no fueron cometidas por agentes estatales.

## 2. El deber de respeto y el deber de garantía

Cuando se trata de analizar las obligaciones que recaen sobre los Estados que forman parte de instrumentos internacionales de derechos humanos es fundamental entender que cada derecho reconocido en el

---

(1) Abogado *cum laude* con orientación en Derecho Penal y Derecho Internacional Público (UBA). Auxiliar docente de Derechos Humanos y Garantías (UBA).

instrumento se encuentra relacionado con la obligación general de respeto y garantía.

La redacción de este tipo de instrumentos generalmente presenta, por un lado, una enumeración de los derechos que se le reconocen a toda persona y, por el otro, la especificación de la obligación de respeto y garantía que viene a terminar de darle sentido al reconocimiento de cada uno de aquellos derechos.

Las obligaciones de respeto y de garantía hacen a la naturaleza de todo tratado de derechos humanos; si ellas no estuvieran, no serían más que declaraciones de buena voluntad. Así es como representan el paso siguiente a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. De acuerdo a esto, por ejemplo, los Estados firmantes del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) expresan en el Preámbulo que están "Resueltos, en cuanto Gobiernos de Estados europeos animados por un mismo espíritu y en posesión de un patrimonio común de ideales y de tradiciones políticas, de respeto a la libertad y de primacía del Derecho, a tomar las primeras medidas adecuadas para asegurar la garantía colectiva de algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal".

La CADH establece en sus arts. 1° y 2° estas obligaciones; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en sus arts. 2.1 y 2.2; y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en sus arts. 2.1 y 2.2.

Asimismo, las obligaciones de garantía se encuentran implícitas en las cláusulas de contenido procesal que imponen a los Estados el deber a proveer a las personas protección judicial y, en consecuencia, de prevenir, investigar y sancionar ante cualquier petición o denuncia. Tal es así que en el CEDH no encontramos cláusulas similares a las mencionadas en el párrafo anterior, pero sí encontramos la expresión del deber de garantía, justamente, en las cláusulas procesales. En ese sentido, en el ámbito del sistema europeo de derechos humanos, suele distinguirse entre violaciones del contenido sustantivo y del contenido procesal de las disposiciones del Tratado, distinción que en el ámbito interamericano no reviste mayor importancia.<sup>(2)</sup>

---

(2) Ver REY, SEBASTIÁN A., *The regional human rights courts case law in matters of investigation and punishment of those responsible for human rights violations*, Universidad de Torino, [en línea] <http://www.cortieuropee.unito.it>. Señala el autor que "cuando se habla de la responsabilidad del Estado, la distinción entre violaciones del contenido sustantivo y

## 2.1. El deber de respeto

Con relación al deber de respeto, debe decirse que el Estado ha de asumir una actitud de no intromisión en el ejercicio de los derechos por parte de las personas sujetas a su jurisdicción.

Desde su primer pronunciamiento contencioso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) ha dicho que “la primera obligación asumida por los Estados parte, (...) es la de **respetar los derechos y libertades** reconocidos en la Convención”<sup>(3)</sup>. El ejercicio de la función pública, continúa diciendo el Tribunal, “tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado”.<sup>(4)</sup>

Claramente, la esencia de esta obligación que recae sobre el Estado se encuentra en la limitación de su accionar.

## 2.2. El deber de garantía. La obligación de prevenir e investigar

Esta limitación por parte del Estado, evidentemente, no es suficiente para que las personas gocen del ejercicio pleno de los derechos que se les reconocen por los instrumentos de derechos humanos. Siendo ello así, a la obligación de respeto la complementa la obligación de garantía. Ésta, por el contrario, consiste en una actitud activa por parte del Estado.

También con su primer pronunciamiento, la Corte IDH dejó establecido que el deber de garantía “implica el deber de los Estados Parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”.<sup>(5)</sup>

---

contenido procesal de las disposiciones del tratado, si bien es relevante en la jurisprudencia de la Corte Europea, pasa a un segundo lugar en la jurisprudencia de la Corte IDH”. Menciona, asimismo, que “mientras que a nivel europeo no existe un consenso en cuanto a si la obligación de investigar y sancionar a los responsables de violaciones de los derechos a la vida e integridad se deriva de los arts. 2º y 3º CEDH o el art. 13, en el Sistema Interamericano este deber se deriva del contenido del art. 1.1 CADH en relación con el art. 2º, aunque a veces se ha relacionado con el derecho de los familiares de las víctimas a conocer la ‘verdad histórica’ (arts. 8º y 25 del Tratado)”.

(3) CORTE IDH, “Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras” (Fondo), Sentencia del 29 de junio de 1988, Serie C N° 1, párr. 165.

(4) *Ibid.*

(5) *Ibid.*

La consecuencia de esta obligación, dice la Corte, es que los Estados “deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la CADH y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”.<sup>(6)</sup>

El deber de prevenir, sostiene la Corte, impone el deber jurídico de “prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos”.<sup>(7)</sup> Pero lo decisivo es dilucidar “si una determinada violación (...) ha tenido lugar con el apoyo o la tolerancia del poder público o si este ha actuado de manera que la trasgresión se haya cumplido en defecto de toda prevención o impunemente”.<sup>(8)</sup>

Es importante resaltar que es imperativa la adopción, por parte de los Estados, de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre.<sup>(9)</sup> La obligación de garantía puede ser cumplida de diferentes maneras, en función del derecho específico que el Estado deba garantizar y de las particulares necesidades de protección.<sup>(10)</sup>

El deber de garantía impone, también, la obligación “de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables,

---

(6) *Ibid.*

(7) *Ibid.*, párr. 174. Ver también “Caso Anzualdo Castro vs. Perú” (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia del 22 de septiembre de 2009, Serie C N° 202, párr. 62.

(8) CORTE IDH, “Velásquez Rodríguez vs. Honduras”, fallo cit. Ver “Caso Godínez Cruz vs. Honduras” (Fondo), Sentencia del 20 de enero de 1989, Serie C N° 5, párr. 182; “Caso Gangaram Panday vs. Surinam” (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 21 de enero de 1994, Serie C N° 16, párr. 62; y “Caso González y otras (‘Campo Algodonero’) vs. México” (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia del 16 de noviembre de 2009, Serie C N° 205, párr. 236.

(9) Ver CORTE IDH, “Caso Baldeón García vs. Perú” (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia del 6 de abril de 2006, Serie C N° 147, párr. 81; “Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay” (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia del 29 de marzo de 2006, Serie C N° 146, párr. 154; “Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia” (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia del 31 de enero de 2006, Serie C N° 140, párr. 111; y “Caso González y otras (‘Campo Algodonero’) vs. México”, fallo cit., párr. 243.

(10) Ver CORTE IDH, “Caso de la ‘Masacre de Mapiripán’ vs. Colombia”, sentencia del 15 de septiembre de 2005, *supra* nota 252, párrs. 111 y 113; “Caso Perozo y otros vs. Venezuela” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia del 28 de enero de 2009, Serie C N° 195, párr. 298, y “Caso Anzualdo Castro vs. Perú”, cit., párr. 62.

de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación”.<sup>(11)</sup>

En suma, el deber de prevención se subsume en el deber de garantía y:

“abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales. Es claro, a su vez, que la obligación de prevenir es de medio o comportamiento y no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado”.<sup>(12)</sup>

### **2.3. Las violaciones a derechos humanos realizadas entre particulares**

Partiendo de esas afirmaciones, sentadas desde sus primeras sentencias, mucho ha dicho la Corte IDH siempre en el afán de ampliar la esfera de protección por parte del Estado. Así es que avanzó sobre las responsabilidades derivadas de actos entre particulares que pueden acarrearle responsabilidad.

Normalmente, para que haya responsabilidad internacional debe existir un acto realizado por algún agente estatal. Sin embargo, cuando una violación se produce por omisión o aquiescencia del Estado, ello también puede generarle responsabilidad. Dentro del gran universo que componen los actos realizados entre particulares son excepcionales aquellos que pueden generarle responsabilidad.

Ello es así puesto que un Estado no puede ser responsable por cualquier violación de derechos humanos cometida entre particulares dentro de su jurisdicción.

(11) Ver CORTE IDH, “Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras”, fallo cit., párr. 174; y “Caso Anzualdo Castro vs. Perú”, fallo cit., párr. 62.

(12) CORTE IDH, “Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras”, fallo cit., párr. 166. Ver “Caso Perozo y otros vs. Venezuela”, fallo cit., párr. 149; “Caso Anzualdo Castro vs. Perú”, fallo cit., “Caso González y otras (‘Campo Algodonero’) vs. México”, fallo cit., párr. 252.

En ese sentido, la Corte IDH ha dicho que:

“las obligaciones convencionales de garantía a cargo de los Estados no implican una responsabilidad ilimitada de los Estados frente a cualquier acto o hecho de particulares, pues sus deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo. Es decir, aunque un acto u omisión de un particular tenga como consecuencia jurídica la violación de determinados derechos humanos de otro particular, aquel no es automáticamente atribuible al Estado, pues debe atenderse a las circunstancias particulares del caso y a la concreción de dichas obligaciones de garantía”.<sup>(13)</sup>

De esto se desprende que cuando nos encontramos con violaciones a derechos humanos cometidas entre agentes particulares, fundamentalmente debe centrarse el análisis en si el Estado tenía conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para una persona determinada y en las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo.

Claramente, el análisis deberá realizarse en cada caso evaluando las constancias probatorias. La clave se encuentra en analizar los momentos concretos donde el Estado tenía el deber de prevención.

La obligación de investigar tiene importante presencia en estas situaciones, pues no está de más destacarlo, se mantiene “cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aún los particulares, pues si sus hechos no son investigados con seriedad resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado”.<sup>(14)</sup>

---

(13) CORTE IDH, “Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia”, Sentencia del 31 de enero de 2006, Serie C N° 140, párr. 123. Ver “Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay”, fallo cit., *supra* nota 2 y párr. 155; y “Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia” (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia del 27 de noviembre de 2008, Serie C N° 192; “Caso González y otras (‘Campo Algodonero’) vs. México” fallo cit, párr. 280, con citas de TEDH, *Kiliç c. Turquía*, sentencia del 28 de marzo de 2000, párrs. 62/63 y *Osman c. Reino Unido*, sentencia del 28 de octubre de 1998, párrs. 115/116.

(14) CORTE IDH, “Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia” fallo cit., párr. 145; “Caso Kawas Fernández vs. Honduras” (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia del 3 de abril de 2009, Serie C N° 196, párr. 78; y “Caso González y otras (‘Campo Algodonero’) vs. México”, fallo cit. párr. 291.

### 3. El deber de prevención y los casos de violencia contra las mujeres

En los casos de violencia contra las mujeres el análisis del deber de garantía y prevención se vuelve sumamente interesante. Lo mismo ocurre con el análisis de la responsabilidad por violaciones cometidas por particulares, puesto que la existencia de este tipo de casos de violaciones a derechos humanos generalmente es conocida por los Estados. Ello es así puesto que la violencia contra la mujer suele formar parte de prácticas lamentablemente arraigadas en todas las sociedades de la región.

La violencia de género tiene su raíz en el estereotipo de género que, señala la Corte IDH,

“se refiere a una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente (...). Es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de policía judicial (...) La creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer”.<sup>(15)</sup>

Resultan muy importantes para tener en cuenta las directrices que menciona Radhika Coomaraswamy, Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer de las Naciones Unidas, acerca de las medidas que los Estados deben tomar para cumplir con sus obligaciones internacionales de prevención: ratificación de los instrumentos internacionales de derechos humanos; garantías constitucionales sobre la igualdad de la mujer; existencia de leyes nacionales y sanciones administrativas que proporcionen reparación adecuada a las mujeres víctimas de la violencia; políticas o planes de acción que se ocupen de la cuestión de la violencia contra la mujer; sensibilización del sistema de justicia penal y la policía en cuanto a cuestiones de género, accesibilidad y disponibilidad de servicios de apoyo; existencia de medidas para aumentar la sensibilización y modificar

(15) CORTE IDH, “Caso González y otras (‘Campo Algodonero’) vs. México”, fallo cit., párr. 401.

las políticas discriminatorias en la esfera de la educación y en los medios de información, y reunión de datos y elaboración de estadísticas sobre la violencia contra la mujer.<sup>(16)</sup>

Teniendo en cuenta ello, ha dicho la Corte IDH que los Estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con la debida diligencia en casos de violencia contra las mujeres. En particular, deben contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias. La estrategia de prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva a los casos de violencia contra la mujer. Asimismo, los Estados deben adoptar medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia. Todo esto debe tomar en cuenta que en casos de violencia contra la mujer, los Estados tienen, además de las obligaciones genéricas contenidas en la CADH, una obligación reforzada a partir de la Convención Belém do Pará.<sup>(17)</sup>

Pero además de verse comprometida la responsabilidad del Estado por las violaciones a derechos humanos cometidas entre particulares ante la falta de su deber de prevención, también puede verse afectada cuando estas violaciones, aun siendo imposible preverlas y prevenirlas, no son investigadas con la debida diligencia una vez ocurridas.

Siguiendo con lo dicho anteriormente acerca del deber de investigar violaciones a derechos humanos, sean estas cometidas por particulares o por agentes estatales, debe resaltarse que el deber de investigar hechos de violencia contra las mujeres tiene una importancia especial.

En ese sentido, la Corte IDH ha dicho que el deber de investigar efectivamente tiene alcances adicionales cuando se trata de una mujer que sufre una muerte, maltrato o afectación a su libertad personal en el marco de un contexto general de violencia contra las mujeres.<sup>(18)</sup>

---

(16) Ver COOMARASWAMY, RADHIKA, "Informe de la Sra. Radhika Coomaraswamy, Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, presentado de conformidad con la resolución 1995/1985 de la Comisión de Derechos Humanos", Doc. E/CN.4/1999/68, 10/03/1999, párr. 25.

(17) Ver CORTE IDH, "Caso González y otras ('Campo Algodonero') vs. México", fallo cit., párr. 258.

(18) Ver CORTE IDH, *Ibid.*, párr. 293.

En la sentencia de “Campo Algodonero”, la Corte IDH realiza un interesante paralelismo entre el deber de investigar este tipo de hechos y el deber de investigar hechos de racismo. Tuvo en cuenta que la Corte Europea de Derechos Humanos había dicho que cuando un ataque es motivado por razones de raza, es particularmente importante que la investigación sea realizada con vigor e imparcialidad, teniendo en cuenta la necesidad de reiterar continuamente la condena de racismo por parte de la sociedad y para mantener la confianza de las minorías en la habilidad de las autoridades de protegerlas de la amenaza de violencia racial.<sup>(19)</sup> Este criterio, entiende la Corte IDH, es totalmente aplicable al analizarse los alcances del deber de debida diligencia en la investigación de casos de violencia por razón de género.<sup>(20)</sup>

En el mencionado caso, la Corte señaló que:

“a pesar de que el Estado tenía pleno conocimiento del riesgo que corrían las mujeres de ser objeto de violencia, no demostró haber adoptado medidas efectivas de prevención antes de noviembre de 2001 que redujeran los factores de riesgo para las mujeres. Aunque el deber de prevención sea uno de medio y no de resultado, el Estado no ha demostrado que la creación de la Fiscalía Especial para la Investigación de Homicidios de Mujeres (FEIHM) y algunas adiciones a su marco legislativo, por más que fueran necesarias y demuestren un compromiso estatal, fueran suficientes y efectivas para prevenir las graves manifestaciones de la violencia contra la mujer que se vivía en Ciudad Juárez en la época del presente caso”.<sup>(21)</sup>

#### 4. Conclusión

La violencia contra las mujeres es una práctica arraigada y sistemática en muchas sociedades latinoamericanas. Los avances en materia de derechos humanos, en general, y en materia de derecho de género, en particular, han permitido desnaturalizar esas prácticas y emprender el camino para su abolición.

(19) Ver TEDH, *Angelova and Iliev c. Bulgaria*, Sentencia del 26 de julio de 2007, párr. 98.

(20) CORTE IDH, “Caso González y otras (‘Campo Algodonero’) vs. México”, fallo cit., párr. 293.

(21) *Ibid.*, párr. 279.

Los Estados de la región conocen estas prácticas porque son cotidianas y ocurren en cualquier relación interpersonal, incluso en aquellas que se desarrollan en ámbitos públicos. Ese conocimiento, indiscutible, lo obliga a tomar medidas tendientes a eliminarlas.

La creación de un marco jurídico adecuado es un paso fundamental; sin embargo, los esfuerzos no deben quedar en la letra de las normas.



# El “derecho a la educación” como derecho humano

ROSARIO MUÑOZ<sup>(1)</sup>



“Yo vivo de preguntar, saber no puede ser lujo...”  
**Silvio Rodríguez**<sup>(2)</sup>

## 1. Introducción

El contenido del “derecho a la educación” ha sido definido en la gran mayoría de las constituciones modernas, como así también en una gran cantidad de instrumentos de derecho internacional. Lógicamente, su concepción y alcances han variado en las distintas épocas históricas, se han ido transformando, ampliando y redefiniendo con el paso de los años. En esa transformación, el desarrollo del sistema internacional de protección de los derechos humanos ha jugado un papel muy importante.

El contenido de este derecho puede ser determinado a partir de una serie de principios que rigen en la materia, como ser: la gratuidad, la

---

(1) Abogada *cum laude* (UBA). Actualmente se desempeña en la “Comisión para la Asistencia Integral y Protección del Refugiado y Peticionante de Refugio” de la Defensoría General de la Nación. Fue participante del XIV Concurso Interamericano de Derechos Humanos, American University, Washington DC, 2009. Es Tutora Académica de la Competencia Universitaria “Los Derechos Humanos en la Práctica del Derecho Administrativo en América Latina”, Costa Rica, 2011.

(2) RODRÍGUEZ, SILVIO, Canción “El Escaramujo”, del disco *Rodríguez*, editado por el sello Ojalá en 1994.

accesibilidad para todos y todas en igualdad de condiciones y la exigibilidad del mismo a determinados actores sociales. Sin embargo, en la actualidad, no puede dejar de destacarse la interrelación que existe entre el derecho a la educación y otros derechos tales como el derecho al trabajo, la igualdad y no discriminación, la participación ciudadana, el derecho a elegir y ser elegido, el ejercicio de la libertad de expresión, entre otros. A su vez, todo ese universo de derechos queda determinado en su contenido y condiciones de ejercicio por los objetivos y propósitos perseguidos por el Estado en el diseño de sus políticas públicas.

Es objeto de este trabajo analizar, precisamente, cuál es el contenido del derecho a la educación en relación con todos esos factores que se interrelacionan y lo redefinen, influyendo de diversas maneras en lo que deberá entenderse por “derecho a la educación”.

## 2. Normativa aplicable

El derecho a la educación es reconocido por el Estado argentino en el art. 14 de la Constitución Nacional (en adelante, CN) en los siguientes términos: “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: (...) de enseñar y aprender”.<sup>(3)</sup> A su vez, en su art. 5º, determina la obligatoriedad de la escuela primaria al establecer que cada provincia dictará su propia Constitución asegurando, entre otras cuestiones, la educación primaria.<sup>(4)</sup> Ésta es una característica peculiar de este derecho, ya que es el único derecho humano para el cual se prevé una obligación como contracara, la educación compulsiva hasta finalizar la educación primaria.<sup>(5)</sup> Asimismo, en el art. 75, inc. 19 podemos encontrar, además del principio de gratuidad de la educación, los principales objetivos que fija el Estado argentino al reconocer este derecho, cuando enumera, entre otras facultades del Congreso Nacional, la de:

---

(3) Art. 14 CN.

(4) Art. 5º CN.

(5) Ver ONU, ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, Declaración Universal de los Derechos Humanos, París, Resolución 217 A (III), 10/12/1948, art. 26; UNESCO, Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza, aprobada el 14/12/1960, art. 4º; ONU, PDESC, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), del 16/12/1966, Entrada en vigor el 03/01/1976, art. 13.

"... sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales: que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales".<sup>(6)</sup>

(6) La Ley de Educación Nacional (26.206), en su art. 11 define como fines y objetivos de la política educativa nacional: "a) Asegurar una educación de calidad con igualdad de oportunidades y posibilidades, sin desequilibrios regionales ni inequidades sociales; b) Garantizar una educación integral que desarrolle todas las dimensiones de la persona y habilite tanto para el desempeño social y laboral, como para el acceso a estudios superiores; c) Brindar una formación ciudadana comprometida con los valores éticos y democráticos de participación, libertad, solidaridad, resolución pacífica de conflictos, respeto a los derechos humanos, responsabilidad, honestidad, valoración y preservación del patrimonio natural y cultural; d) Fortalecer la identidad nacional, basada en el respeto a la diversidad cultural y a las particularidades locales, abierta a los valores universales y a la integración regional y latinoamericana; e) Garantizar la inclusión educativa a través de políticas universales y de estrategias pedagógicas y de asignación de recursos que otorguen prioridad a los sectores más desfavorecidos de la sociedad; f) Asegurar condiciones de igualdad, respetando las diferencias entre las personas sin admitir discriminación de género ni de ningún otro tipo; g) Garantizar, en el ámbito educativo, el respeto a los derechos de los/as niños/as y adolescentes establecidos en la Ley 26.061; h) Garantizar a todos/as el acceso y las condiciones para la permanencia y el egreso de los diferentes niveles del sistema educativo, asegurando la gratuidad de los servicios de gestión estatal, en todos los niveles y modalidades; i) Asegurar la participación democrática de docentes, familias y estudiantes en las instituciones educativas de todos los niveles; j) Concebir la cultura del trabajo y del esfuerzo individual y cooperativo como principio fundamental de los procesos de enseñanza-aprendizaje; k) Desarrollar las capacidades y ofrecer oportunidades de estudio y aprendizaje necesarias para la educación a lo largo de toda la vida; l) Fortalecer la centralidad de la lectura y la escritura, como condiciones básicas para la educación a lo largo de toda la vida, la construcción de una ciudadanía responsable y la libre circulación del conocimiento; m) Desarrollar las competencias necesarias para el manejo de los nuevos lenguajes producidos por las tecnologías de la información y la comunicación; n) Brindar a las personas con discapacidades, temporales o permanentes, una propuesta pedagógica que les permita el máximo desarrollo de sus posibilidades, la integración y el pleno ejercicio de sus derechos; ñ) Asegurar a los pueblos indígenas el respeto a su lengua y a su identidad cultural, promoviendo la valoración de la multiculturalidad en la formación de todos/as los/as educandos/as; o) Comprometer a los medios masivos de comunicación a asumir mayores grados de responsabilidad ética y social por los contenidos y valores que transmiten; p) Brindar conocimientos y promover valores que fortalezcan la formación integral de una sexualidad responsable; q) Promover valores y actitudes que fortalezcan las capacidades de las personas para prevenir las adicciones y el uso indebido de drogas; r) Brindar una formación corporal, motriz y deportiva que favorezca el desarrollo armónico de todos/as los/as educandos/as y su inserción activa en la sociedad; s) Promover el aprendizaje de saberes científicos fundamentales para comprender y participar reflexivamente en la sociedad contemporánea; t) Brindar una formación que estimule la

En la actualidad, numerosos tratados de derecho internacional reconocen el derecho a la educación, y resignifican su contenido, extendiéndolo más allá del simple derecho a enseñar y aprender. Así, por ejemplo, el (PIDESC) establece que el derecho a la educación:

“... debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Convienen, asimismo, en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz”.<sup>(7)</sup>

Para ello, el instrumento continúa prescribiendo que deberá asegurarse la educación primaria obligatoria y gratuita y la educación secundaria y superior debe ser asequible a todos.<sup>(8)</sup>

---

creatividad, el gusto y la comprensión de las distintas manifestaciones del arte y la cultura; u) Coordinar las políticas de educación, ciencia y tecnología con las de cultura, salud, trabajo, desarrollo social, deportes y comunicaciones, para atender integralmente las necesidades de la población, aprovechando al máximo los recursos estatales, sociales y comunitarios; v) Promover en todos los niveles educativos y modalidades la comprensión del concepto de eliminación de todas las formas de discriminación.

(7) ONU, PIDESC, *op. cit.*, art. 13.

(8) Ver: *IX Conferencia Internacional Americana*, Carta de la Organización de los Estados Americanos, Bogotá, 30/04/1948, art. 47; *IX Conferencia Internacional Americana*, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Bogotá, 1948, art. XII; ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, Declaración Universal de los Derechos Humanos, *cit.*, arts. 26 y 27; OEA, CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969, art. 26; ONU, PIDESC, *op. cit.*, arts. 13 y 15; OEA, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, 1988, arts. 13 y 14; ONU, Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, [en línea] Doc. A/34/46, 03/09/1981, art. 10; ONU, Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, AG resolución 2106 A (XX), 21/12/1965, art. 5° e.v.; ONU, Convención sobre los Derechos del Niño, AG resolución 44/25, 20 de noviembre de 1989, arts. 28 y 29; entre otros. Aun cuando el Estado argentino no es parte del sistema europeo, ver también: CONSEJO EUROPEO, Protocolo 1 a la Convención Europea para la Protección de los Derechos y Libertades fundamentales, París, 20/03/1952, art. 2°. Por otro lado, el 17 de abril de 1998, la Comisión de Derechos Humanos adoptó la resolución 1998/33 por la que creó la figura del “Relator Especial sobre el Derecho a la Educación”, cuyas funciones han sido sucesivamente prorrogadas encontrándose vigentes al día de hoy.

Mención aparte merece la Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes, por su concepción integral y actual del derecho a la educación. Entre otras cuestiones, este instrumento establece que los Estados Parte tienen la obligación de garantizar una educación integral, continua, pertinente y de calidad —reconociendo que este derecho incluye la libertad de elegir el centro educativo y considerando que la educación debe fomentar la práctica de valores, las artes, las ciencias y la técnica en la transmisión de la enseñanza, la interculturalidad, el respeto a las culturas étnicas y el acceso generalizado a las nuevas tecnologías promoverá en los educandos la vocación por la democracia, los derechos humanos, la paz, la solidaridad, la aceptación de la diversidad, la tolerancia y la equidad de género—. Destaca, además, la Convención que la educación es un proceso de aprendizaje que se prolonga a lo largo de toda la vida tanto por métodos formales como informales de educación, y se obliga a garantizar la universalidad de la educación básica, obligatoria y gratuita, facilitando y asegurando el acceso y la permanencia en la educación secundaria, como así también promoviendo el acceso a la educación superior. Además, incluye dentro de la órbita del derecho a la educación, el derecho a la educación sexual como fuente de desarrollo personal, afectividad y expresión comunicativa, así como la información relativa a la reproducción y sus consecuencias.<sup>(9)</sup>

### 3. El derecho a la educación como un Derecho Económico, Social y Cultural

El derecho a la educación pertenece a la categoría de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, DESC) por lo que, en cuanto a las condiciones de su vigencia y exigibilidad, se han resaltado tradicionalmente una serie de diferencias en comparación con la categoría de los derechos civiles y políticos.

En primer lugar, se ha pretendido realizar una especie de jerarquización entre tales categorías de derechos. Así lo ha reconocido la Comisión

(9) Ver ORGANIZACIÓN IBEROAMERICANA DE JUVENTUD (OIJ), CONVENCION IBEROAMERICANA DE LOS DERECHOS DE LOS JÓVENES, Badajoz, 11/10/2005, arts. 22, 23 y 24. En tal sentido, en 2006 se sancionó en la República Argentina la ley nacional 26.150 de Educación Sexual Integral que fija la obligación de las escuelas de todo el país, de gestión privada y estatal, confesionales y no confesionales, de impartir un Programa de Educación Sexual Integral desde el nivel inicial; introduce la participación de toda la comunidad educativa y contempla la formación de docentes y la conformación de espacios de discusión con los padres y madres.

Interamericana de Derechos Humanos, al considerar que su trabajo se ha centrado, desde el comienzo de sus actividades, en los derechos políticos y civiles en la idea de que:

“... las garantías individuales y políticas que la vigencia de esos derechos tiende a asegurar, incluían como supuesto esencial que los beneficios derivados de dicha vigencia se reflejarían en el ámbito económico, social y cultural. En otras palabras, se consideraba que (...) el trabajo, la salud, la educación, la vivienda adecuada, etc., fluirían necesaria y naturalmente como resultado de la preservación de ciertas garantías individuales y de la vigencia de las instituciones democráticas”.<sup>(10)</sup>

Esta relación luego se evidenció como no automática ni necesaria en la experiencia de los países del sistema. En la actualidad, esta discusión ha quedado cerrada al señalarse en el Preámbulo del Protocolo de San Salvador que “las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentran su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros”.<sup>(11)</sup>

La Corte Interamericana, por su parte, consideró que “la distinción entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales, obedece meramente a razones históricas y no a diferencias de naturaleza jurídica de unos y otros”.<sup>(12)</sup>

En segundo lugar, se ha pretendido justificar el incumplimiento de los DESC tomando la cláusula de progresividad como resguardo. Sin embargo, dicha cláusula no significa que los gobiernos no tengan la obliga-

---

(10) CIDH, Informe Anual, [en línea] OEA/Ser.L/V/II.63 doc. 10, 28/09/1984, Capítulo V, párr. II.2°.

(11) OEA, Protocolo de San Salvador, cit., Preámbulo. Así también lo ha entendido la Corte IDH en el “Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú” (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 1 de julio de 2009, Serie C N° 198, párr. 101, con cita del TEDH, Caso *Airey c. Irlanda*, Sentencia del 9 de octubre de 1979, Serie A N° 32, para. 26. Ver además: ONU, Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Declaración y Programa de Acción, Viena (14 a 25 de junio de 1993), [en línea] A/CONF.157/23, 12 de julio de 1993.

(12) CORTE IDH, Opinión Consultiva OC-4/84, del 19/01/1984, voto separado del Juez Rodolfo E. Piza, párr. 6°.

ción inmediata de bregar por la realización plena de tales derechos, por el contrario, "el fundamento del principio de la realización progresiva de los derechos es que los gobiernos tienen la obligación de asegurar las condiciones que, de acuerdo con los recursos materiales del Estado, permitan avanzar gradual y constantemente hacia la más plena realización de tales derechos".<sup>(13)</sup> La progresividad, además, exige que toda medida regresiva que se adopte en relación con uno de estos derechos tenga que ser:

"... implantada tras la consideración más cuidadosa de todas las alternativas y que se justifica plenamente en relación con la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que disponga el Estado Parte".<sup>(14)</sup> Es decir, que también en relación con los DESC los Estados tienen "la obligación de respetar, promover y garantizar el ejercicio de estos derechos humanos".<sup>(15)</sup>

En tercer lugar, existen respecto de la judicialización de estos derechos, posturas encontradas. Por un lado, se sostiene que no pueden ser exigidos judicialmente, puesto que "requieren la ejecución de prestaciones positivas por parte del Estado. Ello se presenta como una diferencia frente a los consagrados derechos civiles y políticos —como el derecho a la libre expresión o el derecho al voto—, en tanto éstos sólo exigirían que el Estado no interfiera ni impida su ejercicio, sin requerir que adopte una actitud proactiva".<sup>(16)</sup> Al requerir una prestación positiva por parte del Estado, si los jueces "ordenaran al Estado la ejecución de una prestación determinada, estarían operando en la distribución de un presupuesto diseñado y asignado

(13) CIDH, Informe anual, [en línea] OEA/Ser.L/V/II.83 Doc. 14, 12/04/1993, p. 555. En igual sentido, ver Los Principios de Limburg sobre la Aplicación del PIDESC adoptados en Masstricht el 2 al 6 de junio de 1986, párr. 21.

(14) COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, Observación General 13, "El derecho a la educación (art. 13)", E/C.12/1999/10, 08/12/1999, párr. 45. En igual sentido, ver PINTO, MÓNICA, *Temas de Derechos Humanos*, Bs. As., Editores del Puerto, 2009, cap. IV, p. 53.

(15) COURTIS, CHRISTIAN, "La Corte Suprema ante los derechos sociales", prólogo al Capítulo VIII "Derechos Económicos, Sociales y Culturales", en Asociación por los Derechos Civiles (ADC), *La Corte y los derechos. Un informe sobre el contexto y el impacto de sus decisiones durante el período 2003-2004*, Bs. As., Siglo XXI, 2005, p. 335. Ver también: CORTE IDH, "Caso Velásquez Rodríguez. Excepciones Preliminares", Sentencia de 26 de junio de 1987, Serie C N° 1.

(16) COURTIS, CHRISTIAN, *op. cit.*, pp. 336/337.

con anterioridad”,<sup>(17)</sup> además de estar entrometiéndose en el ámbito de las políticas públicas. Quienes refutan tales argumentos sostienen que:

“... el objetivo final de estos reclamos judiciales es hacer cumplir obligaciones constitucionales asumidas por el Estado, que éste debe garantizar con el máximo de sus recursos, se encuentren o no contempladas en el presupuesto. Es decir, que el goce efectivo de un derecho no puede depender de que se le haya asignado una partida de dinero o no”.<sup>(18)</sup>

Cabe recordar en este punto que la violación del derecho a la educación puede ser objeto de petición individual ante el sistema interamericano, es decir, susceptible de generar una declaración de responsabilidad internacional.<sup>(19)</sup>

En el caso argentino, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ya ha resuelto esta discusión afirmando que los DESC son exigibles como cualquier otro derecho, y descartó que la falta de recursos sea una razón válida para sustraerse a la obligación de implementar reformas estructurales que garanticen una educación igualitaria, y remarcando la prohibición de regresividad de este derecho humano fundamental; lo contrario, conforme la doctrina sentada por el más Alto Tribunal argentino, implicaría incurrir en la violación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.<sup>(20)</sup>

#### 4. El contenido del derecho a la educación

Como fuera dicho al inicio del presente trabajo, definir el contenido del derecho a la educación es una tarea compleja que implica considerar y analizar su interrelación con muchos otros factores. No en vano ha sido definido como “un derecho humano intrínseco y un medio indispensable de realizar otros derechos humanos”.<sup>(21)</sup> En este sentido, no puede hablarse

(17) *Ibid.*

(18) *Ibid.* Ver también: SCHEININ, MARTIN, “*Economic and Social Rights as Legal Rights*”, en Eide, Asbjorn; Krause, Catarina y Rosas, Allan *Economic, Social and Cultural Rights. A Textbook*, The Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, p. 41.

(19) Ver OEA, Protocolo de San Salvador, cit., art. 19.

(20) Ver CSJN, “Ferrer de Leonard, Josefina y otros c/ Superior Gobierno de la Pcia. de Tucumán s/ amparo”, 12/08/2003. En igual sentido, en relación a otros DESC, ver: CSJN, “Asociación Benghalensis y otros c/ Estado Nacional”, 01/06/2000, en *La Ley*, 2001-B, p. 126, con nota de Maximiliano Toricelli, y en *DJ*, 2001-1-965. Fallos 323:1339.

(21) COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Observación General 13, cit. párr. 1°.

del derecho a la educación en forma aislada, sino que deberán tenerse en cuenta otras cuestiones tales como la pobreza y desigualdad social, la discriminación, el contenido del derecho al trabajo, la prohibición de trabajos forzosos, los índices de natalidad, entre otras, que inciden en los objetivos perseguidos por el Estado al brindar, promover y asegurar el derecho a aprender y el derecho a enseñar. Por lo tanto, resulta necesario, en primer lugar, definir cuáles son esos objetivos.

En este sentido, se ha propuesto, por ejemplo, que el derecho a la educación "... debe, en todas las sociedades, contribuir eficazmente al bienestar material y cultural y al desarrollo socioeconómico y cultural",<sup>(22)</sup> y que "... asegurar la igualdad de oportunidades educativas a las jóvenes y a las mujeres en todos los niveles y en todos los terrenos (enseñanza general, normal, técnica y profesional, científica), es darles la oportunidad de contribuir eficazmente a los esfuerzos de desarrollo global de su país y es permitir a ese país movilizar racionalmente todos sus recursos humanos".<sup>(23)</sup>

Sin perjuicio de ello, intentar definir los objetivos y propósitos perseguidos con el reconocimiento y la protección del derecho a la educación, ha sido objeto de diversos debates. Previo al siglo de las Luces, la educación era considerada una función primaria de los padres y la Iglesia; luego, tras la secularización del Estado, la educación pasó a ser considerada una cuestión pública,<sup>(24)</sup> lo que revitalizó y dotó de importancia el debate respecto de sus objetivos. Esa importancia se reflejó en las redacciones de numerosos tratados de derechos humanos que incorporaron expresamente, mediante una enunciación detallada, los objetivos y propósitos que el derecho a la educación debía perseguir. Así, por ejemplo la Convención sobre los Derechos del Niño enumera como objetivos del derecho a la educación:

- "a) Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades; b) Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta

(22) CONFERENCIA INTERNACIONAL SOBRE EDUCACIÓN, Recomendación 73 a los Ministerios de Educación, 38ª sesión, Ginebra, 10 al 19 de noviembre de 1981.

(23) BORCELLE, GERMAINE, *La igualdad de oportunidades para las jóvenes y mujeres en la enseñanza técnica, la formación profesional y el empleo*, Serbal/UNESCO, París, 1984, p. 72

(24) Ver MANFRED, NOWAK, "The Right to Education", en Eide Asbjorn; Krause, Catarina y Rosas, Allan, *op. cit.*, cap. 12, p. 191.

de las Naciones Unidas; c) Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya; d) Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena; e) Inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural".<sup>(25)</sup>

Asimismo, en la Conferencia Mundial de Viena se obtuvo un consenso respecto de los objetivos y propósitos a los que debe propender la educación considerando que, al menos, debe: a) fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales, mediante la educación en derechos humanos; b) fomentar la comprensión, la tolerancia, la paz y las relaciones de amistad entre las naciones y entre los grupos raciales o religiosos; c) promover el respeto por los derechos de todas las personas sin distinción alguna por motivos de raza, sexo, idioma o religión.<sup>(26)</sup>

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por su parte, define a este derecho a partir de ciertos elementos claves que hacen a su ejercicio. Entre ellos, enumera la **disponibilidad**, refiriéndose a la existencia de instituciones y programas de enseñanza suficientes en relación con la población de que se trate; la **accesibilidad**, pues tales instituciones y programas deben ser asequibles material y económicamente por todos sin discriminación alguna, debiendo asegurarse la educación primaria gratuita y, paulatinamente, implementarse también en la educación secundaria y superior; la **aceptabilidad**, en alusión a que los programas y métodos pedagógicos deben resultar adecuados culturalmente a la sociedad en la que se implementan; y la **adaptabilidad**, pues la educación debe tener la flexibilidad necesaria para adaptarse a las necesidades de sus alumnos y comunidades en diversos contextos culturales y sociales.<sup>(27)</sup>

---

(25) ONU, CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, cit. art. 29. Ver también: ONU, PIDESC, cit. art. 13; OIJ, CONVENCION IBEROAMERICANA DE LOS DERECHOS DE LOS JOVENES, cit. art. 22.

(26) Ver ONU, *Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Declaración y Programa de Acción de Viena*, cit., párr. 33. Para mayor profundidad en este punto ver: Nowak Manfred, "The Right to Education", *op. cit.*, p. 195.

(27) Ver COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, Observación General 13, cit., párr. 6. Para su análisis ver, por ejemplo, CIDH, "El trabajo, la educación y los recursos de

De esta forma, no bastará únicamente con reconocer el derecho a la educación, permitiendo que un número indeterminado de personas reciba educación y otro grupo indeterminado de personas imparta conocimiento, además deberá regularse el contenido de este derecho de forma tal que permita alcanzar los propósitos fijados. Para ello, cabe recordar que en ese sentido se orienta el art. 75 inc. 19 de la Constitución Argentina al fijar los objetivos que deberán tenerse en cuenta al momento de legislar en relación con el derecho a la educación, determinándose que la educación debe ser gratuita y asequible a todos y todas, de forma tal de permitir el desarrollo humano en igualdad de oportunidades, alcanzando estos principios no sólo a la educación primaria —obligatoria en la gran mayoría de los tratados de derechos humanos y constituciones modernas— sino también a la educación secundaria y universitaria. Nuestro más Alto Tribunal lo ha mencionado expresamente:

“... el Estado argentino tiene el poder y la obligación de garantizar, por un lado, el progresivo avance hacia la gratuidad de la enseñanza superior y, con la misma envergadura, el acceso según la capacidad a esa enseñanza, debiendo tenerse en cuenta que, como lo ha juzgado recientemente esta Corte, reviste gravedad institucional la posibilidad de que se origine la responsabilidad del Estado por el incumplimiento de sus obligaciones internacionales (Fallos: 319:2411). Es, pues, el Estado Nacional el que ha de velar porque las normas internas —con inclusión de los estatutos universitarios como normas derivadas— no contradigan las disposiciones de los tratados internacionales con jerarquía constitucional. Que la forma de compatibilizar el cumplimiento efectivo de ambas obligaciones internacionales conduce a contemplar ambos principios -gratuidad y equidad- en el financiamiento de la educación universitaria”.<sup>(28)</sup>

En igual sentido se ha expedido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al considerar que la educación secundaria y universitaria ingresan también en el ámbito de protección del derecho a la educación.<sup>(29)</sup>

las mujeres: la ruta hacia la igualdad en la garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, [en línea] OEA/Ser.LV/II.143, Doc. 59, 3 noviembre 2011, párr. 194.

(28) CSJN, “Estado Nacional (Ministerio de Cultura y Educación de la Nación) formula observación estatutos UNC —art. 34 ley 24.521—”, Sentencia del 27 de mayo de 1999.

(29) Ver TEDH, *Caso Mürsel Eren c. Turquía* (N° 60856/00), Sentencia del 7 de febrero de 2006; *Caso Leyla Şahin c. Turquía*, N°. 44774/98, Sentencia del 10 de noviembre de 2005.

Resulta de vital interés, en este punto, la sanción de la Ley de Educación Nacional 26.206 en nuestro país, en el año 2006, en la que se establece que:

“... la educación es una prioridad nacional y se constituye en política de Estado para construir una sociedad justa, reafirmar la soberanía e identidad nacional, profundizar el ejercicio de la ciudadanía democrática, respetar los derechos humanos y libertades fundamentales y fortalecer el desarrollo económico-social de la Nación”<sup>(30)</sup>

La ley 26.206 reconoce la obligatoriedad escolar en todo el país desde los cinco años y hasta la finalización del nivel de la Educación Secundaria.<sup>(31)</sup>

En efecto, es importante destacar que los principios de gratuidad y accesibilidad alcanzan a todos los niveles de la educación, pues éste es un derecho que aún hoy no se asegura en la gran mayoría de los países.<sup>(32)</sup> Cabe recordar, en este punto, los graves incidentes que se han suscitado a lo largo del año 2011 en el vecino país chileno, donde miles de estudiantes se lazaron a las calles a reclamar por una educación universitaria gratuita para todos y todas, poniendo en crisis la concepción misma del derecho a la educación en Chile. Al respecto, el Relator Especial recalcó que “La educación de calidad debe estar al alcance de todos” y que “El acceso a una educación de calidad sea primaria, secundaria o superior, no puede estar condicionado a la capacidad de pago o endeudamiento de los estudiantes o sus familias”.<sup>(33)</sup>

Esto nos lleva a retomar el hilo conductor de este trabajo, pues la garantía del derecho a la educación se ve dificultada, a su vez, por múltiples factores, tales como la pobreza, la infraestructura inadecuada de las escuelas, la ubicación geográfica de los centros educativos, la falta de transporte ade-

---

(30) Ley de Educación Nacional 26.206, sancionada el 14 de diciembre de 2006 y promulgada el 27 de diciembre de 2006, art. 3°.

(31) Ley de Educación Nacional 26.206, *cit.*, art. 16.

(32) La obligatoriedad de la enseñanza universitaria gratuita surge, por ejemplo, del art. 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos”; y del art. 13, inc. 2°. c) PIDESC: “la enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita”.

(33) Comunicado especial del Relator Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Educación, Sr. Kishore Singh, Ginebra, 9 de septiembre de 2011.

cuado, la falta de incorporación de la educación intercultural, los costos de libros escolares y textos, la falta de voluntad de las familias de brindar educación a las hijas, el embarazo adolescente, entre muchos otros.<sup>(34)</sup> Ello implica la necesidad de regulación de un sinnúmero de cuestiones que, invariablemente, definen el contenido de este derecho. Cuestiones que serán analizadas a continuación, sin pretender, por supuesto, agotar todos los aspectos de tal discusión.

En primer lugar, numerosos ejemplos de la historia universal evidencian la relación educación-discriminación. Así, por ejemplo, en el Apartheid en Sudáfrica se legisló que las personas de raza negra deberían asistir a escuelas distintas de aquéllas a las que asistían personas de raza blanca, el costo monetario de las escuelas para personas de raza negra era más elevado e incluso estaba prohibido el acceso a la escuela superior para este grupo racial discriminado. Ello evidencia que la forma de privar a determinados grupos sociales, raciales, étnicos, entre otros, de su participación en la vida política, social y cultural de un país es privarlos, precisamente, del acceso a la educación en condiciones de igualdad.<sup>(35)</sup> Advirtiendo esta circunstancia, el Comité de los Derechos del Niño ha recomendado aumentar "la matrícula en la enseñanza primaria y secundaria, reduciendo las disparidades económicas, étnicas y regionales en el acceso a la educación y el pleno disfrute de ese derecho".<sup>(36)</sup> Como ya fuera dicho, entre los propósitos del derecho a la educación se encuentran la promoción de la tolerancia y de los derechos sin ningún tipo de distinción, por lo que se presenta como primordial asegurar el acceso al derecho a la educación en condiciones de igualdad. En relación con esto, el Relator Especial ha dicho que: "la necesidad de impulsar la educación de calidad, basada en el aprendizaje y en la vivencia de los derechos humanos, es requisito para desarrollar una resistencia eficiente contra todas las formas de exclusión y discriminación".<sup>(37)</sup>

(34) Ver CIDH, "El trabajo, la educación y los recursos de las mujeres...", *cit.* párr. 20.

(35) Ver NOWAK, MANFRED, "The Right to Education", *op. cit.*, p. 202.

(36) Comité de los Derechos del Niño, Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del art. 44 de la Convención, Observaciones finales, 39° período de sesiones, 13 de septiembre de 2005, [en línea] RC/C/15/Add.262, párr. 60.

(37) ONU, "Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, El derecho a la educación de las niñas", Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación, Muñoz Villalobos, 8 de febrero de 2006, párr. 63.

Asimismo, para permitir ese acceso en condiciones de igualdad a hombres y mujeres, deberán erradicarse los estereotipos imperantes en la educación,<sup>(38)</sup> adoptándose todas las medidas necesarias para asegurar la igualdad de condiciones en el acceso a toda clase de instituciones, iguales condiciones de estudio, la misma selección de programas y planes de estudio e igualdad de oportunidades en la obtención de becas y otras subvenciones.<sup>(39)</sup> En relación con este aspecto se debe garantizar, también, la igualdad de condiciones en el acceso al empleo. En este sentido, la Comisión, en su informe ya citado, remarca que "a pesar del incremento en algunos Estados americanos del número de mujeres que egresan de la educación superior, ello no se traduce en mejores empleos y salarios en comparación con los hombres",<sup>(40)</sup> pese a que existe la obligación estatal de adoptar acciones positivas concretas para revertir tal situación. Así, Amnistía Internacional destaca que: "un 70 por ciento de la población que vive en la pobreza son mujeres. En efecto, en muchos países, mujeres y niñas continúan enfrentándose a obstáculos para encontrar un trabajo digno, participar en la vida pública y obtener acceso a educación, servicios de salud, alimentación adecuada, agua y saneamiento".<sup>(41)</sup>

A su vez, en la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad se establece como necesario hacer "hincapié en la educación y formación ocupacional de las personas con discapacidad, para asegurarles un nivel óptimo de independencia y de calidad de vida; [y] se enfatiza la educación hacia el resto de la población, que debe ser dirigida a eliminar prejuicios, estereotipos y otras actitudes que atentan contra el derecho de las personas a ser iguales",<sup>(42)</sup> como forma de eliminar progresivamente la discriminación en relación con este grupo.

(38) Ver OEA, CONVENCION INTERAMERICANA PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER "CONVENCION BELEM DO PARA", adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General, art. 6°.b).

(39) Ver ONU, Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer, cit., art. 9. En igual sentido ver: UNESCO, *Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza*, París, 14 de diciembre de 1960, art. 2°.

(40) CIDH, *El trabajo, la educación y los recursos de las mujeres...*, cit., párr. 23.

(41) AMNISTIA INTERNACIONAL, "Combatiendo la exclusión: Por qué los derechos humanos son esenciales para los ODM", en *Sur Revista Internacional de Derechos Humanos*, n° 12, v7, São Paulo, junio 2010.

(42) SALVIOLI, FABIÁN, "La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de derechos humanos", en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 39, p. 123. Ver también: OEA, CONVENCION INTERAMERICANA PARA

Los pueblos originarios, los refugiados y los migrantes son también grupos vulnerables que requieren de medidas especiales que resignifican el contenido del derecho a la educación. En el caso de los refugiados, se ha determinado que deberán adoptarse medidas que aseguren el mismo trato que a los nacionales en lo que respecta a la enseñanza elemental.<sup>(43)</sup> En el caso de los pueblos originarios, las medidas positivas que se adopten para propiciar la igualdad del grupo no deben limitarse a regular el acceso a las instituciones, planes de estudio y becas en igualdad de condiciones, sino también y, principalmente, deben orientarse a permitirles "establecer y controlar sus sistemas e instituciones docentes que impartan educación en sus propios idiomas, en consonancia con sus métodos culturales de enseñanza y aprendizaje".<sup>(44)</sup> En ese sentido, la Corte Interamericana estableció, en un caso sobre violaciones a derechos humanos de una comunidad Maya, la obligación del Estado de dotar "de personal docente capacitado en enseñanza intercultural y bilingüe en la educación primaria, secundaria y diversificada de dichas comunidades".<sup>(45)</sup>

Sin perjuicio de ello, un informe realizado por la Comisión Económica para Latinoamérica y el Caribe (CEPAL) en el año 2005, determinó que "los pueblos indígenas enfrentan enormes disparidades en el acceso y en la

---

la ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, GUATEMALA, 7 DE JUNIO DE 1999, EN EL VIGÉSIMO NOVENO PERÍODO ORDINARIO DE SESIONES.

(43) Ver ONU, "Convención sobre el Estatuto de los Refugiados", "Conferencia de Plenipotenciarios sobre el estatuto de los refugiados y de los apátridas", 28 de julio de 1951, art. 22; ONU, Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias, AG Resolución 45/158, 18 de diciembre de 1990, arts. 44/45. Ver también: TEDH, Caso *Timishev c. Rusia*, (Nº. 55762/00 y 55974/00), Sentencia del 13 de diciembre de 2005, párrs. 64/67. Así, por ejemplo, el Ministerio de Educación de la República Argentina adoptó, el 15 de octubre de 2008, la resolución 1551/2008, mediante la cual establece para los estudiantes extranjeros que han obtenido o solicitado el Estatuto de Refugiado un tratamiento preferencial en los trámites administrativos de ingreso y egreso de los establecimientos educativos del país, reconociendo que han salido de su país de residencia bajo una situación de riesgo y urgencia que puede impedirles tener en su poder la documentación escolar correspondiente o bien solicitarla a la autoridad educativa o consular.

(44) Consejo de Derechos Humanos, proyecto de resolución "Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas", [en línea] A/61/L.67, Sexagésimo primer período de sesiones, art. 14.

(45) CORTE IDH, "Caso Masacre Plan de Sánchez" (Reparaciones y Costas), Sentencia de 19 de noviembre de 2004, Serie C Nº 116, párr. 9. En igual sentido, CORTE IDH, "Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa", (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 17 de junio de 2005, Serie C Nº 125, párr. 221.

calidad de la educación y el servicio de salud que reciben”,<sup>(46)</sup> tomando como ejemplo el caso de Guatemala, donde el 53,5% de los jóvenes indígenas de entre 15 y 19 años de edad no ha completado la escuela primaria en contraste con un 32,2% de jóvenes no-indígenas.

En Argentina, la relación educación-igualdad fue discutida en el ya citado caso “Ferrer de Leonard c/ Provincia de Tucumán”, en relación con la aplicación de la Ley Federal de Educación, que perseguía entre sus objetivos la organización y unidad del Sistema Nacional de Educación.<sup>(47)</sup> En el caso, la Corte Suprema de Justicia ordenó a la provincia de Tucumán implementar la ley considerando que la decisión provincial en sentido contrario alteraba los objetivos constitucionales de igualdad de oportunidades y no discriminación que la ley había procurado concretar; por ejemplo, porque los egresados de las escuelas tucumanas no tendrían títulos reconocidos a nivel nacional, lo que entre otras cosas les impediría continuar sus estudios terciarios o universitarios y los pondría en clara desventaja.<sup>(48)</sup> En otro fallo importante en la materia, el Máximo Tribunal argentino dispuso la adopción de medidas positivas tendientes a asegurar el derecho a la educación de un niño discapacitado carente de recursos económicos suficientes, al resolver que sus padres tenían derecho a exigir un subsidio estatal para pagar la educación y el transporte especial de su hijo.<sup>(49)</sup>

Otra relación importante se presenta en el binomio educación-trabajo. Desde la Revolución Industrial y hasta la actualidad, los niveles crecientes de tecnologización y profesionalización, como así también la especialización del conocimiento, han llevado a que el grado de educación que una persona posee determine directamente sus posibilidades de acceso al mercado laboral y de obtener mejores empleos. En este sentido, se ha afirmado que al reconocer las constituciones modernas el derecho al trabajo para todos los ciudadanos, se está a su vez reconociendo en forma implícita su derecho a una educación, una formación profesional y, si es necesario, la elección consciente de una rama de actividad

---

(46) TAULI-CORPUZ, VICTORIA, “Reflexiones sobre el papel del foro permanente para las cuestiones indígenas de las Naciones Unidas en relación con los ODM”, en *Sur revista Internacional de Derechos Humanos*, n° 2, v. 7, São Paulo, junio, 2010.

(47) Congreso de la Nación Argentina, Ley Federal de Educación, 24.195, sancionada en abril 14 de 1993, promulgada en abril 29 de 1993, BO 05/05/1993.

(48) Ver CSJN, “Ferrer de Leonard, Josefina y otros c/Superior Gobierno de la Pcia. de Tucumán s/amparo”, cit.

(49) Ver CSJN, “Lifschitz, Graciela c/Estado Nacional s/sumarísimo”, Sentencia del 15/06/2004.

determinada.<sup>(50)</sup> Por ello, "si bien los Estados deben atender prioritariamente a la enseñanza primaria gratuita, también tienen la obligación de adoptar medidas concretas para implantar la enseñanza secundaria y superior gratuitas",<sup>(51)</sup> para propiciar el acceso a la educación en condiciones de igualdad en todos los niveles de enseñanza.

Innegablemente, garantizar el acceso a la educación para todos y todas en condiciones de igualdad, con la intencionalidad de brindar herramientas para el desenvolvimiento laboral de una persona, implica también generar políticas públicas de inclusión que permitan extender el uso y goce de este derecho a la gran mayoría de la población, si no a su totalidad. De esta forma, proveer de educación es también brindar herramientas para salir de la pobreza junto con otras consecuencias esperables. Como lo ha ejemplificado la UNESCO, "cuatro años de enseñanza primaria (...) equivalen a un incremento de productividad agrícola de un 10% o más por término medio. Las madres alfabetizadas tienen menos hijos, más sanos y mejor alimentados. Por año más en que una madre asiste a la escuela se registra un descenso de la mortalidad infantil de un 9 por 1,000 aproximadamente".<sup>(52)</sup> Asimismo, "... las mujeres que han recibido algún tipo de educación (...) tienen una mayor capacidad para protegerse ellas mismas y de proteger a sus hijos contra el VIH/SIDA, la trata y la explotación sexual; y tienen más probabilidades de contribuir plenamente al desarrollo político, social y económico".<sup>(53)</sup>

Por su parte, la Corte Interamericana destacó la vital importancia que posee el derecho a la educación al favorecer la posibilidad de gozar de una vida digna.<sup>(54)</sup> En un caso reciente, la Corte analizó específicamente el derecho a la educación como parte integrante del derecho a una vida digna al afirmar que:

(50) Ver GERMAINE, BORCELLE, "La igualdad de oportunidades para las jóvenes y mujeres en la enseñanza técnica, la formación profesional y el empleo", *op. cit.*, p. 39.

(51) COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Observación General 13, *cit.*, párr.14

(52) UNDP, *Human Development Report 1992, Published for the United Nation Development Programme* (UNDP), New York, Oxford University Press, 1992.

(53) CIDH, "El trabajo, la educación y los recursos de las mujeres...", *cit.*, párr. 180, con cita de UNICEF, Informe GAP, "Logros y Perspectivas de Género en la Educación", [en línea] [http://www.unicef.org/spanish/publications/files/The\\_GAP\\_Report\\_\(S\).pdf](http://www.unicef.org/spanish/publications/files/The_GAP_Report_(S).pdf)

(54) Ver CORTE IDH, "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño", Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, Serie A N° 17, párr. 84.

“De la prueba recaudada, la Corte observa que si bien algunas condiciones en cuanto a la prestación de la educación por parte del Estado han mejorado, no existen instalaciones adecuadas para la educación de los niños. (...) destaca que la asistencia estatal brindada (...) no ha sido suficiente para superar las condiciones de especial vulnerabilidad que (...) existían en la Comunidad Xákmok Kásek”.

Asimismo, la Corte declara que el Estado no ha brindado las prestaciones básicas para proteger el derecho a una vida digna en estas condiciones de riesgo especial, real e inmediato para un grupo determinado de personas, lo que constituye una violación del art. 4º.1 de la Convención, en relación con el art. 1º.1. de la misma.<sup>(55)</sup>

De igual forma, la educación se presenta como la mejor vía para lograr la reinserción de los niños y niñas que han sido privados de su libertad debido a la comisión de un delito, para evitar que se encuentren en una situación de desventaja cuando recuperen su libertad como así también para permitirles desempeñar luego un papel productivo en la sociedad.<sup>(56)</sup> Se ha sostenido también que la educación “debería ser entendida como comprehensiva de medidas tales como el mejoramiento de sus habilidades comunicativas o requiriéndoles que realicen reparaciones”.<sup>(57)</sup> Definitivamente, la falta de recursos no debe justificar nunca la violación de derechos humanos de los jóvenes pues “al imponer sanciones o medidas a los jóvenes infractores, el Estado interviene a una edad en la cual normalmente la familia es la responsable de la crianza del joven. Si el Estado reemplaza parcialmente a los padres debe garantizar que las intervenciones sean significativas, positivas y efectivas”.<sup>(58)</sup> Por ello, la Comisión Interamericana ha requerido que se

(55) CORTE IDH, “Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay” (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C N° 214, párr. 213/ 214.

(56) Ver COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Recomendación General 10, “Derechos del Niño en la Justicia Penal Juvenil”, febrero de 2007; Asamblea General de las Naciones Unidas, Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores, “Reglas de Beijing”, adoptadas en su resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985; ONU, ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, adoptadas en su resolución 45/113, del 14 de diciembre de 1990.

(57) DÜNKEL, FRIEDER, “El futuro de la justicia juvenil: perspectivas europeas”, en *Justicia y Derechos del Niño*, UNICEF, n° 10, [en línea] [www.unicef.cl](http://www.unicef.cl)

(58) DÜNKEL, FRIEDER, *Ibid.*

coloque en cabeza de los Estados la obligación "de proveerlos de asistencia de salud y de educación, para así asegurarse de que la detención a la que los niños están sujetos no destruirá sus proyectos de vida",<sup>(59)</sup> y ante el incumplimiento de dicha obligación, concretamente, la Corte Interamericana obligó a un Estado a brindar "asistencia vocacional, así como un programa de educación especial destinado a los ex internos del Instituto".<sup>(60)</sup>

En relación con los niños y niñas, específicamente, la educación actúa, además, como límite a la explotación infantil puesto que, si bien gozan del derecho a trabajar, su ejercicio no podrá poner nunca en peligro su educación.<sup>(61)</sup> Asimismo, se ha sostenido que "el acceso a una educación de calidad habilita al niño para el disfrute de otros derechos al facilitarle los conocimientos y las aptitudes y capacidades necesarias para ello, a la vez que le prepara para llevar una vida plena, satisfactoria y responsable en una sociedad libre".<sup>(62)</sup>

Por otra parte, como un prerequisite para el correcto ejercicio de la libertad de expresión y la participación en una sociedad democrática, el contenido del derecho a la educación debe, necesariamente, garantizar la defensa de la libertad académica del cuerpo docente y del alumnado, creando la obligación a cargo de todos los Estados de asegurar la posibilidad de investigar, desarrollar y transmitir ideas y conocimiento sin limitaciones de ningún tipo, sin ser objeto de discriminación ni persecución por las ideas que se profesan.<sup>(63)</sup> La única norma expresa al respecto se encuentra en el art. 15, inc. 3° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por el cual se obliga a los Estados a respetar la libertad indispensable para las investigaciones científicas y la actividad creativa; no existen normas de derecho internacional que garanticen la autonomía universitaria, la participación de la comunidad académica en

(59) CORTE IDH, "Caso Instituto de Reeducción del Menor" (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 2 de septiembre de 2004, Serie C N° 112, Alegatos de la CIDH, párr. 161.

(60) CORTE IDH, "Caso "Instituto de Reeducción del Menor", Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 2 de septiembre de 2004, Serie C N° 112, párr. 321.

(61) CONSEJO DE EUROPA, "Carta Social Europea", Turín, 18 de octubre de 1961 art. 7°.

(62) CIDH, Informe "Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado Alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas", OEA/Ser.L/V/II.Doc. 54/13, 17 octubre 2013, [en línea] <http://www.cidh.org>, párr. 632.

(63) COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, Observación General 13, cit., párrs. 38/40.

los claustros de gobierno de las instituciones a las que pertenecen o que protejan la libertad académica. Estas garantías se encontrarían amparadas, en líneas generales, por el derecho a la libertad de expresión, opinión y asociación.<sup>(64)</sup>

Esta interrelación del derecho a la educación con múltiples otros derechos puede observarse, con cierta particularidad, en el análisis que la Corte Interamericana realiza en ocasión de fijar las reparaciones en casos de violaciones a derechos reconocidos en la Convención Americana y otros tratados de derechos humanos. El concepto de reparación integral adoptado por el organismo ha demostrado que las violaciones de los derechos civiles y políticos de una persona pueden generar también, a ella o a sus descendientes, violaciones a DESC.<sup>(65)</sup> Así, en los primeros casos de su jurisprudencia ordenó, por ejemplo, que a los hijos de una víctima de desaparición forzada debía garantizárseles el derecho a la educación hasta la edad de 25 años.<sup>(66)</sup> En otro caso, se ordenó la reapertura de una escuela ubicada en la aldea donde vivían descendientes de víctimas atacadas por los militares por su supuesta pertenencia a un grupo subversivo, a los fines de garantizarles su derecho a la educación hasta determinada edad.<sup>(67)</sup> También, condenó a varios Estados a otorgar becas de estudio a familiares de las víctimas,<sup>(68)</sup> a diagramar planes de estudio para que familiares de una víctima de desaparición forzada pudieran concluir los estudios primarios y secundarios que interrumpieron al momento de los hechos, sin interferir con su vida laboral actual;<sup>(69)</sup> y a facilitar el ingreso o permanencia en la universidad de la hija de un dirigente de una comunidad indígena

(64) Ver NOWAK, MANFRED, *op. cit.*, p. 209.

(65) Ver SALVIOLI FABIAN, *op. cit.*, p. 157.

(66) Ver CORTE IDH, "Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras" (Reparaciones y Costas), Sentencia de 21 de julio de 1989, Serie C N° 7, párr. 48; Corte IDH, "Caso Godínez Cruz vs. Honduras. Reparaciones y Costas", Sentencia de 21 de julio de 1989, Serie C N° 8, párr. 46.

(67) Ver CORTE IDH, "Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam" (Reparaciones y Costas), Sentencia de 10 de septiembre de 1993, Serie C N° 15, párr. 96.

(68) Ver CORTE IDH, "Caso Familia Barrios vs. Venezuela" (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 24 de noviembre de 2011, Serie C N° 237, párr. 336; Corte IDH, "Caso Mirna Mack Chang" (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C N° 101, párr. 285; Corte IDH, "Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri" (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 8 de julio de 2004, Serie C N° 110, párr. 237; Corte IDH, "Caso Cantoral Benavides", Reparaciones y Costas, Sentencia de 3 de diciembre de 2001, Serie C N° 88, párr. 80.

(69) Ver CORTE IDH, "Caso Gómez Palomino" (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 22 de noviembre de 2005, Serie C N° 136, párr. 145.

asesinado, mediante cursos u otras actividades de refuerzo académico.<sup>(70)</sup> Asimismo, dispuso que el Estado de México adoptase medidas tendientes a facilitar alojamiento y alimentación adecuados a las niñas que debían trasladarse para realizar sus estudios secundarios, con el fin de evitar su deserción, sin perjuicio de considerar apropiada la instalación de una escuela secundaria en la comunidad en cuestión.<sup>(71)</sup>

Como puede notarse, en todos los casos mencionados, se trataba de violaciones a otros derechos humanos como el derecho a la vida, la integridad física o la libertad personal, que ocasionaron en la propia víctima o sus familiares un daño susceptible de ser reparado mediante el reconocimiento pleno del derecho a la educación, la adopción de medidas concretas que facilitaran el acceso a institutos educativos y la permanencia en el sistema educativo hasta alcanzar el máximo desarrollo posible. La importancia que la Corte IDH le está otorgando al derecho a la educación mediante este sistema es innegable, adoptándolo como "remedio" a los padecimientos sufridos, como vía para superar los hechos del pasado en pos de asegurar el desarrollo futuro. Es mucho más productiva y enriquecedora que una lisa y llana reparación pecuniaria.

En definitiva, la educación se presenta como un derecho indispensable para todas las personas, porque sólo a través de la educación los individuos se encontrarán en condiciones de hacer respetar sus restantes derechos y exigir del Estado el cumplimiento de sus obligaciones. Para ello no debe perderse de vista que no alcanza con saber que se cuenta con un derecho, también se debe poseer un nivel de instrucción tal que permita advertir el momento en que ese derecho no está siendo respetado y exigir que se garantice su cumplimiento por las vías apropiadas. Es decir, la educación es necesaria también para eliminar los obstáculos de acceso a la justicia.<sup>(72)</sup>

(70) Ver CORTE IDH, "Caso Escué Zapata vs. Colombia" (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 4 de julio de 2007, Serie C N° 165, párr. 170.

(71) Ver CORTE IDH, "Caso Fernández Ortega y otros vs. México" (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 30 de agosto de 2010, Serie C N° 215, párr. 270.

(72) Ver CORTE IDH, "Caso Gómez Palomino", cit., párr. 147: "el Tribunal observa, de conformidad con el acervo probatorio, que el analfabetismo de la señora Victoria Margarita Palomino Buitrón exigió la asistencia de sus hijas para realizar las gestiones de búsqueda del señor Santiago Gómez Palomino, ante autoridades estatales. Esta situación aumentó sus padecimientos durante la búsqueda de su hijo y se presenta como un obstáculo de su acceso a la justicia. En razón de lo anterior, la Corte ordena al Estado brindar todas las facilidades materiales necesarias a la señora Victoria Margarita Palomino Buitrón, para que,

A su vez, la educación en materia de derechos humanos se presenta como indispensable en una sociedad democrática,<sup>(73)</sup> y la Comisión Interamericana ha recomendado siempre a los Estados miembros y a la propia Organización la adopción de programas de enseñanza de derechos humanos y de otros medios de promoción de tales derechos.<sup>(74)</sup> El Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha interpretado, por su parte, que en virtud del art. 13 del Pacto expresó que

“... la educación en la esfera de los derechos humanos debe facilitar información sobre el contenido de los tratados de derechos humanos, pero los niños también deben aprender lo que son esos derechos observando la aplicación en la práctica de las normas de derechos humanos, ya sea en el hogar, en la escuela o en la comunidad. La educación en la esfera de los derechos humanos debe constituir un proceso integral que se prolongue toda la vida y empiece con la manifestación de valores de derechos humanos en la vida y las experiencias cotidianas de los niños”.<sup>(75)</sup>

Particularmente, se debe brindar educación en los derechos humanos a los funcionarios públicos, en la acepción más amplia de esta palabra, comprendiendo a todos los que desarrollen sus funciones en relación con la aplicación de las leyes y su cumplimiento, de forma tal de impedir que se produzcan violaciones a estos derechos, evitar la responsabilidad de los Estados y alcanzar niveles de respeto y garantía cada vez mayores. Esta concepción también ha sido sustentada por la Corte IDH en sus sentencias. Así, por ejemplo, ordenó que en cumplimiento del art. 8° de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, el

---

en el caso que ella lo desee, pueda participar en un programa de alfabetización a través de las instituciones estatales de educación encargadas, que tome en consideración su condición de bilingüe en los idiomas castellano y quechua”.

(73) Ver CORTE IDH, "Condición jurídica y derechos humanos del niño", Opinión Consultiva OC-17/02 *cit.*, párr. 84/85 y 88; y el voto concurrente del juez A. A. Cancado Trindade en mismo fallo, párr. 52.

(74) Ver CIDH, Informe anual de la Comisión Interamericana de 1994, [en línea] OEA/Ser.LV/II.88 Doc. 9 rev., 17 febrero 1995. Ver también, por ejemplo, CORTE IDH "Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile" (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia del 24 de febrero de 2012, Serie C N° 239.

(75) COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, Observación General N°13, *cit.*, párr. 15. Véase también: ONU, ASAMBLEA GENERAL, Proclama del Decenio de las Naciones Unidas para la Educación en la Esfera de los Derechos Humanos, resolución 49/184, 23 de diciembre de 1994.

Estado debe velar por la formación acerca de ese delito del personal o de los funcionarios públicos encargados de la aplicación de la ley,<sup>(76)</sup> también deberán implementarse planes de educación en los principios y normas de protección de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario y sobre los límites a los que debe estar sometido<sup>(77)</sup> y, en especial, en el caso de fiscales y jueces —aún de fueros penales militares— se deberán realizar capacitaciones en cuanto a los estándares internacionales en materia de protección judicial de derechos humanos.<sup>(78)</sup> Asimismo, ha determinado el deber de desarrollar programas de "formación y capacitación para el personal médico, psiquiátrico, psicológico, de enfermería, auxiliares de enfermería y para todas aquellas personas vinculadas con la atención de salud mental, en particular, sobre los principios que deben regir el trato de las personas que padecen discapacidades mentales".<sup>(79)</sup>

## 5. Conclusión. Reflexiones finales

Como se ha podido destacar a lo largo del presente trabajo, la definición del contenido del derecho a la educación es una cuestión compleja. No alcanza con establecer únicamente la definición de qué se entenderá por educación, requisitos, alcances y condiciones de vigencia, como puede ocurrir con otros derechos, sino que, en su determinación, también deberán observarse las regulaciones de otros derechos humanos y la influencia de otros factores de índole social, política y

(76) Ver CORTE IDH, "Caso Bámaca Velásquez" (Reparaciones y Costas), Sentencia de 22 de febrero de 2002, Serie C N° 91, párr. 86.

(77) Ver CORTE IDH, "Caso de la Masacre de Mapiripán" (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C N° 134, párr. 316. En igual sentido, CORTE IDH, "Caso de las Masacres de Ituango" (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 1 de julio de 2006, Serie C N° 148, párr. 409; Corte IDH, "Caso Goiburú y otros", Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 22 de septiembre de 2006, Serie C N° 153, párr. 178; Corte IDH, "Caso Vargas Areco" (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N° 155, párr. 161; Corte IDH, "Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú" (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 25 de noviembre de 2006, Serie C N° 160, párr. 452; Corte IDH, "Caso La Cantuta" (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Serie C N° 162, párr. 240.

(78) Ver CORTE IDH, "Caso La Cantuta", cit., párr. 241. En igual sentido, CORTE IDH, "Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador" (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 4 de julio de 2007, Serie C N° 166, párr. 158, CORTE IDH, "Caso De la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala" (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 24 de noviembre de 2009, Serie C N° 211, párr. 251.

(79) CORTE IDH, "Caso Ximenes Lopes vs. Brasil", Sentencia de 4 de julio de 2006, Serie C N° 149.

económica. En este sentido, la obligación de los Estados de respetar, garantizar y adoptar disposiciones de derecho interno que doten de efectividad los derechos protegidos, adquiere también una nueva significación, por cuanto las medidas legislativas y de otra índole que se adopten deberán reflejar los objetivos y propósitos que se asocian al derecho a la educación.

El presente artículo busca, simplemente, visibilizar estas interrelaciones, derivaciones y consecuencias del derecho a la educación para que actúen como disparadores que nos sirvan para pensar qué tipo de educación tenemos y cuál es la que pretendemos, pues es tarea de todos y todas trabajar para una concepción integral de la misma, exigiendo a los distintos actores sociales —en especial a los Estados— el cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas, como elemento transformador de las sociedades de las que formamos parte. En este sentido, no debe olvidarse que la educación permite reducir las tasas de natalidad y mortandad, favorece el desarrollo económico, facilita el acceso al mercado laboral y a la justicia, permite la participación ciudadana en una sociedad democrática, ayuda a eliminar estereotipos y a garantizar la igualdad, y se constituye como herramienta esencial para que toda persona pueda gozar de una vida digna, entre otras consecuencias positivas.

De esta forma, es ya indiscutible que todos los Estados deben proveer educación gratuita para todos y todas, al menos con el objeto de asegurar la educación primaria como piso mínimo que toda persona debe alcanzar, independientemente de su condición social. En este sentido, en los últimos años, los gobiernos latinoamericanos han adoptado medidas concretas tendientes a efectivizar el derecho a la educación para la totalidad de la población. En el caso de Perú, por ejemplo, sancionó la Ley de Fomento a la Educación de la Niña y Adolescente Rural (ley 27.558) por la cual el Estado se obliga a diseñar políticas educativas que respondan a las necesidades de ese grupo poblacional particular. Bolivia implementó el “Bono Juancito Pinto” con la finalidad de evitar la deserción escolar en los cursos de primaria en todas las escuelas públicas. Este bono consiste en la entrega de una suma de dinero que ayuda a las familias a cubrir los costos de materiales de estudio, transporte, educación u otros gastos en los que incurren al enviar a sus hijos a la escuela. El Estado argentino, desde el 2009, implementó la Asignación Universal por Hijo (AUH), una política pública consistente en una suma fija mensual que se otorga al familiar a cargo de todo niño, niña o adolescente, con

el objeto de garantizar la asistencia escolar y la atención básica de la salud, política similar a la que se ha implementado en el Estado de Guatemala.<sup>(80)</sup> Recientemente, se implementó también en Argentina el Plan "Progresar" cuyo objeto es el de generar oportunidades de inclusión social y laboral a través de acciones integradas que permitan capacitar a los jóvenes entre 18 y 24 años, además se busca favorecer la finalización de la escolaridad obligatoria, iniciar o facilitar la continuidad de una educación superior y realizar experiencias de formación y/o prácticas calificantes en ambientes de trabajo.<sup>(81)</sup>

En el caso concreto de nuestro país, según los resultados que arroja el último censo realizado, las tasas de asistencia a un establecimiento educativo se incrementaron respecto a las del censo 2001 en todos los grupos etarios a lo largo de todo el país. Así, por ejemplo, el grupo de 5 años presenta en 2010 una tasa de asistencia a un establecimiento educativo de 91,4%, superior en 12,56 puntos porcentuales al 2001. Los analistas destacan, en este punto, la sanción de la ya citada Ley de Educación Nacional 26.026, que estableció la enseñanza obligatoria a partir de los 5 años. El grupo de 6 a 11 años, por su parte, presenta tasas de asistencia a un establecimiento educativo del 99%, por citar sólo algunos ejemplos. Asimismo, el 68,7% de las personas que asistieron al primario completaron el nivel, lo que significa un aumento de casi 2 puntos porcentuales con respecto a 2001, en tanto, el 57,4% de la población que asistió al nivel secundario completó el nivel, representando un aumento de casi 6 puntos porcentuales con respecto a 2001.<sup>(82)</sup> Tales incrementos se han visto favorecidos con la implementación de la ya nombrada Asignación Universal por Hijo, aunque aún queda mucho por hacer, especialmente, en materia de condiciones de acceso igualitarias e igualdad de oportunidades,<sup>(83)</sup>

(80) Ver CIDH, "El trabajo, la educación y los recursos de las mujeres...", cit., párr. 216.

(81) Decreto 84/2014 del 23 de enero de 2014.

(82) Todas las estadísticas y porcentuales comparativos del párrafo pertenecen a: INDEC, Gaceta de Prensa, "El INDEC difunde nuevos datos del censo del Bicentenario", del 29 de junio de 2012.

(83) En efecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su último informe, ha criticado ciertos aspectos de las políticas públicas argentinas en la materia. Así, se afirmó que: "Preocupa al Comité que los requisitos para recibir la asignación universal por hijo, establecida por ley, excluyan en la práctica a ciertos grupos, como los migrantes y sus hijos, del derecho a recibir esa prestación. El Comité insta al Estado parte a que considere la posibilidad de adoptar todas las medidas que sean necesarias para ofrecer la cobertura de la asignación universal por hijo sin restricciones, especialmente en el caso de grupos de personas marginadas y desfavorecidas, como los hijos de los trabajadores migratorios en situación irregular y los hijos de las personas privadas de libertad" ver (Comité de Derechos

en un país que ha sufrido por largos años los avatares de la cuestionada “Ley Federal de Educación”.<sup>(84)</sup>

Por otra parte, en la concepción misma de la educación deberán tenerse en consideración no sólo los tratados de derechos humanos que a tal derecho se refieren, sino la totalidad de los instrumentos de protección que hacen de ella una herramienta de cambio, un medio o un fin. En ese contexto, el plexo normativo —internacional y nacional— en materia de protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes viene a cumplir un rol relevante, pues la concepción misma de la educación deberá verse atravesada por sus principios fundamentales, tales como el interés superior del niño, el derecho a ser oído y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta, la autonomía y capacidad progresiva del niño, entre otros. En tal sentido, me permito compartir las palabras de reflexión de Ricardo Baquero y Flavia Terigi quienes sostienen que “el proyecto escolar no es un proyecto de los niños sino, en verdad, un proyecto *atribuido* a los niños pero *impuesto* sobre ellos por la cultura adulta. Aunque sintamos plenamente legitimada nuestra acción pedagógica sobre los niños y concibamos su educación como un derecho, no

---

Económicos, Sociales y Culturales, Informe sobre los períodos de sesiones 46° y 47°—del 2 al 20 de mayo de 2011; y del 14 de noviembre al 2 de diciembre de 2011—, E/2012/22 y E/C.12/2011/3 párr. 278). Asimismo, se sostuvo que: “Preocupa al Comité que a pesar de los esfuerzos hechos por el Estado parte para garantizar el acceso universal a la educación sigan existiendo problemas como el de los niños no incorporados al sistema educativo, el analfabetismo, la repetición de cursos y la deserción escolar, especialmente entre las comunidades indígenas desfavorecidas y marginadas. Además, observa con preocupación que las comunidades indígenas no siempre disfrutan del derecho a una educación bilingüe intercultural (art. 13). El Comité recomienda al Estado parte que aplique eficazmente la legislación vigente para garantizar el derecho a la educación y resolver, en particular, los problemas relacionados con los niños que no se han incorporado al sistema educativo, el analfabetismo, la repetición de cursos y la deserción escolar. Asimismo, lo insta a que continúe sus esfuerzos por eliminar las disparidades existentes entre los distintos grupos de la sociedad y promueva los avances en materia de educación de las provincias y los grupos desfavorecidos y marginados. También le recomienda que adopte medidas eficaces para garantizar el acceso de los pueblos indígenas a la educación intercultural y que vele por que esa educación se adapte a las necesidades específicas de esos pueblos” (*Ibid*, párr. 282).

(84) Ley 24.195, sancionada el 14 de abril de 1993, derogada por la ley 26.026 del año 2006. Permitió la transferencia de servicios educativos y de salud a las provincias, como modo de reducir el gasto del gobierno nacional y desarticular las luchas docentes. El sistema entró en crisis en reiteradas oportunidades ante la escasez de recursos de los gobiernos provinciales. Asimismo, generó desigualdades en la formación de los alumnos de las distintas provincias, sujetos a programas de enseñanza de diverso contenido. Para un análisis profundo del tema ver: FILMUS, DANIEL y KAPLAN, CARINA, *Educación para una sociedad más justa. Debates y desafíos de la Ley de Educación Nacional*, Bs. As., Editorial Aguilar, 2012.

debe olvidarse que tales legitimación y perspectiva están originadas en la cultura adulta",<sup>(85)</sup> circunstancia que, en la actualidad, necesariamente debe ser puesta en debate.

Evidentemente, surge la necesidad de concebir a la educación como un motor de cambio, como una herramienta de desarrollo y de realización, como un condimento si se quiere liberador de la persona y, por ende, definir su contenido en consecuencia, implica un desafío muy grande para todos los Estados. La adopción de políticas sociales, concretas y específicas, tendientes a garantizar el pleno ejercicio del derecho a la educación contribuirá a conformar sociedades más justas e igualitarias, objetivo que debería primar en las agendas de los Estados para esta primera mitad del siglo XXI.



---

(85) BAQUERO, RICARDO y TERIGI FLAVIA, "En búsqueda de una unidad de análisis del aprendizaje escolar. Dossier Apuntes pedagógicos", en *Revista Apuntes*, Bs. As., UTE/CTERA, 1996.



# Negocios y derechos humanos

## La responsabilidad de los Estados cuando intervienen empresas multinacionales en la violación de derechos humanos

ANNABELLA SANDRI FUENTES<sup>(1)</sup>



*“Vivimos en un orden mundial criminal y caníbal,  
donde las pequeñas oligarquías del capital financiero deciden  
de forma legal quién va a morir de hambre y quién no. Por tanto,  
estos especuladores financieros deben ser juzgados y condenados,  
reeditando una especie de Tribunal de Núremberg”.*

**Jean Ziegler<sup>(2)</sup>**

### 1. Introducción

En el siguiente artículo se analizará la relación entre negocios y derechos humanos desde el punto de vista del actuar de las empresas multinacionales.

---

(1) Abogada con orientación en Derecho Internacional Público y Derecho Empresarial (UBA). Maestranda en Derechos Humanos y Democratización (USAM).

(2) ZIEGLER, JEAN, “Vicepresidente de la ONU: ‘La lucha de clases es absolutamente inevitable porque no se puede mantener el sufrimiento de forma permanente’” (entrevista al Vicepresidente del Consejo Consultivo de Derechos Humanos de la ONU) en *Quemanta. Ateneo virtual*, 2012, [en línea] <http://quemanta.org/2012/vicepresidente-de-la-onu-la-lucha-de-clases-es-absolutamente-inevitable-porque-no-se-puede-mantener-el-sufrimiento-de-forma-permanente>

El objetivo es identificar las actuales soluciones que brinda el derecho internacional de los derechos humanos cuando intervienen en el escenario empresas multinacionales.

Se dará particular atención al trabajo realizado por los organismos internacionales de protección de los derechos humanos en la relación entre empresas y derechos humanos.

En este sentido, en primer lugar, se formulará un resumen sobre los trabajos efectuados en el ámbito de las Naciones Unidas y la Organización Internacional del Trabajo.

En segundo lugar, se abordará el análisis de las herramientas que brinda el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos para dar respuesta a las vulneraciones cometidas por las empresas multinacionales. En particular, se analizará el reciente "Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH).

Para finalizar, se abordará una conclusión en la cual se expondrá una síntesis del escenario vigente para la protección internacional de los derechos humanos cuando los actores que los vulneran son empresas multinacionales.

## **2. El derecho internacional público en el marco de la globalización**

La globalización, como modelo socio-económico desarrollado desde las últimas décadas del siglo XX, ha traído al escenario de relaciones a sujetos nuevos no estatales, tales como las empresas multinacionales.

Las empresas multinacionales son las principales canalizadoras de inversiones y se convierten en agentes centrales del comercio internacional. Su relevancia en la sociedad internacional impacta en su capacidad para influir en las condiciones de vida y el disfrute de los derechos humanos de los individuos.

Por "empresas multinacionales" entenderemos a una entidad económica que realiza actividades en más de un país o un grupo de entidades económicas que realizan actividades en dos o más países, cualquiera sea la forma jurídica que adopte, tanto en su propio país como en el país de la actividad, ya sea que se le considere individual o colectivamente.<sup>(3)</sup>

---

(3) COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, SUBCOMISIÓN DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS, "Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empre-

El esquema tradicional del derecho internacional de los derechos humanos está formado por un sujeto activo, la persona humana, y un sujeto pasivo el Estado. En este sentido, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante, SIDH) está conformado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Comisión o CIDH) y la Corte IDH; esta última posee competencia *ratione personae* sobre aquellos Estados que han ratificado los tratados sobre los cuales puede pronunciarse y aquellos que expresamente han aceptado su competencia contenciosa.

Las empresas multinacionales no están directamente sometidas a los tratados internacionales sobre derechos humanos, a diferencia de los Estados. De esta manera, bajo el derecho convencional vigente, las empresas multinacionales no son sujetos pasivos de responsabilidad jurídica internacional.

Por lo tanto, una rápida interpretación podría indicar la inexistencia de una regulación convencional de responsabilidad jurídica de las empresas multinacionales en el marco del derecho internacional de los derechos humanos. Es decir, solo aquellas violaciones a los derechos humanos cometidas por el Estado integran el tradicional sistema internacional de los derechos humanos.

Sin embargo, el marco normativo de derecho público internacional no es exclusivo ni excluyente de las convenciones internacionales, sino que actualmente está compuesto principalmente por normas de "soft law". Algunas de estas normas son los principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos puestas en práctica en el marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar".<sup>(4)</sup> A través de los considerandos de los mencionados principios, las Naciones Unidas reconocen ciento noventa y dos Estados miembro, ochenta mil empresas transnacionales, un número diez veces mayor de filiales e innumerables millones de empresas nacionales.<sup>(5)</sup>

sas comerciales en la esfera de los derechos humanos", Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2, 55° período de sesiones 26 de agosto de 2003, párrs. 20/21.

(4) CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, "Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie. Empresas y derechos humanos: nuevas medidas para la puesta en práctica del marco 'proteger, respetar y remediar'", 14° período de sesiones, A/HRC/14/27, 9 de abril de 2010.

(5) Ver CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, "Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras

En la última década se ha publicado vasta literatura y se ha desarrollado un número no despreciable de investigaciones científicas relativas a la trascendencia de las empresas multinacionales en el orden social-económico y su relación con el desarrollo de los derechos humanos. Dichos estudios, realizados desde distintos campos académicos, evidencian la ponderación del tema en el campo académico.

En este sentido, relativo a la importancia de las empresas multinacionales en las relaciones sociales del siglo XXI, desde una mirada filosófica, los autores Negri y Hardt destacan que las principales instancias de la administración biopolítica del poder son los grandes capitales concentrados en transnacionales. El paso del imperialismo al imperio corrió las lógicas establecidas por el Estado-Nación.<sup>(6)</sup>

Por lo tanto, en los términos de los autores mencionados, los protagonistas principales del mercado mundial son las empresas transnacionales que operan en todo el planeta. Desde allí, las multinacionales modelan la velocidad y dirección de los flujos de producción y reproducción social. Asimismo, determinan la distribución y circulación de los bienes. El funcionamiento de las empresas multinacionales opera con una lógica particular: la homogeneización absoluta del territorio, una administración de las poblaciones y una racionalización de la producción en términos de acumulación infinita y disminución de costos por debajo de los límites de la reproducción social. En efecto, mientras las multitudes están insertas en la lógica imperial y son, en definitiva, la potencia vital de la que se nutre el capital, los pueblos no son más que la figura sobre la cual se han erigido los postulados de las soberanías trascendentes de los Estados-Nación.

Del mismo modo, en lo relativo a la economía de mercado globalizada, Coraggio manifiesta que esta es una construcción política que combina el ejercicio del poder como dominio y como hegemonía, profundamente asimétrico y no democrático y que está muy lejos de ser la culminación de una evolución humana necesaria o el resultado de acontecimientos

---

empresas, John Ruggie. Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para 'proteger, respetar y remediar'", A/HRC/17/31, 17º período de sesiones, párr. 15.

(6) HARDT, M. y NEGRI, A., *Imperio*, Bs. As., Paidós, 2000.

externos a la sociedad —como, por ejemplo, la revolución científico-tecnológica—. <sup>(7)</sup>

Centrado en la discusión respectiva a la subjetividad de los derechos humanos, con una mirada crítica a la noción de que las obligaciones de respeto a los derechos humanos son únicamente oponibles a los Estados, Hinkelammert y Mora sostienen que exclusivamente la lucha emancipadora por los derechos humanos, entendidos como derechos del ser natural, pueden enfrentar la tendencia a la dominación absoluta de la burocracia privada sobre los seres humanos, una tendencia que provoca la exclusión social y la destrucción de la naturaleza. <sup>(8)</sup>

Por consiguiente, los mencionados autores resaltan la centralidad que reviste en la realización de los derechos humanos la observación de las condiciones subjetivas que resultan de la aplicación de las políticas económicas al concebir que el ser humano debe solicitar licencia para vivir, educarse, prevenir enfermedades, transportarse y participar en cualquier sector de la sociedad, y solo recibe esta licencia si paga al capital especulativo los tributos correspondientes bajo la forma de un interés. <sup>(9)</sup>

Asimismo, Hinkelammert y Mora realizan una crítica al orden económico actual que —como impulsor de los recursos para la reproducción de la vida—, en tanto sostiene el mismo, gira en torno al mercado y no al ser humano y se centra en la eficiencia abstracta o cualquiera de sus derivaciones (competitividad, tasa de crecimiento, productividad, tasa de ganancia, “libertad económica”, modernización, etc.), lo que conlleva a una acción social fragmentaria, a despreocuparse de las fuentes de creación de la riqueza y, por tanto, de su reproducción, convirtiendo los llamados costos de producción en costos de extracción. <sup>(10)</sup>

Por otra parte, a fines del siglo XX, Pedro Nikken reconocía que la realización de los derechos económicos, sociales y culturales no depende, en general, de la sola instauración de un orden jurídico ni de la mera decisión

(7) CORAGGIO, JOSÉ LUIS (org.), “¿Qué es lo económico? Materiales para un debate necesario contra el fatalismo”, Bs. As., Ediciones CICCUS, 2009.

(8) HINKELAMMERT, F. y MORA, H., *Las inauditas pretensiones de la globalización*, Cap. XI Economía, Sociedad y Vida Humana, UNGS/ALTAMIRA, 2003, pp. 265/289.

(9) HINKELAMMERT, F. y MORA, H., *ibid.*

(10) HINKELAMMERT, F. y MORA, H., “Por una economía orientada hacia la reproducción de la vida”, en *Íconos. Revista de Ciencias Sociales*, n° 33, Quito, Ecuador, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Sede Académica de Ecuador, 2009.

política de los órganos gubernamentales, sino de la conquista de un orden social donde impere la justa distribución de los bienes.<sup>(11)</sup>

En la tesis desarrollada por Ramiro Riera se ilustra desde un análisis filosófico-político la combinación de las dos estructuras creadas por la modernidad: el capitalismo y los derechos humanos. Desde esta base, y recopilando a los pensadores contemporáneos en la temática, el tesista despliega las posibilidades y los límites en el discurso de los derechos humanos frente al actual proceso en el que se encuentran en la historia mundial, con énfasis en el estudio de uno de los protagonistas de las relaciones sociales del siglo XXI: las empresas multinacionales. En otras palabras, plantea la necesidad de una nueva ética de los derechos humanos para que funcionen como una alternativa a la lógica de las empresas multinacionales.<sup>(12)</sup>

Más concretamente, con intenciones de ilustrar el impacto del orden social en el desarrollo de los derechos humanos, un reciente informe de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO)<sup>(13)</sup> determinó en el 2011 que 925 millones de personas padecen desnutrición, es decir, no logran consumir alimentos suficientes para satisfacer la ingesta calórica mínima requerida, suceso motivado exclusivamente por una condición humana.<sup>(14)</sup>

Es decir, si consideramos que el trabajo es el medio para mantener la vida, base de las sociedades modernas, y que el mismo es ofrecido por las innumerables empresas y filiales que existen alrededor del mundo, entonces cabría preguntarse: ¿el respeto y protección por los derechos humanos son solo obligaciones que deben cumplir los Estados?

Actualmente, en el marco del Derecho Internacional Público no se han configurado obligaciones jurídicas directas de las personas jurídicas privadas, es decir, empresas multinacionales, para el respeto, garantía y

---

(11) NIKKEN, PEDRO, "Sobre el Concepto de Derechos Humanos", *Seminario sobre derechos humanos*, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1ª ed., 1997, pág. 25.

(12) RIERA, R. "Capitalismo y derechos humanos. Contribución a una filosofía política sobre las empresas multinacionales", La Plata, Universidad Nacional de la Plata, tesis para acceder al grado de magister en derechos humanos, 2010.

(13) ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA ALIMENTACIÓN Y LA AGRICULTURA (FAO), *El Estado Mundial de la Agricultura y la Alimentación 2010-2011*, Roma.

(14) FILARDI, M., "Derecho a la Alimentación" en Rey, Sebastián, *Problemas Actuales de Derechos Humanos*. Bs. As., Eudeba, 2012.

protección de los derechos humanos; del mismo modo, no se han creado mecanismos, órganos o procedimientos internacionales para reclamar responsabilidades a las mismas por inobservancias al ejercicio de los derechos humanos.

Es así como las presuntas víctimas afectadas en el ejercicio de sus derechos humanos por acciones u omisiones de las empresas multinacionales solo pueden acudir a los sistemas jurídicos internos de cada Estado para responsabilizarlas por su actuar ilegal, y eventualmente obtener una reparación utilizando las acciones judiciales propias que ofrece cada legislación interna: penal, civil, comercial, laboral, ambiental, administrativa y/o constitucional, entre otras, siempre y cuando estas existan.

Distintos trabajos desarrollados en los últimos años por diferentes organismos internacionales han analizado la posibilidad de determinar normas de responsabilidad jurídica y/o política de las empresas multinacionales por falta de observancia al deber de respeto y garantía de los derechos humanos.

### 3. Naciones Unidas y la Organización Internacional del Trabajo

En 1977, la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT) adopta la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales,<sup>(15)</sup> cuya última enmienda data del año 2006; “los principios establecidos en este instrumento internacional ofrecen a las empresas multinacionales, a los gobiernos, a los empleadores y a los trabajadores orientaciones en materia de empleo, formación, condiciones de trabajo y de vida y relaciones laborales”,<sup>(16)</sup> es decir, constituyen normas recomendatorias.

Un gran avance académico constituyó el trabajo realizado por la Subcomisión de las Naciones Unidas para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos en el período 1977/2003; el mismo inició la discusión sobre normas vinculantes de respeto y protección de los derechos humanos para las empresas multinacionales. Como resultado de dicha labor se propusieron las “Normas sobre las empresas transnacionales y otras

(15) OIT, “Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social”, adoptada por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo en su 204° reunión (Ginebra, noviembre de 1977), en la forma enmendada en su 279° reunión (Ginebra, noviembre de 2000) y en su 295° reunión, marzo de 2006.

(16) *Ibid.*, p. 5.

empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos".<sup>(17)</sup> Básicamente, determinaban que: i) las empresas poseen responsabilidades en virtud del derecho internacional de los derechos humanos, con alcance universal; ii) los gobiernos deben actuar para proteger a las personas de los abusos cometidos por las empresas, y iii) debe establecerse un sistema internacional que verifique el cumplimiento de estas normas por parte de las empresas.

No obstante, dicha propuesta generó grandes debates, división de opiniones entre la comunidad empresarial y las agrupaciones defensoras de los derechos humanos y escaso apoyo de los gobiernos. Finalmente, la Subcomisión se abstuvo de continuar laborando las normas de derechos humanos vinculantes a las empresas multinacionales.<sup>(18)</sup>

Con motivo de que la temática aún continuaba en la agenda de las Naciones Unidas, en el año 2005 la entonces Comisión de Derechos Humanos nombra a un experto, John Ruggie, con el fin de efectuar un pormenorizado estudio sobre las actuales normas aplicables a las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en materia de derechos humanos, las prácticas existentes y las recomendaciones.<sup>(19)</sup>

En este sentido, en el año 2008, dicho Representante Especial para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales emite su primer informe ante el Consejo de Derechos Humanos denominado: "Proteger, respetar y remediar: un marco para las empresas y los derechos humanos".<sup>(20)</sup> Esencialmente, definió la responsabilidad de las empresas comerciales en materia de los derechos humanos como una responsabilidad social, no jurídica. Determina tres principios fundamentales: a) La obligación jurídica que tienen los Estados de brindar protección contra los abusos de los derechos humanos por parte de terceros, incluidas las empresas mediante medidas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia; b) La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos, lo que significa actuar con la

---

(17) COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, SUBCOMISIÓN DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS, *op. cit.*

(18) *Ibid.*, párr. 3.

(19) Ver COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, "Derechos humanos y empresas transnacionales y otras empresas comerciales", 20 de abril de 2005, Doc. E/CN.4/RES/2005/69, RES 2005/69.

(20) Ver CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, "Proteger, respetar y remediar: un marco para las empresas y los derechos humanos", Doc. A/HRC/8/5, 8º período de sesiones, 7 de abril de 2008.

debida diligencia para no vulnerar los derechos de terceros y reparar las consecuencias negativas de sus actividades; c) La necesidad de mejorar el acceso de las víctimas en vías de reparación efectivas, tanto judiciales como extrajudiciales.

En el mes de junio de 2011, el mismo Representante Especial presentó un informe final ante el Consejo de Derechos Humanos, entendido como una base para seguir avanzando.<sup>(21)</sup> Este último informe determina en primer lugar la responsabilidad primaria y principal de los Estados de respetar y garantizar el ejercicio de los derechos humanos; especialmente, identifica el deber del Estado de proteger contra las violaciones a los derechos humanos cometidos en su territorio y/o jurisdicción por terceros, incluyendo las empresas multinacionales. En segundo lugar, el informe insta a los Estados a reglamentar las actividades de las empresas que invierten y actúan en sus territorios y/o jurisdicción, exigiéndoles un deber de control del cumplimiento de las leyes internas por parte de las empresas en el respeto y garantía de los derechos humanos exigibles normativamente; en tercer lugar, determina la responsabilidad del Estado de tomar medidas para garantizar a los afectados el acceso por las vías judiciales, extrajudiciales, administrativas, legislativas y/u otras, a mecanismos de reparación eficaces.<sup>(22)</sup>

Por lo tanto, respecto a la relación empresas comerciales y derechos humanos, determina que las mismas deben respetar los derechos humanos; es decir, reconoce la existencia de una norma de conducta mundial aplicable a todas las empresas; "se trataría de una obligación adicional a la de cumplir las leyes y normas nacionales de protección de los derechos humanos".<sup>(23)</sup> Tocante a la cartilla de derechos humanos que las empresas multinacionales deberían **respetar**, indica que "la responsabilidad de las empresas por el respeto a los derechos humanos se refiere a los derechos humanos internacionalmente reconocidos".<sup>(24)</sup> El alcance del deber de respeto de las entidades comerciales es por acción u omisión,<sup>(25)</sup> para toda entidad comercial independientemente de su tamaño, sector, contexto operacional, propietario y estructura.<sup>(26)</sup>

(21) *Ibid.*, párr. 13.

(22) *Ibid.*, Cap. I, párrs. 2, 3, 25 y 26.

(23) *Ibid.*, Cap. II, comentarios al párr. 11.

(24) *Ibid.*, Cap. II, párr. 12.

(25) *Ibid.*, Cap. II, párr. 13.

(26) *Ibid.*, Cap. II, párr. 14.

Sin embargo, el deber de respeto a los derechos humanos de las empresas multinacionales está supeditado a una voluntad de compromiso político de asumir tal responsabilidad.<sup>(27)</sup>

#### 4. Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos

En el SIDH, la Corte IDH ha determinado que el Estado es el principal garante de los derechos humanos de las personas que habitan bajo su jurisdicción.<sup>(28)</sup>

Del mismo modo, la Corte IDH ha reconocido que los deberes estatales de respeto<sup>(29)</sup> y garantía<sup>(30)</sup> de los derechos humanos, como así también el deber de adoptar medidas en el derecho interno para su desarrollo,<sup>(31)</sup> no solo existen en relación con las conductas desplegadas por sus agentes,<sup>(32)</sup> dentro de sus competencias o no,<sup>(33)</sup> sino también por los efectos de la conducta de particulares si el Estado no ha adoptado las medidas necesarias para impedirlos o los ha tolerado,<sup>(34)</sup> estableciéndose un estándar de

(27) *Ibid.*, Cap. II, párr. 17.

(28) Ver CORTE IDH, "Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú", Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 24 de noviembre de 2006, Serie C N° 157, párr. 66; GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO, "Las reparaciones en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos", en *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*, 2ª ed., t. I, San José de Costa Rica, Corte IDH, 2003, p. 153.

(29) Ver CORTE IDH, "Caso Godínez Cruz vs. Honduras" (Fondo), Sentencia del 20 de enero de 1989, Serie C N° 5, párr. 178.

(30) Ver Corte IDH, "Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras" (Fondo), Sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C N° 4, párr. 166; "Caso Las Palmeras vs. Colombia", Sentencia del 4 de febrero de 2000, Serie C N° 67, voto razonado del juez Barberis, párr. 4; Ver SAAVEDRA ALESSANDRI, PABLO, "La respuesta de la jurisprudencia de la Corte Interamericana a las diversas formas de impunidad en casos graves de violaciones de derechos humanos" en AA.VV., *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo 1979-2004*, San José de Costa Rica, Corte IDH, 2005, p. 339.

(31) Ver Corte IDH, "Caso Durand y Ugarte vs. Perú" (Fondo), Sentencia del 16 de agosto de 2000, Serie C N° 68, párr. 137; "Caso Cantoral Benavides vs. Perú", Sentencia del 18 de agosto de 2000, Serie C N° 69, párr. 175; "Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú", párr. 207.

(32) Ver PASTOR RIDRUEJO, JOSÉ, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 6ª ed., Madrid, Tecnos, 1996, p. 581.

(33) CORTE IDH, "Caso Yvon Neptune vs. Haití" (Fondo, Reparaciones, Costas), Sentencia del 6 mayo de 2008, Serie C N° 180, párr. 43; "Caso Cantoral Huamani y García Santa Cruz vs. Perú" (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia del 10 de julio de 2007, Serie C N° 167, párr. 79.

(34) Ver ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, "Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad de los Estados", A/56/10, 2001, pp. 64/65; REMIRO BROTONS, ANTONIO, *Derecho Internacional*, Madrid, Mc-Graw-Hill, 1997, p. 423; y JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA,

debida diligencia.<sup>(35)</sup> Esta postura ha sido compartida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante "TEDH"),<sup>(36)</sup> el Comité de Derechos Humanos (en adelante CDH),<sup>(37)</sup> el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales,<sup>(38)</sup> la Corte Internacional de Justicia<sup>(39)</sup> y la Comisión Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos.<sup>(40)</sup>

Aun así, hay que destacar que los deberes estatales de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento por parte del Estado de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades de tomar las medidas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones que, juzgadas razonablemente, podrían prevenir o evitar ese riesgo.<sup>(41)</sup>

Actualmente, la Comisión se encuentra desarrollando el informe final sobre una denuncia, admitida en el año 2009, presentada por las presuntas víctimas conformadas por una comunidad de buzos miskitos contra el Estado de Honduras, motivada en las denunciadas violaciones a los derechos humanos que cometieron sobre estas distintas empresas multinacionales.

---

EDUARDO, "Responsabilidad internacional", en Sorensen, Max (ed.), *Manual de Derecho Internacional Público*, México, FCE, 1973, p. 530.

(35) Ver CORTE IDH, "Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia" (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia del 31 de enero de 2006, Serie C N° 140, párr. 151; Ver MEDINA QUIROGA, CECILIA, "La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia. Vida, Integridad Personal, Libertad Personal, Debido Proceso y Recurso Judicial", Santiago, Universidad de Chile, 2003, p. 31.

(36) Ver TEDH, *X e Y c. Países Bajos*, 91, 1985, Series A N° 32.

(37) Ver COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Observación General 31, "La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Parte en el Pacto", 80° período de sesiones, 2004, párr. 8.

(38) COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, Observación General 18, Doc. E/C.12/GC/18, 24 de noviembre de 2005.

(39) Ver CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons", *Advisory Opinion, Reports 1996*, pp. 241/242; *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)*, *Reports 1997*, p. 53.

(40) Ver COMISIÓN AFRICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS, "Social and Economic Rights Action Centre (SERAC) and another v. Nigeria", 2001, AHRLR 60 (ACHPR 2001), párrs. 51/53; *Comission Nationale des Droits del Homme et des Libertés v. Chad*, Comunicación 74/92.

(41) Ver CORTE IDH, "Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia" (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia del 27 de noviembre de 2008, párr. 63; "Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay", Sentencia del 29 de marzo de 2006, Serie C N° 146, párrs. 155 y 160; "Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia", fallo cit., párr. 123.

No existen precedentes jurisprudenciales de la Corte IDH que determinen directamente y de forma clara las obligaciones estatales respecto de empresas multinacionales.

En este sentido, en virtud del estándar mencionado, podría el SIDH responsabilizar a un Estado por violaciones a los derechos humanos cometidas bajo su jurisdicción por particulares, siempre y cuando haya existido una situación de riesgo conocida por este y no haya obrado con la debida diligencia a fin de prevenir, investigar y sancionar todo acto violatorio de derechos humanos.<sup>(42)</sup>

Por lo tanto, para que se le exija al Estado responsabilidad ante el SIDH, el mismo debería haber tenido, en primer lugar, la oportunidad de "examinarla y declararla a través de los recursos de la jurisdicción interna"<sup>(43)</sup> y de "reparar[la] por sus propios medios";<sup>(44)</sup> esto hace al carácter subsidiario,<sup>(45)</sup> coadyuvante<sup>(46)</sup> y complementario<sup>(47)</sup> que reviste el proceso internacional.

Por lo tanto, aplicando el mencionado estándar, inicialmente el Estado deberá contar con medidas adecuadas para dar respuesta a los reclamos por violaciones a los derechos humanos cometidas por empresas multinacionales, ofreciendo una investigación eficiente y eficaz.

Si consideramos que "los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los

---

(42) Ver CORTE IDH, "Caso González y Otras ('Campo Algodonero') vs. México" (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia del 16 de noviembre de 2009, Serie C N° 205, párr. 254.

(43) Ver CORTE IDH, "Caso Ríos y otros vs. Venezuela" (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia del 28 de enero de 2009, Serie C N° 194, párr. 53.

(44) Ver CORTE IDH, "Caso Ríos y otros vs. Venezuela" (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), fallo cit., párr. 54; "Caso de la 'Masacre de Mapiripán' vs. Colombia" (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia del 15 de septiembre de 2005, Serie C N° 134, párr. 113.

(45) Ver CORTE IDH, "Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador" (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia del 4 de julio de 2007, Serie C N° 166, párr. 47.

(46) Ver PREÁMBULO DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS; y CORTE IDH, "El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75)", OC 2/1982 del 24 de septiembre de 1982, Serie A N° 2, párr. 31.

(47) Ver CORTE IDH, "La Expresión 'Leyes' en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", OC 6/1986 del 9 de mayo de 1986, Serie A N° 6, párr. 26; "Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras" (Fondo), fallo cit., párr. 61.

tiempos y las condiciones de vida actuales”,<sup>(48)</sup> de llegar un caso a la Corte IDH solicitando la responsabilidad de un Estado por violaciones a los derechos humanos cometidas por empresas multinacionales, considerando el impacto que estas últimas tienen en el desarrollo social y económico, dicho tribunal debería desarrollar el contenido específico de las obligaciones estatales respecto de las personas jurídicas privadas para cesar con la incertidumbre que actualmente existe.

En cuanto al alcance de las obligaciones, si bien la Corte IDH “solo tiene competencia para declarar violaciones de la Convención y de otros instrumentos del sistema interamericano de protección de derechos humanos que así se la confieren”,<sup>(49)</sup> en virtud de la interpretación que debe hacer teniendo en consideración los “elementos o referencias contenidos en el derecho internacional en su conjunto, cuando resulte procedente hacerlo para interpretar o integrar las normas de la Convención, tomando en cuenta las características de los hechos alegados y el texto y sentido de las normas inmediatamente aplicables”,<sup>(50)</sup> podría la misma interpretar el alcance de los artículos de la CADH invocando otros elementos —como, por ejemplo, los principios de Naciones Unidas mencionados—.

Por lo tanto, en el SIDH, un Estado podría ser internacionalmente responsable, en virtud de su deber de respeto y garantía de los Derechos Humanos reconocidos en la CADH y otros tratados que le otorguen competencia contenciosa a la Corte IDH, por el actuar de una persona jurídica privada, empresa multinacional, que violara derechos humanos siempre que se comprobara que dicho Estado conocía una situación de riesgo para un individuo o un grupo de individuos bajo su jurisdicción y no hubiera actuado con la debida diligencia requerida.

En este sentido, los Estados en el SIDH tienen previamente la facultad y el deber de examinar en su derecho interno cualquier reclamo en materia de derechos humanos y reparar eventualmente las violaciones a los derechos humanos cometidas en su jurisdicción antes de ser sometidos a la jurisdicción internacional.

(48) CORTE IDH, “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”, OC 16/1999 del 1 de octubre de 1999, Serie A N° 16, párr. 114.

(49) CORTE IDH, “Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala” (Fondo), Sentencia del 29 de abril de 2004, Serie C N° 105, párr. 51; “Caso Las Palmeras vs. Colombia”, fallo cit., párr. 34.

(50) Ver CORTE IDH, “Caso de los ‘Niños de la Calle’ (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala”, cit. párrs. 192/195; “Condición jurídica y derechos humanos del niño”, OC 17/2002, párrs. 24 y 28/30.

## 5. El "Caso Pueblo Sarayaku vs. Ecuador" de la Corte IDH

De los hechos del caso surge que en el año 1996 el Estado de Ecuador otorgó un permiso a una empresa petrolera privada multinacional para realizar actividades de exploración y explotación petrolera en territorio del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku, sin que se hubiere consultado previamente con este y sin su consentimiento.

En el año 2002, se reactiva la fase de exploración sísmica ante el ingreso de la empresa privada al territorio de Sarayaku. Más aún, entre los meses de octubre de 2002 y febrero de 2003, los trabajos de la empresa petrolera avanzaron un 29% al interior del territorio de Sarayaku. En ese período, la empresa multinacional cargó 467 pozos con aproximadamente 1433 kilogramos de explosivo "pentolita" y los dejó sembrados en los territorios, los cuales aún permanecen.

Ante distintos recursos presentados por las presuntas víctimas, la empresa continuó realizando actividades. El 19 de noviembre de 2010, por escritura pública, PETROECUADOR firmó con la empresa privada un acta de terminación por mutuo acuerdo del contrato de participación para la exploración y explotación de petróleo crudo en el territorio en litigio. El Pueblo Sarayaku no fue informado de los términos de la conclusión del contrato. Una de las cláusulas firmadas es que reconocen que no existe ningún pasivo ambiental en el área de concesión atribuible a la contratista.

La Corte IDH, en su reciente sentencia de junio de 2012, determinó que Ecuador violó varios artículos de la CADH, aun el allanamiento que previamente realizara el Estado.

En relación a los derechos humanos de las comunidades indígenas, la Corte IDH determinó dos grandes estándares de protección. Sin entrar en el análisis de los estándares históricos desarrollados por el Tribunal referente a la propiedad comunal, sobre el particular, la Corte IDH definió en primer lugar que la obligación de consulta previa, además de constituir una norma convencional, es un principio general de derecho internacional,<sup>(51)</sup> el que integra las garantías establecidas por el art. 21 CADH (derecho a la propiedad).

En segundo lugar, precisó que bajo el principio de no discriminación establecido en el art. 1.1 de la Convención (obligaciones generales de los Estados), el reconocimiento del derecho a la identidad cultural es ingredien-

---

(51) CORTE IDH, "Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador" (Fondo y reparaciones), Sentencia del 27 de junio de 2012, Serie 245, párr. 164.

te y vía de interpretación transversal para concebir, respetar y garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas protegidos por la CADH.<sup>(52)</sup>

En el particular, atinado al análisis sobre la relación entre empresas multinacionales y derechos humanos, la Corte IDH calificó los actos empresariales del siguiente modo:

“En el presente caso, la empresa petrolera realizó, con la aquiescencia y protección del Estado, el desbroce de senderos y sembró cerca de 1400 kg de explosivo pentolita en el bloque 23, que incluye el territorio Sarayaku. Por ende, ha sido un riesgo claro y comprobado, que correspondía al Estado desactivar, como en efecto fue ordenado mediante las medidas provisionales. Es decir, el incumplimiento de la obligación de garantizar el derecho a la propiedad comunal del Pueblo Sarayaku por parte del Estado, permitiendo la siembra de explosivos en su territorio, ha significado la creación de una situación permanente de riesgo y amenaza para la vida e integridad personal de sus miembros (...) el Estado es responsable de haber puesto gravemente en riesgo los derechos a la vida e integridad personal de los miembros del Pueblo Sarayaku”.<sup>(53)</sup>

En conclusión, la Corte IDH adoptó la teoría de la debida diligencia, mencionada en el punto anterior del presente artículo, para dar respuesta a la vulneración a los derechos humanos que cometen empresas multinacionales.

## 6. Conclusión

Es un desafío para el derecho internacional de los derechos humanos proporcionar elementos que garanticen los derechos humanos de los individuos frente a actores no estatales, particularmente empresas multinacionales.

La respuesta del derecho internacional público clásico canaliza la responsabilidad internacional a través de los Estados, función que puede ser debatida, por ejemplo, desde el mismo cuestionamiento que experimentan los Estados por el proceso de globalización.

(52) *Ibid.*, párr. 213.

(53) *Ibid.*, párrs. 248/249.

Por una parte, los trabajos finales del año 2011 del relator especial para las empresas comerciales y los derechos humanos en el marco de la Organización de las Naciones Unidas no significaron un avance en la materia. En este sentido, solo determinó que las empresas comerciales deben respetar los derechos humanos, aquellos internacionalmente reconocidos; deber que está subordinado a una voluntad de compromiso político de asumir tal responsabilidad.

Por otra parte, en el SIDH, un Estado podrá ser internacionalmente responsable por el actuar de una empresa multinacional que viole derechos humanos, siempre que se comprobara que dicho Estado conocía una situación de riesgo para un individuo o un grupo de individuos bajo su jurisdicción y no hubiera actuado con la debida diligencia requerida.

Por lo tanto, dentro del ámbito del derecho internacional de los derechos humanos y dado el escenario existente, resta continuar trabajando para encontrar las más efectivas respuestas a las violaciones a los derechos humanos que cometen las empresas multinacionales.



# Uno de los últimos delitos sin víctimas

## La prisión por incesto consensuado entre hermanos adultos consanguíneos

GABRIEL F. BICINSKAS<sup>(1)</sup>



*“Por otra parte, ella es realmente mi hermana, hija de mi padre aunque no de mi madre, y se ha casado conmigo”. Génesis, 20; 19*

*“Si se admite que la prohibición del incesto es el umbral de toda cultura, entonces la sexualidad se encuentra desde el fondo de los tiempos colocada bajo el signo de la ley y el derecho”.  
Michel Foucault, Historia de la Sexualidad*

### 1. Introducción

En el presente artículo analizaré el derecho humano a la vida privada y familiar. Específicamente, la legalidad de su restricción mediante la penalización del incesto realizado entre hermanos mayores de edad y en forma consensuada, bajo la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Para ello tomaré un caso de enjuiciamiento por parte del Estado alemán a

---

(1) Abogado (UBA). Director del Observatorio de Derechos Humanos del Municipio de Quilmes. Miembro del Departamento de Justicia y Paz del Obispado de Quilmes.

una pareja conformada por dos hermanos consanguíneos y de cuya unión nacieron cuatro hijos. El caso Stübing, conocido de esta manera por la opinión pública, fue objeto de análisis judicial tanto del Tribunal Constitucional Alemán, como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Es importante no perder de vista que, tal y como fue dicho, la perspectiva de análisis adoptada es la de la legalidad de la penalización de un acto privado; porque así se excluye todo supuesto en donde la voluntad se encuentre afectada para brindar tal consentimiento —sea por el abuso de alguno de los actores sobre otro, como por la falta de la edad adecuada de alguno para consentir dicho acto—.

Cabe hacer esta aclaración porque el análisis de la situación de vulnerabilidad de las mujeres, de los niños y niñas, y de los adolescentes en el mundo demuestra un grave, continuo y reiterado historial de abusos sexuales que son precisamente cometidos, en gran parte, en el seno de la familia de la víctima y por parte de su núcleo familiar íntimo o cercano. Y la despenalización de este delito está fuera de toda discusión y análisis.

También he dejado de lado los casos en que los actores consanguíneos que obran de forma consensuada, son ascendiente/descendiente. Pues existe allí un cúmulo de factores de cuyo análisis surgiría una conclusión diferente a la del caso propuesto.

## **2. El caso Stübing. Hechos**

Nos adentraremos a continuación en el estudio de un caso que abrió un mínimo debate sobre la penalización del incesto consensuado entre hermanos consanguíneos.

Patrick Stübing nació en Leipzig, Alemania, en 1973. Es el tercer hijo de una familia compuesta por 7 hermanos más. A los 3 años de edad, fue sacado de su hogar biológico y puesto bajo protección porque fue atacado por su padre alcoholizado. Cuatro años más tarde fue adoptado. Desde ese momento y hasta el año 2000 —cuando con 23 años conoció a su hermana Susan Karolewski, nacida en 1984— perdió contacto con su familia biológica.

Luego de que su madre murió, Stübing regresó a la casa de su familia biológica e inició una relación con Susan, que en ese momento tenía 16 años. En octubre de 2001 nació el primer hijo de ambos. Stübing y Karolewski tuvieron 3 hijos más en 2003, 2004 y 2005. Luego del último nacimiento, Stübing se sometió voluntariamente a una cirugía de esterilización. Los tres niños mayores fueron separados de sus padres y padecen de algún

tipo de discapacidad. La niña nacida en 2005 vive con su madre, quien actualmente está separada de Patrick Stübing.

Stübing fue condenado en 2002 a la pena de un año de prisión en suspenso por 16 cargos de incesto. En 2004 fue condenado nuevamente por el mismo delito a la pena de 10 meses de prisión de cumplimiento efectivo. El Tribunal de Distrito de Leipzig unificó las penas, consideró, incluso, una anterior por lesiones cometida precisamente contra Susan Karolewski; y lo condenó a una pena total de un año y cuatro meses de prisión en el año 2005. Para ello consideró como atenuantes la confesión de los hechos, la situación de agresión familiar que vivió Stübing durante su infancia. Pero consideró como agravantes la reincidencia y la falta de uso de métodos anticonceptivos para evitar engendrar.

Susan Karolewski, quien era menor de edad en las primeras acusaciones, fue sometida a exámenes de salud mental. Se determinó que padecía un trastorno mental leve de dependencia respecto de su hermano y que no era totalmente responsable de sus actos. Con sustento en ese examen, el Tribunal de Distrito de Leipzig la eximió de responsabilidad penal.

La sentencia contra Stübing fue apelada ante la Corte de Apelaciones de Dresde; pero la misma fue confirmada el 30 de enero de 2007. Contra dicho dictamen se interpuso un recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional Federal de Alemania. Este Tribunal confirmó el fallo en su sentencia del 26 de febrero de 2008.

El caso fue llevado entonces ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Éste, en marzo de 2012, no encontró vulneración alguna al Convenio Europeo de Derechos Humanos por parte de Alemania. Por lo que Stübing intentó una revisión del fallo ante la Gran Sala del Tribunal Europeo; pero fue denegada. Por ello, el 24 de septiembre de 2012, la sentencia quedó firme.

### 3. Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania<sup>(2)</sup>

Ante el Tribunal Constitucional Federal de Alemania se planteó la inconstitucionalidad del artículo 173 del Código Penal Alemán. Éste expresa que:

“173. I. El que consuma el coito con un descendiente biológico, será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o con multa. II. El que consuma el coito con un pariente de la

(2) Tribunal Constitucional Federal de Alemania, Sentencia del 26/02/2008, 2 BvR 392/07, [en línea] [http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20080226\\_2bvr\\_039207.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20080226_2bvr_039207.html)

línea ascendente será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa. Esto también será válido cuando la relación familiar haya desaparecido. Igualmente sean castigados los hermanos carnales que consuman entre ellos el coito. III. Los descendientes y hermanos no serán castigados de acuerdo a este precepto cuando en el momento del hecho no tengan aún dieciocho años de edad”.

La parte recurrente —entre los argumentos más importantes— sostuvo que, al aplicarse el tipo penal al caso particular de Patrick Stübing, se vulneraba inconstitucionalmente su derecho de autodeterminación sexual, el derecho a la igualdad, y la relación intrafamiliar.

Expresó que el artículo atacado, en realidad, estaba dirigido a la protección de la moral, pero no a la familia; salvo en lo que se refiere a los posibles problemas hereditarios de la descendencia, cuestión que no está en modo alguno comprobado científicamente. También adujeron que el trato igualitario era afectado en razón de que los hermanos adoptivos eran excluidos del tipo penal, entre otros tantos argumentos esgrimidos.

El Tribunal Constitucional Federal de Alemania históricamente analizó la penalización del incesto. Comenzó por el Código de Hammurabi, pasó por un informe actualizado sobre la situación de la penalización del incesto requerido por el Senado de ese País al Instituto Max Planck de Alemania. Analizó, también, los fundamentos de distintos intentos de reforma en los que se examinó el tema. Al mismo tiempo, invitó a exponer a distintas instituciones y organizaciones del país. Reseñó, antes de ir al fondo del asunto, el rechazo histórico de las distintas sociedades y de las distintas religiones en torno al incesto. No pudo dejar de señalar que, si bien existen numerosos estados que no condenan el incesto consensuado entre personas mayores; esos estados tienen prohibido el matrimonio entre hermanos biológicos. Por lo que, en definitiva, el rechazo a la tolerancia al incesto es unánime.

Al comenzar el análisis sobre el fondo, claramente advirtió que el artículo cuestionado afectaba la autodeterminación sexual de Stübing. Pero debía analizar si esa afectación era compatible con la ley fundamental del Estado alemán. Para ello procedió a utilizar el test de proporcionalidad, así determinaría si la afectación estaba justificada.

En este sentido sostuvo que la penalización del incesto era idónea para alcanzar el fin legítimo que el legislador había manifestado en cuanto a la protección de la familia y de los niños que podían nacer de esa unión.

Pues, por un lado, están expuestos a enfermedades genéticas<sup>(3)</sup> de riesgo y, por el otro, a graves afectaciones psicológicas<sup>(4)</sup> por no poder ubicarse en los múltiples roles que la relación incestuosa los pone. También evaluaron que era necesaria y que aparecía como el modo menos lesivo de lograr tal fin; además de ser proporcional al grado de afectación del derecho con la satisfacción del interés colectivo que persigue la norma.<sup>(5)</sup>

Esta sentencia no fue unánime y el juez Richters Hassemer hizo conocer su voto disidente.<sup>(6)</sup> Entre sus contundentes argumentos manifestó que no compartía el modo en que se había realizado el test de proporcionalidad, que era evidente que la aplicación de una condena penal no era el modo menos lesivo de lograr el fin legítimo, y que existían profundas contradicciones si el fin era la protección de la familia, pues, si el delito era cometido por hermanos adoptivos, éstos estaban exentos de toda pena.

Además, consideró absolutamente inviable la utilización de argumentos eugenésicos porque su protección es hipotética, pues antes del acto penado no existe destinatario de protección. Este supuesto titular del derecho al que se protege se encuentra en la paradoja de ser protegido de la existencia de posibles deficiencias genéticas, tratándose de evitar su misma existencia.<sup>(7)</sup> No resulta posible considerar razones eugenésicas como un fin legítimo; por ello, el artículo 173, 2(2) no supera el test de proporcionalidad.

#### 4. El caso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Ante el resultado negativo obtenido del Tribunal Constitucional de Alemania, y tras haber agotado todos los recursos internos del Estado, el caso fue sometido al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Allí se alegó que la sentencia confirmada vulneraba el Convenio Europeo de Derechos Humanos, específicamente el artículo que protege el derecho a la vida privada y familiar (art. 8°):

“Derecho al respeto a la vida privada y familiar 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia

(3) *Ibid.*, párrs. 41, 49 y 61.

(4) *Ibid.*, párr. 44.

(5) *Ibid.*, párr. 51.

(6) *Ibid.*, párrs. 73/128.

(7) *Ibid.*, párr. 83.

de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.”

La sentencia de la Sala V del Tribunal Europeo comenzó con los hechos del caso. Luego abordó los fundamentos de la sentencia del Tribunal Federal Constitucional y también los del voto disidente del Juez Hassemer, ya que los argumentos de los peticionarios se sostenían en ellos en su mayoría. Antes de pasar a examinar los argumentos puntuales esgrimidos por las partes, el Tribunal presentó un panorama sobre el estado actual de la penalización del incesto en el continente europeo. Al mismo tiempo, expresó algunas conclusiones del informe presentado por el Instituto Max Planck.

Allí señalaron que, de treinta y un países analizados, dieciséis Estados —Albania, Austria, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Croacia, Chipre, República Checa, Finlandia, Grecia, Islandia, Irlanda, Liechtenstein, Macedonia, Moldavia, San Marino y Eslovaquia— prohibían la realización de actos sexuales consensuales entre hermanos adultos mediante un tipo penal. En tanto que, en los otros quince —Armenia, Azerbaiyán, Bélgica, Estonia, Georgia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Mónaco, Montenegro, Portugal, Serbia, Eslovenia y Ucrania—, la conducta analizada no se encuentra tipificada penalmente.

Además subrayaron que, en unos pocos países —Islandia, Moldavia y Eslovenia— la prohibición del incesto se extendía también al supuesto en que los actores fueran hermanos adoptivos.<sup>(8)</sup> Haciendo uso del informe citado, añadieron ocho Estados más que penalizan el incesto —Dinamarca, Italia, Polonia, Rumania, Suecia, Suiza, Hungría y Reino Unido—; y cinco que no lo penalizan —Francia, Holanda, Rusia, España y Turquía—.

Por último señalaron unas conclusiones del informe en donde se encontró una tendencia a la despenalización del incesto. Sin embargo, también se subrayó que, incluso en aquellos países en los que las relaciones sexuales consensuales entre hermanos no estaban sujetos a responsabilidad penal, en ningún Estado se les permitía a dichos hermanos contraer matrimonio.<sup>(9)</sup>

---

(8) Ver TEDH, *Stübing c. Alemania*, Sentencia del 12 de abril de 2012, párr. 28.

(9) *Ibid.*, párr. 30.

Por tanto —esto no va a ser un dato menor a la hora de fundamentar la sentencia—, de los 44 Estados analizados, sobre un total de 47 que actualmente son parte del Convenio Europeo de Derechos Humanos; 24 penalizan el incesto y 20 no lo prohíben penalmente, pero sí lo hacen civilmente al impedir el matrimonio.

Los argumentos de los peticionarios, como habíamos adelantado, se sostuvieron, en parte, en los del voto disidente del Juez Hassemer. Pues expresaron que se había interferido en el respeto de su derecho a la vida privada y familiar contenida en el artículo 8° y que esa intromisión le impidió participar en la crianza de sus hijos. También sostuvieron que no había habido necesidad social apremiante que justificara su condena penal. En apoyo de ello, alegaron que muchos juristas en Alemania habían defendido la derogación del artículo 173 del Código Penal Alemán y que en numerosos estados partes del Convenio Europeo el incesto consentido no estaba sujeto a responsabilidad penal alguna.<sup>(10)</sup>

El hecho de que existan muchas otras personas —tales como las mujeres que superan los cuarenta años o personas con enfermedades que se transmiten genéticamente— que corren mayor o igual riesgo que las parejas incestuosas de engendrar hijos con defectos genéticos y que sin embargo están exentas de responsabilidad penal, constituyó otro argumento relevante. Agregaron, además, que las motivaciones eugenésicas tuvieron sus raíces en la ideología nazi<sup>(11)</sup> (aquí es oportuno recordar que se trata de Alemania el Estado al que se acusa). Argumentaron también que, en realidad, la penalización no protegía ni de forma adecuada ni real a la familia. Pues las relaciones sexuales consensuadas entre hermanos se dan entre adultos que ya están abandonando la familia de origen.<sup>(12)</sup>

Otro argumento a favor de Patrick Stübing es que, ciertamente, había sido separado de su familia de origen desde muy pequeño; no había tenido contacto alguno con su hermana sino hasta que la conoció, a los 23 años. Al no haberse criados juntos, no pudo desarrollarse nunca la llamada inhibición biológica contra el incesto.<sup>(13)</sup> Por otra parte, no hubo ningún otro miembro de la familia que haya podido haberse visto perjudicado por el

(10) *Ibid.*, párr. 35.

(11) *Ibid.*, párr. 36.

(12) *Ibid.*, párr. 37.

(13) *Ibid.*, párr. 38.

incesto. Muy por el contrario, la relación incestuosa creó una nueva unidad familiar que no había existido antes.<sup>(14)</sup>

Por último sostuvieron que, una sentencia que lo condenó penalmente, nunca pudo haberse justificado en la protección de la moral. Como ejemplo de ello señaló jurisprudencia del Tribunal Europeo —los casos *Dudgeon*<sup>(15)</sup> y *Norris*, por ejemplo—.<sup>(16)</sup>

Alemania respondió que, si bien había interferido en la vida privada y familiar de Stübing mediante la condena penal, dicha interferencia se encontraba convencionalmente justificada en el art. 8º, inc. 2º del Convenio, en tanto que era necesaria para la protección de la salud pública y de la moral<sup>(17)</sup> de una sociedad democrática. Adujo también que, de esta manera, actuó dentro de su margen de apreciación. En la década de 1970 se había considerado una reforma de la legislación cuestionada. Pero se llegó a la conclusión de que la penalización del incesto debía mantenerse tanto para la protección del matrimonio y de la familia, como para la prevención de daños genéticos; y reafirmó que todos estos objetivos seguían siendo válidos hoy día y que justificaban la pena impuesta a la presunta víctima.<sup>(18)</sup>

En cuanto al argumento eugenésico, el Estado alemán expresó que existía evidencia empírica del aumento significativo del riesgo de daños genéticos entre los niños engendrados mediante una relación incestuosa. Sin embargo, a pesar de que este aspecto solo no justificaría la criminalización del incesto consensual entre hermanos, sí serviría para imponer la pena.<sup>(19)</sup>

Por último, se consideró el argumento de la vigencia del art. 173 CP, pues había servido para mantener el tabú del incesto, con raíces culturales e históricas que protegieron la moral dentro de la sociedad.<sup>(20)</sup>

A partir de aquí el Tribunal Europeo comenzó a verter sus opiniones y, sin dudar de que la vida privada y familiar de Stübing se encontraba afectada, analizó si dicha afectación resultaba compatible con el Convenio. Para ello comenzó a aplicar el test de proporcionalidad que, en la versión del Tribunal

---

(14) *Ibid.*

(15) TEDH, *Dudgeon c. el Reino Unido*, 22 de octubre de 1981, párr. 52.

(16) TEDH, *Norris c. Irlanda*, 26 de octubre de 1988, párr. 46.

(17) TEDH, *Stübing c. Alemania*, *op. cit.*, párr. 44.

(18) *Ibid.*, párr. 46.

(19) *Ibid.*, párr. 49.

(20) *Ibid.*, párr. 50.

Europeo, se ciñe a determinar si la medida estatal restrictiva de derechos es necesaria en una sociedad democrática, si hay una necesidad social imperiosa, si la restricción al derecho ha sido la menos lesiva posible en atención a las alternativas disponibles para el estado y si se ha alcanzado un balance equitativo entre el fin legítimo y el derecho afectado.<sup>(21)</sup> Específicamente en este caso, como en muchos otros,<sup>(22)</sup> el Tribunal decantó su razonamiento en el margen de apreciación estatal; una confusa doctrina que en este caso fue el fundamento con el que sostuvo por unanimidad que la afectación de la vida privada y familiar de la presunta víctima, mediante la aplicación de la pena establecida en el artículo 173 del Código Penal Alemán, no era contrario al artículo 8º del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Antes de abordar la doctrina del margen de apreciación estatal, señalaremos brevemente algunos razonamientos eugenésicos que fueron admitidos por el Tribunal.

#### 4.1. Eugenesia

En los párrafos 63 y 65 de la sentencia analizada, el Tribunal admite que es un fin legítimo la protección de la salud pública. Por supuesto, admite de ese modo que la penalización del incesto consensuado entre hermanos mayores tiene un fin legítimo al intentar evitar que sean procreados niñas y niños con una elevada posibilidad de padecer enfermedades genéticas. Es claro cuando expresa que "los objetivos mencionados, que habían sido avalados expresamente por el legislador democrático al revisar la legislación pertinente en los años setenta, no parecen ser irrazonables".<sup>(23)</sup> Es decir que los objetivos eugenésicos resultan "razonables", al menos en el análisis del caso en concreto.

#### 4.2. El margen de apreciación

Como había adelantado ya, el fundamento central de la sentencia del Tribunal Europeo se sustentó en el margen de apreciación estatal del que gozaba el Estado alemán para penalizar el incesto entre hermanos consanguíneos. Para llegar a ese punto, el Tribunal comenzó analizando si la injerencia en el ejercicio del derecho al respeto de la vida privada y familiar

(21) IGLESIAS VILA, MARISA, "Una doctrina del margen de apreciación estatal para el CEDH: En busca de un equilibrio entre democracia y derechos en la esfera internacional", [en línea] [http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13\\_Iglesias\\_CV\\_Sp\\_20130314.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Iglesias_CV_Sp_20130314.pdf)

(22) TEDH, *Schalk and Kopf c. Austria*, 24 de junio de 2010.

(23) TEDH, *Stübing c. Alemania*, *op. cit.*, párr. 65.

del solicitante era compatible con el artículo 8° del Convenio. Y sostuvo que era compatible en la medida que tuviera un objetivo legítimo y fuera “necesaria en una sociedad democrática”.<sup>(24)</sup>

Afirmó que, en tanto la restricción mediante el art. 173 del Código Penal Alemán estaba orientada a la protección de la moral y de los derechos de los demás, estamos en presencia de un objetivo legítimo en el sentido exigido por el artículo 8° del Convenio.<sup>(25)</sup> A continuación expresó que, entonces, quedaba por determinar si dicha restricción era necesaria en una sociedad democrática, y si la interferencia era proporcional al objetivo legítimo perseguido respecto al justo equilibrio que ha de alcanzarse entre los correspondientes intereses contrapuestos en juego y el margen de apreciación disfrutado por el Estado.<sup>(26)</sup>

Manifestó que debían existir razones particularmente graves para permitir la injerencia por parte de las autoridades públicas sobre un aspecto tan íntimo de la vida privada, como la manifestación de la sexualidad de una persona.<sup>(27)</sup> Y analizó que no había consenso dentro de los Estados miembros del Consejo de Europa respecto de cuál era la mejor manera de proteger esos intereses en juego en el caso concreto. Basándose en ello destacó que, especialmente cuando el caso plantea cuestiones de moral o ética delicadas como éste, el margen de apreciación estatal será mayor. Ya que en razón de su contacto directo y continuo con la realidad de sus países, las autoridades del Estado están, en principio, en una mejor posición que el Tribunal Internacional para dar una opinión acerca del contenido exacto de las exigencias morales en su país”.<sup>(28)</sup>

Enunció también que, no obstante la falta de consenso sobre cómo abordar la problemática de este caso concreto —pues, como ya fue dicho, de 44 Estados analizados, 24 penalizan el incesto consensuado entre hermanos mayores y 20 no lo penalizan—, los 44 Estados rechazan el incesto. En aquellos Estados en donde no se penaliza el acto bajo examen, el matrimonio no es permitido a esos mismos actores.<sup>(29)</sup> En este sentido, las autoridades

---

(24) *ibid.*, párr. 56.

(25) *ibid.*, párr. 57.

(26) *ibid.*, párr. 58.

(27) *ibid.*, párr. 59.

(28) *Ibid.*, párr. 60.

(29) *Ibid.*, párr. 61.

nacionales disfrutaran de un amplio margen de apreciación para determinar, en definitiva, cómo enfrentar las relaciones incestuosas entre adultos, pese a que esta decisión refiere a un aspecto íntimo de la vida privada del individuo. El Estado alemán, al condenar a Stübing bajo la aplicación del artículo 173 de su Código Penal, no se excedió en su margen de apreciación. Por ello su accionar no resulta contrario al Convenio Europeo.<sup>(30)</sup>

## 5. Conclusiones

Por supuesto que no es la primera vez que el Tribunal Europeo recurre al margen de apreciación estatal. El nacimiento de esta doctrina tiene origen jurisprudencial en el caso *Handyside* contra el Reino Unido en 1976; aunque algunos autores sostienen que, en realidad, fue aplicada en primer término por la Comisión Europea de Derechos Humanos.<sup>(31)</sup> Si hay coincidencia en cuanto a la afirmación de que dicha doctrina es extremadamente imprecisa.<sup>(32)</sup> Tanto es así que, ya en 1997, el Juez De Mayer expresó en un voto disidente que: "... es hora de que el Tribunal destierre este concepto de su razonamiento. Ya se ha demorado demasiado tiempo en abandonar esta frase trillada y en retractarse del relativismo que ella implica".<sup>(33)</sup> Precisamente, ése es el flanco por el que se ataca a dicha doctrina, que vale para casi todo, para una cosa y para su contraria.<sup>(34)</sup>

Resulta evidente que la construcción realizada mediante el margen de apreciación elude profundizar el test de proporcionalidad. De haber tenido que sopesar dicho análisis, al abordar el punto sobre si la restricción aplicada constituía la medida menos lesiva para asegurar la protección de la familia, se hubiera tropezado con la respuesta sobre el modo en que se aborda en otros países donde no es penalizado el incesto. La sola prohibición del matrimonio parecería suficiente para evitar el colapso de las estructuras familiares. Como medida menos lesiva, desplaza toda posibilidad de justificar la penalización del incesto si es que nos decidimos a evaluar la razonabilidad de la medida.

(30) *Ibid*, párr. 66.

(31) GARCÍA ROCA, JAVIER, "La Muy Discrecional Doctrina del Margen de Apreciación Nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Soberanía e Integración", en *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, n.º. 20, 2007, p. 121.

(32) *Ibid*, p. 122.

(33) TEDH, *Caso Z c. Finlandia*, 25 febrero 1997, voto disidente del Juez De Mayer, Punto III.

(34) GARCÍA ROCA, JAVIER, *op. cit.*, p. 141.

Por otra parte, los argumentos que hemos analizado dejan entrever justificaciones eugenésicas. Éstas fueron contundentemente refutadas por el Juez Hassemer en su voto disidente. ¿A quién protege la eugenesia? A un ente que se debate entre la condena a una existencia con posibles deficiencias genéticas o la plenitud de una inexistencia sin deficiencias. La eugenesia ambiental, como la que se defiende, no es ya la eugenesia practicada por el régimen Nazi, de exterminio y esterilización, adoptada de algunos médicos Estadounidenses de principios de siglo XX.<sup>(35)</sup> Pero sí es la que dispone las circunstancias para que no se favorezca la reproducción de los indeseables. La protección, obviamente, no está dirigida a los que supuestamente se benefician argumentalmente con no existir; sino, por supuesto, a los que existen. Los argumentos eugenésicos “nos protegen”, en realidad, a nosotros mismos, para no rodearnos de personas que podrían nacer enfermas genéticamente, si se le abre la puerta al tabú del incesto.

Reitero: es cierto que no estamos ya ante el flagelo del exterminio del diferente, pero sin dudas es el paso anterior. Prevenir un padecimiento evitando la vida, como usualmente es usado en el análisis filosófico, implica arrojar el agua de la bañera con el bebé adentro.

Nunca mejor utilizada la frase.

Las restricciones analizadas no protegen a las familias que hoy en día conforman la sociedad. Protegen, únicamente, una idea de familia. Objeto que es, por supuesto, ontológicamente distinto. Éste debe ser un punto de reflexión para quienes siguen sosteniendo este tipo de restricciones. Sencillamente, porque se encuentran defendiendo la superioridad de una idea de familia mediante el mantenimiento de impedimentos jurídicos y, en este caso, a través de castigos penales que desamparan y generan un sufrimiento profundo a familias reales.<sup>(36)</sup>

Aquí se demostró que la única familia afectada fue la de Stübing, Karolewski y los hijos e hijas de ambos.



---

(35) PENCHASZDEH, VÍCTOR B., *Genética y Derechos Humanos, Encuentros y Desencuentros*, Bs. As., Biblioteca Nacional, 2012, p. 108.

(36) BICINSKAS, GABRIEL FERNANDO, “De la Persecución al Reconocimiento. Matrimonio entre personas del mismo sexo”, en Rey, Sebastián (coord.), *Problemas de Derechos Humanos*, n° 1, Bs. As., Eudeba, 2012, pp. 28/29.

# La lucha contra la trata de personas en Argentina y su compatibilidad con los estándares internacionales

IANIV GARFUNKEL<sup>(1)</sup> y ALAN VOGELFANGER<sup>(2)</sup>



## 1. Introducción

El propósito de este artículo es analizar el tratamiento que se le da a la trata de personas en Argentina y compararlo con los estándares internacionales. En la primera parte se estudiará el concepto de trata de personas y, luego, se profundizará en las sentencias, resoluciones e informes de algunos organismos a nivel mundial. Más adelante, se destacará lo más importante de la ley 26.364 y el Proyecto de reforma, para continuar con un análisis de la jurisprudencia nacional y finalizar con las conclusiones.

Antes de adentrarnos en la problemática de la trata de personas, resulta imprescindible invocar el artículo 1.1 de la Convención sobre la Esclavitud de 1926<sup>(3)</sup> para entender de qué estamos hablando. Al igual que como se

---

(1) Abogado (UBA). Ayudante alumno de Derechos Humanos y Garantías (UBA).

(2) Estudiante de Abogacía con orientación en Derecho Internacional Público (UBA). Ayudante alumno de Derechos Humanos y Garantías (Universidad de Buenos Aires). Investigador de apoyo en proyecto UBACyT (2010-2012).

(3) Sin perjuicio de mencionar el Acta General de Berlín de 1885; el Acta General de la Conferencia de Bruselas de 1889-1890; y la Convención de Saint-Germain-en-Laye de 1919.

señala en dicho instrumento, también en la trata de personas se ejerce el derecho de propiedad sobre individuos. Anteriormente, se hablaba de "trata de blancas", por oposición a la "trata de negros", que era el comercio de esclavos africanos.<sup>(4)</sup> En este sentido, estamos ante "un problema viejo con un nombre nuevo",<sup>(5)</sup> si tenemos en cuenta que la esclavitud existe desde tiempos lejanos. De hecho, podemos considerar este fenómeno como una forma moderna de esclavitud. La trata de personas no debe confundirse con el "tráfico de migrantes". Por citar solo algunas de las diferencias, en el tráfico no hay consentimiento viciado de parte del migrante, implica siempre cruzar alguna frontera y la relación entre el traficante y el migrante termina cuando éste llega a destino.<sup>(6)</sup>

Hechas estas salvedades, podemos decir que en el ámbito internacional la determinación del concepto de "trata de personas" culminó en el año 2000, tras casi una década de reuniones, con el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños (Protocolo de Palermo). Antes de ello se pasó por la Conferencia de Viena en 1993 cuando se determinó que la trata de personas es una violación a los derechos humanos; por la Cuarta Conferencia Internacional de la Mujer en Beijing, en 1995, donde se incluye el tema en cuestión en dos artículos de la declaración de Beijing; hasta el período 1997-2000 en el que se trabaja en la elaboración de la Convención Contra el Crimen Organizado Transnacional y el mencionado Protocolo contra la Trata, complementario de aquélla. Es importante destacar que, antes de la década de 1990, existían instrumentos internacionales que castigaban la trata, pero solo con fines de explotación sexual (por ejemplo, el Acuerdo Internacional para la Supresión de la Trata de Blancas de 1904; el Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Blancas de 1910, el Convenio Internacional para la represión de la Trata de Mujeres y Niños de 1921 y el Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres Mayores de Edad de 1933). Es en diciembre del 2000 cuando se define esta problemática como

---

(4) Ver SCHNABEL, RAÚL A., "Historia de la Trata de Personas en Argentina como persistencia de la esclavitud", Dirección General de Registro de las Personas Desaparecidas, p. 6, [en línea] [http://argentina.observalatrata.org/wp-content/uploads/2013/03/compen\\_historia\\_trata.pdf](http://argentina.observalatrata.org/wp-content/uploads/2013/03/compen_historia_trata.pdf)

(5) ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES, COMISIÓN INTERAMERICANA DE MUJERES, "Trata de personas: Aspectos Básicos", Instituto Nacional de Migración, Instituto Nacional de las Mujeres, México, mayo 2006, p. 9, [en línea] <http://www.oas.org/atip/reports/trata.aspectos.basicos.pdf>

(6) *Ibid.*, p. 20.

“la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos”.<sup>(7)</sup>

La trata de personas puede considerarse un proceso dividido en tres etapas:<sup>(8)</sup> captación, traslado y explotación. El primer paso puede darse bajo la modalidad de secuestro u ofrecimiento de empleo a la víctima.<sup>(9)</sup> Como veremos más adelante, en Argentina, según el art. 1 del Proyecto de Ley que reforma la ley 26.364, el consentimiento de la víctima no exime de responsabilidad penal, civil o administrativa a los autores, partícipes, cooperadores o instigadores. El traslado de la víctima puede ser lícito o ilícito, nacional o internacional, y a algún lugar de tránsito o destino.<sup>(10)</sup> Por último, la explotación ocurre en el lugar de destino, ya sea bajo la modalidad de explotación sexual, laboral, tráfico de órganos u otras.<sup>(11)</sup>

## 2. Ámbito internacional

La problemática que estamos analizando ha tenido tratamiento en distintos organismos y órganos internacionales y regionales, ya sea como observaciones, recomendaciones e, incluso, sentencias jurisdiccionales.

(7) Art. 3 del Protocolo de Palermo.

(8) ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES, *Trata de personas: asistencia a víctimas de trata de personas. Experiencias en la triple frontera*, Bs. As., 2010, p. 14, [en línea] <http://www.argentina.iom.int/no/images/Triple%20Frontera%20OIM%20Español.pdf>; ídem, *Migración, Prostitución y Trata de Mujeres Dominicanas en la Argentina*, [en línea] [http://www.caref.org.ar/texto/Trata\\_dominicanas.pdf](http://www.caref.org.ar/texto/Trata_dominicanas.pdf), Bs. As., 2003, p. 51.

(9) ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES, *Trata de personas: asistencia a víctimas de trata de personas. Experiencias en la triple frontera*, op. cit., p. 14; *Migración, Prostitución y Trata de Mujeres Dominicanas en la Argentina*, op. cit., p. 51 y *Trata de personas: Aspectos Básicos*, op. cit., p. 21.

(10) *Trata de personas: Aspectos Básicos*, ibid., p. 21 y *Migración, Prostitución y Trata de Mujeres Dominicanas en la Argentina*, ibid., p. 51.

(11) *Trata de personas: Aspectos Básicos*, ibid., p. 22.

Al respecto, las sentencias del Tribunal Europeo de Derecho Humanos *Siliadin c. Francia* del año 2005<sup>(12)</sup> y *Rantsev c. Chipre y Rusia* del año 2010<sup>(13)</sup> nos permiten entender la magnitud de esta problemática. En este último antecedente, y citando al Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, el TEDH sostuvo que la esclavitud con fines de explotación sexual es un crimen contra la humanidad.<sup>(14)</sup> También dijo, específicamente, que la trata de personas se basa en la compra y venta de seres humanos para obligarlos a trabajar, fundamentalmente en la industria del sexo.<sup>(15)</sup> Antes, en el caso *Siliadin*, había indicado que los Estados Parte de la Convención Europea deben penalizar y perseguir a quienes sometan personas a la esclavitud.<sup>(16)</sup>

También los arts. 7.1.c y 7.1.g del Estatuto de la Corte Penal Internacional consideran como crímenes de lesa humanidad a la esclavitud, a la esclavitud sexual y a la prostitución forzada. Luego, el art. 7.2., inc c, define a la esclavitud como “el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños”. En cambio, en la esclavitud sexual se obliga a las personas a realizar uno o más actos de naturaleza sexual.<sup>(17)</sup>

Hablando específicamente de las mujeres, debemos mencionar el art. 6 de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), que ordena a los Estados Parte a tomar las medidas apropiadas para eliminar la trata de mujeres y la explotación de la prostitución de la mujer. En este sentido, el Comité de la CEDAW, en su Recomendación General 19, manifestó la importancia de adoptar medidas preventivas y punitivas para luchar contra la trata de mujeres, y que se prevean procedimientos de denuncia y reparaciones.

También la Organización Internacional del Trabajo ha definido el trabajo forzoso u obligatorio en el art. 2.1 del Convenio OIT 29 como “todo trabajo

---

(12) TEDH, *Caso Siliadin c. Francia* (n° 73316/01), Sentencia de 26 de julio de 2005.

(13) TEDH, *Caso Rantsev c. Chipre y Rusia* (n° 25965/04), Sentencia de 7 de enero de 2010.

(14) TEDH, *Caso Rantsev c. Chipre y Rusia*, cit., párr. 142.

(15) TEDH, *Caso Rantsev v. Cyprus and Russia*, cit., párr. 281.

(16) TEDH, *Caso Siliadin c. France*, cit., párr. 112 *in fine*.

(17) WOMEN'S LINK WORLDWIDE, *Crímenes de género en el derecho penal internacional*, Guatemala, 2011, p. 17, [en línea]. [http://www.womenslinkworldwide.org/pdf\\_pubs/es\\_pub\\_manualgeneroDPI.pdf](http://www.womenslinkworldwide.org/pdf_pubs/es_pub_manualgeneroDPI.pdf)

o servicio exigido a un individuo bajo amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente". Luego, en el art. 25 se ordena establecer sanciones penales a quienes exijan este tipo de trabajos, las cuales deben ser eficaces y aplicarse estrictamente.

A nivel regional, no podemos dejar de mencionar el art. 6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), que prohíbe no solo la esclavitud, sino también la trata de mujeres y el trabajo forzado. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en el caso de las "Masacres de Ituango contra Colombia", ha interpretado el art. 6.2 en cuanto prohíbe el trabajo forzado, a la luz del citado art. 2.1 del Convenio OIT 29. En aquel antecedente jurisprudencial se indicó que el trabajo forzado consta de dos elementos: debe ser exigido bajo amenaza de una pena y ser llevado a cabo de forma involuntaria.<sup>(18)</sup> En cuanto al primer elemento, la Corte IDH sostuvo que la amenaza podía presentarse como "coacción, violencia física, aislamiento o confinación, así como la amenaza de muerte dirigida a la víctima o a sus familiares".<sup>(19)</sup> El segundo elemento, ha dicho ese Tribunal, se constata cuando no hay voluntad para comenzar o continuar con el trabajo forzado, ya sea mediante "la privación ilegal de libertad, el engaño o la coacción psicológica".<sup>(20)</sup>

Al día de hoy, la Corte IDH no se ha pronunciado en relación a la trata de mujeres.

También debemos considerar el artículo 2.b de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) donde se establece que la trata de personas es una forma de violencia contra la mujer.

Finalmente, hay que destacar que del 6 al 11 de septiembre de 2010, la Relatora Especial sobre la Trata de Personas, especialmente mujeres y niños, Sra. Joy Ngozi Ezeilo, visitó el país para conocer el marco legislativo e institucional en materia de lucha contra la trata de personas.<sup>(21)</sup> El informe elaborado fue producto de investigaciones y reuniones con

(18) Corte IDH, "Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia", Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 1 de julio de 2006, Serie C N° 148, párr. 160.

(19) *Ibid.*, párr. 161.

(20) *Ibid.*, párr. 164.

(21) Ver ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, "Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños", 2011, [en línea] <http://argentina.observalatrata.org/wp-content/uploads/2013/05/info-relatora-trata-ra.pdf>

autoridades de los distintos sectores políticos y ONG del país. Uno de los problemas que identifica la relatora es que la justicia no logra desarticu- lar la trata con fines de explotación laboral, y es por eso que la función de las ONG cobra vital importancia.<sup>(22)</sup> Por otra parte, uno de los pun- tos positivos que se rescatan es la labor que desarrollan las fuerzas de seguridad nacionales a la hora de llevar a cabo los allanamientos para detectar víctimas de la trata con fines de explotación sexual.<sup>(23)</sup> Sin em- bargo, no nos parece menor la observación que se realiza en cuanto a que, ante la carencia de recursos suficientes de Gendarmería, Policía Fe- deral, Prefectura Naval y Policía de Seguridad Aeroportuaria para actuar en todo el país, se debe recurrir a las policías provinciales que, a veces, están en complicidad con los dueños de los prostíbulos que se allanan y no reciben la capacitación necesaria para llevar adelante investigaciones adecuadas y asistir a las víctimas.<sup>(24)</sup>

También sobresale en el informe la tarea desarrollada por la Oficina de Rescate y Acompañamiento a las Personas Damnificadas por el Delito de Trata y por la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia en la asistencia a las víctimas.<sup>(25)</sup>

Asimismo, la relatora hace referencia a un elemento que criticamos en la ley vigente: la necesidad de probar la ausencia de consentimiento de la víctima mayor de 18 años.<sup>(26)</sup> Entendemos que es importante la aprobación del Proyecto de ley que reforma la actual, dado que se suprime ese ele- mento probatorio, como se dirá más adelante.

Antes de terminar el informe, Ngozi Ezeilo indicó que la coordinación de la lucha contra la trata es deficiente,<sup>(27)</sup> que la actuación de la justicia es inadecuada<sup>(28)</sup> y que no se garantiza la seguridad de quienes luchan contra la trata o prestan asistencia.<sup>(29)</sup>

---

(22) ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, "Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños", cit., párrs. 15 y 19.

(23) *Ibid.*, párr. 46.

(24) *Ibid.*, párr. 48.

(25) *Ibid.*, párrs. 53/67.

(26) *Ibid.*, párr. 72.

(27) *Ibid.*, párr. 85.

(28) *Ibid.*, párr. 86.

(29) *Ibid.*, párr. 89.

Finalmente, la relatora hizo algunas recomendaciones, como: aprobar el Proyecto que reforma la ley 26.364; asistir en forma integral a las víctimas a nivel nacional; resolver el problema de la indemnización a las víctimas de trata; y aumentar la capacitación de las fuerzas de seguridad y agentes judiciales.<sup>(30)</sup>

### 3. Ley 26.364 y su reforma

La Ley de Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas (ley 26.364) fue sancionada el 9 de abril de 2008 y promulgada el día 29 del mismo mes. Consta de 19 artículos y está dividida en 4 capítulos. La Cámara de Senadores aprobó el 31 de agosto de 2011 un Proyecto para modificar algunos artículos de dicha ley, que fue girado a la Cámara de Diputados del Congreso Nacional.

El art. 1 indica que el objeto de la ley es prevenir y sancionar la trata de personas, y asistir y proteger a sus víctimas. No obstante, no se destacan medidas específicamente destinadas a impedir el delito. Al respecto, deberían tenerse en cuenta los factores que crean demanda de servicios sexuales y trabajo esclavo, advertir a los posibles migrantes de los riesgos de la migración, concientizar a la población en general sobre los peligros en la trata de personas,<sup>(31)</sup> tomar medidas para aumentar los controles fronterizos y adoptar disposiciones para impedir el uso de pasaportes y documentos falsos,<sup>(32)</sup> entre otras.

La ley distingue entre trata de personas mayores y menores de 18 años de edad, a pesar de que en el ámbito internacional no existe esa diferenciación. El aspecto positivo es que se supera el estándar que emana del Protocolo de Palermo para el caso de los menores de 18 años, al no exigir engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier medio de intimidación, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o concesión

(30) *Ibid.*, párr. 93. Ver también COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH), Informe "La trata de personas: un reto para México y Centroamérica", 123° período de sesiones, 14 de octubre de 2005, p. 42.

(31) Ver OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS (OACDH), "Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas", 2002, texto adicionado al informe Doc. E/2002/68/Add.1, directriz 7, [en línea] <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Traffickingsp.pdf>

(32) Ver OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, *Manual para la lucha contra la trata de personas*, Nueva York, 2007, p. 174, [en línea] [http://www.unodc.org/pdf/Trafficking\\_toolkit\\_Spanish.pdf](http://www.unodc.org/pdf/Trafficking_toolkit_Spanish.pdf); y arts. 11.1 y 12 del Protocolo de Palermo.

o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima. Vale destacar que el Proyecto de reforma elimina la diferenciación etaria y, de aprobarse, se extendería este parámetro a los mayores de edad. Entendemos que esto es beneficioso dado que las víctimas no deberán referirse a sus situaciones personales, con lo traumáticas que pudieron haber sido, y se eliminarían las dificultades probatorias que pudieran generarse en este aspecto. Además, el consentimiento de la víctima para ser explotada, sin importar su edad, carecería de valor.

El Título II de la ley 26.364, "Los derechos de las víctimas", establece medidas de protección que satisfacen los estándares internacionales al asegurarles, entre otras, prestar testimonio en condiciones especiales de protección y cuidado, contar con asistencia psicológica médica y jurídica, proteger su identidad e intimidad y no ser alojadas en cárceles o establecimientos penitenciarios. Mediante la reforma se busca una redacción con una óptica más cercana a los derechos humanos, al denominar al Título II "Garantías mínimas para el ejercicio de los derechos de las víctimas". Además, el art. 6 de la ley ampliaría los derechos de los afectados y, por ejemplo, obligaría al Estado a brindarles capacitación laboral y ayuda en la búsqueda de empleo y a incorporarlos o reinsertarlos en el sistema educativo.

Otro aspecto positivo de la reforma es la creación del Consejo Federal para la Lucha contra la Trata y Explotación de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas, que actuaría dentro de la órbita de la Jefatura de Gabinete. Destacamos la composición variada del organismo que incluye ONG, que le permitirían a la sociedad participar internamente en la lucha contra esta problemática, además de representantes del Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial y del Ministerio Público, entre otros. También se formaría el Comité Ejecutivo para la Lucha contra la Trata y Explotación de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas, que tendría funciones similares a las del Consejo, pero estaría conformado solo por representantes del Poder Ejecutivo. En principio, no advertimos la necesidad de crear dos órganos diferentes con objetivos tan parecidos. Habrá que esperar, en caso de que prospere el Proyecto de reforma, si fue de utilidad dividirlos, considerando los aportes de cada uno.

A su vez, se crearía el Sistema Sincronizado de Denuncias sobre los Delitos de Trata y Explotación de Personas que, a través de un llamado telefónico o del envío de un mensaje de texto al número 145, conformaría una

herramienta útil y sencilla para las víctimas de este delito o para quien tome conocimiento de la existencia del mismo.

Por último, en cuanto al aspecto penal propiamente dicho, la reforma de la ley endurecería la persecución de este tipo de delitos. Por ejemplo, se agregan agravantes al art. 127 CP, al tiempo que se extiende el tipo penal del art. 140 al incluir expresamente como delito a la reducción a la esclavitud, a la obligación de realizar trabajos forzados y contraer matrimonio servil. Asimismo, para la figura de trata (art. 145 bis), la pena mínima pasaría de tres a cuatro años de prisión; cuando la víctima fuere menor de 18 años el mínimo se elevaría de cuatro a diez, descartando la distinción cuando aquélla fuese menor de 13 (art. 145 ter).

#### 4. Jurisprudencia argentina

Los fallos nacionales relacionados con la trata de personas están más enfocados desde el derecho penal que desde los derechos humanos y carecen casi por completo de una perspectiva de violencia de género.<sup>(33)</sup> En la vasta mayoría de los precedentes, el delito se configura a través de la explotación sexual y solo en pocas ocasiones hay explotación laboral o servidumbre.<sup>(34)</sup> Además, en la totalidad de los casos, la gran mayoría de las víctimas son mujeres.

La jurisprudencia local se encuentra en una etapa embrionaria, dado que la ley 26.364 es de 2008. Se repite casi constantemente la misma doctrina<sup>(35)</sup> y lo que buscan los jueces es desarrollar los conceptos de la legislación, llenarlos de contenido. Luego de coincidir en que la trata de

(33) Solamente en un fallo del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Posadas y en otro del Tribunal Oral Criminal Federal de Resistencia se mencionó la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará). El Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Mar del Plata también destacó que hace falta una "mirada de género" en estas causas y el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 2 de Mendoza se refirió a la Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales.

(34) El Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 3 de San Martín dictó sentencia condenatoria el 12/04/2011 en un caso de trabajo forzoso y el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 2 de San Martín hizo lo mismo el 05/08/2011. El Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Salta también condenó a dos individuos por trata de personas para explotación laboral el 29/11/2011.

(35) Los autores más mencionados son Maximiliano Hairabedián, Jorge Buompadre, Alejandro Tazza, Eduardo Carreras, Mauricio Macagno y Alejandro Cilleruelo, aunque también hay menciones a Ercilia Flores, María Romero Díaz, Juan De Cesaris, Marcelo L. Colombo, María A. Mángano y Víctor Félix Reinaldi.

personas es una forma moderna de esclavitud<sup>(36)</sup> o la nueva criminalidad organizada del siglo XXI,<sup>(37)</sup> y de admitir la corrupción policial y política que permite este flagelo social,<sup>(38)</sup> se ha reiterado que consiste en un delito estructurado sobre la base de varias acciones alternativas entre sí (captar, transportar, trasladar, acoger o recibir), en el que es suficiente que el autor realice una sola de las conductas señaladas para que el delito quede configurado, siempre y cuando esté el objetivo de explotar a la persona y, para el caso de mayores de 18 años, se haya llevado a cabo a través de engaño, fraude, violencia, abuso de una situación de vulnerabilidad o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima,<sup>(39)</sup> entre otras. La efectiva explotación no forma parte del tipo penal; por ejemplo, el Tribunal Oral Criminal Federal de Salta condenó a una persona sin que haya existido explotación.<sup>(40)</sup>

Se ha entendido que "captar" es atraer hacia sí algo o alguien, es convencer, lograr aquiescencia para participar de una determinada actividad, sumarlo a ella,<sup>(41)</sup> o conseguir, ganar la voluntad, atrapar, o entusiasmar a quien va a ser víctima del delito.<sup>(42)</sup> También se definió a esta acción como conquistar con medios engañosos la voluntad de quien será sometido a la explotación explicándole, por ejemplo, los beneficios futuros a los que accederá en la nueva situación cuando ello es contrario a la realidad.<sup>(43)</sup>

---

(36) Ver TRIB. ORAL CRIM. FED. DE CÓRDOBA N° 2, "Palacio HR s/Trata de Personas", 26/04/2010; TRIB. ORAL CRIM. FED. DE SANTA ROSA, "Fernández s/inf. art. 145 bis", 06/07/2010; TRIB. ORAL CRIM. FED. DE COMODORO RIVADAVIA, "M s/infracción art. 145 ter CP", 13/10/2010.

(37) Ver TRIB. ORAL CRIM. FED. DE MAR DEL PLATA, "López RA y otros s/inf. art. 145 bis y 145 ter CP", 08/02/2010 y "R. J. M. y otros s/ infracción a la ley 26.364", 11/03/2011.

(38) Ver TRIB. ORAL CRIM. FED. DE MAR DEL PLATA, "ARR s/inf. ley 26.364", 12/11/2010 y "R. J. M. y otros s/ infracción a la ley 26.364", cit.

(39) Ver TRIB. ORAL CRIM. FED. DE LA PLATA N° 1, "BWO s/trata de personas", 25/06/2009; TRIB. ORAL CRIM. FED. DE POSADAS, "RJA s/ Trata de Personas Menores de 18 años agravada art. 145 ter inc. 1° del CP ley 26.364", 28/10/2010; TRIB. ORAL CRIM. FED. DE CÓRDOBA N° 2, "Palacio HR s/Trata de personas", 26/04/2010; TRIB. ORAL CRIM. FED. DE COMODORO RIVADAVIA, "M s/infracción art. 145 ter CP", 13/10/2010.

(40) Ver TRIB. ORAL CRIM. FED. DE SALTA, "JCDFA, JOF y JRC S/ captación de personas con fines de posterior explotación agravado por el número de personas intervinientes y el número de personas identificadas", 04/2011.

(41) Ver TRIB. ORAL CRIM. FED. DE SANTA FE, "Nuñez, JA s/ infracción art. 145 bis y 145 ter del CP ambos en concurso real (art. 55 del CP)", 04/12/2009.

(42) Ver TRIB. ORAL CRIM. FED. DE MAR DEL PLATA, "Lopez RA y otros s/inf. art. 145 bis y 145 ter CP", cit. y "ARR S/ inf. ley 26.364", 12/11/2010.

(43) Ver TRIB. ORAL CRIM. FED. DE COMODORO RIVADAVIA, "Plasencio JE s/ inf. art. 145 ter", 03/2010.

Por otra parte, “acoge” quien da hospedaje, aloja, admite en su ámbito o esconde al damnificado en contra del descubrimiento de su condición de explotado.<sup>(44)</sup> Trasladar o transportar significa llevar de un lugar a otro y la acción se configura sin que sea necesario que se haya llegado a destino,<sup>(45)</sup> quedando incluido el transporte interno (dentro del país) y el externo (desde o hacia el exterior del territorio argentino).<sup>(46)</sup>

La explotación es la actividad que reporta un beneficio económico para el tratante;<sup>(47)</sup> la explotación sexual puede comprender la promoción, facilitación, desarrollo o la obtención de lucro económico del comercio sexual en cualquiera de sus formas y la prostitución ajena es la comercialización de una persona como mercancía sexual a cambio de una remuneración en efectivo o especie.<sup>(48)</sup>

Por último, se ha dicho que “engaña” quien falta a la verdad, disimula lo verdadero e induce a un tercero a creer en ello, sin que se requiera algún despliegue aparatoso.<sup>(49)</sup> El tipo de engaño puede variar, aunque lo más frecuente son las promesas laborales falsas, cuando se le dice a la víctima que va a trabajar de empleada doméstica, de modelo, de bailarina o de moza.<sup>(50)</sup>

Ahora bien, aunque algunos jueces sostengan correctamente que en esta materia “el derecho internacional constituye un instrumento interpretativo ineludible”,<sup>(51)</sup> solamente en pocos fallos, y sobre el final del texto, se advierten referencias a instrumentos internacionales, pero casi de manera

(44) Ver TRIB. ORAL CRIM. FED. DE MAR DEL PLATA, “Lopez RA y otros s/ inf. art. 145 bis y 145 ter CP”, 8/2/2010; TRIB. ORAL CRIM. FED. DE POSADAS, “RJA s/ trata de personas menores de 18 años agravada art. 145 ter inc. 1 del CP ley 26.364”, 28/10/2010; TRIB. ORAL CRIM. FED. DE COMODORO RIVADAVIA, “Plasencio JE s/ inf. art. 145 ter”, 03/2010.

(45) Ver TRIB. ORAL CRIM. FED. DE CATAMARCA, 12/05/2011.

(46) Ver TRIB. ORAL CRIM. FED. DE SALTA, “JCDFA, JOF y JRC s/ captación de personas con fines de posterior explotación agravado por el número de personas intervinientes y el número de personas identificadas”, 04/2011.

(47) Ver TRIB. ORAL CRIM. FED. DE SANTA FE, “Nuñez, JA s/ infracción art. 145 bis y 145 ter del CP ambos en concurso real (art. 55 del CP)”, 04/12/2009; TRIB. ORAL CRIM. FED. DE PARANÁ, “Sander R E s/ inf. 26.364”, 26/07/2010.

(48) Ver TRIB. ORAL CRIM. FED. DE MAR DEL PLATA, “Lopez RA y otros s/ inf. art. 145 bis y 145 ter CP”, cit.; TRIB. ORAL CRIM. FED. DE MAR DEL PLATA, “ARR s/ inf. ley 26.364”, cit.; TRIB. ORAL CRIM. FED. DE SALTA, “JCDFA, JOF y JRC s/ captación de personas con fines de posterior explotación agravado por el número de personas intervinientes y el número de personas identificadas”, cit.

(49) Ver TRIB. ORAL CRIM. FED. DE SANTA FE, “Nuñez, JA s/ infracción art. 145 bis y 145 ter del CP ambos en concurso real (art. 55 del CP)”, cit.

(50) Ver TRIB. ORAL CRIM. FED. DE CÓRDOBA N° 2, “Palacio HR s/trata de personas”, cit.

(51) TRIB. ORAL CRIM. FED. DE MAR DEL PLATA, “ARR s/ inf. ley 26.364”, cit.

subsidiaria. Se observan menciones a la Convención de la ONU contra la Delincuencia Organizada Transnacional; al Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente de Mujeres y Niños; a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belem do Pará); al Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena de 1949 (todos con jerarquía supra-legal); a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; a la Convención de los Derechos del Niño; a la Declaración Universal de los Derechos Humanos; a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (todos con jerarquía constitucional); al Manual sobre la Investigación del Delito de Trata de Personas de la ONU de 2008; a las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad. No obstante, no se realiza un análisis detallado de los textos ni de las opiniones o consejos de los órganos que velan por la observancia de dichos tratados. Jamás se hace referencia al artículo 6 de la Convención Americana ni se toman en cuenta las recomendaciones del Comité de la CEDAW o de la Relatoría.

En el mismo orden de ideas, el trabajo de los jueces argentinos se limita casi exclusivamente a determinar la culpabilidad de los imputados y a disponer de los elementos incautados. Por más de que algunos expresen que “los derechos humanos de las personas objeto de trata deberán constituir el centro de toda labor para prevenir y perseguir la trata de personas, y para proteger y brindarles asistencia”,<sup>(52)</sup> muy raras veces se hace referencia a medidas que ayuden a proteger a las víctimas del delito y a reinsertarlas en la sociedad, tal como lo disponen el art. 6 de la ley 26.364 y los instrumentos internacionales. En ningún fallo se habla de medidas preventivas o se proponen garantías de no repetición. De todas formas, vale reconocer la participación activa en casi todos los precedentes de la Oficina de Rescate y Acompañamiento de las Personas Damnificados por el Delito de Trata (dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación), aunque haya recibido críticas de ciertos jueces.<sup>(53)</sup>

---

(52) TRIB. ORAL CRIM. FED. DE MAR DEL PLATA, “R. J. M. y otros s/ infracción a la ley 26.364”, cit.

(53) El Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Paraná cuestionó que, en el caso particular, el organismo se haya limitado a trasladar a la menor hasta su lugar de origen, sin proponer un acompañamiento integral, ayudar a su salud mental y física ni brindar medios materiales para una vida mejor.

Por otra parte, se destaca en la jurisprudencia argentina un marcado hincapié en la situación de vulnerabilidad de las víctimas. Por ejemplo, se ha definido a la vulnerabilidad como el estado de indefensión, de debilitamiento de la personalidad, donde se ausentan las fuerzas para poder enfrentar todo tipo de presiones inhumanas y amenazantes.<sup>(54)</sup> También se dijo que vulnerable es aquél que por una adversidad o circunstancia especial se encuentra con menores posibilidades defensivas que el común de las personas, por lo que se presenta como blanco más fácil para que alguien lo dañe o lo perjudique.<sup>(55)</sup> La situación de vulnerabilidad también puede entenderse como referida a toda situación en que la persona interesada no tiene más opción verdadera ni aceptable que someterse al abuso<sup>(56)</sup> o como el aprovechamiento por parte del agente de situaciones que revelan en el sujeto pasivo el padecimiento de una importante debilidad, indefensión o dificultad que le impiden toda protección de la agresión a que está siendo sometida.<sup>(57)</sup> Como ejemplos de vulnerabilidad se ha mencionado la pobreza, la corta edad, la inmadurez, el hecho de integrar familias numerosas con escasos recursos, el tener hijos menores para criar, el padecer violencia familiar, la discapacidad, la migración o el desplazamiento interno, el género, la privación de libertad, no tener un grupo familiar constituido, la falta de trabajo, vivir en la calle, tener carencias afectivas, la exclusión social, no poseer documentos y no tener educación suficientes.

Otro aspecto interesante de los fallos argentinos es la numerosa cantidad de juicios abreviados que se han llevado a cabo por el delito de trata de personas.<sup>(58)</sup> Finalmente, a modo estadístico, vale destacar que, en un total de 37 casos relevados, el promedio de las penas para los culpables del delito de trata de personas es de casi seis años, siendo de 15 la mayor condena (por trata de mayores y menores, agravada por el número de víctimas y la situación de vulnerabilidad)<sup>(59)</sup> y de dos, la menor (por transporte de personas mayores de edad con fines de posterior explotación, en grado de tentativa).<sup>(60)</sup>

(54) Ver TRIB. ORAL CRIM. FED. DE SANTA FE, "Nuñez, JA s/ infracción art. 145 bis y 145 ter del CP ambos en concurso real (art. 55 del CP)", cit.; TRIB. ORAL CRIM. FED. DE PARANÁ, "Sander R E s/ inf. 26.364", 26/07/2010.

(55) Ver TRIB. ORAL CRIM. FED. DE MAR DEL PLATA, "Lopez RA y otros s/ inf. art. 145 bis y 145 ter CP", cit.

(56) Ver TRIB. ORAL CRIM. FED. DE LA PLATA N° 1, "EM G y otros s/ inf. art. 145 bis", 09/12/2010.

(57) Ver TRIB. ORAL CRIM. FED. DE POSADAS, "L., F. s/ Trata de personas", 29/04/2010.

(58) Hay ejemplos en los tribunales de La Plata, Mar del Plata, Salta, La Pampa, San Martín, Córdoba y Paraná.

(59) Ver TRIB. ORAL CRIM. FED. DE POSADAS, "L., F. s/ Trata de personas", 29/04/2010.

(60) Ver TRIB. ORAL CRIM. FED. DE SALTA, cit., 04/2011.

## 5. Conclusión

La trata de seres humanos representa la negación de los derechos fundamentales de las personas, afectándose la dignidad, la libertad, la identidad, la integridad física y psíquica y el derecho a no ser sometidos a torturas ni tratos crueles.<sup>(61)</sup> Con lo difícil que es recopilar estadísticas en estos casos, hay informes que reportan 2.5 millones de víctimas a nivel mundial<sup>(62)</sup> mientras que otros señalan que hay 27 millones de personas en situación de esclavitud.<sup>(63)</sup> La OIM indica que anualmente unas 800.000 personas son objeto de trata a través de las fronteras internacionales, al tiempo que muchas otras lo son dentro de sus propios países.<sup>(64)</sup> Sin embargo, otras fuentes consideran que 4 millones de personas son víctimas de trata cada año.<sup>(65)</sup> Según la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, las mujeres y los niños constituyen el 88% de todas las víctimas.<sup>(66)</sup> Además, la trata de personas es la tercera actividad delictiva más rentable del mundo, después del tráfico de drogas y de armas,<sup>(67)</sup> aunque algunos ya la ubican en el segundo lugar.<sup>(68)</sup> Se estima que las ganancias anuales son de 31.600 millones de dólares.<sup>(69)</sup>

(61) Ver TRIB. ORAL CRIM. FED. DE SALTA, "JC DFA, JOF y JRC s/ captación de personas con fines de posterior explotación agravado por el número de personas intervinientes y el número de personas identificadas", 04/2011; TRIB. ORAL CRIM. FED. DE MENDOZA N° 2, "AGPA y otros p/ AV. inf. ley 26.364 Y 17.671", 17/05/2011.

(62) Ver "Campaña de MTV y UNICEF sobre la trata de personas, la explotación y el VIH en América Latina", Nueva York, 21 de noviembre de 2011, [en línea] [http://www.unicef.org/noalatrata/MTV\\_&\\_UNICEF\\_HojaInformativa.pdf](http://www.unicef.org/noalatrata/MTV_&_UNICEF_HojaInformativa.pdf); y ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, "Hoja estadística sobre el trabajo forzado", 2007.

(63) Ver DEPARTAMENTO DE ESTADO DE ESTADOS UNIDOS, *2011 Trafficking in Persons Report*, 27/06/2011, [en línea] <http://iipdigital.usembassy.gov/st/english/texttrans/2011/06/20110627155937su0.4487203.html#axzz34Fo3QIZ0>; y BALES, KEVIN, *Disposable People: New Slavery in the Global Economy*, Berkeley y Los Ángeles, University of California Press, 1999.

(64) Ver página web de la Organización Internacional para las Migraciones: <http://www.iom.int/jahia/Jahia/counter-trafficking/lang/es>, consultada el 04/02/2012.

(65) Ver UNICEF y MINISTERIO DE SEGURIDAD, JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, "Trata de Personas, especialmente mujeres y niños@s. Guía de información dirigida a docentes", 2007.

(66) Ver OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, *Global Report on trafficking in persons*, 2009.

(67) Ver "Campaña de MTV y UNICEF sobre la trata de personas, la explotación y el VIH en América Latina", cit.

(68) Ver UNICEF y MINISTERIO DE JUSTICIA Y SEGURIDAD DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, *Ley 26.364. Prevención y Sanción de la Trata de Personas y asistencia a sus víctimas*, 2011.

(69) Ver BELSER, PATRICK, *Force Labor and Human Trafficking: Estimating the Profits*, OIT, 2005.

Argentina actúa como país de de origen, tránsito y reclutamiento de víctimas,<sup>(70)</sup> aunque también funciona como lugar de destino en el que predomina la explotación sexual por sobre la laboral.<sup>(71)</sup> Si bien se han adoptado varias medidas positivas para combatir la trata de personas, todavía queda mucho por hacer. Así como la ley interna se redactó siguiendo los parámetros del Protocolo de Palermo,<sup>(72)</sup> consideramos que la reforma implicaría dar un paso adelante hacia una mejor persecución del delito y una mayor protección a las víctimas. De todas formas, sería necesario analizar el rol de los clientes, que son una parte fundamental en la trata de personas y que han escapado de la atención de los legisladores,<sup>(73)</sup> como también lo han hecho las medidas específicas de prevención. También destacamos el decreto 936/2011 que prohíbe los avisos por cualquier medio que promuevan la oferta sexual o hagan explícita o implícita referencia a la solicitud de personas destinadas al comercio sexual. En cuanto a la jurisprudencia, es vital que se incluya en los fallos un enfoque más cercano a los derechos humanos, con una perspectiva de género,<sup>(74)</sup> y que el centro pase a ser la protección y reinserción de las víctimas en la sociedad, y no tanto el castigo de los imputados.<sup>(75)</sup> Uno de los problemas más importantes es que los recursos y los esfuerzos se suelen centrar en el procesamiento de quienes se dedican a la trata o la formulación de programas de asistencia para quienes han sobrevivido a la trata, pero se pasa por alto la elaboración y aplicación de medidas de prevención amplias y sistemáticas. En este sentido, concientizar a las posibles víctimas en particular, y a la sociedad en general, acerca de los riesgos relacionados con la trata de personas es un elemento esencial en la prevención de esa problemática.

(70) Ver "Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas especialmente mujeres y niños", cit., párr. 6.

(71) Ver ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES, *Trata de personas: asistencia a víctimas de trata de personas. Experiencias en la triple frontera*, op. cit.

(72) Ver TRIB. ORAL CRIM. FED. DE POSADAS, "RJA s/ trata de personas menores de 18 años agravada art. 145 ter inc. 1º del CP ley 26364", 28/10/2010; TRIB. ORAL CRIM. FED. DE COMODORO RIVADAVIA, "M s/ infracción art. 145 ter CP", 13/10/2010; C.NAC. DE CASACIÓN PENAL, Sala III, "S., R. E. S/recurso de casación", 3/10/2011; TRIB. ORAL CRIM. FED. DE RESISTENCIA, "Día; Mas; Gen Y Ogb", 03/10/2011.

(73) Ver UNICEF (Argentina), "La niñez prostituida", Bs. As., octubre de 2001, p. 165.

(74) Ver ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES, *Estudio exploratorio sobre trata de personas con fines de explotación sexual en Argentina, Chile y Uruguay*, diciembre 2006, p. 309, [en línea]. <http://www.artemisnoticias.com.ar/images/FotosNotas/OIMTRATA.pdf>

(75) Ver CIDH, Informe "La trata de personas: un reto para México y Centroamérica", cit., p. 42.

Por supuesto, esto debe ir acompañado por políticas públicas que ayuden a las personas más vulnerables a no caer en la trampa de los tratantes.<sup>(76)</sup>

Asimismo, nos parece importante destacar que Esteban Righi, ex Procurador General de la Nación, hizo referencia al informe de la Senadora Vilma Ibarra en el que afirmó que la trata de personas afecta los intereses y la seguridad de la Nación.<sup>(77)</sup> Por último, debe reconocerse el trabajo de la UFASE (Unidad Fiscal de Asistencia en Secuestros Extorsivos y Trata de Personas); la Oficina de Rescate y Acompañamiento a las Personas Damnificadas por el Delito de Trata; la OFAVI (Oficina de Asistencia Integral a la Víctima del Delito); la Oficina de la Mujer dependiente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, y demás organismos regionales que trabajan con los damnificados de este crimen, al igual que la OIM, que atendió 735 casos entre 2000 y 2010.<sup>(78)</sup> Igualmente, y tal como lo reconoce la UFASE, es necesario que un organismo público se encargue de la representación judicial de los intereses de las víctimas (derechos y pretensiones), cuestión que hasta ahora solamente ha sido llevada a cabo por organizaciones sociales.<sup>(79)</sup>

En definitiva, estamos en presencia de uno de los delitos más denigrantes y de mayor magnitud del momento. No hay que perder de vista que, a diferencia del tráfico de drogas o de armas, lo que se comercializa en la trata de personas son precisamente seres humanos, y en muchos casos, los más vulnerables. Es fundamental que exista un esfuerzo conjunto entre el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo y el Poder Judicial para luchar contra este problema a nivel nacional, y que se ejecuten políticas internacionales a nivel regional y mundial.



---

(76) Ver ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES, *Estudio exploratorio sobre trata de personas con fines de explotación sexual en Argentina, Chile y Uruguay*, cit., p. 310.

(77) Ver Dictamen PGN, S.e. Comp. 611; L. XLV, 16 de marzo de 2010.

(78) Ver ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES, *IOM Case Data Global Figures & Trends Human trafficking*, en *World Migration Report 2011*.

(79) Ver Unidad Fiscal de Asistencia en Secuestros Extorsivos y Trata de Personas (UFASE), Informe anual, 2011, [en línea] [http://www.mpf.gov.ar/docs/repositorioW/DocumentosWeb/LinksNoticias/Informe\\_anual\\_2011\\_UFASE.pdf](http://www.mpf.gov.ar/docs/repositorioW/DocumentosWeb/LinksNoticias/Informe_anual_2011_UFASE.pdf)

## BIBLIOGRAFÍA



- ABRAMOVICH, VÍCTOR, *Litigio y Activismo en materia de derechos humanos*, materiales de curso, Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, American University, Washington College of Law, 2010.
- ACIJ, CELS, COHRE, *El acceso a agua segura en el área Metropolitana de Buenos Aires: Una obligación impostergable*, Buenos Aires, noviembre de 2009.
- ALBANESE, SUSANA, “Derechos de los pueblos indígenas”, en Víctor Abramovich; Alberto Bovino y Christian Courtis (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década, primera edición*, Bs. As., Editores Del Puerto, 2006.
- ALBUQUERQUE, CATARINA y ROAF, VIRGINIA, *Derechos hacia el final. Buenas Prácticas en la realización de los derechos al agua y al saneamiento*, Ongawa, Water and Sanitation, AECID, Lisboa, 2012.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL, “Combatiendo la exclusión: Por qué los derechos humanos son esenciales para los ODM”, en *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, n° 12, v 7, São Paulo, junio 2010.
- ANAYA, JAMES S., *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, Madrid, Trotta, 2005.
- ANAYA, JAMES S., “Los derechos de los pueblos indígenas”, en Mikel Berraondo López (coord.), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2006.
- ANELLO, CAROLINA, *Corte Penal Internacional*, 1° ed., Bs. As., Editorial Universidad, 2003.
- ARNOLD, ROBERTA, “Terrorism and IHL: A common denominador?”, en Hilbrand, Arnold R., P-A, *International Humanitarian Law and the 21st Century's Conflicts, Changes and Challenges*, Lausanne/Berne/Lugano, Edis, 2005.
- BALES, KEVIN, *Disposable People: New Slavery in the Global Economy*, Berkeley/Los Ángeles, University of California Press, 1999.
- BAQUERO, RICARDO y TERIGI FLAVIA, “En búsqueda de una unidad de análisis del aprendizaje escolar. Dossier Apuntes pedagógicos”, en *Revista Apuntes*, Bs. As., UTE/CTERA, 1996.
- BAZÁN, VÍCTOR, “Los derechos de los pueblos indígenas desde las perspectivas interna e internacional”, en *Estudios Constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n° 1, 2004.
- BAZÁN, VÍCTOR, “Justificación putativa, derechos indígenas y un embate contra el letargo constitucional”, en *La Ley* 2000-E, 2000.

- BELSER, PATRICK, *Force Labor and Human Trafficking: Estimating the Profits*, OIT, 2005.
- BERTONI, EDUARDO y DEL CAMPO, AGUSTINA, *Calumnias e injurias: A dos años de la reforma del Código Penal argentino*, Centro de Estudios de Libertad en Expresión y Acceso a la Información, Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo, septiembre de 2012, publicado [en línea] <http://www.palermo.edu/cele/pdf/Calumnias-e-Injurias.pdf>
- BERTONI, EDUARDO, *Libertad de expresión en el estado de derecho. Doctrina y jurisprudencia nacional, extranjera e internacional*, Bs. As., Editores del Puerto, 2000.
- BICINSKAS, GABRIEL FERNANDO, “De la Persecución al Reconocimiento. Matrimonio entre personas del mismo sexo”, en Sebastián Rey (coord.), *Problemas de Derechos Humanos*, n° 1, Bs. As., Eudeba, 2012.
- BLACK, R. E.; COUSENS, S; JOHNSON, H. L.; LAWN, J. E.; RUDAN, I. *et al*, para el Grupo de Referencia sobre Epidemiología Infantil de la OMS y el UNICEF, “Global, regional, and national causes of child mortality in 2008: A systematic analysis”, *The Lancet*, 05/06/2010, 375(9730), pp. 1969/87.
- BORCELLE, GERMAINE, *La igualdad de oportunidades para las jóvenes y mujeres en la enseñanza técnica, la formación profesional y el empleo*, Serbal/UNESCO, París, 1984.
- BRUZZONE, ELSA, *Las Guerras del Agua*, Bs. As., Capital Intelectual, 2012.
- CARLOS LAURÍA, *Ataques a la prensa en 2010: América*, 15 de febrero de 2011, [en línea] <https://www.cpj.org/2011/02/attacks-on-the-press-2010-americas-analysis.php>
- CARRASCO, MORITA, “Una perspectiva sobre los Pueblos Indígenas en Argentina”, en Cels, *Derechos humanos. Argentina, 2002*, Bs. As., Siglo XXI, 2002.
- CENTRE ON HOUSING RIGHTS AND EVICTIONS (COHRE), *Leading cases on economic, social and cultural rights: summaries*, COHRE, Ginebra, 2005.
- CIJ, “CUESTIONES relacionadas con la interpretación y la aplicación del Convenio de Montreal de 1971, planteadas de resultas del incidente aéreo de Lockerbie” (excepciones preliminares), Recueil, 1998.
- CIJ, “LEGALIDAD de la Amenaza o el empleo de armar nucleares”, Recueil. 1996.
- COBO, JOSÉ R. MARTÍNEZ, *Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas*, E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4, párr. 379.
- COURTIS, CHRISTIAN, “La Corte Suprema ante los derechos sociales”, prólogo al Capítulo VIII “Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, en ADC - Asociación por los Derechos Civiles, *La Corte y los derechos. Un informe sobre el contexto y el impacto de sus decisiones durante el período 2003-2004*, Bs. As., Siglo XXI, 2005.
- CHERIF BASSIOUNL, M, “*Legal control of international terrorism: a policy-oriented assessment*”, en *Harvard International Law Journal*, 2002.
- CHERIF BASSIOUNL, M, “*Legal control of international terrorism: a policy-oriented assessment*”, en *Harvard International Law Journal*, 2002, p.43.
- DE ALBUQUERQUE, CATARINA, *Derechos hacia el final*, [en línea] [http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Water/BookonGoodPractices\\_sp.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Water/BookonGoodPractices_sp.pdf)
- DEL CASTILLO, LILIAN, *Los Foros del Agua: de Mar del Plata a Estambul*, CARI, Documentos de Trabajo, n° 86, Bs. As., 2009.

- DÜNKEL, FRIEDER, “El futuro de la justicia juvenil: perspectivas europeas”, *Justicia y Derechos del Niño*, UNICEF, n°10, [en línea] [www.unicef.cl](http://www.unicef.cl)
- ECHAIDE, JAVIER, “El Derecho Humano al Agua Potable y al Saneamiento: su recepción constitucional en la región y su vinculación con la protección de las inversiones extranjeras”, en *Revista Derecho Público*, n° 2, año 2, Bs. As., Ediciones Infojus, 2012.
- FILARDI, MARCOS EZEQUIEL, “El Derecho a la Alimentación Adecuada”, en Sebastián A. Rey (coord.), *Problemas Actuales de Derechos Humanos*, n° 1, Bs. As., Eudeba, 2012.
- FILMUS, DANIEL y KAPLAN, CARINA, *Educación para una sociedad más justa. Debates y desafíos de la Ley de Educación Nacional*, Bs. As., Editorial Aguilar, 2012.
- FISS, OWEN, *The Irony of Free Speech*, Cambridge, 1996.
- GARCÍA ROCA, JAVIER, “La Muy Discrecional Doctrina del Margen de Apreciación Nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Soberanía e Integración”, en *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, n°. 20, 2007.
- GHERSI, CARLOS A., *Teoría general de la reparación de daños*, Bs. As., Astrea, 2003.
- GUTIÉRREZ POSSE, HORTENSIA, *Elementos de derecho internacional penal*, 1° ed, Bs. As., De Los Cuatros vientos, 2006.
- HAMMARBERG, T., *A School for Children with Rights. Innocenti Lectures*, Florence, UNICEF International Child Development Centre, 23 October 1997.
- HERRERO, ANA CAROLINA, “Generalidades del recurso agua e indicadores hídricos. Realidades mundial y argentina”, en Carlos Rivas (comp.), *La Cuestión del Agua en Argentina*, Bs. As., Kaikron, 2003.
- HERRERO, ANA CAROLINA, “Gestión de Cuencas Hídricas”, en Carlos Rivas (comp.), *La Cuestión del Agua en Argentina*, Bs. As., Kaikron, 2003.
- HUALPA, EDUARDO R., “Las Comunidades Indígenas y los Derechos de Incidencia Colectiva”, en *La Ley* 2002-B, 2002.
- HUTTON, GUY y HALLER, LAWRENCE, *Evaluation of the costs and benefits of water and sanitation improvements at the global level*, [en línea] [http://www.who.int/water\\_sanitation\\_health/wsh0404.pdf](http://www.who.int/water_sanitation_health/wsh0404.pdf)
- IGLESIAS VILA, MARISA, “Una doctrina del margen de apreciación estatal para el CEDH: En busca de un equilibrio entre democracia y derechos en la esfera internacional”, [en línea] [http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13\\_Iglesias\\_CV\\_Sp\\_20130314.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Iglesias_CV_Sp_20130314.pdf)
- IRIGOYEN FAJARDO, RAQUEL, *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal*, Guatemala, Fundación Myrna Mack, 1999.
- KINGSLOVER, BARBARA, “El agua es vida”, en *National Geographic*, vol. 26, n° 4, abril de 2010.
- KOK, ANTON y LANGFORD, MALCOLM, “The Right to Water”, en Brand, Danie y Heyns, Cristof (eds.), *Socio-economic rights in South Africa*, Pretoria University Law Press, 2005.
- MACALISTER-SMITH, P., *Protection of the Civilian Population and the Prohibition of Starvation as a method of Warfare. Draft Text on International Humanitarian Assistance*, IRRIC, n° 283, 1991.

- MANFRED, NOWAK, “*The Right to Education*”, en Eide Ashbjorn; Krause, Catarina y Rosas, Allan, *Economic, Social and Cultural Rights. A Textbook*, The Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 1995.
- MARTÍNEZ, OMAR RAÚL, “¿Por qué despenalizar?”, [en línea] <http://mexicanadecomunicacion.com.mx/rmc/2007/11/06/%C2%BFpor-que-despenalizar/>
- MAYER, J, “Starvation as a Weapon”, en Rose, S. (ed.), *CBW: Chemical and Biological Warfare, London Conference on CBW*, London, 1968.
- MEDINA QUIROGA, CECILIA, *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia*, Santiago, Universidad de Chile, 2003.
- OMS/UNICEF, “PROGRESOS en materia de saneamiento y agua potable: Informe de actualización 2010”, [en línea] [http://www.ws-sinfo.org/fileadmin/user\\_upload/resources/WEB-OMS-PHE-JMP-SP-20101222-v6.pdf](http://www.ws-sinfo.org/fileadmin/user_upload/resources/WEB-OMS-PHE-JMP-SP-20101222-v6.pdf)
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES, COMISIÓN INTERAMERICANA DE MUJERES, “Trata de personas: Aspectos Básicos”, Instituto Nacional de Migración, Instituto Nacional de las Mujeres, México, mayo 2006, [en línea] <http://www.oas.org/atip/reports/trata.aspectos.basicos.pdf>
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES, “Trata de personas: asistencia a víctimas de trata de personas. Experiencias en la triple frontera”, Bs. As., 2010, [en línea] <http://www.argentina.iom.int/no/images/Triple%20Frontera%20OIM%20Espanol.pdf>
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES, “Migración, Prostitución y Trata de Mujeres Dominicanas en la Argentina”, [en línea] [http://www.caref.org.ar/texto/Trata\\_dominicanas.pdf](http://www.caref.org.ar/texto/Trata_dominicanas.pdf), Bs. As., 2003.
- PAPADÓPOLO, MIDORI, *El nuevo enfoque internacional en materia de derechos de los pueblos indígenas*, Guatemala, Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales, Universidad Rafael Landívar, 1995.
- PINTO, MÓNICA, *Temas de Derechos Humanos*, Bs. As., Editores del Puerto, 1997.
- QUÉNIVET, NOËLLE, “*The Applicability of International Law to Situations of a (Counter-) Terrorist Nature*”, en Arnold R. E Hilbrand, P-A, *International Humanitarian Law and the 21<sup>st</sup> Century’s Conflicts, Changes and Challenges*”, Lausanne/Berne/Lugano, Edis, 2005.
- RAFFIN, MARCELO, *La experiencia del horror. Subjetividad y derechos humanos en las dictaduras y posdictaduras del Cono Sur*, Bs. As., Del Puerto, 2006.
- REY, SEBASTIÁN A., *Juicio y castigo. Las obligaciones de los estados americanos y su incidencia en el derecho argentino*, Bs. As., Editores del Puerto, 2012.
- SABA, ROBERTO, “Censura Indirecta, Publicidad Oficial y Diversidad”, en AA.VV., *Libertad de Expresión: Debates, Alcances y Nueva Agenda*, UNESCO, Oficina en Quito y Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Quito, 2011.
- SACHS, JEFFREY, *Common Wealth, Economics for a Crowded Planet*, New York, The Penguin Press, 2008.
- SALVIOLI, FABIÁN, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de derechos humanos”, en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 39.
- SASSOLI, MARCO Y BOUVIER, ANTOINE A., *How does law protect in war*, International Committee of the Red Cross, Geneva, 1999.

- SCHEININ, MARTIN, “*Economic and Social Rights as Legal Rights*”, en Eide, Asbjorn; Krause, Catarina y Rosas, Allan *Economic, Social and Cultural Rights. A Textbook*, The Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 1995.
- SCHNABEL, RAÚL A., “Historia de la Trata de Personas en Argentina como persistencia de la esclavitud”, Dirección General de Registro de las Personas Desaparecidas, p. 6, [en línea]. [http://argentina.observalatrata.org/wp-content/uploads/2013/03/compen\\_historia\\_trata.pdf](http://argentina.observalatrata.org/wp-content/uploads/2013/03/compen_historia_trata.pdf)
- SHIVA, VANDANA, *Water Wars: Privatization, pollution and profit*, South End Press, Cambridge, 2002
- STAVENHAGEN, RODOLFO, “Conclusiones y recomendaciones del Seminario de Expertos sobre Pueblos Indígenas y la Administración de Justicia”, en *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/2004/80/Add.4*, 2004.
- STAVENHAGEN, RODOLFO, “Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales”, en Elizabeth Jelin y Eric Hershberg (coords.), *Construir la democracia: derechos humanos, ciudadanía y sociedad en América Latina*, Caracas, Nueva Sociedad, 1996.
- TAULI-CORPUZ, VICTORIA, “Reflexiones sobre el papel del foro permanente para las cuestiones indígenas de las Naciones Unidas en relación con los ODM”, en *Sur revista Internacional de Derechos Humanos*, n° 2, v.7, São Paulo, junio, 2010.
- TAWFIC, MOHAMED, *Water Pollution*, Tokyo, United Nations University Materials, 2010.
- UN, *SPECIAL Rapporteur on the Human Rights to Water and Sanitation, FAQ Howard, Guy y Bartram, Jamie, Domestic Water Quantity, Service Level and Health*, [en línea] [http://www.who.int/water\\_sanitation\\_health/diseases/WSH03.02.pdf](http://www.who.int/water_sanitation_health/diseases/WSH03.02.pdf)
- UNHR, UN HABITAT, WHO, “*The Right to Water*”, *Fact Sheet 35*, Ginebra, ONU, 2010.
- KIPER, CLAUDIO MARCELO, *Derechos de las minorías ante la discriminación*, Bs. As., Hammurabi, 1998.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES, “*IOM Case Data Global Figures & Trends Human trafficking*”, en *World Migration Report 2011*.
- YRURETA, GLADIS, *El indígena ante la ley penal*, Universidad del Centro de Venezuela, Caracas, 1981.
- ZEMMALI, AMEUR, “Protección del Agua en Período de Conflicto Armado”, [en línea] <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdlee.htm>



Esta publicación con una tirada de 2000 ejemplares, se terminó de imprimir en los Talleres Gráficos de la Cooperativa Campichuelo Ltda. en julio de 2014.



Campichuelo 553 - C.A.B.A. - C1405BOG - Telefax: 4981-6500 / 2065-5202  
campichuelo@cogcal.com.ar www.cogcal.com.ar