

INVERSIÓN EXTRANJERA Y DERECHOS HUMANOS:
CONFLICTOS E INTERACCIONES

*FOREIGN INVESTMENT AND HUMAN RIGHTS:
CONFLICTS AND INTERACTIONS*

Christian G. Sommer*

Resumen: Las inversiones extranjeras han implicado en la última media centuria un cambio trascendental en la economía y las políticas públicas de los Estados en vía de desarrollo que, en diversas circunstancias, han sido relevantes para su industrialización y modernización de la infraestructura de comunicaciones y servicios públicos. Sin embargo, este auge de las inversiones, plasmadas a través de numerosos tratados bilaterales de inversión extranjera, han ocasionados diversas controversias entre los Estados, inversores y la sociedad civil, por los efectos negativos en las inversiones o por violaciones a derechos humanos cometidas por la empresas extranjeras, al no respetar estándares de derechos humanos básicos como el derecho a la vida, la integridad, la salud o el medio ambiente. Frente a esta realidad, es necesario reflexionar sobre la necesidad que los Estados modifiquen los tratados bilaterales de inversión para incorporar normas y estándares internacionales de protección de derechos humanos que posibiliten un mejor control sobre las actividades de los inversores en los territorios donde se desarrollan.

* Abogado y Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Profesor de Derecho Internacional Público (Universidad Nacional de Córdoba, Católica de Córdoba y Blas Pascal). Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Internacional y de la Sociedad Latinoamericana de Derecho Internacional y del Instituto en Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. sommer_g@hotmail.com

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

Abstrac: The development of foreign investment has been implicated in the last half century a significant change in the economies and public policy of developing States, which in many instances have been relevant to its industrialization and modernization of the communications infrastructure, and utilities. However, this investment boom, reflected through numerous bilateral foreign investment, have caused many disputes between States, investors and civil society for the negative effects on investment or human rights violations committed by the foreign companies, by not respecting basic human rights standards such as the right to life, integrity, health or the environment. Under these circumstances, it is necessary that States modify bilateral investment treaties to incorporate international standards and certain standards of human rights protection, to enable a better relationship between investor rights and respect for human rights in the communities where they are implemented.

SUMARIO: 1. Introducción. - 2. Los Tratados Bilaterales de Inversión y sus alcances en las perspectivas de derechos humanos. 3. Normas reguladoras de comportamiento de empresas e inversores en respeto de derechos humanos. - 4. Ciertos abordajes de los tribunales sobre las relaciones entre los derechos de los inversores y los derechos humanos. - 5. Reflexiones finales.

1. Introducción

Cuando se analizan los nuevos fenómenos y avances del derecho internacional en la última media centuria, se puede apreciar el fortalecimiento de algunas áreas de incidencia, tal el caso del derecho internacional de las inversiones extranjeras y el derecho internacional de los derechos humanos. Estas nuevas perspectivas y

ámbitos especiales del derecho internacional han implicado un progresivo socavamiento sobre los postulados clásicos de la soberanía absoluta de los Estados en sus aspectos internos que impedía toda posibilidad que los tribunales internacionales pudieran conocer sobre situaciones que se producían en sus ámbitos jurisdiccionales, sean los involucrados tanto nacionales como extranjeros¹. Así, han surgido sistemas de protección que ligan directamente a los Estados con personas físicas o jurídicas y, que constituyen nuevas causales de responsabilidad en caso de vulneraciones de obligaciones internacionales. El primero, es el de la protección internacional de los derechos humanos. El segundo, la protección internacional de las inversiones extranjeras.

A su vez, esta evolución del derecho internacional en ámbitos económicos y de inversiones, fruto del proceso de globalización y expansión del comercio internacional ha posibilitado que los Estados reconozcan derechos a particulares o empresas para reclamar directamente por violación de trato o sus derechos frente a paneles o tribunales arbitrales institucionalizados. Esto en gran parte fue posible gracias al auge de algunos convenios multilaterales, pero sobre todo de acuerdos de tipo bilateral entre los Estados que hicieron más ágiles los compromisos que ambos asumían y que internacionalmente se desarrollaron a través de los denominados Tratados Bilaterales de Inversión (TBI).

En el caso de los TBI, tales instrumentos internacionales no escaparon de la lógica propia del comercio internacional de la última media centuria y particularmente de fin de siglo XX con el auge de las políticas neoliberales de apertura de las economías e inversiones

¹ Cfr. CARRILLO SALCEDO, J. A. –Permanencia y cambios en el derecho internacional. *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*. (Castellón, Edit. Aranzadi), Vol. III, Valencia, 1999, pp. 223 y ss.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

y reducción de los controles del Estado en la gestión de servicios públicos e infraestructura. Las implicancias económicas, la fluidez y el desarrollo de las inversiones necesitaban sistemas jurídicos ágiles que permitieran dar seguridad jurídica, rentabilidad económica y respuestas oportunas a los conflictos que pudieran suscitarse, a través de una serie de estándares que posibilitaran la protección del inversionista o de la inversión frente a las acciones que emprendieran los Estados una vez efectuada la inversión. La implementación de algunos de esos estándares, en algunas circunstancias, llevó a vulnerar los derechos de los ciudadanos protegidos por tratados de derechos humanos.

En el ámbito internacional, este tópico sobre las relaciones entre protección de las inversiones extranjeras y derechos humanos, está siendo estudiado y hasta ha logrado ser referenciado en algunos considerandos de tribunales arbitrales, tal como se señalará más adelante.

Si bien todo Estado debe respetar los compromisos internacionales que contrajo a fin de incentivar la inversión extranjera en sus territorios, muchas veces esos acuerdos estatales suelen producir vulneraciones de derechos a sus nacionales frente a los privilegios de trato que ostentan los inversores extranjeros. A ello, debe sumarse la problemática de adecuación normativa sobre protección de derechos humanos en ámbitos como las políticas medioambientales o sociales, el acceso a recursos básicos como agua, gas o electricidad, o el derecho de acceso a la información, frente a los compromisos contractuales del Estado de no alterar las normas bajo las cuales el inversor contrató con éste por considerarse una modificación de las cláusulas de estabilización o de vulneración de las cláusulas paraguas. Estas divergencias actuales en las interpretaciones sobre los alcances de protección y regulación de normas de los TBI, están siendo llevadas a los tribunales arbitrales como el Centro para las Disputas sobre Inversiones Extranjeras del

Banco Mundial (CIADI) o tribunales arbitrales ad-hoc bajo reglas UNCITRAL, cuyas decisiones tienen un trascendental impacto en las políticas públicas de los Estados al ser condenados por millones de dólares, dinero que en muchos casos es el equivalente a la política de salud de un Estado o de una entidad sub-estatal (provincia).

Este artículo pretende reflexionar sobre los conflictos y las interacciones que en la actualidad se están sucediendo entre dos subsistemas del derecho internacional, que ameritan ser profundizados a fin de propender a una necesaria interacción y complementariedad de sus normas que posibilite a su vez, necesarias y sólidas normas jurídicas para la confianza de los inversionistas extranjeros, pero sin que ello implique una suerte de exclusión de responsabilidad de éstos en la violación de derechos humanos. A su vez, que tampoco impida al Estado receptor de la inversión adecuar sus normas para la protección y garantía de los derechos humanos de sus habitantes.

2. Los Tratados Bilaterales de Inversión y sus alcances en las perspectivas de derechos humanos

Aunque desde hace décadas tanto organizaciones regionales e internacionales como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) y la Organización Internacional del Comercio (OMC) han procurado establecer marcos jurídicos multilaterales para la promoción y protección de la inversión extranjera, los esfuerzos han fracasado y han prevalecido con una mayor incidencia y éxitos los TBI, ya que los Estados encuentran en este tipo de acuerdos la posibilidad de regular aspectos más específicos que los contemplados en los de carácter multilateral. En la actualidad, existen cerca de 3.196 TBI que se han negociado, junto

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

con otros cientos de Tratados de Libre Comercio (TLC) que contienen diversos tipos de protección a las inversiones extranjeras².

La suscripción por los Estados de este tipo de tratados obedece a una definición ideológica sobre un modelo de libre mercado que pone el énfasis en la internacionalización del capital. En efecto, se ha manifestado que (...) *Los TBI son presentados generalmente como la quintaesencia de un documento liberal. Un típico TBI cita en su preámbulo dos objetivos: la creación de condiciones favorables para las inversiones de nacionales y compañías de una parte en el territorio de la otra, e incrementar la prosperidad de ambos Estados. En suma, el propósito declarado de un TBI puede ser resumido en las siguientes palabras: incrementar la prosperidad a través de la inversión. El preámbulo afirma así la doctrina liberal básica según la cual la libre circulación del capital contribuye a incrementar la productividad*³.

Por regla general, los tratados de inversión suelen ser entendidos como obligaciones unilaterales hacia los Estados receptores de la inversión, ello por las limitaciones que imponen a los gobiernos de adoptar ciertas medidas que pudieran desfavorecer los derechos de los inversionistas extranjeros. Los TBI suelen contener una serie de derechos para la protección del capital del inversor contra la expropiación, garantías de no discriminación y la libertad de transferir fondos hacia el extranjero, entre otros. Aunque establecen ciertas obligaciones sobre los inversores, éstos suelen estar circunscriptas a los aspectos netamente contractuales y no de otra

² Según datos de la Conferencia de Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD). Disponible en :

<http://unctad.org/en/pages/PublicationWebflyer.aspx?publicationid=588>
(consulta del 15 de julio de 2013).

³ Cf. VANDEVELDE, K. J. —The political economy of a bilateral investment treaty. *The American Journal International Law*. n.º 92, Octubre de 1998, p. 621 y ss.

naturaleza, como es el posible impacto de sus actos frente a la sociedad o el medio ambiente en la que desarrollan. En caso de daños causados por el inversor que afecte a los derechos de los individuos o grupos en el territorio donde se realiza la inversión, los tratados ofrecen pocas garantías a las víctimas y suele quedar en manos del Estado el tomar medidas sobre tales vulneraciones. En este contexto, un tema cada vez más debatido en el sector académico y la sociedad civil es si existe la necesidad de un mayor grado de equilibrio entre los intereses legítimos de los inversores, de los países anfitriones en los TBI y de los derechos colectivos y sociales de las comunidades⁴.

⁴ Cf. BACHAND, R. —Droit de l'investissement et droits humains dans les Amériques. *Annuaire français de droit international*, (CNRS Editions), Vol. XLIX, París, 2003, pp. 575 y ss; DUPUY, P. M., et al. *Human Rights and International Investment Law and Arbitration*. Oxford University Press, London, 2009; FRY, J. —International human rights law in investment arbitration, evidence of international law's unity. *Duke Journal of Comparative & International Law*, Duke University, Durham, 2007, p.77 y ss; FAYT, C. *La Constitución Nacional y los tratados internacionales de arbitraje*. Edit. La Ley, Buenos Aires, 2007; KRIEBAUM, U. —Privatizing Human Rights. The Interface between International Investment Protection and Human Rights. En REINISCH, A. y KRIEBAUM, U. (Edit), *The Law of International Relations. Liber Amicorum Hanspeter Neuhold*. Eleven Publishing, Netherlands, 2007, pp. 165 y ss; PEREZ, J. et al. *Sleeping Lions. Tratados Internacionales de Inversión, conflictos Estado-Inversor y acceso a alimentos, tierra y agua*. Documento de trabajo. OXFAM, Londres, 2011. Disponible en: http://www.oxfam.org/sites/www.oxfam.org/files/dp-sleeping-lions-260511-es_0.pdf, (Consulta del 10 de mayo de 2013); PETERSON, L. E. *Derechos Humanos y Tratados Bilaterales de Inversión. Panorama del papel de la legislación de derechos humanos en el arbitraje entre inversores y estados*. Centro Internacional de Derechos Humanos y Democracia, Monteval, 2009. Disponible en: www.dd-rd.ca/site/_PDF/publications/.../HIRA-volume3-SPAN.pdf, (Consulta del 16 de mayo de 2013); PUVIMANASINGHE, S. F. *Foreign Investment, Human Rights and the Environment*. Martinus Nijhoff, Leiden, 2007; RUGGIE, J. *Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights*. 7 de abril de 2011. Disponible en:

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

En el caso de Latinoamérica, el ejercicio de ciertas prerrogativas de poder público que implicaron restricciones a las inversiones extranjeras, arrojó un número creciente de condenas provenientes de tribunales arbitrales. Esta es una de las razones por la cual la región latinoamericana alberga hoy una tendencia hostil dentro un grupo minoritario de Estados respecto de los TBI y, en especial, del arbitraje internacional sobre inversiones. Basándose en la necesidad de salvaguardar el interés público y la protección de los derechos humanos por medio de la potestad regulatoria, algunos Estados han decidido excluir del ámbito de competencia del arbitraje a todos los litigios relacionados con los recursos naturales (en noviembre de 2007, el gobierno de Ecuador le notificó a la secretaría del CIADI que excluía de su competencia las disputas relacionadas con los recursos naturales y, en particular, sobre el petróleo, el gas y la industria minera. En otros casos han procedido a la denuncia del Convenio de Washington sobre Promoción y Protección de Inversiones Extranjeras (Bolivia en 2007 y Venezuela en 2010)⁵. En forma paralela, actualmente, también se está planteando la búsqueda de otros foros regionales de solución de

<http://www.business-humanrights.org>, (Consulta del 24 de noviembre de 2013); TZVELEKOS, V. —In search of alternative solutions: Can the State of origin be held responsible for investor's human rights abuses that are not attributable to it?— *Brooklyn Journal of International Law*. Brooklyn Law School, Vol. 35, New York, 2010, pp. 155-232; VAN DEN HERIK, L. y CERNIC, J. —Regulating Corporations under International Law: From Human Rights to International Criminal Law and Back Again—, *Journal of International Criminal Justice*, Oxford University Press, Vol. 8, pp. London, 2010, 725-743; WEILER, T. —Balancing human rights and investor protection: A new approach for a different legal order—, *Boston College International and Comparative Law Review*, (Vol. 27), Boston, 2004, p. 429 y ss.

⁵ Cfr. OLARTE BÁCARES, D. —El derecho internacional de las inversiones en América Latina: El reencuentro con los derechos humanos—. *Realidades y Tendencias del derecho en el siglo XXI*. Derecho Público. Tomo VI. Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá – Editorial Temis, Bogotá, 2010, p. 694-695.

Christian G. Sommer

controversias de inversión como en el marco del UNASUR⁶ a fin de utilizar un mecanismo arbitral alternativo al CIADI en razón de los particularismos latinoamericanos, tema sobre el cual se ha creado un Grupo de Trabajo en el ámbito de dicha Organización Internacional Sudamericana⁷. Dentro de las particularidades del proceso arbitral bajo estudio en UNASUR, se procedería a crear un mecanismo arbitral semejante al CIADI, pero tendiente a resaltar la exclusión de temas sensibles a las políticas públicas de los Estados (salud, distribución de agua potable, energía), la transparencia y modos de elección de los árbitros y, particularmente, la exigencia del previo agotamiento de vías internas en los Estados para el acceso al sistema arbitral regional. Esta última cuestión, en el ámbito americano tiene una particular importancia, (aunque no se ha especificado aún plazos posibles para considerar agotada la vía interna) ya que implicaría un solapado retorno a la denominada «cláusula Calvo», aunque relativizada en sus alcances⁸, en razón que no excluiría la disputa de inversiones ante tribunales internacionales, pero significaría una postura diferente a la alcanzada por la jurisprudencia

⁶ La UNASUR, fue creada por el tratado constitutivo del 28 de mayo de 2008 y entró en vigor el 11 de marzo de 2011. Reúne a los países de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Guyana, Paraguay, Perú, Surinam, Uruguay y Venezuela.

⁷ En el mes de junio de 2009, durante la 39ª Sesión de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, Ecuador, propuso que UNASUR crease un centro de arbitraje alternativo al CIADI. En el mes de diciembre de 2010 en Guyana, los Ministros de Relaciones Exteriores de los países miembros de UNASUR decidieron de manera unánime que Ecuador debía presidir el grupo de trabajo sobre solución de controversias e inversiones. En la misma reunión, Ecuador presentó un proyecto de reglamentación del centro arbitral. Actualmente, el mencionado grupo de trabajo se encuentra analizando la propuesta, que va a ser presentada ante los países miembros de UNASUR para su posterior aprobación.

⁸ Cfr. SCHREUER, Ch. «Calvo's Grandchildren: The return of legal remedies in Investment Arbitration». *The Law and Practice in International Courts and Tribunals*, nº 1, Leiden, 2005, p. 4.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

cia en el marco del CIADI, sobre el acceso a la jurisdicción arbitral. Sin embargo, cabe resaltar que es poco probable que los Estados de los cuales provienen la mayoría de los inversionistas extranjeros hacia Latinoamérica, firmen TBI o modifiquen los actuales, en los cuales se incorpore a este mecanismo arbitral. La poca o nula confianza de los inversores extranjeros en sistemas de arbitraje regional, (altamente politizados), tornaría dificultosa la viabilidad de esta propuesta.

Los esfuerzos por hacer que la formulación de normas y políticas económicas respondan al marco de los derechos humanos suele enfrentarse a importantes desafíos. Un primer obstáculo se plasma cuando se promueven reclamos basados en derechos (que por definición representa la otra cara de una obligación) en un entorno cada vez más globalizado de la economía y las inversiones en el que los principales actores no son ni partes de los instrumentos de derechos humanos vigentes que crean las obligaciones, ni se sienten obligados por dichos instrumentos. Suele sostenerse que *la eliminación de la toma de decisiones sobre políticas económicas del nivel nacional también hace que resulte más difícil encontrar responsables. Permite que las instancias nacionales y supranacionales comiencen un “juego de culpas”, en el que cada uno hace responsable al otro de un resultado específico y se empaña la responsabilidad por la defensa del derecho en cuestión*⁹.

En diversas situaciones, las actividades empresariales en un mundo globalizado ha servido como catalizador de violaciones de derechos humanos como consecuencia de la ausencia de la protección institucional de los Estados y algunas empresas han explotado los vacíos jurídicos y la falta de protección de los derechos

⁹ CALIARI, A. –Comercio, Inversiones, Finanzas y Derechos Humanos: Tendencias, Desafíos y Oportunidades. Revista Sur. Vol. 6, n. 11, Sao Pablo, dic. 2009. p. 155-175.

Christian G. Sommer

humanos para ampliar sus ganancias o eliminar opositores a sus actividades en terceros países. Al respecto, suele expresarse que para lograr un cambio paradigmático, se requiere un fuerte énfasis en las obligaciones de las empresas, particularmente en las obligaciones de las empresas en materia de derechos humanos frente a la falta de cláusulas de estabilización en los contratos de inversión extranjera¹⁰.

La presencia de los inversionistas a través de las empresas multinacionales en el mundo actual, cuyo poder en muchas situaciones supera al de los propios Estados, ha ocasionado que el tema de la responsabilidad internacional de las empresas por violaciones de los derechos humanos adquiera relevancia internacional. Para algunos especialistas, es necesario encontrar nuevos caminos para responder a la globalización, dado que es posible sostener que los Estados son cada vez más irrelevantes y menos poderosos, por lo que la atención debe centrarse en otros actores tales como las empresas transnacionales e instituciones internacionales, en la medida que, en una economía globalizada, el mercado que acompaña la explotación económica y los conflictos armados ya no se encuentra exclusivamente en manos de los gobiernos¹¹.

Sin embargo, porque los tratados no establezcan reglas específicas sobre los derechos humanos, ello no implica que las inversiones no asuman compromisos sobre el respeto de derechos humanos. Estos problemas suelen apreciarse en la falta de reglas precisas que se utilizan en los ámbitos de solución de controversias para aceptar el análisis de posibles violaciones a derechos humanos

¹⁰ ERMIC, J. L. —Corporate Human Rights Obligations and International Investment Law. *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, Bogotá, 2010 (II), p. 243 y ss.

¹¹ CLAPHAM, A. *Human Rights Obligations of Non-State Actors*. Oxford University Press, Nueva York, 2006. p. 28.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

por parte de los inversores que suelen ser argüidas como causas de las finalizaciones de contratos o expropiaciones. Estas posturas en los ámbitos de solución de controversias de las inversiones extranjeras suelen ser controvertidas porque los Estados pueden enfrentar conflictos legales cuando sus compromisos internacionales en materia de protección de la inversión entran en tensión con sus obligaciones internacionales (y nacionales) para proteger los derechos humanos. Un ejemplo de ello suelen ser las disputas entre los inversores extranjeros y los Estados por las concesiones otorgadas para la gestión de agua potable y saneamiento de líquidos cloacales. Diversos arbitrajes en el sector del agua se han presentado en instancias del CIADI y otros tribunales¹². Si bien los detalles de cada controversia difieren y la información pública acerca de algunos de ellos es limitada, los casos han implicado el análisis de temas controvertidos como el estudio y alcance de normas reglamentarias relativas a la calidad del agua, la fijación de precios del agua, el acceso al agua para los que no pueden pagar, y la expropiación

¹² CIADI. –Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c/ República Argentina, (Caso N° ARB/97/3)¶; –Aguas Provinciales de Santa Fe, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. e Interagua Servicios Integrales de Agua, S.A. c/ República Argentina, (Caso N° ARB/03/17)¶; –Aguas Cordobesas, S.A., Suez, y Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. c/ República Argentina, (Caso N° ARB/03/18)¶; –Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. c/ República Argentina, (Caso N° ARB/03/19)¶; –Azurix Corp. c/ República Argentina, (Caso N° ARB/01/12)¶; –Aguas de Tunari S.A. c/ República de Bolivia, (Caso N° ARB/02/3)¶; –Azurix Corp. c/ República Argentina, (Caso N° ARB/03/30)¶; –SAUR International c/ República Argentina, (Caso N° ARB/04/4)¶; –Anglian Water Group c/ República Argentina, (Caso ante CNUDMI-CPA) 2003¶; –Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c/ República Unida de Tanzania, (Caso N° ARB/05/22)¶; –Impregilo S.p.A. c/ República Argentina, (Caso N° ARB/07/17)¶; –Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c/ República Argentina, (Caso N° ARB/07/26)¶.

pública frente al incumplimiento de las obligaciones contractuales de las empresas.

La inmensa mayoría de los TBI no contiene referencias explícitas a los derechos humanos y ello ha llevado a laudos relevantes a asumir que el régimen jurídico de protección de las inversiones y el de esos derechos son dos campos herméticamente separados que no necesariamente pueden interactuar¹³. Como resultado de esa visión, laudos claves han ignorado la relevancia que los derechos humanos poseen al momento de dirimir una controversia entre el Estado receptor y el inversor. Son notables las implicancias políticas, sociales y económicas que ello puede acarrear en materia de inversiones extranjeras alojadas en el ámbito de los servicios públicos y los recursos naturales¹⁴.

Particularmente en el ámbito latinoamericano, la expansión de TBI que caracterizó a la década de los noventa no puede ser entendida como una negación, alejamiento o flexibilización de la decisión histórica de los Estados americanos de comprometerse con tratados de derechos humanos y someterse a la competencia de sus órganos de aplicación. Por una parte, suele señalarse que no es correcto leer los TBI de los años noventa en forma desligada de los tratados de derechos humanos ratificados anteriormente. Ciertamente, los pactos de derechos humanos no descansan en propósitos declarativos con pretensiones abstractas sino que poseen una vocación de efectividad que hace a su esencia. Si al momento de

¹³ CIADI –Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. c/ República Argentina, (Caso Nº ARB/03/19)¶; –Azurix Corp. c/ República Argentina, (Caso Nº ARB/01/12)¶; –Aguas del Tunari S.A. c/ República de Bolivia, (Caso Nº ARB/02/3)¶.

¹⁴ JACOB, M. *International investment agreements and human rights*, Universität Duisburg-Essen, INEF Research Paper Series Human Rights, Nº 03/2010. p. 29.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

la aplicación de los TBI no se computa ese extremo, quien debe encargarse de evitar que se consume el intento de sustraer a los afectados de esa red de garantías es en primer término el funcionario interno como agente inicial del control de convencionalidad¹⁵. Lo cierto es que en esta visión neoliberal de los años noventa con la firma de cientos de TBI, prácticamente desligó esas asociaciones de derechos entre TBI y derechos humanos, a pesar que muchos Estados ya contenían compromisos asumidos de derechos humanos antes de la firma de los TBI o por las condiciones que implicaban las cláusulas de estos tratados de inversión, los gobiernos nada hicieron por adecuar las normas a sus compromisos anteriores en materia de derechos humanos.

Pero esos problemas de falta de compatibilidad de normas internacionales, no solo tiene como potenciales sujetos implicados a los individuos. También los Estados como sujetos primarios de estos tratados se han encontrados constreñidos a la modificación de sus políticas públicas como consecuencia de cláusulas asumidas en los TBI que se asemejan más a condiciones pétreas de garantías a los inversores. Así, por ejemplo, cabe reflexionar si las cláusulas de estabilización previstas en los TBI dejan el suficiente margen al Estado que recibe la inversión para adoptar políticas públicas que progresivamente mejoren el goce de los derechos sociales de la población; si crean incentivos para empresas que aplican la evaluación de impacto a los derechos humanos a sus actividades; y si promuevan un régimen de inversión que permite a Estado, tal como a los países de donde emana la inversión, cumplir con sus obligaciones internacionales en materia de derechos de los pueblos indígenas, participación ciudadana, derecho a un medioambiente libre de

¹⁵ BOHOSLAVSKY, J. P. y JUSTO, J. B. *Protección del Derecho Humano al agua y arbitraje de Inversión*. CEPAL – GIZ, Santiago de Chile, 2011. p. 24.

Christian G. Sommer

contaminación, o la salud. Estos debates son los que cada vez más se perfilan en los casos ante tribunales arbitrales.

Si bien se puede considerar que la inversión extranjera, por sus fines, ayudaría a un mayor desarrollo del país posibilitando el mejor desempeño de estándares de derechos humanos, no siempre ese es el resultado. Cabe recordar que la participación de inversores en ámbitos de servicios públicos se suele efectivizar a través de la privatización de los órganos estatales que se responsabilizaban de hacerlo. Con este nuevo cambio en la gestión del acceso al servicio, muchas veces esa nueva política de administración no es acorde a tener una perspectiva de derechos humanos en, por ejemplo, garantizar el acceso al agua potable a ciudadanos que no pueden pagar una tarifa mayor por el servicio. Algunos casos paradigmáticos han sido los planteados ante el CIADI como *Aguas del Tunari c/ Bolivia*, los asunto *Aguas Argentinas y Aguas del Aconquija c/ Argentina* o *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c/ Tanzania*¹⁶ entre otros. Diversas situaciones pueden enunciarse en casos donde la inversión extranjera es necesaria para el desarrollo industrial de un sector de la economía nacional pero como producto de no garantizar estándares de calidad en la explotación industrial, los efectos medioambientales en la región y en los habitantes son de relevancia, generando una violación a los derechos humanos de éstos. Casos

¹⁶ CIADI. –Aguas del Tunari S.A. (Bechtel) c/. Boliviall, (Caso N° ARB/02/3); –Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A c/ Argentinall. (Caso N° ARB/03/19); –Compañía de Aguas del Aconquija Sy Vivendi SA c/ Argentinall (Caso N° ARB/97/3); –Biwater Gauff (Tanzania)Ltd. c/. Tanzaniall, (Caso N° ARB/05/22). En estos casos se ventilaron cuestiones relacionadas al impacto de las reclamaciones de los inversionistas a tenor de los estándares de salud pública, y el acceso a servicios esenciales, como son el agua potable y la recolección de aguas servidas. También es relevante mencionar el rol desempeñado por la sociedad civil en la utilización del *amicus curiae* como instrumento de participación y de acceso a la información.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

como *López Ostra c/ España* o *Guerra y otros c/ Italia* ante el sistema de derechos humanos europeo¹⁷; o el asunto *Tecmed c/ México*¹⁸ en el ámbito del CIADI, así lo han señalado. A ello podemos sumar problemáticas más complejas que involucran a los Estados y a los inversores, tal el caso de las concesiones de explotación de recursos naturales no renovables en zonas donde habitan comunidades indígenas, las cuales, en muchos casos ya habían obtenido un reconocimiento formal de sus territorios por parte del Estado. Estos han sido los casos (entre otros) de *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni c/ Nicaragua* o *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku c/ Ecuador*, ante el sistema interamericano de derechos humanos¹⁹. O la venta de tierras a inversores donde viven ancestralmente comunidades indígenas como el caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa c/Paraguay*²⁰.

Estas circunstancias recuerdan que no siempre los Estados son proactivos en exigir a los inversores extranjeros estándares de respeto de derechos humanos, conllevando que por acción u omisión, algunos de ellos se tornen responsables de violaciones que van mucho más allá de simples incumplimientos de estándares técnicos,

¹⁷ TEDH. —*López Ostra c/ Reino de España*. Sentencia del 9 de diciembre de 1994. Serie A, n° 303, —*Guerra y otros c/ Italia*. Sentencia del 19 de febrero de 1998, RJD, 1998-I. Estos casos, relacionados con la vulneración del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos involucraron sucesivamente causales como contaminación, el tratamiento de residuos urbanos y fábricas de fertilizantes.

¹⁸ CIADI. —*Técnicas Medioambientales (Tecmed), S.A. c/ México*, (Caso N° ARB(AF)/00/2); el tribunal analizó una disputa relacionada a cuestiones de demanda por expropiación frente a graves causales de contaminación industrial y afectación del medioambiente.

¹⁹ Corte IDH. —*Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni c/ Nicaragua*. Sentencia de Fondo del 31 de agosto de 2001; —*Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku c/ Ecuador*, Sentencia de Fondo del 27 de junio de 2012.

²⁰ CIDH. —*Comunidad Indígena Sawhoyamaxa c/Paraguay*. Sentencia de Fondo del 29 de marzo de 2006.

ya que conllevan la aplicación de detenciones arbitrarias, el financiamiento de grupos armados o el asesinato de dirigentes sindicales o indígenas. Situaciones como estas, a pesar de ser evidentes en algunos casos, no siempre son analizadas por los tribunales arbitrales, en razón de considerarse que (formalmente) tienen una competencia acotada a las normas propias de los TBI y no de otro tipo de regulación de tratados internacionales lo que es claramente criticable con solo leer el alcance de los convenios en lo respectivo al derecho aplicable (Vg. artículo 42 del Convenio de Washington)²¹.

3. Normas reguladoras de comportamiento de empresas e inversores en respeto de derechos humanos

Esta cuestión sobre las relaciones entre inversiones y derechos humanos también es parte de un debate más amplio sobre cómo abordar las violaciones de derechos humanos cometidas por las empresas al hacer negocios o invertir en el extranjero. Aunque algunos instrumentos internacionales, están dirigidos específicamente a las actividades de las empresas y los inversores, las obligaciones contenidas en estos instrumentos son vinculantes para los Estados Contratantes pero no tanto para las empresas. El actual derecho internacional de carácter convencional, generalmente no impone ninguna obligación legal directa a las empresas (salvo excepciones como el ámbito europeo de derechos humanos). Sin embargo, el derecho internacional tampoco impide a los Estados firmar tratados (tales como TBI) que impongan obligaciones de derechos humanos a los inversores.

²¹ Artículo 42. —*El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables.*

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

Esto es por ejemplo, la conclusión a la que arribó John Ruggie, ex Representante Especial de la ONU para las Empresas y los Derechos Humanos, en una encuesta a representantes de empresas multinacionales²²; una iniciativa no vinculante de cerca de 8.700 participantes corporativos y otros actores involucrados de más de 130 países que se han comprometido a respetar diez principios universales extraídos de cinco instrumentos internacionales de derechos humanos²³. En junio de 2011, Ruggie presentó su informe final al Consejo de Derechos Humanos, el cual incluyó como documento principal los *Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos*²⁴, como puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para proteger, respetar y remediar la violación de derechos humanos²⁵. Estos principios aunque no son de naturaleza jurídica, pueden ser aplicados como estándares muy influyentes en la conducta de las empresas²⁵.

²² UN. Report of the High Commissioner for Human Rights, Trade and investment (John Ruggie), February 2006 E/CN.4/2006/97.

²³ Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), Pacto de Derechos Civiles y Políticos (1966), la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y el Desarrollo (1992), la Declaración de la OIT relativa a los Principios y derechos Fundamentales en el Trabajo (1998) y la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (2003).

²⁴ Naciones Unidas, New York, HR/PUB/11/4. (2011). Disponible en: www.ohchr.org/Documents/.../GuidingPrinciplesBusinessHR_SP.pdf (consulta del 23 de julio de 2013).

²⁵ Entre estos principios aplicables a las empresas se pueden destacar los siguientes:

a) Las directrices implican la inhibición de las empresas en relación con actos que pudieran infringir los derechos humanos, pero también requieren acciones para evitar daños. El deber de acción puede también acrecentarse según los contextos, por ejemplo, cuando se trata de empresas de servicios sociales o empresas públicas.

b) La responsabilidad de las empresas se define con referencia a los instrumentos internacionales de derechos humanos y de derecho internacional del trabajo.

Christian G. Sommer

Las propuestas del profesor Ruggie también han influenciado en el proceso de actualización de las Directrices de la OCDE para empresas multinacionales²⁶. Los Estados miembros de la OCDE decidieron en junio de 2010 incorporar un nuevo capítulo sobre derechos humanos en las nuevas directrices, que son el único instrumento internacional dirigido a las empresas y que cuenta con un mecanismo de promoción y seguimiento (el sistema de Puntos de Contacto Nacional), el cual es muy débil y se limita generalmente a la mediación y conciliación de disputas. Las directrices de la OCDE actualizadas, señalan que las empresas deben respetar los derechos humanos, deben evitar contribuir a las violaciones cometidas por otros, deben llevar a cabo procesos de debida diligencia a nivel interno y deben establecer mecanismos de reparación. En igual línea puede aludirse la utilización de los postulados de los Principios sobre las Empresas Multinacionales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)²⁷.

c) La responsabilidad está relacionada con las acciones directas de las empresas e inversores y también con los impactos causados por éstas de manera indirecta a través de su contribución o participación en abusos cometidos por otros (sean Estados, otras empresas o grupos armados).

d) La necesidad de adoptar políticas y procesos internos, que incluye la adopción de las políticas, hacerlas operativas, evaluarlas y adoptar acciones reparadoras.

e) La necesidad de conducir procesos de debida diligencia en materia de derechos humanos que incluyan: la evaluación de impactos y riesgos; la integración de los resultados a las políticas empresariales; el seguimiento permanente; la comunicación de resultados mediante informes.

f) Cuando la legislación nacional es débil o inexistente o no es aplicada por las autoridades o cuando hay conflicto armado, las empresas deben seguir el estándar internacional, en la medida de lo posible.

²⁶ Disponibles en <http://www.oecd.org/dataoecd/43/29/48004323.pdf> (Consulta del 15 de mayo de 2013).

²⁷ OIT. Declaración Tripartita de Principios sobre Empresas Multinacionales y la Política Social. Ginebra 2006.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

Por su parte, la Unión Europea (UE) adoptó en octubre de 2011 una Comunicación sobre Responsabilidad Social de las Empresas e hizo explícita referencia a varios instrumentos de derechos humanos que consagran la responsabilidad empresarial de respetar y prevenir su violación, además de remediar el daño causado²⁸.

La existencia de estas normas de *soft law* demuestra que a pesar de no existir normas vinculantes en los TBI que establezcan obligaciones directas a los inversores, las empresas radicadas principalmente en los Estados desarrollados, se estarían comprometiendo a llevar adelante conductas que eviten el menoscabo de derechos humanos en terceros países. Aunque algunas empresas hayan expresado su voluntad de respetar estándares de derechos humanos, actualmente se comprueba como poco probable que los Estados estén dispuestos a transformar estos instrumentos jurídicos no vinculantes en vinculantes al incorporarlos simplemente a sus TBI, ya que por más que formalmente se demuestre voluntad de cambio, en la actualidad los Estados desarrollados de los que provienen principalmente los inversores y empresas no son proclives a modificar las cláusulas de los TBI firmados en los años noventa.

Hacer una referencia a tratados internacionales específicos en los TBI es solo el primer paso a considerar cuando se pretende mejorar la protección de los derechos humanos en el contexto de estos tratados bilaterales. La cláusula de solución de diferencias

Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/documents/publication/wcms_124924.pdf (Consulta del 15 de julio de 2013).

²⁸ UE. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Estrategia 2011-2014 para la Responsabilidad Social de las Empresas. COM(2011) 681 final. Bruselas. 25 de noviembre de 2011.

entre inversor y Estado contenida en los tratados también debería contener disposiciones donde se indique específicamente la manera en que serán aplicadas las obligaciones de derechos humanos impuestas al inversor ante un tribunal arbitral. O que la protección de un inversor en virtud de un TBI podría verse condicionada por su respeto a las obligaciones de derechos humanos, también denominada como doctrina de manos limpias (*clean hands doctrine*)²⁹. Si un tribunal llega a la conclusión de que un inversor ha cometido violaciones de derechos humanos contrario a sus obligaciones asumidas bajo un TBI, podría encontrar inadmisibles el reclamo del inversor. De hecho, varios tribunales arbitrales ya han hecho uso en forma excepcional, de la doctrina de manos limpias sosteniendo que carecían de jurisdicción o que un reclamo era inadmisibles frente a una conducta ilegal de un inversor, tal como una representación errónea del demandante, fraude o corrupción³⁰. Otra de las opciones en la aplicación de normas de derechos humanos en los TBI, sería de aplicación al momento que, frente a las acusaciones de incumplimiento del TBI por parte del Estado, se esgriman la

²⁹ DUMBERRY, P. y DUMAS-AUBIN, G. —The Doctrine of clean hands and the inadmissibility of claims by investors breaching international human rights law. *Transnational Dispute Management, Special Issue. Aligning Human Rights and Investment Protection*, 10 (1). 2013. Disponible en:

www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=1933
(Consulta del 4 de junio de 2013)

³⁰ CIADI. —World Duty Free Company Limited c/. Kenyall, (Caso N° ARB/00/7), laudo del 4 de octubre de 2006; —Inceysa Vallisoletana, S. L. c/ El Salvador, (Caso N° ARB/03/26), laudo del 2 de agosto de 2006; —FSA Spectrum de Argentina S.A. c/ Argentinall, (Caso N°, ARB/05/5), laudo del 19 de diciembre de 2008. Cfr. CREMADES, B. —Corruption and Investment Arbitration, En *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in honour of Robert Briner*, ICC Publication, 2005, p. 216; GODOY, F. —El tratamiento de las denuncias de corrupción en el marco del arbitraje de inversiones extranjeras. *BA Arbitration Review*. Edición n° II – Junio 2013, Buenos Aires. pp. 4 y ss.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

existencia de violaciones de derechos humanos por parte de los inversores, actuando como un mecanismo de compensación de daños mutuos. Un tribunal, por ende, debería tener en cuenta estas argumentaciones al momento de determinar los méritos de la diferencia. Tales alegaciones también deberían tener un impacto en la evaluación de indemnización del tribunal por los daños reclamados por un inversor.

4. Ciertos abordajes de los tribunales sobre las relaciones entre los derechos de los inversores y los derechos humanos

Cuando se analizan los casos llevados ante los tribunales arbitrales, se puede apreciar que uno de los sectores sobre los que más solicitudes de arbitraje se han registrado, está relacionado con el sector de los servicios de agua potable y saneamiento. Durante la última década, se han desarrollado por lo menos una docena de arbitrajes de tratados bilaterales de inversión iniciados contra diferentes gobiernos con respecto a disputas en estos sectores. Como se expresara anteriormente, un número importante fueron presentados contra Argentina³¹, mientras que otros lo fueron contra países como Bolivia (*Aguas del Tunari*)³² y Tanzania (*Biwater*)³³,

³¹ CIADI. –Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c/ Argentinall, (Caso Nº ARB/97/3); –Aguas Provinciales de Santa Fe, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. e Interagua Servicios Integrales de Agua, S.A. c/ Argentinall (Caso Nº ARB/03/17); –Aguas Cordobesas, S.A., Suez, y Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. c/ Argentinall, (Caso Nº ARB/03/18); –Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. c/ Argentinall, (Caso Nº ARB/03/19); –Azurix Corp. c/ Argentinall, (Causa Nº ARB/01/12); –Azurix Corp. c/ Argentinall, (Caso Nº ARB/03/30); –SAUR International c/ Argentinall, (Causa Nº ARB/04/4). –Impregilo S.p.A. c/Argentinall, (Caso Nº ARB/07/17); –Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c/ Argentinall, (Caso Nº ARB/07/26). UNCITRAL Rules. –Anglian Water Group c/Argentina (2003)ll.

³² CIADI. –Aguas del Tunari S.A. c/ Boliviall, (Caso Nº ARB/02/3).

Christian G. Sommer

entre otros. En la mayoría de esos casos, a pesar que los Estados habrían efectuado importantes argumentos a favor de establecer una relación entre las medidas estatales adoptadas y el respeto de los derechos humanos de sus habitantes, los árbitros han sido reticentes a seguir esta línea de adecuación entre políticas públicas y derechos humanos como limitación de las responsabilidades frente al inversor.

Diversos casos relevantes se presentaron ante los tribunales del CIADI, tales como los asuntos *Aguas Argentinas (Suez), Grupo AWG, Azurix y otros*³⁴, en donde los árbitros sostuvieron que no les correspondía determinar si el inversor había vulnerado los derechos humanos de la población bajo su servicio, al no cumplir con las obligaciones contractuales de la extensión de la red de agua y saneamiento, principalmente a zonas carenciadas o de bajos recursos³⁵. Estos aspectos sobre derechos humanos también han sido invocados por el gobierno en su defensa, en las que argumentó que las medidas tomadas durante la crisis financiera eran necesarias para proteger el derecho humano al agua de la población afectada.

³³ CIADI. —*Bewater Gauff (Tanzania) Ltd. c/Tanzania*, (Caso ARB/05/22).

³⁴ CIADI. —*Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A., and Vivendi Universal, S.A. (Aguas Argentinas, S.A.), c/ Argentina*. (Caso No. ARB/03/19), Decisión sobre *amicus* del 19 de mayo de 2005.

³⁵ Las disputas en cuestión surgieron de una serie de inversiones e inversores en donde las empresas extranjeras crearon entidades locales (Aguas Argentinas S.A.; Azurix, Aguas del Aconquija) y firmaron contratos para gestionar la concesión del servicio de agua potable y saneamiento. En el transcurso del contrato, los inversores se disputaron con las autoridades locales sobre una gran cantidad de circunstancias sobrevinientes. A medida que la crisis financiera de la Argentina se profundizaba, los inversores se enfrentaron con el Gobierno por el congelamiento de la tarifa de los precios de agua que se cobraban a los consumidores. Los inversores argumentaron que tenían derecho por contrato a modificaciones de las tarifas en caso de inflación o devaluación de la moneda, para mantener el equilibrio económico del proyecto durante su duración.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

Sin embargo, no debe omitirse, que teniendo en cuenta la obligación de los tribunales de analizar el caso en base al derecho aplicable en la controversia, (artículo 42 del Convenio de Washington), y siendo en la mayoría de los casos tanto el derecho local como el internacional, el derecho a ser aplicado, podrían los árbitros tener en consideración otras normas protectoras de derechos humanos propias del derecho vigente en el territorio de la controversia. El campo de los derechos humanos, la protección del medio ambiente, los derechos de los pueblos originarios, la salud pública; todos ellos representan en la práctica un desafío para el intérprete que debe decidir qué normas aplicar. Esto presume que los árbitros están facultados para resolver disputas que involucran derechos humanos y que los TBI no excluyen la aplicación de otras normas relevantes del Derecho Internacional³⁶. En ese marco, y teniendo en cuenta que la inmensa mayoría de los TBI no enuncian referencias a los derechos humanos, es que las reglas en materia de conflictos normativos deberían asumir una importancia creciente en los arbitrajes de inversión³⁷.

Sobre este último aspecto, basta recordar que un conjunto de normas de derechos humanos, constituyen obligaciones de *ius cogens* en el derecho internacional, por lo cual, atento a su carácter de normas imperativas, se encuentran en una pirámide superior a otras, entre ellas, las del derecho internacional de las inversiones, aspecto

³⁶ REINER, C. y SCHREUER, Ch. *Human Rights and International Investment Arbitration*, en DUPUY, P. M.; PETERSMANN, E. U y FRANCONI, F. (eds.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford University Press, 2009, pp 84 ss. Por ejemplo, en *Maffezini c/ Kingdom of Spain* (Caso ARB/97/7), laudo del 13 de noviembre de 2000, párr. 65-71, los árbitros consideraron argumentos basados en Derecho Ambiental.

³⁷ MANN, H. *International Investment Agreements, Business and Human Rights: Key issues and opportunities*. Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible, Canadá, 2008. pp. 25-29.

que los árbitros no deberían omitir en sus considerandos. Al respecto, los árbitros deberían también tener en cuenta las interpretaciones que los órganos especializados de establecer los alcances de los tratados efectúan. Sobre el derecho de acceso al agua por ejemplo, basta recordar que el Comité de Derechos Sociales y Culturales, en su Observación general N° 15, (aunque una interpretación no vinculante pero fidedigna de los derechos económicos, sociales y culturales), ha establecido una serie de medidas que los gobiernos pueden adoptar, incluyendo la de asegurar que a las terceras partes (inversores) a las que se les confíe el suministro de agua no se les permita comprometer —el acceso físico, en condiciones de igualdad y a un costo razonable, a recursos de agua suficientes, salubres y aceptables³⁸.

Una particularidad sobre estos aspectos abordados, es que en Latinoamérica, la mayoría de violaciones de derechos humanos por parte de empresas multinacionales se han cometido en territorios habitados por pueblos originarios o relacionados con dichas comunidades. Esto puede deberse a dos motivos; uno geográfico: estos territorios, generalmente, se encuentran en zonas alejadas que albergan una gran cantidad de recursos naturales; y otro social: son poblaciones en condición de vulnerabilidad por su situación de pobreza y marginación.

Como muestra de las dificultades en el planteamiento de aspectos relacionados por violaciones a derechos humanos en el ámbito de las inversiones extranjeras, muchos de estos casos se han planteado ante organismos regionales de derechos humanos y no primordialmente por los Estados ante órganos arbitrales de inversión. Los organismos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, han conocido varios casos relativos a los

³⁸ UN. Observación general N° 15, párr. 24.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

derechos de los pueblos indígenas. El primer caso que marcó un hito internacionalmente, en el cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante –Corte Interamericana) determinó violaciones de derechos indígenas, es el asunto de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c/ Nicaragua*, particularmente bajo una amplia interpretación del derecho a la propiedad y el derecho a la vida³⁹.

Parte de los casos ante la Corte Interamericana están enmarcados en las controversias por la falta de consulta a dichas comunidades por parte del Estado al momento de decidir otorgar derechos de explotación de los territorios donde estos se encuentran a inversores extranjeros amparados en contratos celebrados con el Estado y por las cláusulas de TBI. Aunque no existe norma alguna que faculte a las comunidades indígenas a ejercer un derecho de veto sobre una decisión del Estado respecto a la explotación de sus recursos naturales, en especial aquellos bajo la superficie. En este sentido, los procedimientos establecidos para lograr acuerdos o consensos deben tomar en consideración, en todo momento, la importancia política del derecho a ser consultados para los pueblos indígenas y, de igual forma, el deber que se deriva de esta obligación internacional para los Estados⁴⁰. Consecuentemente, de conformidad con estos criterios, se puede sostener que el derecho a ser consultados no debe ser entendido como un simple procedimiento informativo o una mera formalidad, sino un mecanismo para crear un espacio de diálogo entre los pueblos indígenas y el Estado. Este derecho de consultas a su vez ya se encuentra plasmado en el

³⁹ CIDH. –Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c/ Nicaragua. Sentencia de Fondo del 31 de agosto de 2001.

⁴⁰ WRAY, N. –La Consulta Como un Derecho Político de los Pueblos Indígenas, *Iuris Dictio* (46). Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, 2002. pp. 20.

Christian G. Sommer

Convenio 169 de la OIT, cuyo instrumento se encuentra vigente en la mayoría de los países latinoamericanos⁴¹.

Este derecho de consulta, ha estado relacionado a otros casos ante la Corte Interamericana. Cabe aludir a los asuntos *Claude Reyes c/ Chile*⁴² en la cual se planteó en instancias jurisdiccionales las violaciones de las normas del Pacto de San José de Costa Rica por parte del Estado chileno, al negarse a la sociedad civil (principalmente a pueblos originarios) el acceso a la información sobre una inversión extranjera de explotación forestal por razones de interés público ya que estas prácticas, a criterio del Estado, vulnerarían el interés colectivo que se había fijado el país respecto a la promoción de inversiones; o más recientemente el fallo del tribunal en el asunto del *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku c/ Ecuador*⁴³. Este caso represento un punto de inflexión por parte de cómo los Estados deben respetar y consultar a los pueblos originarios a quienes se les han reconocido derechos ancestrales sobre la tierra, de no disponer de ella sino previo acuerdo de las comunidades. En mayo de 1992 el Estado ecuatoriano adjudicó en la provincia de Pastaza y en forma

⁴¹ Cfr. AMAYA, J. –El deber estatal de consulta a los pueblos indígenas dentro del derecho internacional. Conferencia en la Jornada: El rol de los Ombudsman en América Latina. Lima, 25 de abril de 2013; Disponible en: <http://unsr.jamesanaya.org/statements/el-deber-estatal-de-consulta-a-los-pueblos-indigenas-dentro-del-derecho-internacional>; OYARZUN, J.A. *Derechos Humanos y Pueblos indígenas*. WALIR-IEI, Temuco, 2004; RODRIGUES GRAVITO, C; MORRIS, M. *La consulta previa a pueblos indígenas. Los estándares del derecho internacional*. Universidad de los Andes, Bogotá, 2010. "Informe *El Derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú*". Due Process of Law Foundation – OXFAM. Washington, 2009;

⁴² CIDH. –*Claude Reyes y otros c/. Chile*". Sentencia de Fondo del 19 de septiembre de 2006.

⁴³ CIDH. –*Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku c/ Ecuador*ll, Sentencia de Fondo del 27 de junio de 2012.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

indivisa, un área de cerca de 222.094 hectáreas a favor de las comunidades del Río Bobonaza, entre las cuales corresponden al pueblo Sarayaku aproximadamente unas 135.000 hectáreas. Sin embargo en 1996 el Estado suscribió un contrato de participación para la exploración de hidrocarburos y explotación de petróleo crudo en el denominado "Bloque 23" entre la Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador (PETROECUADOR) y el consorcio conformado por la Compañía General de Combustibles S.A. (CGC) (en adelante "CGC" o "Compañía CGC" o "Empresa CGC") y la Petrolera Argentina San Jorge S.A. Sin embargo parte de ese bloque comprendía más de la mitad de los territorios reconocidos anteriormente a los pueblos originarios. Frente a la inacción del Estado en revertir la medida, el caso llegó al sistema interamericano donde se obtuvo una sentencia favorable a los pueblos originarios y sus derechos de protección del ambiente y su cultura donde allí se desarrollan.

Pero no solo en Latinoamérica se han sucedido estos casos, sino que pueden avizorarse situaciones de vulneración de derechos humanos en otras partes del planeta. En 2005 la empresa canadiense *TVI Pacific Inc.* comenzó a explotar la mina Canatuan en la isla de Mindanao (Filipinas). Las operaciones mineras forzaron el desplazamiento de muchas familias, dividieron al pueblo indígena local conocido como subanon, privaron a miles de pequeños mineros de su medio de subsistencia y afectaron negativamente a los agricultores dedicados al cultivo del arroz y a los pescadores que vivían aguas abajo, debido al aumento de los niveles de sedimentos y metales en los ríos y arroyos próximos. Uno de los aspectos más

Christian G. Sommer

polémicos de la mina es que está situada en la cima del monte Canatuan, considerado sagrado por el pueblo subanon⁴⁴.

Cabe señalar que, como se ha expresado anteriormente, los árbitros suelen ser poco proclives a incorporar análisis de perspectivas de derechos humanos en casos de arbitrajes en donde el Estado procura una justificación de responsabilidad amplia o parcial, pero paradójicamente en ciertos casos, los tribunales arbitrales han enunciado la búsqueda de una interpretación desde una perspectiva de derechos humanos para aludir la protección que tiene todo inversor a que no se le vulneren sus derechos humanos (entendido en su caso como una protección accesoria a la propia garantía de protección del inversor ya incorporada en los TBI).

En diversos casos ante tribunales arbitrales bajo reglas del TLCN o del CIADI se han esgrimido estas solicitudes. Fue llamativo el laudo del asunto *CMS c/ Argentina*, en el cual el tribunal denegó toda argumentación esgrimida por el Estado por la cual había alegado que las medidas adoptadas estaban justificadas en mitigar la crisis económica y social que afectaba derechos humanos de sus habitantes, pero donde se enfatizó en el derecho a la propiedad privada del inversor casi como un derecho humano primordial a ser respetado por el Estado⁴⁵.

En el asunto *Mondev c/ Estados Unidos*⁴⁶ en virtud del TLCAN, el tribunal recibió una demanda de un promotor

⁴⁴ Cf. Informe –Estudio de los impactos de los proyectos de inversión extranjera en los derechos humanos. Derechos y Democracia. Centro Internacional de Derechos Humanos y Desarrollo Democrático. Canadá, 2007, p. 10.

⁴⁵ CIADI. –CMS Gas Transmission Company c/ Argentina, (Causa Nº ARB/01/8), laudo arbitral del 12 de mayo de 2005, párrs. 114-121.

⁴⁶ CIADI. –*Mondev International Ltd. c/ United States of America*, (Causa No. ARB (AF)/99/2). Laudo del 11 de octubre de 2002.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

inmobiliario canadiense que objetaba el tratamiento que los tribunales estadounidenses habían dado a su reclamación. Durante el curso del proceso de la demanda de *Mondev*, referida al hecho de que no había recibido el tratamiento según la legislación internacional, el tribunal examinó la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos con respecto al artículo 6(1), que proporciona, entre otros, el derecho a una audiencia y con ello tomando referencias de estándares internacionales de derechos humanos aplicables en garantía del inversor. En otros casos de arbitraje, incluyendo la causa *Tecmed c/ México*, los árbitros consultaron la jurisprudencia en materia de derechos humanos, buscando asistencia para interpretar las obligaciones que se les deben garantizar a los inversores con respecto a las expropiaciones de propiedades. Los árbitros que deben interpretar las protecciones contra la expropiación o la nacionalización de los tratados de inversión han hecho alusión, por ejemplo, a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el disfrute pacífico de las posesiones⁴⁷. En la causa *Azurix c/ Argentina*, el tribunal del CIADI refrendó el enfoque adoptado anteriormente en la causa *Tecmed* en el que se consideraba que un dictamen del Tribunal Europeo de Derechos Humanos proporcionaba directrices útiles para la interpretación de la cláusula de expropiación del tratado bilateral de inversiones entre Argentina y Estados Unidos⁴⁸.

La prohibición de la discriminación es otra herramienta de los derechos humanos que los inversionistas han utilizado en sus dos facetas. En la primera, aparece como un argumento que pretende protegerlos en contra del trato diferenciado con respecto a los

⁴⁷ CIADI. *Técnicas Medioambientales (Tecmed SA) c/ México*. (Caso N° (AF)/00/2). Laudo del 29 de mayo de 2003.

⁴⁸ CIADI. *Azurix Corp. c/ Argentina*. (Caso N° ARB/01/14). Laudo del 14 de julio de 2006.

nacionales y se fundamenta, sobre todo, en la cláusula de trato nacional. En el segundo caso, esto fue así planteado en el diferendo *Grand River Enterprises c/ Estados Unidos*⁴⁹, donde los inversores reclamaban la adopción de medidas afirmativas que los diferencien y beneficien en el trato con respecto a los demás y basaron sus argumentos en la necesidad de interpretar las normas del TLCAN conforme al derecho internacional y, en particular, a la luz de los derechos humanos. En este sentido, se enfatizó en la obligación de los Estados Unidos de adoptar las acciones afirmativas que garanticen los derechos de las poblaciones originarias al momento de interpretar el estándar de trato justo y equitativo.

Otra instancia particularmente notable en la que se mencionaron las obligaciones de la legislación de derechos humanos se dio en el contexto de una disputa por un tratado de inversión en el arbitraje entre *Trinh Vinh Binh c/ Vietnam*, en virtud del tratado de inversión bilateral entre los Países Bajos y Vietnam. Aunque el conocimiento de los alegatos fue limitado por la confidencialidad del caso, se logró conocer que el demandante, una persona con doble ciudadanía de los Países Bajos y Vietnam, utilizó argumentos de derechos humanos⁵⁰. El demandante, Sr. Trinh, que realizó inversiones por millones de dólares en Vietnam, alegó que fue detenido por un período de tiempo excesivo antes del proceso (18 meses) y sometido a tortura y tratamiento inhumano mientras estaba bajo custodia de las autoridades. Afirmó, además, que la

⁴⁹ NAFTA/UNCITRAL. –Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et al. c/ United States of America. II Award, 12 de enero de 2011.

⁵⁰ Información brindada en el Informe: PETERSON, L. E. *Derechos Humanos y Tratados Bilaterales de Inversión. Panorama del papel de la legislación de derechos humanos en el arbitraje entre inversores y estados*. Centro Internacional de Derechos Humanos y Democracia, Montreal, 2009. Disponible en: www.dd-rd.ca/site/_PDF/publications/.../HIRA-volume3-SPAN.pdf, (Consulta del 16 de mayo de 2011).

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

conducta de la policía y las fuerzas de seguridad vietnamitas, que era claramente ilegal y corrompida y se desviaba seriamente de las normas internacionales de garantías procesales debidas, constituía una violación de las obligaciones de protección y seguridad plenas y trato justo y equitativo que constaban en el tratado entre los Países Bajos y Vietnam⁵¹.

En situaciones semejantes, cabe aludir al asunto *Bozbey c/ Turkmenistán*, en la que se reclamaron ante el Comité de Derechos Humanos del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, las violaciones de derechos humanos a las que fue sometido un inversor turco en ese país⁵². El Comité evaluó las denuncias de un hombre de negocios turco que había sufrido violaciones de los derechos humanos después de ser condenado ilegalmente por la comisión de delitos económicos. Esto llevó a que se presentara una demanda por indemnización bajo el TBI entre Turquía y Turkmenistán. Este caso pone de relieve nuevamente la interacción entre los derechos humanos y los regímenes de protección de inversiones. Omar Faruk Bozbey, el propietario y presidente de una empresa de construcción, se trasladó a Turkmenistán a finales de 1990 para construir un complejo agro-industrial. En virtud de un decreto presidencial, se firmó un contrato entre la empresa y la Fundación del presidente de Turkmenistán, que eximía a la empresa del pago de impuestos y derechos de aduana. El Sr. Bozbey alegó que en 2003 se le pidió pagar un soborno de 200.000 dólares y la construcción de un helipuerto para el Presidente de Turkmenistán, a expensas de la empresa. Tras la negativa del Sr. Bozbey, su oficina fue registrada y todos los documentos de la compañía fueron

⁵¹ UNCITRAL Rules. *Frinh Vinh Binh c/ Vietnam* (1976). Laudo del 1 de mayo de 2007.

⁵² UN Human Rights Committee. *Bozbey c/ Turkmenistan* (Communication no. 1530/2006). 3 November 2010.

confiscados por las autoridades fiscales de Turkmenistán, exigiendo el pago de impuestos y multas por un valor de \$ 1.3 millones de dólares. Se iniciaron acciones penales contra el Sr. Bozbey sin que éste accediera a un traductor. En abril de 2004 el señor Bozbey fue declarado culpable de varios delitos económicos, entre ellos evasión de impuestos, sus propiedades fueron confiscadas y fue condenado a 14 años de prisión. En prisión, el Sr. Bozbey afirmó que estuvo sujeto a condiciones degradantes y humillantes, como el tamaño y las condiciones de su celda, la cantidad de comida y agua y el maltrato por los guardias de la prisión. El Sr. Bozbey alegó que fue torturado en varias ocasiones porque no quiso firmar una confesión. En octubre de 2005, Sr. Bozbey fue puesto en libertad tras la intervención del gobierno turco y un posterior indulto presidencial.

Aspectos relacionados a la protección de la inversión y los derechos humanos de los inversores, también han sido planteados ante la Corte Internacional de Justicia. Recientemente el tribunal dictó sentencia en el asunto *Ahmadou Sadio Diallo* en el cual el gobierno de Guinea demandó a la República democrática del Congo (Ex Zaire) por graves violaciones contra las inversiones que el Sr Sadio Diallo había efectuado durante 30 años, que le fueron confiscas, a la vez de haber sido sometido a encarcelamiento por parte de las autoridades del Estado y expulsado del territorio⁵³. Más allá de estos casos comentados y las expresiones vertidas sobre la necesaria relación entre inversión y derechos humanos, dichas posturas no son pacíficas.

Para algunos críticos, existirían razones para no integrar estas dos áreas del derecho internacional. La primera es que

⁵³ CIJ. –Case concerning Ahamadou Sadio Diallo. (Guinea Republic c/ Democratic of Congo Republic)ll. Sentencia sobre objeciones preliminares. 27 de mayo de 2007. ICJ Reports, (2007).

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

implicaría que en cada litigio en el cual alguna de las partes no quedará satisfecha con el laudo arbitral, se tendría la opción de acudir a los tribunales de derechos humanos para que la decisión tomará otro curso, después de haber agotado los recursos internos del Estado. Podría entonces el Estado terminar acuerdos unilateralmente con el argumento de la salvaguarda de los Derechos Humanos. En este sentido, se desviaría la razón u objetivo último de ser del acuerdo Arbitral o de lo que constituye la solución alternativa de controversias⁵⁴.

Al interior de los tribunales de derechos humanos como es el caso de la Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), se ha debatido si la aceptación del acuerdo arbitral constituye una renuncia al artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos sobre el debido proceso. En el caso *Nordstrom Janzom c/ Países Bajos*, se sostuvo que se había violado dicho artículo, ya que en el proceso los árbitros no habían actuado de manera imparcial e independiente, tema de salvaguarda del interés público del Estado, lo que para el momento demostró que no se estaba renunciado al debido proceso por acudir al tribunal arbitral, ya que se debían seguir las reglas del debido proceso⁵⁵. Pero también se señala que el acuerdo arbitral también puede estar diseñado por las partes en términos diferentes que no entran o no concuerdan con el diseño y objeto del artículo 6 de la Convención, por lo que hay razón para no aplicar dicho artículo a un procedimiento diferente, acordado por las

⁵⁴ IBÁÑEZ, P. —¿Existe una posible interrelación entre los derechos humanos y la economía?—. Disponible en: www.pactoglobal-colombia.org/.../interrelacion-DD-HH-economia-Plira-Ibanez-CIPID.pdf (Consulta del 12 de mayo de 2013).

⁵⁵ Cf. SAMUEL, A. —Arbitration, Alternative Dispute Resolution Generally and the European Convention on Human Rights—, *Kluwer Arbitration*, 2004. pp. 417-418.

partes⁵⁶. Algunos otros opinan que el debido proceso en derechos humanos tiene su esfera de actuación en el Estado, a diferencia del debido proceso a nivel del arbitraje internacional, donde su esfera de actuación radica en las partes y por ende en el acuerdo arbitral⁵⁷. Podría afirmarse que los árbitros, por tratarse de un acuerdo privado, tienen la discreción de aplicar o no el artículo 6 de la Convención. Pero también es cierto que existe una relación triangular o indirecta entre el Estado, el Árbitro y la Convención, por lo cual, si el tribunal de arbitraje llegase a violar de alguna forma el artículo 6 de la Convención, y dicho laudo fuese ante la autoridad competente del Estado, autoridad que a su vez no lo anula, podría dicha decisión llegar a ser llevada ante la TEDH⁵⁸. Cabe recordar que en el ámbito europeo de derechos humanos, si bien las personas físicas pueden gozar de las protecciones de todo el espectro de tratados regionales e internacionales de derechos humanos, las personas jurídicas también se benefician con algunos de estos tratados, tal el caso del Convenio Europeo de Derechos Humanos. A la luz de esta realidad, los inversores (ya se trate de sociedades o de personas de negocio) a veces presentan demandas por violaciones de derechos humanos ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como mecanismo conexo a las demandas sobre violación al tratado de inversión iniciadas contra un gobierno anfitrión⁵⁹.

⁵⁶ Id., Pág. 426.

⁵⁷ MCDONALD, N. —More Harm than good? Human Rights Considerations in International Commercial Arbitration, *Kluwer Arbitration*, 2003, pp. 526-530.

⁵⁸ *Idem*, p. 526.

⁵⁹ Cf. OLARTE BÁCARES, D. —El derecho internacional de las inversiones en América Latina: El reencuentro con los derechos humanos. *Realidades y Tendencias del derecho en el siglo XXI*. Derecho Público. Tomo VI. Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá – Editorial Temis, Bogotá, 2010, p. 696.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

En el caso *Taskin y otros c/ Turquía*, los demandantes denunciaron al Estado por la autorización de la explotación de una mina de oro que se encontraba próxima a las viviendas de los denunciantes⁶⁰. De este modo, alegaban que el proceso de explotación en el cual se utilizaba cianuro producía una contaminación considerable en la comunidad. El vínculo ya establecido entre la preservación del medioambiente y la protección efectiva del derecho al respeto a la vida privada y familiar por medio de la jurisprudencia del Tribunal permitió que este declare la violación del artículo 8 de la Convención Europea. Asimismo, el Tribunal declaró la violación del derecho a un proceso equitativo contenido en el artículo 6 de la Convención, dado que las autoridades públicas no ejecutaron las sentencias que los demandantes tenían a su favor.

Muchas son las situaciones planteadas en general, por las cuales se pueden apreciar que existen continuos conflictos entre las normas de derechos de los inversores y los derechos humanos. Sin embargo, salvo la existencia de ciertos tribunales arbitrales o de derechos humanos de carácter regional en el que los particulares deben agotar las vías internas jurisdicciones de los Estados en donde se efectuaron los hechos, los demandados suelen ser los Estados y no las empresas internacionales que efectuaron inversiones y generaron ciertas violaciones a los derechos humanos. Ello trae a colación el problema de la necesaria extraterritorialidad de tribunales para demandar la reparación por violaciones a los derechos humanos, ya que en el país donde fueron perpetrados no es posible el acceso a la justicia.

⁶⁰ TEDH. —*Taskin y otros c/ Turquía*, Caso N° 46117/99, ECHR 2004-X, párr 115-125.

Christian G. Sommer

Uno de estos casos por denuncias de violaciones a derechos humanos cometidas bajo la complicidad o acción de empresas multinacionales, ha sido el asunto *Kiobel c/ Royal Dutch Petroleum C.O.*, ante los tribunales de los EE.UU y que recientemente la Corte Suprema de Justicia decidiera su situación denegando jurisdicción por razones de falta de conexión con el país del demandante o del hecho ocurrido⁶¹. Este caso involucraba acusaciones de indígenas Ogoni de Nigeria contra la empresa Shell por complicidad en violaciones graves de los derechos humanos en ese país. En febrero de 2011 la sala de apelaciones decidió, por mayoría, que el derecho consuetudinario internacional no puede aplicarse a las sociedades mercantiles y por lo tanto esas sociedades/empresas no pueden ser demandadas bajo el *Alien's Tort Act*⁶² que data del año 1789. Esta ley permite que personas que no son ciudadanos estadounidenses (extranjeros) presenten demandas civiles en los tribunales estadounidenses por las violaciones manifiestas de los derechos humanos que pudieran haber sufrido, aun si el daño hubiera ocurrido fuera de los Estados Unidos. Esta ley ha sido interpretada de manera uniforme desde 1995 como también aplicable a agentes que no son estatales, es decir de particulares acusados de violaciones graves del derecho de las naciones o del derecho internacional consuetudinario⁶³. Por lo general, cuando se habla de responsabilidad jurídica de las empresas se suele prestar atención a la jurisdicción de los Estados Unidos. Esto se debe a que hay una gran cantidad de casos pendientes ante los tribunales contra empresas multinacionales debido a que las normas procesales son por lo general muy favorables a la interposición de demandas

⁶¹ Supreme Court of United States. —*Kiobel, et al c/ Royal Dutch Petroleum Coll.* Decided, April, 17, 2013.

⁶² Supreme Court of United States. —*Sosa c/ Alvarez- Machain*, 542 U.S. 692 734-37 (2004).

⁶³ US. 2nd Circuit. —*Kadic c/ Karadzic*. 70 F. 3d 232, 236-37 (1995).

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

judiciales. A fin de evitar acciones exorbitantes, algunos jueces de la Corte Suprema de Justicia norteamericana sugirieron (en un voto separado del fallo Kiobel), posibles estándares para que los tribunales tengan en cuenta casos en donde se pretenda aplicar el Alien Tort Act. En particular los votos razonados de los jueces Beyer, Ginsburg, Sotomayor y Kagan expresaron que el ATC podría ser aplicable cuando: a) la violación ocurra en suelo norteamericano; b) el demandado sea norteamericano o; c) cuando se afecte un interés esencial o nacional de Estados Unidos. Por otra parte, recientemente otros tribunales nacionales en Canadá han permitido el acceso a la jurisdicción de ese país por violaciones a derechos humanos cometidos por una empresa canadiense en Guatemala. En julio de 2013, una jueza de la Corte Superior de Justicia de Ontario, aceptó la jurisdicción para analizar las demandas de contra la empresa multinacional HudBay Mineral por las matanzas y torturas cometidas en la región Estol (Izabal) en Guatemala contra miembro de la comunidad local maya⁶⁴.

Recientemente también se han planteado sendas demandas ante los tribunales locales e internacionales por violaciones graves contra el medio ambiente y los pobladores indígenas de zonas selváticas en el caso **Texaco/Chevron** por la contaminación y daño ambiental en la zona de Lago Agrio (Ecuador). Aunque por una parte la empresa multinacional fue demandada y condenada (en sede nacional) a pagar una millonaria reparación por los daños causados⁶⁵, la empresa a su vez demandó al Estado por violación de

⁶⁴ Superior Court of Justice - Ontario. Exp. CV- 411159. –*Hoc vs Hudbay Mineral Incll.* Decisión del 22 de julio de 2013.

⁶⁵ En 2011 la Corte Superior de Justicia de Sucumbios condenó a la petrolera a pagar 19.000 millones de dólares por la contaminación que había efectuado la petrolera Texaco entre 1964 y 1990. Texaco fue adquirida por Chevron en 2001 y heredó esta demanda por parte del Estado y de pobladores de la región donde se efectuaron los daños.

acuerdos de protección de sus inversiones extranjeras en el Ecuador, lo que llevó a que diversos tribunales arbitrales acordaran a favor de la empresa⁶⁶. Estas contradicciones en los tribunales locales e internacionales, pone de relieve lo complejo de las opciones al momento de establecer los grados de responsabilidad de las empresas en temas relacionados con la protección de los derechos humanos, no solo de carácter individual sino también colectivos como son los relacionados con el medio ambiente.

5. Reflexiones finales

Luego de una amplia expansión de los TBI en las últimas décadas, se aprecia como los Estados cada vez más son proclives a establecer excepciones en sus acuerdos o que se garanticen a los países receptores de la inversiones, la posibilidad de ajustar sus normas a los cambios sociales y la necesaria protección de medio ambiente para lograr un adecuado proceso de desarrollo, propio de los objetivos de los TBI.

La potestad reguladora del Estado ya no es apreciada como una situación condicionada por las cláusulas de estabilización o cláusulas paraguas que impacta en la futura protección de los derechos humanos de los ciudadanos frente a situaciones no previstas por las partes. Temas como el acceso básico a la salud, derechos laborales o preservación del medio ambiente frente a inversiones a largo plazo, son cada vez más tenidas en cuenta por los

⁶⁶ Por su parte un tribunal arbitral en el marco de la Corte Permanente de Arbitraje (La Haya) dictaminó la suspensión de la condena contra la empresa a la vez que consideró en septiembre de 2013 que el Estado al firmar un acuerdo de liberación de responsabilidad con Texaco entre 1995 y 1998, no podía reclamarle en su totalidad esos daños a la nueva empresa (Chevron) que había adquirido las acciones y bienes de la anterior empresa. (PCA. –Chevron Corporation and Texaco Petroleum Co. c/ The Republic of Ecuadorll. Case n° 2009-23.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

Estados y los miembros de la sociedad civil cuando reclaman TBI acordes con normas de derechos humanos. Así, se podría avanzar en la reformulación de TBI al hacer referencia a las responsabilidades de las empresas en el preámbulo del tratado, lo que tendría un impacto positivo. El preámbulo es una parte contextualmente importante de un tratado y podría servir para indicar y dar un guía al objeto y propósito del tratado. Sin embargo, una simple referencia a los derechos humanos en el preámbulo no generaría ninguna obligación sustantiva para los inversores. Una solución más directa sería que en los TBI se efectúen referencias directas a normas de *soft law* reconocidas y aplicadas por las empresas extranjeras y una forma más vinculante, sería hacer una referencia explícita a obligaciones de derechos humanos en el texto principal del TBI. El tipo de lenguaje utilizado es otro tema pertinente e igualmente importante. Meramente alentar a los inversores a hacer algo no ha funcionado en el pasado y es muy poco probable que sea una solución efectiva en el futuro. Por lo tanto, resulta primordial que las disposiciones de un tratado generen obligaciones legales que fueren la adopción de una determinada conducta por parte de los inversores.

A modo de ejemplo, en el modelo de TBI de EE.UU de 2012 se plasman la obligación de las partes de conducir sus compromisos en virtud de la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo y reconocer la importancia de los acuerdos multilaterales sobre medio ambiente. Otros instrumentos como el Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y Colombia reafirman su compromiso con los principios establecidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Los efectos que han causado el uso desmedido de cláusulas abusivas o las acciones de inversores que amparándose en vacíos legales o la impunidad frente a actos de corrupción con agentes del Estado, pueden generar (y lo han hecho) graves violaciones a los derechos humanos y como tal, deben ser plasmados en los TBI o la

Christian G. Sommer

obligación de los árbitros de efectuar una interpretación amplia del derecho aplicable a la controversia desde una perspectiva concordante con obligaciones de derechos humanos. El compromiso social y legal del inversor en implementar sus inversiones en concordancia con pautas de derechos humanos, no solo permitirá una mejor inversión y que conlleve a un diálogo cercano con la comunidad en la que se desarrolla, sino que contribuye a una mejor confianza de las inversiones que plasmen un adecuado desarrollo del territorio donde se implementan. Este es el necesario compromiso y desafío de interacción entre inversión y derechos humanos.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

LA CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS COMO FUENTE DE OBLIGACIONES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

THE CHARTER OF THE UNITED NATIONS AS A SOURCE OF OBLIGATIONS IN THE FIELD OF HUMAN RIGHTS

*Luciano Pezzano**

Resumen: El trabajo analiza la naturaleza de la Carta de las Naciones Unidas como fuente de obligaciones para los Estados en materia de derechos humanos, estudiando sus disposiciones en la materia, su artículo 56, y la práctica de la Organización al respecto.

Palabras - clave: Sistema universal de derechos humanos – Carta de las Naciones Unidas – Obligaciones de los Estados.

Abstract: The article analyzes the nature of the Charter of the United Nations as a source of state obligations in the field of human rights, studying its provisions in the matter, its article 56, and the practice of the Organization in this regard.

Keywords: Charter of the United Nations – State obligations – Universal human rights system.

SUMARIO: I. Introducción. - II. Obligaciones de derechos humanos en la Carta. - III. Consideraciones finales.

* Abogado (UCES San Francisco, 2007). Maestrando en Relaciones Internacionales (CEA – UNC). Jefe de Trabajos Prácticos de Derecho Internacional Público y de la Integración (UCES San Francisco). Profesor adjunto de Derechos Humanos desde la perspectiva internacional (UCES San Francisco).

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

I. Introducción

En el mundo actual, no es posible dudar que el respeto, la promoción y la protección de los derechos humanos constituyan obligaciones para todos los Estados, y que su incumplimiento pueda acarrear responsabilidad internacional. También es difícil negar que ello sea la consecuencia del profundo desarrollo operado sobre la materia a lo largo de la segunda mitad del siglo XX, que ha llevado a tales obligaciones a ocupar un importante lugar en el derecho internacional.

Dicho desarrollo tuvo como punto inicial a la Carta de las Naciones Unidas, que desde su Preámbulo expresó la resolución de los pueblos de reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre. Sin embargo, poco se ha advertido en los estudios sobre el tema acerca de la existencia de una fuente de naturaleza convencional que desde 1945 instaló para los Estados la obligación del respeto a los derechos humanos, dentro, naturalmente, de la misma Carta: su artículo 56.

Este trabajo versa, entonces, sobre la importancia –para nosotros trascendental– que reviste el artículo 56 dentro del sistema de promoción y protección de los derechos humanos que delinea la Carta de las Naciones Unidas.

En las siguientes páginas, previa revista sobre las normas de la Carta en materia de derechos humanos, nos adentraremos en el análisis del artículo 56, su interpretación y aplicación por los Miembros y órganos de las Naciones Unidas, para destacar su papel como fuente de las obligaciones de los Estados en esta cuestión, con prescindencia de las demás obligaciones convencionales, por demás firmemente establecidas y reconocidas por los Estados.

II. Obligaciones de derechos humanos en la Carta

A. Normas de la Carta en materia de derechos humanos

La primera referencia a los derechos humanos en la Carta se encuentra en el segundo párrafo del Preámbulo, cuando dice que los pueblos de las Naciones Unidas están resueltos *«a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, y en la igualdad de derechos, de hombres y mujeres, y de las naciones grandes y pequeñas»*. Es curioso notar que el Preámbulo todavía mantiene la antigua denominación de *«derechos fundamentales»*, mientras el articulado de la Carta traerá la innovadora para la época noción de *«derechos humanos»*. Así, el artículo 1.3 incluye entre los propósitos de la Organización: *«Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión»*. El artículo 55 amplía este propósito, al establecer: *«Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, 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»*. Entre las funciones de la Asamblea General, el artículo 13.1, inciso b) dispone que la misma promoverá estudios y hará recomendaciones con los fines de *«fomentar la cooperación internacional en materias de carácter económico, social, cultural, educativo y sanitario y ayudar a hacer efectivos los*

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión», y entre las funciones del Consejo Económico y Social (ECOSOC) se halla, según el artículo 62.1: «hacer recomendaciones con el objeto de promover el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, y la efectividad de tales derechos y libertades». Por su parte, y de acuerdo al artículo 68, el ECOSOC «establecerá comisiones de orden económico y social y para la promoción de los derechos humanos». Finalmente, el artículo 76, inciso c) establece entre los objetivos del régimen internacional de administración fiduciaria: «promover el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión».

De esta enumeración de normas surge claramente que los derechos humanos constituyeron desde su misma creación uno de los pilares de las Naciones Unidas, a punto tal de incluirlos entre sus propósitos y dotar a sus órganos principales de competencias específicas al respecto. Sin embargo, la Carta no realiza una enumeración de los derechos humanos que reconoce ni establece los medios para su protección. No obstante ello, y como veremos, la falta de formulación de un elenco de los derechos reconocidos por la Carta –tarea que fue completada por la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Pactos Internacionales, así como por otros tratados internacionales en la materia surgidos en el seno de las Naciones Unidas– no impidió que la misma estableciera una obligación de naturaleza general sobre la promoción, el respeto y la protección de los derechos humanos. La misma se encuentra en el artículo 56, según se estudiará a continuación.

B. El artículo 56

1. Interpretación de la norma

Reza el artículo 56 de la Carta de las Naciones Unidas:

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

El interrogante que se nos plantea es si nace de este artículo 56 una obligación para los Estados, en lo que a nosotros interesa, con relación a la promoción del respeto y efectividad de los derechos humanos y libertades fundamentales. Tanto en el ámbito político como en el académico tuvieron lugar interesantes debates sobre esta cuestión, que brevemente reseñaremos aquí.

a. Posturas en contra del carácter obligatorio

Se ha afirmado que las cláusulas de derechos humanos de la Carta no son normas jurídicas ni establecen obligaciones para los Estados Miembros, sino que son un programa de principios, una declaración de propósitos y fines, meramente una obligación de cooperar con la Organización a nivel internacional, y que solo tienen fuerza moral¹.

En apoyo de estas afirmaciones, se ha formulado un conjunto de argumentos interrelacionados, que se focalizan principalmente en: el significado de los términos *«se comprometen»*, en el artículo 56; el principio de no intervención del Art.2.7; la falta

¹ Esta clasificación se hace cfr. SCHLUTER, B.: *«The Domestic Status of the Human Rights Clauses of the United Nations Charter»*. *California Law Review* Vol. 61 N°1 (1973), pp. 110-164, pág. 118 y ss.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

de poderes vinculantes de los órganos de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos; y la falta en la Carta de una lista que especifique los derechos humanos y libertades fundamentales.

Con relación al primero de estos argumentos, algunos autores han señalado que el compromiso asumido por los Estados se limita a de promover la cooperación internacional, y no el de lograr la realización del respeto y la efectividad de los derechos humanos². En los debates en la Organización, algunos Estados señalaron que el artículo 56 no imponía ninguna obligación jurídica, ya que sólo tenía fuerza moral, y que los pactos internacionales de derechos humanos constituían un reconocimiento del hecho de que había sido necesario traducir las disposiciones de la Carta sobre derechos humanos en términos que permitieran a los Estados aceptar obligaciones jurídicas concretas en esta materia. Afirmaron, además, que no se debían confundir las obligaciones impuestas por la Carta con los objetivos de las Naciones Unidas en ella proclamados, que en los artículos de la Carta se enunciaban determinados principios y que estos principios, que tenían una gran fuerza moral, no imponían a los Estados Miembros obligaciones jurídicas concretas. También se sostuvo que los artículos 55 y 56 podían servir para promover el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales, así como la efectividad de tales derechos y libertades, pero sólo en líneas generales, puesto que esos artículos no imponían a los Estados Miembros obligaciones jurídicas concretas, y que el artículo 56 entrañaba el compromiso de cooperar con otros Estados Miembros para la realización de los derechos humanos

² HUDSON, M. O.: «Charter Provisions on Human Rights in American Law», *American Journal of International Law* Vol. 44, Nº 3 (Jul., 1950), pp. 543-548, pág. 544; KELSEN, H.: *The Law of the United Nations: A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*. Frederick A. Praeger. New York, 1950, pág. 100.

Luciano Pezzano

fundamentales, pero no justificaba las investigaciones ni los intentos de modificar las relaciones entre otros gobiernos y sus pueblos³.

El segundo de los argumentos se funda en lo dispuesto en el artículo 2.7 de la Carta: «*Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, ni obligará a los Miembros a someter dichos asuntos a procedimientos de arreglo conforme a la presente Carta; pero este principio no se opone a la aplicación de las medidas coercitivas prescritas en el Capítulo VII*». Así, algunos Estados sostuvieron que el artículo 2.7 era un factor determinante, que las cuestiones de jurisdicción interna eran de la exclusiva competencia de cada Estado Miembro, que cuando se trataba de los artículos 55 y 56 debía tenerse siempre presente el párrafo 7 del artículo 2, y que los artículos 55 y 56 no excluían de la esfera de la jurisdicción interna de los Estados las pretendidas infracciones de los derechos humanos. El hecho de invocar estos artículos no podía cambiar el claro y categórico sentido del párrafo 7 del artículo 2, que tenía precedencia con respecto al artículo 56, y el dar precedencia al inciso c) del artículo 55 crearía un peligroso precedente⁴.

El tercer argumento apunta que a la Carta no consagra ningún medio para garantizar efectivamente los derechos humanos y las libertades fundamentales, toda vez que los órganos competentes

³ *Repertorio de la práctica seguida por los Órganos de las Naciones Unidas*, Suplemento Nº1, Volumen II. Nueva York, 1957. Págs. 39-40; *Repertorio de la práctica seguida por los Órganos de las Naciones Unidas*, Suplemento Nº 2, Volumen III. Nueva York, 1963, pág.57.

⁴ Ídem.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

en la materia, la Asamblea General y el Consejo Económico y Social carecen de poderes vinculantes al respecto⁵.

El último argumento consiste en que la Carta no especifica cuáles serían los derechos y libertades protegidos, de modo que sólo cabría hablar de obligaciones jurídicas a este respecto si se reformara la Carta o se acudiera a tratados complementarios⁶.

a. Posturas a favor del carácter obligatorio

Para otros autores, en cambio, la interpretación inicial de la Carta indicaba que los Estados se habían obligado jurídicamente a observar y respetar los derechos humanos, y que ese deber se deduce de lo dispuesto por los artículos 55 y 56. La circunstancia de que ese deber esté consagrado en términos generales y poco precisos, si bien puede afectarlo en el plano judicial, no lo desprovée de su carácter esencialmente jurídico⁷.

Jiménez de Aréchaga sostiene que es indudable que el compromiso jurídico *«de promover el respeto y la efectividad universal de los derechos humanos y libertades fundamentales de todos, sin distinción (arts. 56 y 55), implica el deber jurídico de cada Miembro de respetar en su territorio tales derechos y libertades igualitarias. No tendría sentido, en efecto, sostener que los Miembros de las Naciones Unidas se han comprometido a promover el respeto y efectividad de los derechos humanos, pero que no han asumido la obligación de*

⁵ KELSEN, H.: *Principios de Derecho Internacional Público*. Ed. El Ateneo, Buenos Aires, 1965, págs. 123-124.

⁶ KELSEN, H.: *—The Law of the United Nations...* ll cit., pág.100.

⁷ LAUTERPACHT, H.: *—The international protection of human rights* ll, en: RCADI 70. 1947, págs. 13-17, cit. por NIKKEN, P. *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Ed. Civitas. Madrid, 1987, pág. 63.

Luciano Pezzano

respetarlos y observarlos ellos mismos»⁸. Continúa el ilustre autor uruguayo afirmando que la exégesis armónica de los artículos 55 y 56 lleva a la conclusión de que el primero de ellos impone una obligación a las Naciones Unidas como entidad colectiva y el segundo impone una obligación a los Miembros de realizar acción conjunta y separada para el logro del respeto universal y efectividad de derechos, y esto, agrega, «*supone la obligación de los Estados Miembros de que sus órganos de gobierno respeten y observen los derechos humanos en su jurisdicción*»⁹.

Carrillo Salcedo opina que «*La Carta de las Naciones Unidas impone obligaciones jurídicas en materia de derechos humanos tanto a la Organización (en orden a la promoción de los derechos y libertades fundamentales y a la efectividad de tales derechos y libertades, en los términos del artículo 55, c de la Carta), como a los estados miembros (que para la realización de los propósitos anteriores se comprometen, según dispone el artículo 56 de la Carta, a tomar medidas, conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas)*»¹⁰.

Por su parte, la práctica de la Organización registra muchas ocasiones en que se plantearon argumentos favorables a la existencia de obligaciones dimanantes del artículo 56. Son particularmente significativos los primeros debates sobre la situación racial en Sudáfrica, en los que se planteaba que una interpretación que negara la existencia de obligaciones en materia de derechos humanos menoscabaría un compromiso de carácter internacional que las

⁸ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E.: *Derecho constitucional de las Naciones Unidas*. Escuela de Funcionarios Internacionales. Madrid, 1958, pág. 444.

⁹ *Ibidem*, pág. 445.

¹⁰ CARRILLO SALCEDO, J. A.: *Dignidad frente a barbarie. La Declaración Universal de Derechos Humanos, cincuenta años después*. Trotta, Madrid, 1999, págs. 41-42.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

Naciones Unidas tenían el deber de recordar, que la finalidad de los proyectos de resolución no consistían en imponer el cumplimiento de dicho compromiso, ya que se limitaba a señalarlo a la atención de la Unión Sudafricana. Se negó asimismo la validez de la distinción entre las disposiciones de la Carta que tratan de los propósitos de las Naciones Unidas y las que imponen obligaciones a los Estados Miembros, alegando que los Estados signatarios se habían comprometido a promover los Propósitos y Principios de la Carta, con lo cual habían asumido ciertas obligaciones, entre ellas, la de promover el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales sin distinción de raza¹¹.

b. Nuestra opinión

Creemos que la clave en la interpretación del artículo 56 consiste en dilucidar qué significan los términos *—se comprometen—*¹². ¿Significa lo mismo que *—se obligan—*? Para ello, se debe proceder a la interpretación del artículo, de conformidad a las reglas del artículo 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, que, si bien no es aplicable a la Carta en cuanto norma convencional, sí lo es en cuanto consagra reglas que tienen naturaleza consuetudinaria, según lo ha expresado la Corte Internacional de Justicia en numerosos precedentes¹³.

¹¹ *Repertorio de la práctica seguida por los Órganos de las Naciones Unidas*, Suplemento Nº1, Volumen II. Nueva York, 1957, pág. 40.

¹² En la versión francesa de la Carta, *—s'engagent—*, y en la inglesa *—pledge themselves—*. Ambas expresiones pueden traducirse como *—se comprometen—*.¹³ V., entre otros, *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)*, Judgment, I.C.J. Reports 1994, p. 21, párr. 41; *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*, Judgment, I.C.J. Reports 1999 (II), p. 1059, párr. 18; *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Fallo de 20 de abril de 2010, párr. 74-75.

Luciano Pezzano

Así, el artículo 31.1 de la Convención de Viena dispone que «Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin». Con respecto a los términos del artículo 56, y de acuerdo al Diccionario, «se comprometerse» es «Constituir a alguien en una obligación, hacerle responsable de algo»¹⁴. La Corte Internacional de Justicia ha interpretado los términos «se comprometen» con relación al artículo I de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio: «En su sentido ordinario, el término “se comprometen” significa prometer formalmente, obligarse, hacer un voto o una promesa, convenir, aceptar una obligación. Son términos que a menudo son utilizados en los tratados que enuncian las obligaciones de las partes contratantes (cf., por ejemplo, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (7 de marzo de 1966), artículo 2, párr. 1, o el Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos (16 de diciembre de 1966), artículo 2, párr. 1 y 3)»¹⁵. Aplicando estas consideraciones a nuestro caso, el «se comprometen» del artículo 56 constituye una obligación. A la misma conclusión había llegado Schluter en 1973, cuando afirmó que el sentido ordinario de «se comprometen», «es una solemne promesa»

¹⁴ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Diccionario de la Lengua Española. 22ª Edición. Espasa. Buenos Aires, 2001, pág. 411.

¹⁵ «En son sens ordinaire, le terme «s'engagent» signifie promettre formellement, s'obliger, faire un serment ou une promesse, convenir, accepter une obligation. C'est là un terme qui est souvent utilisé dans les traités énonçant les obligations des parties contractantes (cf., par exemple, la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (7 mars 1966), article 2, par. 1, ou le pacte international relatif aux droits civils et politiques (16 décembre 1966), art. 2, par. 1, et 3, notamment)». (C.I.J. Affaire relative à l'application de la Convention pour la Prévention et la Répression du Crime de Génocide (Bosnie-Herzégovine C. Serbie-Et-Monténégro) Arrêt, C.I.J. Recueil 2007, p. 43, párr.162). Traducción propia.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

garantía que claramente establece alguna obligación jurídica para los miembros»¹⁶.

Por otra parte, y teniendo en cuenta el objeto y fin del tratado –la Carta– que al respecto es *–promover el respeto universal de los derechos humanos* (según se desprende de los artículos 1.3 y 55 inciso c), es lógico afirmar que los Estados, al *–comprometerse* a tomar las medidas para la realización de tal objeto, se están obligando a ello.

De otra manera, el artículo 56 no trascendería de una mera *–declaración de principios* *–que algunos autores y Estados pretendieron ver–*. En ese caso, ¿qué sentido tendría fijar el respeto de los derechos humanos como uno de los propósitos de la Organización (artículos 1.3 y 55 inciso c), y facultar a los órganos principales en la materia (artículos 13.1 inciso b) y 62.2) si a la vez los Estados no se obligaran a su cumplimiento?

Schluter presta especial atención al término *–separadamente* (*–separate action*, en inglés): *«teniendo en cuenta el término “separadamente”, es difícil limitar esta obligación a los actos de cooperación general en el marco institucional de las Naciones Unidas [...]. Sólo una interpretación que apunte a la acción en un sentido amplio, incluyendo en la esfera doméstica, pone en práctica el mayor propósito de las disposiciones, la promoción de los derechos humanos. “Separadamente en cooperación” puede interpretarse en el sentido de “en comunicación con las Naciones Unidas y de conformidad con sus propósitos y principios”. [...] Sin embargo, mientras que el comportamiento de los Estados con respecto a los derechos humanos sería generalmente limitado y regulado por la obligación de lograr el respeto y la*

¹⁶ SCHLUTER, B.: op. cit., págs. 120-121.

observancia de los derechos humanos, cada Estado sería legalmente libre de aplicar o rechazar recomendaciones específicas de las Naciones Unidas»¹⁷.

El planteo es interesante y debe ser tenido en cuenta. En virtud del artículo 56, los Estados se comprometen a tomar medidas para la realización de los propósitos del artículo 55. Tales medidas pueden tomarse conjunta o separadamente. Es razonable pensar que las medidas tomadas conjuntamente lo son en el seno de la Organización, pero, ¿qué implica que las tomen —separadamentell? ¿Que cada Estado pueda dedicarse a promover los derechos humanos en otros Estados o que tome medidas para el respeto y la realización efectiva de los derechos en su territorio y su población? Al respecto, Quincy Right ha afirmado: «El sentido común indica que la “acción separada en cooperación con la Organización” implica, como mínimo, la abstención de la acción separada opuesta a los propósitos de la Organización»¹⁸.

Simma comparte esta apreciación, y aunque afirma que el artículo 56 tiene una obligatoriedad limitada, reconoce ciertas diferencias cuando se trata de los derechos humanos. Expresa este autor: «Según la redacción del artículo 56, los Estados miembros están obligados solamente a prestar, conjuntamente o por separado, su cooperación a la ONU para alcanzar los objetivos delineados en el artículo 55, según les convenga. El artículo 56 no especifica las modalidades de esta cooperación prevista entre la organización y los Estados miembros. [...] sin embargo, requiere a los Estados miembros cooperar con las Naciones Unidas en forma constructiva, excluyéndose así las políticas obstructivas. La función obligatoria bastante limitada del artículo 56 es el resultado de la redacción del artículo 55, al que remite. Este último sólo describe propósitos (y no obligaciones sustantivas) a lograrse mediante la cooperación. En este sentido, el artículo 56 sólo puede crear

¹⁷ *Ibidem*, pág. 121.

¹⁸ Cit. por JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E.: *op. cit.*, pág. 444.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

obligaciones sustantivas (opuestas a las obligaciones procesales) en la medida en que el artículo 55 contenga una correspondiente base a ese respecto. Este es en parte también el caso respecto al artículo 55 c). Aunque el “respeto universal y observancia de los derechos humanos y las libertades fundamentales” ha sido formulado como objetivo, las palabras adicionales “sin distinción de raza, idioma o religión” ya circunscriben una obligación fija y directamente ejecutable»¹⁹. Es decir que, al estar la obligatoriedad del artículo 56 limitada por la naturaleza de las disposiciones del artículo 55, sólo si éstas son obligatorias, lo será aquél, pero al revestir el respeto a los derechos humanos —sin distinción— un carácter vinculante, sí existe una obligación para los Estados a este respecto en virtud de ambos artículos.

Por todo ello, resulta forzoso concluir que el artículo 56 de la Carta es fuente de obligaciones para los Estados Miembros de las Naciones Unidas. Como dice Nikken: «Según la Carta de las Naciones Unidas, los miembros tienen la obligación de adoptar medidas, en cooperación con la Organización, para realizar los propósitos de ésta (artículo 56), entre los cuales está “el respeto universal a los derechos y libertades fundamentales de todos” (artículo 55)»²⁰.

Habiendo asumido que el artículo 56 es fuente de obligaciones para los Estados, ¿cuáles son esas obligaciones? Tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos consignados en el artículo 55, ya citado. De conformidad al inciso c), los Estados quedan obligados a promover el —respeto universal a los derechos humanos y a las libertades de todos— sin distinción, así como a —la

¹⁹ SIMMA, B. (Ed.): *The Charter of the United Nations. A commentary*. 2ª Edición. Verlag C. H. Beck. Munich, 2002, págs. 942-943.

²⁰ NIKKEN, P.: op. cit., pág. 269.

efectividad de tales derechos y libertades²¹, obligación que –huelga afirmarlo– no es menor²¹. Como lo ha sostenido la doctrina: «El artículo 56 completa los enunciados del artículo precedente en cuanto implica una obligación de los Estados Miembros a comprometerse “conjunta o separadamente” y en cooperación con las Naciones Unidas para concretar en los hechos los Propósitos enumerados en el artículo 55»²².

2. La aplicación del artículo en la práctica de la Organización

El examen de la práctica de la Organización resulta de particular relevancia en el estudio de esta cuestión, por cuanto permite contar con importantes elementos sobre la interpretación que los órganos de la misma realizan de las normas de la Carta en materia de derechos humanos. Al tratarse de una norma convencional, creemos que es posible considerarla como la –práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado²³ que habrá de tenerse en cuenta a los fines de su interpretación, según dispone el artículo 31.3 inciso b) de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (que, como dijimos, refleja el derecho consuetudinario).

Así, y sin pretensiones de exhaustividad, se analizarán algunas de las resoluciones y decisiones de los órganos de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos que se refieren explícitamente a la Carta, y en especial al artículo 56, en cuanto fuente de obligaciones para los Estados²³, acompañando, cuando sea

²¹ El contenido y alcance de esta obligación será motivo de un futuro trabajo.

²² DELPECH, M.: *Carta de las Naciones Unidas anotada*. Zavalia. Buenos Aires, 2005, pág. 84.

²³ No incluimos, por lo tanto, aquellas resoluciones y decisiones que se refieren solamente al –compromiso²³ –que son más numerosas– que los Estados han asumido, sin perjuicio de la interpretación que a tal término cabe asignarse de acuerdo a lo afirmado *supra*.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

necesario, un breve comentario sobre la resolución o decisión bajo análisis.

a. Asamblea General

- Resolución 622 A (VII), sobre el financiamiento del desarrollo económico de los países insuficientemente desarrollados, la Asamblea General actuó «*Teniendo presentes las obligaciones asumidas por los gobiernos de los Estados Miembros en virtud de los artículos 55 y 56 de la Carta de las Naciones Unidas*»; aunque no se trata específicamente de una resolución sobre derechos humanos, la misma reviste especial importancia por tratarse de la primera en reconocer la existencia de una obligación emergente del artículo 56;
- Resolución 822 (IX), sobre el establecimiento de un fondo especial de las Naciones Unidas para el desarrollo económico, en la que actuó «*Teniendo presentes la determinación expresada en el Preámbulo de la Carta de “emplear un mecanismo internacional para promover el progreso económico y social de todos los pueblos”, así como las obligaciones que incumben a las Naciones Unidas y a sus Miembros en virtud de los artículos 55 y 56 de la Carta*»; nuevamente, la Asamblea General se refiere a las obligaciones que incumben a los Miembros y a la propia Organización;
- Resolución 917 (X), sobre el conflicto racial en el África del Sur, resultante de la política de segregación racial (*apartheid*) del Gobierno de la Unión Sudafricana, en la que manifestó «*su preocupación ante el hecho de que el Gobierno de la Unión Sudafricana sigue aplicando la política de segregación racial (apartheid), a pesar de la invitación que le ha hecho la Asamblea*

Luciano Pezzano

General a considerar de nuevo su posición a la luz de los elevados principios que se enuncian en la Carta y teniendo en cuenta el compromiso contraído por todos los Estados Miembros de promover el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales sin distinción de raza» y exhortó «*al Gobierno de la Unión Sudafricana a que cumpla las obligaciones enunciadas en el artículo 56 de la Carta*»; una resolución sobre el *apartheid*, tal vez se trate de la caracterización más explícita que haya hecho la Asamblea General sobre el artículo 56: es fuente de obligaciones, y su cumplimiento es exigible por la comunidad internacional;

- Resolución 1127 (XI), sobre la situación en Hungría, en la que actuó «Recordando los principios de la Carta de las Naciones Unidas, en particular el consignado en el párrafo 4 del artículo 2, *las obligaciones contraídas por todos los Estados Miembros en virtud de los artículos 55 y 56 de la Carta...*»; una vez más, en una situación relativa a los derechos humanos en un Estado, la Asamblea General se refiere a las «obligaciones» de los Estados en virtud del artículo 56;
- Resolución 1248 (XIII), sobre el conflicto racial en el África del Sur, resultante de la política de segregación racial (*apartheid*) del Gobierno de la Unión Sudafricana, en la que afirmó que «toda política gubernamental de los Estados Miembros [...] que tienda a perpetuar o aumentar la discriminación, es incompatible con los *compromisos que los Estados Miembros han contraído en virtud del artículo 56* de la Carta de las Naciones Unidas», e hizo «un solemne llamamiento a todos los Estados Miembros para que ajusten su política a la *obligación que les impone la Carta de estimular el respeto a los derechos humanos y a las libertades*

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

fundamentales»; aunque no lo cita expresamente, la fuente de la obligación que impone la Carta sobre el respeto a los derechos humanos, necesariamente ha de ser el artículo 56 al que hace referencia más arriba, como se ve en la resolución siguiente;

- Resolución 2144 (XXI), sobre la cuestión de la violación de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, incluso la política de discriminación racial y de segregación y la política de apartheid en todos los países y en particular en los países y territorios coloniales y dependientes, en la que actuó «*Teniendo presente la obligación de todos los Estados Miembros, con arreglo al artículo 56 de la Carta de las Naciones Unidas, de tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para el logro de los propósitos enunciados en el artículo 55, que incluyen la promoción del respeto y de la observancia universales de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de todos*»; aquí, claramente, la Asamblea General reconoce que la obligación de los Estados del respeto a los derechos humanos, nace del artículo 56 de la Carta;
- Resolución 37/200, sobre mayor promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, en la que se mostró «*consciente de que es un propósito de las Naciones Unidas y un deber de todos los Estados Miembros realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión*»; aunque no cita el artículo 56, es consciente de que el

Luciano Pezzano

desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos es un deber de todos los Miembros;

- Resolución 45/169, sobre la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter social, cultural o humanitario y en la promoción y el fomento y la observancia universales de los derechos humanos y las libertades fundamentales, en la que exhortó «a los Estados Miembros a que cumplan plenamente *las normas universalmente reconocidas para la protección y promoción de los derechos humanos consagradas en particular en la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y otros instrumentos internacionales pertinentes*»; sin citar el artículo 56, la Asamblea General reconoce que la Carta contiene normas relativas a la protección y promoción de los derechos humanos que deben ser cumplidas por los Estados.

Párrafo especial merecen ciertos instrumentos que, aunque aprobados por resoluciones de la Asamblea General, tienen un valor propio en materia de derechos humanos y que también se refieren a las obligaciones que emergen de la Carta. Se trata de la Declaración Universal y algunos tratados de derechos humanos, que veremos a continuación:

- Declaración Universal de Derechos Humanos (resolución 217 A [III]). Disponen los párrafos sexto y séptimo del Preámbulo «*Considerando que los Estados Miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre; Considerando que una*

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

concepción común de estos derechos y libertades es de la mayor importancia para el pleno cumplimiento de dicho compromiso»; pese a no referirse al compromiso contraído en virtud de la Carta como una obligación, la Declaración Universal destaca su vinculación con el respeto a los derechos humanos. En el debate de su aprobación en la Comisión de Derechos Humanos, se hizo varias veces referencia a ese compromiso y a su fuente en la Carta. De esa manera, la «concepción común» vendría a dotar de contenido a una obligación – «compromiso» – preexistente. Durante la discusión, y ante las dudas sobre el significado de tal «compromiso», la Sra. Roosevelt, Presidenta de la Comisión y representante de los Estados Unidos enfatizó que el compromiso en cuestión incumbía a los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la Carta y no de la Declaración, mientras que el representante del Líbano afirmó que el compromiso de los Miembros de asegurar el respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales se había tomado hacía más de tres años, y su tarea sería obviamente facilitada si podían alcanzar un entendimiento común de tales derechos y libertades²⁴.

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (resolución 2200 A [XXI]). Establece el cuarto párrafo del Preámbulo de ambos Pactos: «*Considerando que la Carta de las Naciones Unidas impone a los Estados la obligación de promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanas*». Aunque no menciona

²⁴ COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS: *Summary record of the seventy-seventh meeting*. Documento E/CN.4/SR.77. Naciones Unidas, 1948.

Luciano Pezzano

expresamente al artículo 56, el párrafo es claro en que la Carta es fuente de obligaciones para los Estados en materia de derechos humanos, y tales obligaciones, como vimos, solo pueden surgir del artículo referido. Ello se confirma al analizar los trabajos preparatorios del Preámbulo. El párrafo citado tiene su origen en un proyecto presentado por Australia en la Comisión de Derechos Humanos para el Preámbulo de lo que por entonces sería el Pacto Internacional de Derechos Humanos, cuyo primer párrafo establecía que los Estados Partes estaban «Resueltos a cumplir sus obligaciones en virtud de la Carta de las Naciones Unidas de promover el respeto y la observancia de los derechos humanos»²⁵. Al presentar su proyecto, el representante de Australia afirmó: «En el artículo 56 los Estados Miembros se comprometieron a asegurar el respeto de los derechos humanos. La frase “se comprometen” tiene un significado jurídico preciso. Implica un compromiso ineludible; significa que los Estados Miembros están bajo una estricta obligación de aplicar las disposiciones de derechos humanos de la Carta»²⁶. Sobre esa base, un Grupo de Trabajo preparó un nuevo proyecto que establecía: «Considerando la obligación que impone la Carta de las Naciones Unidas de promover el respeto universal y la observancia de los derechos humanos»²⁷. El

²⁵ COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS: *Draft International Covenant on Human Rights (E/1371)*. Australia: *Proposed draft preamble*. Documento E/CN.4/377. Naciones Unidas, 1950. Traducción propia.

²⁶ COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS: *Summary record of the hundred and thirty-seventh meeting*. Documento E/CN.4/SR.137. Naciones Unidas, 1950, pág. 6. Traducción propia.

²⁷ COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS: *Draft International Covenant on Human Rights (E/1371)*. *Text of the Preamble incorporating Article 1 submitted by the Working Group composed of the representatives of France (Chairman), Australia, Chile,*

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

mismo fue aprobado por la Comisión en su 193ª sesión, oportunidad en la que se puntualizó la existencia de obligaciones emergentes del artículo 56²⁸. Finalmente, y divididos los proyectos, la Comisión adoptó el Preámbulo del Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales en su 308ª sesión y del Pacto de Derechos Civiles y Políticos en su 333ª sesión, incorporando como cuarto párrafo en ambos la redacción actual. Los trabajos preparatorios, por lo tanto, demuestran que siempre se tuvo presente que las obligaciones que la Carta impone a los Estados en materia de derechos humanos emergían del artículo 56, aunque no esté expresamente citado en el Preámbulo.

- Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (resolución 39/46). Establece en el tercer párrafo de su preámbulo: «*Considerando la obligación que incumbe a los Estados en virtud de la Carta, en particular del artículo 55, de promover el respeto universal y la observancia de los derechos humanos y las libertades fundamentales*»; aunque el Preámbulo ratifica que la Carta es fuente de obligaciones en materia de derechos humanos, sorprende la mención del artículo 55, siendo el artículo 56 el que obliga a los Estados. Al revisar los trabajos preparatorios, advertimos que la fuente del Preámbulo, fue un proyecto presentado por Suecia²⁹, en el que no se hacía referencia a ningún artículo de la Carta. La misma fue

Lebanon, United Kingdom, United States of America, and Yugoslavia. Documento E/CN.4/491. Naciones Unidas, 1950. Traducción propia.

²⁸ COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS: *Summary record of the hundred and ninety-third meeting.* Documento E/CN.4/SR.193. Naciones Unidas, 1950, pág. II.

²⁹ Contenido en el documento E/CN.4/1427.

Luciano Pezzano

incluida en las deliberaciones del Grupo de Trabajo encargado de preparar el proyecto de Convención, según surge de un informe del mismo: «*Con respecto al tercer párrafo, se sugirió que se incluyera una referencia al principio de la no discriminación, bien como se enuncia en el artículo 55 de la Carta o bien como se expresa en el párrafo 1 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La propuesta de un delegado de mencionar explícitamente el artículo 55 de la Carta recibió apoyo general*»³⁰. La modificación fue aprobada por el Grupo de Trabajo, y luego por la Comisión de Derechos Humanos y la Asamblea General, sin que surja de los debates que se haya advertido inconveniente alguno. Por nuestra parte, pensamos que habría sido más correcto mencionar el artículo 56 junto al artículo 55, por ser aquél la fuente de obligaciones para los Estados.

b. Consejo Económico y Social

- Resolución 221 E (IX), sobre el informe de la Comisión de Asuntos Económicos y Empleo sobre su cuarto período de sesiones: desempleo y empleo total, en la que actuó «*Recordando la obligación contraída por cada uno de los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de los artículos 55 y 56 de la Carta, en lo que respecta a promover el trabajo permanente para todos*»; tanto en esta resolución como en la siguiente, el ECOSOC considera que el artículo 56 es fuente de obligaciones para los Estados;

³⁰ COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS: *Informe del Grupo de Trabajo sobre un Proyecto de Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*. Documento E/CN.4/1983/63. Naciones Unidas. Ginebra, 1983, párr. 9.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

- Resolución 290 (XI), sobre empleo total, en la que actuó «Teniendo presente que, en virtud de **los artículos 55 y 56 de la Carta, los Miembros de las Naciones Unidas han asumido la obligación** de adoptar medidas, conjunta o separadamente, para fomentar niveles de vida más elevados, el empleo total y condiciones de progreso y desarrollo en el orden económico y social»;
- Resolución 1995/59, sobre aplicación del Programa de Acción para el Tercer Decenio de la Lucha contra el Racismo y la Discriminación Racial, en la que reafirmó «**la obligación que, con arreglo a la Carta de las Naciones Unidas incumbe a los Estados** de promover el respeto universal y la observancia de los derechos humanos y las libertades fundamentales para todos sin distinción de raza, sexo, idioma o religión»; aunque no mencione al artículo 56, reconoce que la Carta es fuente de obligaciones en materia de derechos humanos.

c. Comisión de Derechos Humanos

- Resoluciones 7 (XXIII) sobre acción efectiva para combatir la discriminación racial y las políticas de apartheid y segregación y 8 (XXIII), sobre estudio e investigación de situaciones que revelen un patrón consistente de violaciones de los derechos humanos: «**Recordando la obligación de todos los Estados Miembros en virtud del artículo 56 de la Carta** de las Naciones Unidas de tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para el logro de los propósitos enunciados en el artículo 55, que incluyen la promoción del respeto y de la observancia universales de los derechos

Luciano Pezzano

humanos y de las libertades fundamentales de todos, sin distinción de raza, sexo, idioma o religión»;

- Resolución 3 (XXIV), sobre medidas para combatir efectivamente la discriminación racial, las políticas de apartheid y segregación en África del Sur: «*Teniendo en cuenta la obligación asumida por todos los Estados Miembros en virtud del artículo 56 de la Carta de las Naciones Unidas de tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para el logro de los propósitos enunciados en el artículo 55, que incluyen la promoción del respeto y de la observancia universales de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de todos, sin distinción de raza, sexo, idioma o religión»;*
- Resolución 5 (XXV), sobre el mismo tema: «*Teniendo en cuenta que en virtud del artículo 56 de la Carta de las Naciones Unidas todos los Estados Miembros han asumido obligaciones de tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para el logro de los propósitos enunciados en el artículo 55, que incluyen la promoción del respeto y de la observancia universales de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de todos, sin distinción de raza, sexo, idioma o religión»;* al igual que lo realizara la Asamblea General, la Comisión de Derechos Humanos puso el mayor énfasis en las obligaciones emergentes del artículo 56 en materia de derechos humanos en resoluciones vinculadas a las políticas de *apartheid* del gobierno de Sudáfrica. Las resoluciones son claras en cuanto a que el artículo 56 es fuente de obligaciones para *todos* los Estados Miembros.
- Resoluciones 1993/61, 1994/78 y 1995/52, sobre la situación de los derechos humanos en el Togo, y 1993/75, 1994/87,

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

1995/89 y 1996/77, sobre la situación de los derechos humanos en el Zaire: «Recordando que, en virtud de los *artículos 55 y 56 de la Carta de las Naciones Unidas, todos los Estados Miembros de la Organización están obligados a promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales y de cooperar con ese fin*»; después de un período de más de dos décadas sin citar el artículo 56, la Comisión volvió a invocarlo brevemente como fuente de obligaciones para los Estados. Sin embargo, tanto en forma contemporánea como con posterioridad a las resoluciones citadas, la Comisión se refirió –en numerosas oportunidades– a las obligaciones emergentes de la Carta de forma genérica –sin citar ningún artículo–, como veremos más adelante.

d. Consejo de Seguridad

- Resoluciones 181 (1963) y 182 (1963), sobre la cuestión relativa a la política de *apartheid* del gobierno de la República de Sudáfrica. En la primera, el Consejo reprobó «*enérgicamente la política destinada a perpetuar la discriminación racial de Sudáfrica, por ser inconsecuente con los principios de la Carta de las Naciones Unidas y contraria a sus obligaciones como Estado Miembro de las Naciones Unidas*»; mientras que en la segunda, pidió «*encarecidamente al Gobierno de la República de Sudáfrica que ponga fin inmediatamente a las medidas discriminatorias y represivas que viene aplicando y que son contrarias a los propósitos y principios de la Carta y violan las obligaciones que le impone su calidad de Miembro de las Naciones Unidas así como las disposiciones de la Declaración Universal de Derechos Humanos*». Aunque el Consejo de Seguridad no menciona la fuente de tales obligaciones, es evidente que se está refiriendo a las

Luciano Pezzano

que nacen del artículo 56 con relación al artículo 55 inciso c) de la Carta, tal como surge en los debates del órgano sobre la cuestión, en que ambos artículos fueron citados en varias oportunidades³¹, siendo particularmente significativas las expresiones del representante de los Estados Unidos, quien afirmó que los órganos de las Naciones Unidas están autorizados «*para examinar cuestiones de discriminación racial y otras violaciones de los derechos humanos cuando constituyen la política oficial de un Estado Miembro y no se ajustan a las obligaciones que imponen a ese miembro los artículos 55 y 56 de la Carta en cuanto a fomentar el respeto de los derechos humanos, sin distinción por motivos de raza. [...] Al aplicar esta política [el apartheid], la República de Sudáfrica, como ya hemos dicho tantas veces, deja de cumplir las obligaciones que le imponen los artículos 55 y 56 de la Carta, en virtud de los cuales todos los Miembros se comprometen a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para conseguir, entre otras cosas, “el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de*

³¹ Fue invocado por el representante de Sierra Leona en la 1050^a sesión (CONSEJO DE SEGURIDAD: Actas oficiales. 1050^a sesión. 31 de julio de 1963. Documento S/PV.1050. Naciones Unidas, Nueva York, párr. 42), por el representante de Francia en la 1054^a sesión (CONSEJO DE SEGURIDAD: Actas oficiales. 1054^a sesión. 6 de agosto de 1963. Documento S/PV.1054. Naciones Unidas, Nueva York, párr. 98), por el representante de Liberia en la 1055^a sesión (CONSEJO DE SEGURIDAD: Actas oficiales. 1055^a sesión. 7 de agosto de 1963. Documento S/PV.1055. Naciones Unidas, Nueva York, párr. 48), por el representante de los Estados Unidos en la 1056^a sesión (CONSEJO DE SEGURIDAD: Actas oficiales. 1056^a sesión. 7 de agosto de 1963. Documento S/PV.1056. Naciones Unidas, Nueva York, párr. 23) y en la 1073^a sesión (CONSEJO DE SEGURIDAD: Actas oficiales. 1073^a sesión. 27 de noviembre de 1963. Documento S/PV.1073. Naciones Unidas, Nueva York, párr. 62).

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

raza, sexo, idioma o religión” »³², así como la opinión del representante de Liberia, quien expresó: «Sudáfrica, como signataria de la Carta y Miembro de las Naciones Unidas se compromete, por el artículo 56, “a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos consignados en el artículo 55”. Por ese artículo, como el Consejo sabe, se nos requiere, entre otras cosas, que fomentemos “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”. Las autoridades en derecho internacional están casi todas de acuerdo en que el compromiso que se contrae por el artículo 56 entraña cierta obligación jurídica»³³.

e. Corte Internacional de Justicia

- Opinión consultiva de 21 de junio de 1971 sobre las Consecuencias jurídicas para los Estados de la presencia continua de Sudáfrica en Namibia, no obstante la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad: «En virtud de la Carta de las Naciones Unidas, el ex Mandatario se ha comprometido a observar y respetar, en un territorio que tiene un status internacional, los derechos humanos y libertades fundamentales de todos sin distinción de raza. Establecer e imponer, al contrario, distinciones, exclusiones y limitaciones basadas exclusivamente en la raza, el color, ascendencia u origen nacional o étnico que constituyen una denegación de derechos humanos fundamentales, es una violación

³² CONSEJO DE SEGURIDAD: Actas oficiales. 1052ª sesión. 3 de agosto de 1963. Documento S/PV.1052. Naciones Unidas, Nueva York, párr. 58 y 63.

³³ CONSEJO DE SEGURIDAD: Actas oficiales. 1073ª sesión. 27 de noviembre de 1963. Documento S/PV.1073. Naciones Unidas, Nueva York, párr. 22 y 23.

flagrante de los propósitos y principios de la Carta.»³⁴; aunque no mencione explícitamente al artículo 56, la Corte reconoce el compromiso asumido por los Estados en virtud de la Carta, y determina que la denegación de derechos humanos fundamentales, es una violación de aquella. Schluter apoya esta afirmación al sostener que «puede concluirse que la Corte apoya la opinión virtualmente universal de que la Carta impone obligaciones jurídicas a los miembros con respecto a su comportamiento doméstico que afecte los derechos humanos»³⁵.

- En la causa *Genocidio*, el artículo 56, en cuanto fuente de obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, fue invocado por Bosnia y Herzegovina en su demanda contra Serbia, cuando expresó: «Yugoslavia (Serbia y Montenegro) ha violado y continúa violando las obligaciones que ha solemnemente asumido en virtud del párrafo 3 del artículo 1 y de los artículos 55 y 56 de la Carta de las Naciones Unidas»³⁶. Sin embargo, la actora no mantuvo su invocación en el resto del proceso, y la Corte no se pronunció sobre ello.

f. Comisión de Derecho Internacional

- Proyecto de Declaración de Derechos y Deberes de los Estados. Durante la discusión del proyecto, una de las primeras actividades que encaró la Comisión, los miembros

³⁴ CIJ: *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, *Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 1971, p. 16, párr. 131.

³⁵ SCHLUTER, B.: op. cit., pág. 125.

³⁶ CIJ: *Affaire relative à l'application de la Convention pour la Prevention et la Repression du Crime de Genocide (Bosnie-Herzegovine C. Serbie-Et-Montenegro)* Arrêt, I.C.J. Reports 2007, p. 43, párr. 64.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

debatieron sobre la existencia de una obligación de proteger los derechos humanos en la Carta de las Naciones Unidas, y en la por entonces recién aprobada Declaración Universal de Derechos Humanos. El resultado fue la aprobación del artículo 6 del proyecto, que establecía: «*Todo Estado tiene el deber de tratar a las personas sujetas a su jurisdicción con el respeto debido a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivo de raza, sexo, idioma o religión*». En su comentario, la Comisión expresa: «*La referencia a los derechos humanos y libertades fundamentales está inspirada por los artículos 1.3, 13, párrafo 1. b, 55 c, y 76 c, de la Carta de las Naciones Unidas y por la Declaración Universal de Derechos Humanos*»³⁷. No obstante haberse discontinuado la labor sobre el tema, limitándose la Asamblea General a tomar nota del proyecto en su resolución 375 (IV), creemos que el artículo 6 ratifica nuestra afirmación que desde los primeros tiempos de la vida de la Organización se encontró la opinión de que existía una obligación internacional de respetar los derechos humanos, cuya fuente era la Carta de las Naciones Unidas. Encontramos, no obstante, significativa la omisión al artículo 56 en el comentario de la Comisión, mas la misma puede deberse a que solo cita los artículos que se refieren a los derechos humanos y el mismo fue varias veces mencionado durante las discusiones del tema.

³⁷ CDI: *Yearbook of the International Law Commission 1949*. Naciones Unidas. Nueva York, 1956, pág. 288.

g. Órganos creados por los tratados de derechos humanos

- Observación general N°3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto): «El Comité desea poner de relieve que **de acuerdo con los artículos 55 y 56 de la Carta** de las Naciones Unidas, con principios bien establecidos del derecho internacional y con las disposiciones del propio Pacto, la cooperación internacional para el desarrollo y, por tanto, para la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales es una **obligación de todos los Estados**»³⁸.
- Observación general N°13 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: El derecho a la educación (artículo 13): «El párrafo 1 del artículo 2 y el artículo 23 del Pacto, **el artículo 56 de la Carta** de las Naciones Unidas, el artículo 10 de la Declaración Mundial sobre Educación para Todos y el párrafo 34 de la parte I de la Declaración y Programa de Acción de Viena **destacan la obligación de los Estados Partes** en lo referente a la prestación de la asistencia y cooperación internacionales para el pleno ejercicio del derecho a la educación.»³⁹.
- Observación general N°17 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: El derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea

³⁸ NACIONES UNIDAS: *Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos*. Nota de la Secretaría – Volumen I. Documento HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I). Ginebra, 2008, pág. 20, párr. 14.

³⁹ *Ibidem*, pág. 91, párr. 56.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

autor(a) (apartado c) del párrafo 1 del artículo 15 del Pacto): «El Comité recuerda que, de conformidad con los **artículos 55 y 56 de la Carta** de las Naciones Unidas, con los principios arraigados del derecho internacional, y con las disposiciones del propio Pacto, la cooperación internacional para el desarrollo y, por tanto, para el logro del ejercicio efectivo de los derechos económicos, sociales y culturales **es una obligación de todos los Estados** y, en particular, de los que están en condiciones de prestar asistencia»⁴⁰; en las tres observaciones generales precedentes, el Comité recordó que la cooperación para logro efectivo de los derechos amparados por el Pacto es una obligación de todos los Estados, con fundamento, entre otros, en el artículo 56 de la Carta.

- Observación general N^o 31 del Comité de Derechos Humanos: La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto: «...“**las normas relativas a los derechos básicos de la persona humana**” son obligaciones *erga omnes* y que, como se indica en el párrafo cuarto del preámbulo del Pacto, **existe una obligación estipulada en la Carta de las Naciones Unidas de promover el respeto universal y la observancia de los derechos humanos y las libertades fundamentales**»⁴¹. Sin citar al artículo 56, el Comité está reconociendo que existe una obligación en la Carta de promover el respeto de los derechos humanos. Comentando este pasaje de la Observación, Medina Quiroga afirma: «La Observación recuerda también a los Estados su obligación de promover el respeto universal y la observancia de estos derechos que

⁴⁰ *Ibidem*, pág. 157, párr. 37.

⁴¹ *Ibidem*, pág. 290, párr.2.

*nace especialmente de los artículos 55 y 56 de la Carta de las Naciones Unidas»⁴². Es muy interesante, también, la caracterización de obligaciones *erga omnes* a las normas de derechos humanos, con un curioso entrecomillado que carece de referencia, pero que está tomado literalmente del célebre *dictum* de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Barcelona Traction*.*

De esa forma, la práctica de las Naciones Unidas ratifica, a nuestro parecer de manera prácticamente irrefutable, que la Carta, y en especial su artículo 56, es fuente de obligaciones para los Estados en materia de derechos humanos.

3. Consecuencias del carácter obligatorio del artículo 56

La conclusión que antecede no es inocua, puesto que trae importantes consecuencias, que analizaremos a continuación.

a. Relevancia del artículo 56 en el sistema internacional de protección de los derechos humanos

La caracterización del artículo 56 de la Carta como fuente de obligaciones internacionales en materia de derechos humanos reviste una importancia trascendental.

En primer lugar, la norma aparece como una fuente convencional autónoma y anterior a las demás fuentes

⁴² MEDINA QUIROGA, C.: *Observación General 31 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. La índole de la Obligación Jurídica General Impuesta a los Estados Partes en el Pacto (artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)*. Disponible en: <http://www.estadodederechocdh.uchile.cl/media/publicaciones/documentos/ComentarioObservacion.doc>

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

convencionales en la materia, en particular, los Pactos Internacionales de Derechos Humanos. De manera tal que un Estado Miembro de las Naciones Unidas, aunque no sea parte en tales instrumentos y aunque niegue la existencia de una norma consuetudinaria sobre la cuestión resultará igualmente obligado al respeto de los derechos humanos, por el solo hecho de haber firmado y ratificado (artículo 3) o aceptado las obligaciones (artículo 4) de la Carta. De ese modo lo ha ilustrado claramente la doctrina: «... *la Organización y los Estados que la componen se [han] comprometido a realizar los objetivos fijados en el artículo 56 y que esta tarea no es para cada Estado solamente una cuestión de interés nacional, sino que constituye por eso, y diríamos sobre todo, una obligación internacional. Esta obligación es tanto más importante por cuanto es asumida de manera formal por los Estados miembros en virtud de la Carta*»⁴³.

Esta obligación constituye el fundamento de los denominados ~~—~~mecanismos extraconvencionales de protección de los derechos humanos, implementados a partir de la citada resolución 8 (XXIII) de la Comisión de Derechos Humanos y de las resoluciones 1235 (XLII) y 1503 (XLVIII) del Consejo Económico y Social, en virtud de los cuales, la Comisión pudo recibir comunicaciones y denuncias sobre violaciones de los derechos humanos en los Estados Miembros aun cuando éstos no fueran parte de otros instrumentos sobre la materia⁴⁴. Estos mecanismos, llamados en la actualidad ~~—~~procedimientos especiales y

⁴³ BOUONY, L.: —Article 56ll, en COT, J. y PELLET, A.: *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*. 2ª edición. Economica. Paris, 1985, pág. 889.

⁴⁴ Sobre los mecanismos, v. NIKKEN, Pedro: op. cit., págs.175-185; ESCOBAR HERNÁNDEZ, C.: —La promoción y protección de los derechos humanosll, en DIEZ DE VELASCO, M.: *Las Organizaciones Internacionales*, Decimotercera edición. Madrid, 2003, pág. 289-292.

—procedimiento de denuncia fueron asumidos por el Consejo de Derechos Humanos, según lo establecido en la resolución 60/251 de la Asamblea General y la resolución 5/1 del propio Consejo.

Asimismo, se afirma, a nuestro entender con razón, que es esta obligación emergente de los artículos 55 c) y 56 de la Carta la que dota de carácter vinculante a las disposiciones de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁴⁵. En otros términos, la Declaración Universal, como instrumento internacional que consagra, enuncia y detalla los derechos humanos, dota de contenido a la obligación de promover y proteger los mismos establecida en el artículo 56, con relación al artículo 55 c), de la Carta de las Naciones Unidas.

Creemos que es posible ir aún más allá, y sostener que la obligación de los Estados emergente del artículo 56 es una de las obligaciones que surgen de la Carta, y que, por lo tanto, encuentra alcanzada por la disposición del artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, que establece: «En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la

⁴⁵ SIEGHART, P.: *The International Law of Human Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1983, pág. 53, cit. por PONCE MARTÍNEZ, C. F.: *La Declaración Universal de Derechos Humanos. Naturaleza jurídica y aplicación por los órganos jurisdiccionales internos*. Disponible en: http://dialnet.unirioja.es/servlet/dfichero_articulo?codigo=831275, pág. 269; MANILI, P.: *El bloque de constitucionalidad. La recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional Argentino*. La Ley. Buenos Aires, 2003, págs. 23 y 61; VILLÁN DURÁN, C.: «La Protección Internacional de los Derechos Humanos en el Sistema de las Naciones Unidas. Desarrollos Normativos e Institucionales entre 1948 y 1988». *Revista IIDH N°8, julio-diciembre 1988*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José, 1988, pág. 78; NIKKEN, P.: op. cit., págs. 270-271; SALVIOLI, F.: *El Desarrollo de la Protección Internacional de los Derechos Humanos, a partir de las Declaraciones Universal y Americana*. Disponible en: http://www.iri.edu.ar/revistas/revista_dvd/revistas/R13/R13-ESAL.html.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta». De tal manera, un tratado que contenga disposiciones contrarias a los derechos humanos entraría en conflicto con la Carta y esta prevalecería. Por ello, creemos que toda interpretación de un tratado debería necesariamente armonizar las obligaciones estatales que surjan con las contraídas en materia de derechos humanos⁴⁶.

b. Responsabilidad internacional

Si se considera que, conforme al artículo 56, la realización de los propósitos del artículo 55, sobre todo en materia de derechos humanos, es una obligación de los Estados, su incumplimiento es una violación de la Carta y como tal, genera responsabilidad internacional. Juncal afirma: «*En consecuencia, una violación permanente de los derechos humanos fundamentales consagrados en la Carta constituye una violación de la Carta porque los Estados miembros, en virtud del artículo 56, están obligados “a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos consignados en el artículo 55, entre ellos “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”*»⁴⁷. A idéntica conclusión llega Nikken: «... puede concluirse que la

⁴⁶ Ello puede ser de particular interés en el caso de los acuerdos comerciales celebrados en el marco de la OMC y en su interpretación en el Sistema de Solución de Diferencias. Tratamos el tema en PEZZANO, L.: *La OMC y los derechos humanos. Aplicación de las normas internacionales de derechos humanos en el sistema de solución de diferencias*. Inédito. La misma posición sostiene la Federación Internacional de los Derechos Humanos. (FIDH: *L'organisation mondiale du commerce et les droits de l'Homme*. Disponible en: <http://www.fidh.org/rapports/rap-omc.htm>).

⁴⁷ JUNCAL, J. A.: «La norma imperativa de derecho internacional general (ius cogens)»: los criterios para juzgar de su existencia, *La Ley* 132-1200, pág. 1202.

Carta sí es fuente de obligaciones en materia de derechos humanos y que existe una infracción fundamental de sus disposiciones cuando un Estado viola grave y sistemáticamente los derechos humanos»⁴⁸.

Creemos, incluso, que una violación de esta naturaleza puede ser pasible de algún tipo de sanción dentro del sistema de la Carta. En reiteradas oportunidades, el Consejo de Seguridad ha condenado violaciones de derechos humanos, desde sus resoluciones sobre el *apartheid* en Sudáfrica, ya citadas, hasta los más recientes conflictos⁴⁹. Que el órgano responsable del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales se detenga en la condena a las violaciones de los derechos humanos es una muestra del vínculo entre el respeto a los mismos y la paz internacional. De hecho, las graves y masivas violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional han sido consideradas por el Consejo de Seguridad —amenazas a la paz‖, en el sentido del artículo 39 de la Carta⁵⁰, abriendo las puertas de la acción del Consejo conforme al Capítulo VII⁵¹. Ello lo vemos, por ejemplo, en la resolución 808 (1993), en la

⁴⁸ NIKKEN, P.: op. cit., pág. 63.

⁴⁹ V., a título de ejemplo de los últimos diez años, las resoluciones 1468 (2003), párr.2; 1493 (2003), párr. 8; 1556 (2004), párr. 8 del preámbulo; 1574 (2004), párr. 11; 1828 (2008), párr. 11 1906 (2009), párr. 6 del preámbulo y párr. 10; 1910 (2010), párr. 16; 1919 (2010), párr. 12 del preámbulo y párr. 4; 1923 (2010), párr. 4 del preámbulo; 1925 (2010), párr. 11 y 18; 1970 (2011), párr. 2 del preámbulo; 1975 (2011), párr. 5; 2043 (2012), párr. 4 del preámbulo; 2063 (2012), párr. 15; 2078 (2012), párr. 6; 2085 (2012), párr. 6 del preámbulo; 2088 (2013), párr.13; 2093 (2013), párr. 26; 2098 (2013), párr. 8; entre muchas otras.

⁵⁰ «El Consejo de Seguridad determinará la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión y hará recomendaciones o decidirá qué medidas serán tomadas de conformidad con los artículos 41 y 42 para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales».

⁵¹ —Acción en caso de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión‖. Escudero Espinosa reseña la práctica del Consejo de Seguridad

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

que el Consejo de Seguridad, expresando «*su profunda alarma ante los informes que siguen dando cuenta de violaciones generalizadas del derecho internacional humanitario en la ex Yugoslavia, con inclusión de asesinatos en masa y la continuación de la práctica de la “depuración étnica”*», determinó «*que esa situación constituye una amenaza a la paz y la seguridad internacionales*». Más recientemente, con relación a la situación en Libia, en su resolución 1973 (2011), «*Condenando la grave y sistemática violación de los derechos humanos, incluidas las detenciones arbitrarias, las desapariciones forzadas, los casos de tortura y las ejecuciones sumarias*», determinó «*que la situación imperante en la Jamahiriya Árabe Libia sigue representando una amenaza para la paz y la seguridad internacionales*», y tomó diversas medidas en virtud del Capítulo VII, incluyendo la autorización del uso de la fuerza armada en ejercicio de la denominada Responsabilidad de Proteger⁵². Además de estos casos concretos, el propio Consejo, con motivo del examen del tema ~~La~~ protección de los civiles en los conflictos armados⁵² ha sido muy explícito sobre la cuestión al hacer notar que «*los ataques dirigidos deliberadamente contra las poblaciones civiles u otras personas protegidas y las violaciones sistemáticas, manifiestas y generalizadas del derecho internacional humanitario y del derecho internacional relativo a los derechos humanos en situaciones de conflicto armado pueden constituir una amenaza para la paz y la seguridad internacionales* y, a este respecto, reafirma que *está dispuesto a examinar esas situaciones y, cuando sea necesario, imponer medidas adecuadas*»⁵² (negrita añadida).

al respecto (ESCUADERO ESPINOSA, J. F.: *Cuestiones en torno a la intervención humanitaria y el derecho internacional actual*. Universidad de León, 2002, págs. 323-327).

⁵² Resoluciones 1296 (2000), párr. 5; 1674 (2006), párr. 26; 1738 (2006), párr. 9; 1894 (2009), párr. 3.

c. Derechos humanos y no intervención

También el artículo 56 se convirtió, en los primeros tiempos de la historia de la Organización, en el argumento principal de quienes sostenían que las cuestiones de derechos humanos no constituían asuntos —que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados—, en el sentido del artículo 2.7 de la Carta, al que ya nos hemos referido. Durante los debates⁵³ sobre la cuestión, varios representantes dieron por sentada la premisa de que las disposiciones de la Carta sobre derechos humanos, en particular, los artículos 1.3, 55 y 56 creaban obligaciones internacionales para los Estados Miembros y que, entonces, tales normas excluían a los derechos humanos y las libertades fundamentales de la jurisdicción interna de los Estados Miembros. La mayoría de estos representantes sostuvieron que, desde que los derechos humanos son regidos por obligaciones internacionales, caen bajo la jurisdicción de las Naciones Unidas y no bajo la jurisdicción interna de sus Miembros. Otros establecieron una distinción entre violaciones accidentales de los derechos humanos, que afectarían a individuos o pequeños grupos, y violaciones sistemáticas con repercusión internacional; las primeras caerían bajo la jurisdicción interna, las otras, no. Hubo otros representantes que rechazaron tal argumento, afirmando que la Carta no impone obligaciones internacionales respecto de los derechos humanos y, por lo tanto, no removía la cuestión de la jurisdicción interna de los Estados, y que las actas de la Conferencia de San Francisco mostraban que el Capítulo IX de la Carta⁵⁴, incluidos los artículos 55 y 56, no tenían

⁵³ Véase al respecto: *Repertorio de la práctica seguida por los Órganos de las Naciones Unidas*, Suplemento N°2, Volumen III. Nueva York, 1963, págs. 203-206, y Suplemento N° 3, Volumen III. Nueva York, 1971, págs. 114-115.

⁵⁴ —Cooperación Internacional Económica y Social—, donde se insertan los artículos 55 y 56.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

por objeto autorizar a las Naciones Unidas a intervenir en la jurisdicción interna de los Estados Miembros. Pese a estas posturas negatorias –sustentadas por aquellos Estados a los que se acusaba de violar los derechos humanos–, de la práctica de la Organización – como lo hemos visto– surge implícitamente⁵⁵ que la obligación que impone el artículo 56 con respecto a los propósitos del artículo 55 es superior a la excepción del artículo 2.7, y su incumplimiento autoriza la intervención de las Naciones Unidas. Esta conclusión fue avalada por la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva de 30 de marzo de 1950, sobre la Interpretación de los Tratados de Paz con Bulgaria, Hungría y Rumania al rechazar la objeción de que la Asamblea General había violado el artículo 2.7, en los siguientes términos: «*Para los fines de la presente Opinión, basta con notar que la Asamblea General justificó la adopción de su resolución declarando que “las Naciones Unidas, en cumplimiento del artículo 55 de la Carta, deben promover el respeto universal a los derechos del hombre 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”*»⁵⁶.

Creemos que esta conclusión, en el sentido de que el respeto de los derechos humanos no es un asunto que sea –esencialmente de

⁵⁵ Aunque ni la Asamblea General ni la Comisión de Derechos Humanos lo declararon expresamente en ninguna resolución, la aprobación de resoluciones que contenían recomendaciones sobre la situación de los derechos humanos en diferentes países demuestra por sí misma cuál fue su valoración sobre el tema.

⁵⁶ CIJ: *Interprétation des traités de paix, Avis consultatif*: C. I. J. Recueil 1950, p. 65. En términos similares a los expuestos, Manili afirma: «*La Corte Internacional de Justicia, en la Opinión Consultiva sobre la interpretación de los tratados de paz concluidos con Bulgaria, Hungría y Rumania en 1950 dejó en claro que la actuación de la ONU en el marco del artículo 55 de la Carta no podía ser considerada como una cuestión perteneciente al ámbito interno de los estados.*» (MANILI, P.: op. cit., pág. 138).

la jurisdicción interna de los Estados⁵⁷ se apoya en tres premisas básicas:

- i) La primera es que la cuestión de qué asuntos son esencialmente de la jurisdicción interna es relativa, y depende del desarrollo del derecho internacional y las relaciones internacionales. Así lo había resuelto la Corte Permanente de Justicia Internacional en su opinión consultiva sobre el asunto de los decretos de nacionalidad en Túnez y Marruecos: «*La cuestión de saber si cierta materia cae o no dentro del dominio exclusivo de un Estado es una cuestión esencialmente relativa; depende del desarrollo de las relaciones internacionales*»⁵⁷. Jiménez de Aréchaga sostenía, en posición que compartimos, que cuando una cuestión es regulada por el derecho internacional, y en particular por la Carta de las Naciones Unidas, queda fuera del ámbito de la jurisdicción interna de los Estados: «*la simple circunstancia de que una materia esté comprendida dentro de los términos de la Carta es suficiente para colocarla fuera de la jurisdicción doméstica de los Estados Miembros*»⁵⁸.

⁵⁷ CPJI: *Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc, avis consultatif*. Serie B N^o 4, pág. 24.

⁵⁸ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E.: op. cit., pág. 118. Más adelante, agrega: “... las disposiciones de la Carta analizadas tienen la importancia muy grande de que hacen transvasar la materia de la protección de los derechos humanos, de la jurisdicción doméstica de cada Estado a la internacional. Ya se ha dicho que una de las razones por las cuales un asunto deja de ser doméstico y se transforma en internacional, es por constituir el objeto de un tratado internacional. La protección de los derechos humanos es objeto de un tratado, es objeto de estos arts. 56 y 55 de la Carta; por lo tanto, ha transvasado de la esfera interna a la internacional» (Ibídem, pág. 448).

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

- ii) La Carta incluyó a los derechos humanos entre sus propósitos, dotó de competencias al respecto a sus órganos principales y hasta estableció obligaciones para los Estados en la materia. Si se considerara a los derechos humanos como esencialmente de la jurisdicción interna, ¿cuál sería el ámbito de competencia de la Organización? Este quedaría limitado a las meras actividades de promoción y de proclamación de declaraciones genéricas sin contenido y ninguna aplicación práctica –toda vez que cualquier recomendación sobre la situación de derechos humanos en cualquier Estado podría considerarse como una ~~intervención~~ prohibida–, desproveyendo así ~~sentido~~ a las claras disposiciones de la Carta.
- iii) La práctica de la Organización, y la evolución del derecho internacional –claramente influenciada por aquella– demuestran que en la actualidad la protección y el respeto de los derechos humanos han adquirido un carácter eminentemente internacional –no obstante seguir siendo los Estados los principales y primeros obligados por ellos–. Así se expresó en la Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobados en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos en 1993: *«la promoción y protección de todos los derechos humanos es una preocupación legítima de la comunidad internacional»*⁵⁹. Unos años antes, en septiembre de 1989, el Institut de Droit International adoptó una resolución sobre la protección de los Derechos Humanos y el principio de

⁵⁹ CONFERENCIA MUNDIAL DE DERECHOS HUMANOS: *Declaración y Programa de Acción de Viena*. Documento A/CONF.157/23. Naciones Unidas. Ginebra, 1993. Párr. 4.

Luciano Pezzano

no intervención en los asuntos internos de los Estados, en la que afirmó que éstos tienen la obligación de asegurar el respeto de los Derechos Humanos, y que ningún Estado que viole dicha obligación «*puede sustraerse a su responsabilidad internacional con el pretexto de que esta materia es esencialmente de jurisdicción interna*»⁶⁰.

III. Consideraciones finales

Este análisis de normas, doctrina, jurisprudencia y práctica de las Naciones Unidas –quizás extenso, pero necesario– nos permite afirmar, sin duda alguna, que, desde su propio nacimiento, el sistema universal de derechos humanos contuvo obligaciones jurídicamente exigibles para los Estados, y que éstas emergen de la Carta de las Naciones Unidas.

Tanto los Estados como la práctica de los órganos de las Naciones Unidas reconocen que la Carta de las Naciones Unidas, y en particular, el artículo 56 generan para los Estados la obligación de cooperar para el respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales. Así, podemos concluir que también la propia Carta de las Naciones Unidas estableció la obligación para todos los Miembros de las Naciones Unidas de promover el respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales de todos, sin distinción. Poco se había insistido en la doctrina sobre la existencia de esta norma convencional, que desde 1945 instaló la obligación del respeto a los derechos humanos. Así, creemos que en este trabajo hemos logrado destacar la importancia –a nuestro entender

⁶⁰ INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL: *La protection des droits de l'homme et le principe de non-intervention dans les affaires intérieures des Etats*. Sesión de Santiago de Compostela, 1989. Disponible en: http://www.idi-iiil.org/idiF/resolutionsF/1989_comp_03_fr.PDF

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

trascendental– que reviste el artículo 56 dentro del sistema de promoción y protección de los derechos humanos que delinea la Carta.

No se nos escapa que las conclusiones a las que aquí arribamos son posibles gracias al desarrollo y evolución operados en las últimas seis décadas en materia de derechos humanos, y que quizás otra sería la interpretación en 1945. Demostramos, no obstante, que la convicción de la obligatoriedad del artículo 56 en relación con los propósitos en materia de derechos humanos del artículo 55 c), se planteó desde los primeros instantes de la vida de las Naciones Unidas, y fue rápidamente acogida por la doctrina, marcando así el comienzo de un camino en constante y profundo cambio.

Es necesario notar, además, que es precisamente este desarrollo lo que más caracteriza al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, cuyos fundamentos y punto de partida son los que aquí analizamos. Los instrumentos de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. No es a la luz de lo que en tiempos de su aprobación se estimó que era el valor y la significación de las normas aquí referidas como deben ser interpretadas, sino que es preciso determinarlo en el momento actual, ante lo que es hoy el sistema universal, habida cuenta de la evolución experimentada desde 1945⁶¹.

Ello no es más que aplicar al Derecho Internacional de los Derechos Humanos lo que tiene resuelto la Corte Internacional de

⁶¹ V. al respecto Corte IDH, OC-10/89, p.37 y Corte IDH: *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A Nº 16, párr. 114.

Luciano Pezzano

Justicia en materia de interpretación: «...[se deben] tomar en consideración las transformaciones ocurridas en el medio siglo siguiente, y su interpretación no puede dejar de tomar en cuenta la evolución posterior del derecho [...]. Además, un instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el marco del conjunto del sistema jurídico vigente en el momento en que se practica la interpretación. En el dominio al que se refiere el presente proceso, los últimos cincuenta años [...] han traído una evolución importante»⁶².

De este modo, la Carta de las Naciones Unidas cumple dos trascendentales funciones en materia de derechos humanos: por un lado, es fuente de obligaciones para los Estados –pudiendo ser interpretada y aplicada, como se dijo, con prescindencia de toda otra norma convencional o consuetudinaria– y para los órganos de la Organización, a quienes confiere específicas competencias al respecto; por otro, constituye el punto de partida y fundamento de todo el sistema universal, construido sobre bases que, no obstante el camino recorrido –y todo el que queda por recorrer–, han demostrado su solidez con el transcurso de los tiempos.

⁶² CIJ: *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa), notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinión, I.C.J. Reports 1971, pág. 16 ad 31).

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

ALGUNAS REFLEXIONES ACERCA DEL DERECHO AL
MEDIO AMBIENTE SANO COMO DERECHO HUMANO

SOME REFLECTIONS ON THE RIGHT TO A HEALTHY
ENVIRONMENT AS A HUMAN RIGHT

*María Alejandra Sticca**

Resumen: En este artículo presentado en ocasión de celebrarse los 400 años de la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina), reflexionamos acerca del concepto, evolución y caracterización del derecho al medio ambiente sano en tanto que derecho humano. Derecho que si bien es considerado un pre-requisito para la realización de los otros derechos humanos aún no ha sido expresamente consagrado en todos los ámbitos de protección.

Palabras - clave: Derechos humanos – Derecho al medio ambiente – Medio ambiente.

Abstract: In this paper presented on the occasion of the 400th anniversary of the National University of Córdoba (Argentine), we think over the concept, evolution and characterization of the right to a healthy environment as a human right. Although this right is considered as a condition for the realization of the other human rights has not been expressly embodied in all areas of protection.

* Doctorando en Derecho (UNC) – Magister. en Cooperación Internacional al Derecho y Asistencia Humanitaria – Especialista en Aspectos Jurídicos del Mercosur - Abogada - Lic. en Relaciones Internacionales – Prof. de Derecho Internacional Público en UNC y en UCES Sede San Francisco – Miembro del Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración de la Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba. Email: alejandrasticca@arnet.com.ar

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

Keywords: Human rights – Right to a healthy environment – Environment.

SUMARIO: II. Concepto de derecho al medio ambiente sano. - II. Evolución del derecho al medio ambiente sano como derecho humano. - III. Caracterización del derecho al medio ambiente sano. - IV. Conclusiones.

I. Concepto de derecho al medio ambiente sano

Se suele hacer referencia al derecho al medio ambiente con adjetivos tales como: equilibrado, limpio, sano, adecuado, etc.

En la doctrina encontramos distintos conceptos del derecho al medio ambiente sano entre los que nosotros destacamos los siguientes:

Derecho a un medio ambiente sano en la medida que permita el efectivo disfrute de otros derechos reconocidos a la persona humana, tal como lo señala Kiss¹.

Para Dupuy se trataría de un «derecho a la protección de condiciones medioambientales de salubridad»².

Para Loperena Rota el derecho al medio ambiente adecuado es el derecho a usar y disfrutar de una biosfera con determinados parámetros físicos y biológicos de modo que pueda desarrollarse con la máxima plenitud nuestra persona³. Y para Franco del Pozo el

¹ KISS, A. «Définition et nature juridique d'un droits de l'homme à l'environnement», *Environnement et droits de l'homme*, UNESCO, 1987, p.17.

² DUPUY, P.M. «Le droit à la santé et la protection de l'environnement», *Le Droit à la santé en tant que droit de l'homme*, Colloque 1978, Académie de droit international de la Haye, Sijthoff, 1979, p. 409.

³ LOPERENA ROTA, D. *El derecho al medio ambiente adecuado*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1996; p. 69.

María Alejandra Sticca

derecho de todas las personas y de todos los pueblos a disfrutar de un medio ambiente saludable adecuado a su desarrollo⁴.

Ruiz Vieytes define al derecho al medio ambiente como el interés vital de toda persona, reconocido y protegido por el ordenamiento jurídico, en mantener los equilibrios necesarios en los elementos de su entorno físico habitual, para un adecuado nivel de vida⁵.

Bellver Capella sostiene que el derecho al desarrollo debe ser el nombre del derecho al medio ambiente en los países en desarrollo. En cuanto al contenido de este derecho propone dos niveles en la conceptualización del mismo:

- 1º nivel manifestaciones concretas de un incipiente derecho humano al medio ambiente a través, de los cauces de los derechos humanos de primera generación: derecho a la participación, a la educación y a la información.
- 2º nivel derecho al medio ambiente en sentido amplio, encajando en la tercera generación de derechos. Se identifica con el derecho al desarrollo sostenible de todos los habitantes del planeta. En los países desarrollados adquirirá la forma del derecho a la conservación y a la calidad de vida y en los en desarrollo a la supervivencia y satisfacción de las necesidades básicas⁶.

⁴ FRANCO DEL POZO, M. *El Derecho Humano a un medio ambiente adecuado*, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, Nº8, Univ. de Deusto, Bilbao, España, 2000, p. 32.

⁵ RUIZ VIEYTES, E. *El Derecho al ambiente como derecho de participación*, Colección Derechos Humanos –P. F. Vitoriall, Zarautz, 1990, p. 32.

⁶ BELLVER CAPELLA, V. *Ecología: de las Razones a los Derechos*, Edit. Ecorama, 1994, p. 286 ss.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

Por nuestra parte definimos al derecho al medio ambiente sano como el *derecho de toda persona a usar y disfrutar los recursos naturales y culturales de una manera sostenible que permita una vida digna y saludable tanto a los integrantes de las generaciones presentes como de las futuras.*

II. Evolución del derecho al medio ambiente sano como derecho humano

Con carácter previo consideramos oportuno aclarar que si bien algunos autores encuentran las raíces profundas del derecho al medio ambiente en tanto que derecho humano en algunos instrumentos jurídicos de derechos humanos de mediados del siglo XX en adelante (postura que no descartamos y en cierta medida compartimos), a los fines del análisis de la evolución del reconocimiento expreso del derecho al medio ambiente sano tomaremos como punto de partida la Conferencia de Estocolmo sobre el Medio Humano de 1972.

En diciembre de 1968 la *Asamblea General de las Naciones Unidas* por Res. 2398/XXIII convocó una *Conferencia Internacional* a desarrollarse en Estocolmo en el año 1972.

La *Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano* se reunió en junio de 1972, en Estocolmo. En esa oportunidad se adoptó la *Declaración de Estocolmo sobre Medio Humano* del 16 de junio de 1972. Esta Declaración está integrada por dos partes: la primera comprende siete proclamaciones y la segunda proclama veintiséis principios.

En el Preámbulo de dicha Declaración se reconoce que *—el hombre es a la vez obra y artífice del medio que lo rodea, el cual le da el sustento material y le brinda la oportunidad de desarrollarse intelectual, moral, social y espiritualmente.* En ese mismo sentido reconoce que *—los dos aspectos del*

María Alejandra Sticca

medio ambiente, el natural y el artificial, son esenciales para el bienestar del hombre y para el goce de los derechos humanos fundamentales, incluso el derecho a la vida misma.^{ll}

En el Principio I de la Declaración de Estocolmo encontramos una referencia expresa al Derecho al Medio Ambiente como Derecho Humano, en los siguientes términos:

—El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, a la igualdad y al disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio ambiente de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio ambiente para las generaciones presentes y futuras^{ll7}.

La proclamación del derecho al medio ambiente se efectúa desde una perspectiva antropocéntrica. Como contrapartida del derecho del hombre a condiciones de vida satisfactoria, se establecen deberes para con el medio ambiente derivados de la solidaridad y la equidad intra e intergeneracional.

En la Proclamación 2 pone de manifiesto la estrecha relación que existe entre el desarrollo y la protección del medio ambiente:

—La protección y el mejoramiento del medio humano es una cuestión fundamental que afecta al bienestar de los pueblos y al desarrollo económico del mundo entero, un deseo urgente de los pueblos de todo el mundo y un deber de todos los gobiernos^{ll8}.

⁷ El resaltado es personal.

⁸ El resaltado es personal.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

En el Principio 2 de la Declaración se recepta el concepto de *equidad intergeneracional* y se enuncian los elementos del *uso sostenible*:

—Los recursos naturales de la Tierra, incluidos el aire, el agua, la tierra, la flora y la fauna y especialmente muestras representativas de los ecosistemas naturales, deben preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras mediante una cuidadosa planificación u ordenación, según convenga.

En este orden de ideas, la *Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados* del 12 de diciembre de 1974 aprobada por Res. AG 3281 (XXIX), hace referencia en su preámbulo a la necesidad de la protección, la conservación y el mejoramiento del medio ambiente y el artículo 30⁹ se incorpora el concepto de equidad intergeneracional, y los principios de responsabilidad común pero diferenciada, de prevención y de cooperación.

En 1981 en el ámbito de la *Organización para la Unidad Africana* se aprueba la *Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos*, en cuyo

⁹ —Art. 30 La protección, la preservación y el mejoramiento del medio ambiente para las generaciones presentes y futuras es responsabilidad de todos los Estados. Todos los Estados deben tratar de establecer sus propias políticas ambientales y de desarrollo de conformidad con esa responsabilidad. Las políticas ambientales de todos los Estados deben promover y no afectar adversamente el actual y futuro potencial de desarrollo de los países en desarrollo. Todos los Estados tienen la responsabilidad de velar por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de las zonas situadas fuera de los límites de la jurisdicción nacional. Todos los Estados deben cooperar en la elaboración de normas y reglamentaciones internacionales en la esfera del medio ambiente.¶

María Alejandra Sticca

artículo 24¹⁰ se reconoce expresamente el derecho al medio ambiente.

En su Res. 38/161 de 1983, la *Asamblea General de Naciones Unidas* instituyó la *Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*, conducida por la Primera Ministra Noruega Gro Harlem Brundtland. Dicha Comisión elaboró el *Informe “Nuestro Futuro Común”* en 1987, conocido también como *Informe Brundtland*.

El Informe Brundtland tiene trascendental importancia porque acuñó el término *desarrollo sostenible*, y reunió los elementos esenciales del concepto. Esta nueva concepción del desarrollo tiene la particularidad que incorpora la dimensión ambiental, pues define el desarrollo sostenible en los siguientes términos:

(...) *Es el desarrollo que satisface las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades*. Encierra en sí dos conceptos fundamentales:

- el concepto de *necesidades*, en particular las necesidades esenciales de los pobres, a las que se debería otorgar prioridad preponderante;
- la idea de limitaciones impuestas por la capacidad del medio ambiente para satisfacer las necesidades presentes y futuras¹¹.

Un reconocimiento expreso al derecho al medio ambiente sano lo encontramos dentro del sistema interamericano de protección de

¹⁰ Artículo 24

Todos los pueblos tendrán derecho a un entorno general satisfactorio favorable a su desarrollo.

¹¹ Nuestro Futuro Común, CMMAD, 1987, Cap. II, párrafo 1. El resaltado es personal.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

los derechos humanos, al aprobarse en 1988 el *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador)*. Durante los trabajos preparatorios del citado Protocolo se consideró que el concepto de medio ambiente estaba ya suficientemente establecido, con precedentes en instrumentos internacionales, de modo tal que se tornaba apropiado reconocerlo en una norma como la del artículo II¹².

En diciembre de 1989, la *Asamblea General de las Naciones Unidas* adoptó la Res. 44/228 que llevó a la celebración de la *Conferencia sobre Medio Ambiente y Desarrollo* realizada en Río de Janeiro (Brasil) en el mes de junio de 1992, en la cual estuvieron representados Estados y Organizaciones No Gubernamentales además de agrupaciones ecologistas que participaron en el Foro Global 2000.

En la misma Conferencia se decidió también la creación de una *Comisión para el Desarrollo Sostenible (CDS)*, la cual fue finalmente instituida a instancia de la *Asamblea General de Naciones Unidas* como una Comisión orgánica del *Consejo Económico y Social (ECOSOC Res. 1993/207 del 12/2/93)*.

La Declaración de Río tiene al igual que la Declaración de Estocolmo una perspectiva antropocéntrica de los problemas ambientales. El punto de partida de esta nueva concepción está en el Principio I de la Declaración de Río al expresar:

¹² Artículo II. Derecho a un Medio Ambiente Sano.

1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos.
2. Los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente.

María Alejandra Sticca

—*Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza.*¹³.

En nuestra opinión, el derecho humano al medio ambiente está implícitamente reconocido en la Declaración de Río, a pesar de que no lo proclame en forma expresa.

El *Principio 10* de la *Declaración de Río* señala la importancia de la participación de toda la población en el planteamiento de las cuestiones ambientales, para lo cual se debe asegurar acceso a la información adecuada:

—El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener *acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente* de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierren peligro en sus comunidades, así como las oportunidades de participar en los procesos de toma de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. ()¹⁴.

La Declaración también establece formas menos jurídicas de participación de las mujeres (principio 20¹⁵), de los jóvenes

¹³ El resaltado es personal.

¹⁴ El resaltado es personal.

¹⁵ Principio 20 Las mujeres desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo. Es, por tanto,

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

(principio 21¹⁶) y de los pueblos indígenas (principio 22¹⁷). La Agenda 21 desarrolla estos principios en la Sección 3 –Consolidación del papel de los principales grupos¹⁸.

Para Pomed Sánchez la Declaración de Río profundiza en los aspectos participativos latentes en la Declaración de Estocolmo, lo cual se pone de manifiesto en el Preámbulo al identificar como objetivo la creación de nuevos niveles de cooperación no sólo entre los Estados, sino también con los sectores claves de las sociedades y las personas¹⁹.

En 1993 se celebró en Viena la *Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos*. La *Declaración de Viena* reafirma el derecho al desarrollo, según se proclama en la *Declaración sobre el Derecho al Desarrollo de 1986*, como derecho universal e inalienable y como parte integrante de los derechos humanos fundamentales. Asimismo afirma:

imprescindible contar con su plena participación para lograr el desarrollo sostenible.

¹⁶ Principio 21 Debería mobilizarse la creatividad, los ideales y el valor de los jóvenes del mundo para forjar una alianza mundial orientada a lograr el desarrollo sostenible y asegurar un mejor futuro para todos.

¹⁷ Principio 22 Las poblaciones indígenas y sus comunidades, así como otras comunidades locales, desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo debido a sus conocimientos y prácticas tradicionales. Los Estados deberían reconocer y apoyar debidamente su identidad, cultura e intereses y hacer posible su participación efectiva en el logro del desarrollo sostenible.

¹⁸ KISS, A. –El Derecho al Medio Ambiente de Estocolmo a Sofía¹¹, Suplemento Humana Iura de *Derechos Humanos*, Nº 6, Univ. de Navarra, España, 1996, p. 158.

¹⁹ POMED SÁNCHEZ, L. –El Derecho al Medio Ambientell, en *Nuevos escenarios y nuevos colectivos de los Derechos Humanos*, M. Contreras, L. Pomed, R. Salanova (Coord.), Zaragoza, 1998, p. 557 ss.

María Alejandra Sticca

—H. El derecho al desarrollo debe realizarse de manera que satisfaga equitativamente las necesidades en materia de desarrollo y medio ambiente de las generaciones actuales y futuras. La Conferencia Mundial de Derechos Humanos reconoce que el vertimiento ilícito de sustancias y desechos tóxicos y peligrosos puede constituir una amenaza grave para el derecho de todos a la vida y la salud. (...)».

La *Subcomisión sobre Prevención de Discriminación y Protección de Minorías* (órgano subsidiario de la *Comisión de Derechos Humanos de ONU*) llevó a cabo trabajos sobre los efectos nocivos para el goce de los derechos humanos del traslado y vertimiento ilícitos de productos y desechos tóxicos y peligrosos, así como sobre el tema derechos humanos y medio ambiente a cargo de la *Relatora Especial Mme. Zhora Fatma Ksentini*. Dicha Relatora presentó un *Informe en 1993*²⁰ en el cual analiza las cuestiones referentes al reconocimiento e implementación de los derechos ambientales como derechos humanos. Advierte que el daño ambiental tiene efectos directos en el disfrute de otros derechos humanos, tales como el derecho a la vida, a la salud, a la vivienda, a la educación, a la dignidad de la persona y la familia, al desarrollo, a la paz.

En el *Informe final de 1994*²¹ la Relatora incorpora como anexo un *Proyecto de Declaración de Principios sobre Derechos Humanos y Medio Ambiente*, el cual consta de un Preámbulo y cinco partes.

El *Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, órgano de control y protección de los derechos reconocidos en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y culturales del año 1966, en agosto del año 2000 en su *Observación General N°14* reconoció expresamente

²⁰ E/CN.4/Sub.2/1993/7, de 26 de julio de 1993.

²¹ E/CN.4/Sub.2/1994/9 y Corr.1, de 6 de julio de 1994.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

los vínculos existentes entre el derecho a la salud y el medio ambiente sano²².

Atapattu sostiene que *—Ambiguous international standards and general disagreement over the obligations imposed have hampered the development of the right to a healthy environment as a well-understood international human right.*’ Still, some experts argue that an internationally recognized “right to a healthy environment” may properly address several public health problems caused by environmental issues, as well as offer an avenue for redress against States that fail to fulfill their obligations under this right²³ll.

Fung considera que a nivel universal, el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales es la principal fuente para determinar las obligaciones de los Estados en material de medio ambiente sano²⁴.

En el ámbito de la Unión Europea en el año 2000 se adoptó la *Carta de los Derechos Fundamentales*, cuyo Capítulo IV —Solidaridadll contiene el artículo 37²⁵ referido a la protección del medio ambiente. Cabe señalar que la *Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950* no contiene ninguna referencia expresa a este derecho, no obstante ello el Tribunal Europeo de Derechos Humanos interpretó el artículo 8 de la referida

²² Véase U.N. Doc. E/C.12/2000/4 II de agosto de 2000.

²³ ATAPATTU S. —The Public Health Impact of Global Environmental Problems and the Role of International Lawll, 30 AM. J. L. & MED. 283, 302-03 (2004).

²⁴ FUNG, M. —The Right to a Healthy Environment: Core Obligations under the International Covenant of Economic, Social and Cultural Rightsll, 14 Willamette J. Int’l L. & Dis. Res 97 (2006).

²⁵ —Las políticas de la Unión integrarán y garantizarán con arreglo al principio de desarrollo sostenible un alto nivel de protección del medio ambiente y la mejora de su calidadll.

convención en sentido amplio incluyendo de ese modo referencias al medio ambiente sano²⁶.

En el año 2002 se aprobó la *Carta Andina para la Promoción y la Protección de los Derechos Humanos* cuya Parte VII se refiere al Derecho al medio ambiente sano y protegido²⁷.

III. Caracterización del derecho al medio ambiente sano

Si bien comenzaremos analizando distintas posiciones doctrinarias acerca del derecho al medio ambiente sano a la luz de la teoría de las generaciones de derecho, ello en razón de ser una teoría compartida por amplia parte de la doctrina y la cual sirve a los fines de la caracterización de los derechos humanos, nosotros nos apartaremos de la misma en atención al carácter indivisible e interdependiente de los derechos humanos y a la imposibilidad de establecer diferenciaciones tajantes en orden a las obligaciones que le incumben a los Estados respecto de la protección y garantía de los derechos y por otra parte dada la dificultad de establecer una división clara entre los derechos justiciables y no justiciables.

²⁶ Véase *i.a.* Lopez Ostra v. Spain, App. No. 16798/90, 20 Eur. Ct. H.R. 277, 295 (1994).

²⁷ PARTE VII DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE SANO Y PROTEGIDO

Artículo 30. Reconocen el derecho de toda persona y de las sociedades a un medio ambiente sano y protegido.

Artículo 31. Declaran que para la promoción y defensa del derecho a un medio ambiente sano y protegido dentro de la normativa de los derechos humanos, es menester tomar en cuenta los instrumentos del Derecho Internacional del medio ambiente, inter alia, el Convenio sobre la Diversidad Biológica, la Convención sobre el Cambio Climático, la Convención de lucha contra la desertificación, y particularmente, la Estrategia Regional de Biodiversidad para los Países del Trópico Andino, adoptada por el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

Cançado Trindade sostiene que la teoría de las generaciones de derechos es histórica y jurídicamente infundada, en la medida que alimentó una visión fragmentada de los derechos humanos, ya se encuentra desmitificada, y hoy somos testigos no de la sucesión de derechos sino de la expansión y fortalecimiento de los derechos humanos consagrados, consonante con una visión integrada de todos los derechos humanos²⁸.

Los “*derechos civiles y políticos*”, consagrados en primer término en los sistemas jurídicos nacionales, fueron también los que originariamente hallaron el reconocimiento, y más tarde, la más acabada protección del Derecho Internacional.

Estos derechos civiles y políticos -denominados de la ~~primera~~ generación-, implican generalmente una actitud pasiva o negativa del Estado, dirigida a respetar, a no impedir y a garantizar el libre y no discriminatorio goce de ellos; siendo el titular de los mismos la persona humana.

También están incorporados al concepto de derechos humanos los ~~derechos económicos, sociales y culturales~~, cuyo reconocimiento nacional se vincula a la conocida etapa del constitucionalismo social. En este caso requieren preferente aunque no exclusivamente una actitud positiva del Estado para realizar las acciones dirigidas a satisfacer esas necesidades e implican el reconocimiento de necesidades sociales y económicas de los seres humanos.

A los ~~nuevos~~ derechos humanos, “*derechos de la solidaridad*”, ~~de los pueblos~~ o ~~derechos de la tercera generación~~, podemos

²⁸ CANÇADO TRINDADE, A. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Vol I, Sergio Fabris Editor, 1ª Edición, Porto Alegre (Brasil) 1999, p. 390 ss.

María Alejandra Sticca

afirmar que se comenzó a considerarlos con especificidad en los albores de la década de los setenta.

K. Vasak fue el primero en hablar de los derechos de la solidaridad o de tercera generación. Estos derechos proceden de una cierta concepción de la vida en comunidad, y sólo se pueden realizar por la conjunción de los esfuerzos de todos los que participan en la vida social²⁹||.

Para Vasak la tercera generación vendría a completar las dos generaciones anteriores de derechos humanos³⁰. Considera que son derechos-síntesis, derechos que no pueden ser realizados más que gracias a la puesta en marcha de los otros derechos humanos, que son, de alguna manera, sus elementos constitutivos³¹||.

Pastor Ridruejo coincidentemente sostiene que las diferentes generaciones de derechos humanos constituyen un conjunto compacto, integrado y homogéneo, no sólo a nivel doctrinal sino también en la práctica³²||.

En este sentido, pensamos que estos nuevos derechos|| reflejan una concepción de la vida en comunidad. Sólo pueden adquirir existencia real mediante los esfuerzos conjuntos de todos los componentes de la sociedad: individuos, Estados, entidades

²⁹ VASAK, K. Le droit international des droits de l'homme||, en *Revue des droits de l'homme*, vol. I, Pedone, París, 1972, p. 45.

³⁰ VASAK, K. Le Droit International des Droits de l'Homme||, *RCADI*, t. 140, 1974-IV, pp 344 ss.

³¹ VASAK, K. Les différents catégories des droits de l'homme||, en *Les dimensions universelles des droits de l'homme*, UNESCO, Bruselas, 1990, p.305.

³² PASTOR RIDRUEJO, J. A. La protección internacional de los derechos humanos y la cooperación al desarrollo||, *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, Vol. 11, 1994, p.34.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

públicas o privadas³³, como ocurre con el derecho a un medio ambiente sano, el derecho al agua pura, el derecho a la paz, el derecho al patrimonio común de la humanidad, el derecho al desarrollo.

Consideramos oportuno realizar cierta puntualización sobre el principio de solidaridad, el cual está en la base de estos nuevos derechos³⁴.

En un sentido jurídico, el término solidaridad se refiere a un derecho u obligación conjunta de varias personas.

En sociología, se adopta el concepto elaborado por Durkheim —conjunto de actitudes y comportamientos que aseguran la cohesión y la continuidad de la acción colectiva de una sociedad³⁵.

Otros autores la definen como el —sentimiento de un deber moral hacia los otros miembros de un grupo, fundado sobre la identidad de situación o interés³⁴; —conjunción de esfuerzos humanos que concurren a un mismo fin y crean una comunidad de intereses y responsabilidades³⁵; —el reconocimiento práctico de la obligación natural que tienen los individuos y grupos humanos de contribuir al bienestar de los que tienen que ver con ellos, especialmente de los que tienen mayor necesidad³⁶ o —la conciencia conjunta de derechos y obligaciones, que surgiría de la existencia de necesidades comunes, de similitudes (de reconocimiento de

³³ VASAK, K., op.cit., pág. 327.

³⁴ Grand Larousse Universel, París, 1992, p.9676-9677.

³⁵ Diccionario Enciclopédico, volumen 3, Enciclopedia Británica, 1995-1996, p. 432.

³⁶ DE SEBASTIÁN, L., *La Solidaridad. Guardián de mi hermano*, Edit. Ariel, Barcelona, 1996, p. 12 - 30.

María Alejandra Sticca

identidad), que preceden a las diferencias sin pretender su allanamiento³⁷.

Este principio se funda en el reconocimiento de la interdependencia profunda que existe entre los seres humanos, de su vulnerabilidad y las limitaciones de nuestro planeta.

El principio de solidaridad, único medio para alcanzar la protección del medio ambiente, está receptado en la Declaración de Río en los Principios 7³⁸ y 27³⁹.

La obligación de conservación/protección del medio ambiente es un problema mundial que concierne a todos los Estados del mundo, sin importar si son desarrollados o en desarrollo, y cuya solución exige el concurso y la cooperación de todos. En un mundo tan interdependiente las amenazas a la vida del planeta sólo pueden ser enfrentadas solidariamente, a fin de alcanzar niveles mínimos de desarrollo para quienes viven por debajo de las necesidades esenciales humanas y por otro lado, exigir una contención del crecimiento para aquellos que viven por encima de los medios ecológicamente aceptables⁴⁰.

³⁷ DE LUCAS, J. *El concepto de solidaridad*, Fontamara, Méjico, 1993, p. 15-34.

³⁸ Principio 7: Los Estados deberán cooperar con *espíritu de solidaridad mundial* para conservar, proteger y restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la Tierra. En vista de que han contribuido en distinta medida a la degradación del medio ambiente mundial, los Estados tienen responsabilidades comunes pero diferenciadas (...).

³⁹ Principio 27: Los Estados y las personas deberán cooperar de buena fe y con *espíritu de solidaridad* en la aplicación de los principios consagrados en esta Declaración y en el ulterior desarrollo del derecho internacional en la esfera del desarrollo sostenible.

⁴⁰ JUSTE RUIZ, J. *Derecho Internacional del Medio Ambiente*, Edit. Mc Graw Hill, Madrid, 1999, p. 34.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

La doctrina es bastante unánime en reconocer entre estos derechos al derecho al medio ambiente, al derecho al desarrollo, derecho al patrimonio común de la humanidad y derecho a la paz⁴¹.

Bellver Capella, quien considera al derecho al medio ambiente entre los de tercera generación, señala algunas características de los nuevos derechos:

1. son derechos que surgen de preocupaciones planetarias, localizables en cualquier punto del mismo
2. son derechos que, para su realización, requieren la colaboración de todos los agentes sociales, por tanto son derechos y deberes al mismo tiempo^{42 43}.

Carrillo Salcedo destacó el carácter de derecho – deber del derecho al desarrollo⁴⁴, lo cual Bellver Capella considera se puede extender al resto de los derechos incluidos en esta categoría.

Coincidentemente Ruiz Vieytes sostiene que el derecho al medio ambiente es un derecho de la solidaridad que genera derechos pero al mismo tiempo deberes en tres órdenes: individuos, los distintos colectivos y el Estado. Sostiene que el reconocimiento de este derecho genera entre otras consecuencias la justiciabilidad y la

⁴¹ Op.cit. VASAK, K, –Le droit international. ...ll, p. 344.

⁴² Op. Cit. BELLVER CAPELLA, V, *Ecología: de las razones...*p. 237.

⁴³ La consideración de los derechos humanos como derechos – deberes se entronca mejor en las culturas orientales. Ver BALLESTEROS, J. (editor), *Derechos Humanos*, Editorial Tecnos, Madrid, 1992.

⁴⁴ –El derecho al desarrollo es un derecho humano y un derecho de los pueblos, lo que trae consigo el corolario de que todos los pueblos y todos los hombres, sin distinción, han de contribuir a una empresa común de la humanidad ll en –El derecho al desarrollo como Derecho de la persona humanall en *Revista Española de Derecho Internacional*, V-XXV, 1972, p. 125.

María Alejandra Sticca

participación. —La participación ciudadana es, pues, consecuencia fundamental del derecho a un ambiente sano por ser un derecho de solidaridad y los poderes públicos correspondientes vienen obligados a crear los mecanismos precisos para hacerla real y efectiva⁴⁵.

Pelloux incluye al derecho al medio ambiente entre los derechos de tercera generación. Este autor señala —Los nuevos derechos no corresponden a la noción de derechos del hombre tal como ha sido elaborada durante siglos de reflexión filosófica y jurídica. Su titular no es el hombre o el individuo, sino una colectividad, y a menudo difícil de determinar (...). Su objeto es, con frecuencia, impreciso. A veces, el nuevo derecho no hace más que retomar bajo una forma diferente todo o parte de los derechos económicos y sociales que figuran en la Declaración Universal y en la mayoría de las declaraciones nacionales; es el caso del derecho al medio ambiente, del derecho al desarrollo. (...) Finalmente, su protección jurídica es imposible o muy difícil de asegurar, como consecuencia de la imprecisión de su titular y de su objeto⁴⁶. No compartimos la afirmación del autor respecto de la imprecisión del objeto, así como respecto de la imposibilidad de la protección del derecho debido a la imprecisión de su titular. En relación con el objeto se puede afirmar que existe acuerdo en la doctrina respecto de un concepto mínimo del medio ambiente y en lo concerniente a su protección puede llevarse a cabo en tanto que protección de un interés difuso.

Rousseau sostiene que con los nuevos derechos parece haberse invertido el procedimiento de recepción legislativa, pues los

⁴⁵ Op. Cit. RUIZ VIEYTES, *El derecho...* p. 32 ss.

⁴⁶ PELLOUX, R. —Vrais et faux droits de l'homme. Problèmes de définition et de classification, *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, 1981-1, p.67-68.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

de primera y segunda generación se solieron inscribir en textos jurídicos de derecho interno para posteriormente recogerse en documentos internacionales, con los nuevos derechos ocurrió lo contrario primero se proclamaron en documentos internacionales y con posterioridad se receptaron en instrumentos de derecho interno⁴⁷.

Para Alston es prematuro e incluso inconveniente el reconocimiento de nuevos derechos, y a tal fin propone una serie de requisitos sustanciales y procesales que deben ser observados a la hora de proclamar nuevos derechos⁴⁸.

Para Kooijmans la introducción de la idea de derechos humanos de tercera generación —no sólo difumina la cuestión, sino que constituye un peligro para lo que está en la raíz de la internacionalización de los derechos humanos: la protección del individuo frente al Estado⁴⁹.||

Loperena Rota considera que si bien cronológicamente no hay dudas, sus caracteres no se ajustan a los derechos de tercera generación, ya que el medio ambiente adecuado es el *prius* para la existencia del desarrollo social, es un derecho vinculado a la propia vida humana. El medio ambiente adecuado precede lógicamente al propio derecho: *sin medio ambiente adecuado no hay vida humana, ni sociedad, ni Derecho*. En consecuencia su protección se efectúa en dos

⁴⁷ ROUSSEAU, D. —Les droits de l'homme de la troisième génération||, Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques, citado por ARA PINILLA; I. *Las transformaciones de los derechos humanos*, Edit. Tecnos, Madrid, 1994, p.161.

⁴⁸ ALSTON, P. —Conjuring up new rights: a proposal for quality control||, *American Journal of International Law*, vol. 78, p.214 ss.

⁴⁹ KOOIJMANS, P.H. —Human Rights – Universal Panacea. Some reflections on the so-called human rights of the third generation||, en NILR, 1990, p. 315-329;

sentidos: se le reconoce como derecho humano y se encomienda a los Poderes Públicos su conservación y tutela. Así tenemos un *derecho al medio ambiente*⁵⁰ y un *derecho a la protección del medio ambiente*⁵¹. El derecho al medio ambiente guarda analogías con los derechos de primera generación, ya que el Estado debe reconocerlos y tutelar que no sean violados sin que su actuación positiva sea imprescindible. Diferente es la situación del derecho a la protección del medio ambiente el cual sí se ejerce frente al Estado⁵².

Brown Weiss propone el reconocimiento de *derechos planetarios*⁵³ en formación, los cuales son la contracara de obligaciones planetarias que los integrantes de la generación actual tienen con los de la misma generación y con las futuras. Derechos planetarios que para el citado autor presentan similitudes y diferencias con los derechos humanos tradicionales, las primeras están dadas porque comparten el mismo enfoque: el bienestar y la dignidad de los seres humanos. La diferencia se pone de manifiesto porque los derechos humanos tradicionales se concentran en la relación entre el individuo y el Estado, mientras que los planetarios son poseídos colectivamente por cada generación. Los derechos planetarios representan un mínimo de intereses compartidos por todas las generaciones e incluyen muchos de los aspectos del derecho al medio ambiente decente o el derecho a la salud con él vinculado, por lo

⁵⁰ Derecho al medio ambiente adecuado entendido como el derecho a disfrutar directamente de los parámetros idóneos de la biosfera.

⁵¹ Derecho a su protección como el derecho a que las Instituciones públicas provean los instrumentos para prevenir la degradación, proteger y restaurar, donde fuese necesario, el medio ambiente.

⁵² LOPERENA ROTA, D. *Los principios del Derecho Ambiental*, Edit. Civitas, Madrid, 1998, p. 52 ss.

⁵³ Son los derechos, que cada generación posee, a recibir el planeta en condiciones no peores a aquellas en que lo recibió la generación anterior, a heredar una diversidad de recursos naturales y culturales similar, y a tener un acceso equitativo al uso y a los beneficios del legado.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

tanto se superarían las discusiones doctrinarias acerca de la calificación del derecho a un medio ambiente decente como de primera o tercera generación⁵⁴.

En cuanto al uso del término *generación* considera Kiss que trae problemas conceptuales, y que sería más adecuado no hablar de generaciones sino de corriente constante, —humanity can be compared with a huge river which flows ceaselessly, becoming ever larger and larger and in which no distinction can be made between the drops of water which make it up⁵⁵. Este pensamiento enfatiza la idea de la unidad esencial que existe entre las generaciones de seres humanos que habitan la Tierra.

Por su parte, Lewis sostiene que al menos hay dos posibles conceptualizaciones del medio ambiente dentro del marco de los derechos humanos,

“Broadly speaking there are at least two possible conceptualisations of the environment within a human rights legal framework. In one approach, the environment is viewed as a precondition for the enjoyment of human rights. Environmental factors may therefore influence or determine the level of rights fulfilment and environmental degradation can amount to a violation of those rights. This relationship is well established within international human rights legal discourse and the environmental dimensions of several long-standing

⁵⁴ BROWN WEISS, E. *Un mundo justo para las futuras generaciones: Derecho Internacional, Patrimonio común y Equidad Intergeneracional*, Ediciones Mundi-Prensa, Madrid, 1999, p. 119 ss.

⁵⁵ KISS, A. —The rights and interests of future generations and the Precautionary Principle¹¹, en *The Precautionary Principle and International Law. The Challenge of Implementation*¹¹ en *International Environmental Law & Policy Series*, Vol. 31, Kluwer Law International, The Netherlands, 1996.

María Alejandra Sticca

*rights have been well-defined. In an alternative approach, the environment is a form of entitlement to which a human right to a healthy environment exists.*⁵⁶.

En nuestra opinión, la equidad entre generaciones tiende a asegurar que el derecho que se reconoce a la actual generación de usar y gozar de los recursos naturales se pueda asegurar a las generaciones futuras, para lo cual las generaciones tienen la obligación de hacer un uso racional de los recursos de manera tal de no dañarlos. La otra cara de esta obligación la constituye el derecho que tienen las futuras generaciones de gozar al menos del mismo nivel mínimo de recursos que sus ancestros. Esta equidad intergeneracional busca garantizar un mínimo nivel de recursos para todas las generaciones. Pero la equidad no es suficiente con que se de entre las generaciones, sino que también se debe dar en una misma generación (equidad intrageneracional).

Los derechos de las generaciones futuras se pueden definir como el derecho de cada generación de beneficiarse y desarrollar el patrimonio natural y cultural heredado de las generaciones previas, de tal manera que este pueda pasar a las generaciones futuras en no peores condiciones a como fue recibido. Esto requiere conservación y mantenimiento de la calidad y la diversidad del patrimonio y específicamente conservación de los recursos renovables, del ecosistema y de los procesos de mantenimiento de la vida, así como de los conocimientos humanos y el arte. Requiere evitar las acciones

⁵⁶ LEWIS, Bridget –Environmental rights or a Right to the environment? Exploring the nexus between human rights and environmental protection, 8 *Macquarie J. Int'l & Comp. Envtl. L.*(2012), p. 37.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

con consecuencias dañosas e irreversibles para el patrimonio natural y cultural⁵⁷.

En este orden de ideas, Brown Weiss propone *tres principios básicos* de la equidad intergeneracional, a saber:

- a) *conservación de las opciones*: a cada generación se le debería exigir la conservación de la diversidad de recursos naturales y culturales, de tal manera que no restrinja las opciones disponibles para las futuras generaciones y debería tener el derecho a una diversidad comparable a la que gozan las generaciones precedentes.
- b) *conservación de la igualdad*: se debería exigir a cada generación que mantenga la calidad del planeta de manera que este no pase en peores condiciones a las recibidas.
- c) *conservación de acceso*: cada generación debería asegurar a sus miembros iguales derechos de acceso al legado de las generaciones pasadas y debería conservar este acceso para las futuras generaciones⁵⁸.

Esta idea de la unidad entre generaciones trae aparejada una obligación básica para los Estados de conservar la diversidad de los recursos naturales y la obligación de prevenir o abstenerse de contaminar o de otra forma degradar el medio ambiente.

El reconocimiento de esta unidad, precisa Brown Weiss, encuentra sus raíces lejanas en el *Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos del Hombre*, en los siguientes términos:

⁵⁷ Ibidem, p. 22.

⁵⁸ Cf. BROWN WEISS, E. —Our Rights and Obligations to future generations for the environment, en Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, N° 13, enero-junio 1991.

María Alejandra Sticca

—Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana (...)»⁵⁹.

La referencia a *todos los miembros de la familia humana* tiene una dimensión atemporal, la cual coloca a todas las generaciones dentro de su ámbito. La expresión derechos iguales e inalienables afirma la igualdad básica de las generaciones en esa familia⁶⁰.

La misma idea ha sido proclamada en los Principios 1⁶¹, 2⁶² y 5⁶³ de la *Declaración de Estocolmo* y en su *Preámbulo*, en los siguientes términos:

—(…) La *defensa y el mejoramiento del medio humano* para las generaciones presentes y futuras se ha convertido en meta imperiosa de la humanidad, (...)»⁶⁴.

Por otra parte, también el *Principio 3 de la Declaración de Río de Janeiro* consagró la idea de la unidad generacional:

⁵⁹ La cursiva es personal.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 24.

⁶¹ Principio 1: El hombre tiene el derecho fundamental... el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las *generaciones presentes y futuras*(...).

⁶² Principio 2: Los recursos naturales de la Tierra, incluidos el aire, el agua, la tierra, la flora y la fauna y especialmente muestras representativas de los ecosistemas naturales, deben *preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras* mediante una cuidadosa planificación u ordenación, según convenga.

⁶³ Principio 5: Los recursos no renovables de la Tierra deben emplearse de forma que se evite el peligro de su futuro agotamiento y se asegure que *toda la humanidad* comparte los beneficios de tal empleo.

⁶⁴ El resaltado es personal.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

—El derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las *generaciones presentes y futuras*”⁶⁵.

La Corte Internacional de Justicia en su Opinión Consultiva del 8 de julio de 1996 en el *Asunto relativo a la Legalidad de la Amenaza o Uso de las Armas Nucleares*, sostuvo:

—La Corte reconoce que el *medio ambiente* no es una abstracción sino que *representa el espacio de vida, la calidad de vida y la salud de los seres humanos, incluidas las generaciones futuras*” (Párrafo 29)⁶⁶.

Kiss y Shelton han defendido la existencia del derecho al medio ambiente, destacando la gran cantidad de textos internacionales en que se recepta y que en casi todas las Constituciones nacionales elaboradas o reformadas después de 1970 está incluido este derecho. Sostienen —*The right to environment as one form of the expression of human dignity may be seen as a necessary precondition to the realization of the other rights in the future*”⁶⁷:

—*The right to environment similarly can be interpreted not as the right to an ideal environment, difficult if not impossible to define in the abstract, but as the right to have the present environment conserved, protected from any significant deterioration, and improved in some*

⁶⁵ El resaltado es personal.

⁶⁶ El resaltado es personal.

⁶⁷ KISS, A. – SHELDON, D. *International Environmental Law*, Edit. Graham&Trotman Limited, Londres, 1991, p. 22 ss.

María Alejandra Sticca

*cases. In sum, the right signifies the right to the conservation of the environment including protection and improvement*⁶⁸.

Coincidimos con Loperena Rota y con Kiss y Shelton, entre otros autores, en el sentido de considerar al derecho al medio ambiente como un *prius*, como un requisito para la realización de los otros derechos humanos⁶⁹.

Si bien dentro del ámbito interamericano se lo encuadró entre los derechos económicos y sociales, consideramos que este derecho también comparte algunas características de los derechos civiles y políticos, pero lo fundamental a los fines de asegurar su cabal reconocimiento y efectividad es la cooperación internacional pues ni los individuos ni los Estados separadamente son capaces de hacer frente a desafíos de tanta envergadura.

IV. Conclusiones

Sobre la base de lo expuesto consideramos que el derecho al medio ambiente sano es un derecho reconocido al ser humano mas no es algo que se alcanza de una vez sino que por el contrario es una meta a alcanzar. Es un derecho que se puede encuadrar en las distintas generaciones de derechos pues como ya señaláramos es un pre-requisito y al mismo tiempo es complementario del resto de los derechos reconocidos. Dada su naturaleza resulta muy difícil encasillarlo dentro de una categoría concreta porque él mismo las supera. Es un derecho indivisible, un derecho interdependiente, cuya protección se puede lograr siempre en relación con el derecho de los demás sujetos. Es un derecho que comparte el carácter preventivo

⁶⁸ *Ibidem*, p. 25.

⁶⁹ Puede consultarse también sobre este particular a SYMONIDES, J. —The Human Right to a clean, balanced and protected environment, *International Journal of Legal Information*, vol. 20, n° 1, 1992, p. 24 ss.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

propio del derecho ambiental y de los derechos humanos, pues ese principio es esencial a los fines de su efectividad, ya que la reparación difícilmente puede volver las cosas a su estado anterior.