# EDUARDO J. R. LLUGDAR ANDRÉS MAURICIO BRICEÑO CHAVES

# REVISTA DE DERECHOS HUMANOS Y HUMANITARIO

N° 1

2018





#### Revista de Derechos Humanos y Humanitario - Número 1 - Septiembre 2018

#### PRESENTACIÓN Staff

-					
1)	ire	ct	$\cap$ r	Δc	٠

Dr. Eduardo José Ramón Llugdar (Argentina)

Dr. Andrés Mauricio Briceño Chaves (Colombia)

Sub-Director

Pablo R. Lucatelli (Argentina)

Secretarios/as de Redacción

Erika N. Casagrande Valdueza (Argentina)

José E. Jozami (Argentina) Néstor S. Parisi (Argentina)

Consejo Científico

Jaime O. Santofimio Gamboa (Colombia)

Marisa A. Victoria (Argentina)

Jorge G. Olveda García (México)

Sergio Diaz Ricci (Argentina)

Jimena Z. Rodríguez Moscoso (Perú)

Omar Bouazza Ariño (España)

María F. López Puleio (Argentina)

Joseph Campos Torres (Perú)

Carlos M. Fonseca Lidueña (Colombia)

Marcelo López Mesa (Argentina)

Boris W. Arias López (Bolivia)

Víctor C. Martínez (Argentina)

Sandra L. Ibarra Vélez (Colombia)

Miguel J. Rodríguez Villafañe (Argentina)

Víctor Mayber (EEUU)

Rolando E. Gialdino (Argentina)

Martha Cecilia Paz (Colombia)

Coordinador de Redacción

Ricardo M. Tahhan (Argentina)

Consejo Asesor de Redacción

Jimmy Valarezo Román (Ecuador) Christian Bernal (Paraguay)

Damián Armijos Álvarez (Ecuador)

Jorge L. Bastons (Argentina)

Juan A. Castañeda Mendez (Perú)

Federico A. Vaschetto (Argentina)

#### INDICE

#### **DOCTRINA**

- Poder Constituyente y Constitucionalismo en América Latina
  - Llugdar, Eduardo J. R.
- El contenido medioambiental del Convenio Europeo de Derechos Humanos
  - Bouazza Ariño, Omar
- El derecho humano a la paz y sus elementos constitutivos
  - o Musso, José A.
- El caso de Venezuela. Disturbios interiores o conflicto armado interno
  - Tahhan, Ricardo M.
- Acerca del derecho humano a la alimentación, la seguridad y soberanía alimentaria
  - Victoria, María A.

#### **PONENCIAS**

- Derecho humano al agua. Análisis de su proyección nacional e internacional
  - Pereda, Macarena
- Evolución, vigencia y aplicación de la jurisdicción universal en crímenes jus cogens del derecho penal internacional
  - Norniella Parache, Rodolfo S.
- Análisis, bajo la óptica del derecho internacional humanitario, de la participación de niños, niñas y adolescentes en el marco de los conflictos armados internacionales o internos
  - Dueñas Moncada, Nallely L.
- El derecho a Consulta y Consentimiento Previo Libre e Informado en comunidades no aborígenes. El caso de pastores trashumantes
  - Sillero, Raúl G.

#### **Editorial**

Eduardo J. R. Llugdar\*

Es un verdadero honor para mi persona realizar el primer editorial de la Revista de Derechos Humanos, que nace de un acurdo efectuado entre la Dirección Ejecutiva de la Editorial IJ y la Red Latinoamericana de Estudios e Investigación de los Derechos Humanos y Humanitario. Para quienes no nos conocen, la RLEIDHyH se encuentra constituida por los Capítulos Nacionales de Argentina, Colombia, Ecuador, México, Paraguay y Perú hasta el momento, conformada por académicos, jueces, juristas, licenciados, médicos, psicólogos, sociólogos, filósofos, antropólogos, etc., que sienten la necesidad de profundizar las investigaciones y estudios de esta problemática regional e internacional que transversaliza todas las disciplinas científicas y profesionales por la que se encuentra comprendida la Dignidad Humana.

Las distintas actividades que realiza la Red Latinoamericana la han llevado a interactuar a modo de "RED" con distintas instituciones públicas estatales, corporaciones judiciales, universidades, academias de derecho y de otras disciplinas, colegios profesionales, Organizaciones no Gubernamentales Domésticas e Internacionales compenetradas en los mismos objetivos, y mediante convenios marco de cooperación académica viene realizando publicaciones, conferencias, programas de investigación, capacitaciones presenciales y virtuales y otras actividades por distintos países latinoamericanos.

Una de las actividades anales son las "Jornadas Latinoamericanas de Derechos Humanos y Humanitario", llevadas a cabo en el mes de abril, en Termas de Río Hondo, en la Provincia de Santiago del Estero, que contaron con más de 1.000 inscriptos, 980 acreditaciones, 48 expositores y recibieron más de 50 ponencias.

En este número inaugural ofrecemos algunos artículos de los expositores de las jornadas, en lo que denominaremos sección Doctrina, y algunas de las interesantes ponencias presentadas, en la sección respectiva.

Debido a la diversidad nacional de los ensayistas, podremos acceder a una mirada regional de las problemáticas tratadas, esperando satisfacer sus expectativas.

Nuestro Agradecimiento a las autoridades de la Editorial, especialmente al Dr. Julio Levene, a los colegas que aportaron sus ideas para concretar este número y a quienes de una forma u otra en el lugar que les cabe, hacen posible esta entrega.

Con el aparecido colega y amigo colombiano, Dr. Andrés Mauricio Briceño Chaves, tendremos la tarea de dirigir esta revista, que espero sirva como un pequeño aporte a la construcción de la búsqueda de la realización más eficaz del respeto y protección de la dignidad humana, ya que como lo manifestara el eminente jurista mexicano, Jorge Carpizo, "Sobre derechos humanos se han escritos cientos de volúmenes y aún se escribirán muchos más porque es uno de los temas más importantes para el hombre. Es el que se refiere a su dignidad y es una cuestión compleja que puede ser examinada desde múltiples perspectivas y por las más diversas disciplinas".

<sup>\*</sup> Co-Director

# **DOCTRINA**

### Poder Constituyente y Constitucionalismo en América Latina.

El concepto de Estado y sociedad democrática conforme a los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Por Eduardo J. R. Llugdar [1]

#### I. Abordaje de la cuestión

El tratamiento de la cuestión propuesta de este artículo tiene estrecha vinculación con las funciones que desarrollan los poderes constituyentes en América Latina, al tiempo de abordar replanteos constitucionales o reformas parciales de sus constituciones políticas.

De este modo, se aprecia en el mapa latinoamericano que varios países en las últimas décadas, mediante procesos constituyentes, han refundado las estructuras políticas de la Nación[2] y otros, mediante reformas parciales, han incorporado a su texto los principales tratados y pactos internacionales y regionales de derechos humanos, dándoles jerarquía constitucional.[3] Sin embargo, las distintas estructuras e ideologías políticas que, conforme al sistema representativo de las actuales democracias, llegan al ejercicio del poder, al ser de las más variadas, han generado que la relación democracia y derechos humanos en Latinoamérica sea problemática y compleja.

Desde la perspectiva señalada, se pueden comprender las causas de conflictividad social que conmueven no solo al Estado venezolano en la actualidad, sino también a varios países latinoamericanos, en donde se manifiesta con nitidez la complejidad apuntada por las distintas visiones filosóficas, ideológicas y políticas que conforman las mayorías en los países de la región. Debiendo también expresar que dicho fenómeno se advierte en otros continentes del planeta.

# II. Distintas visiones del concepto de democracia en la actualidad

Para poder ceñirnos más en la especificidad del tema propuesto,

nos referiremos a la concepción jurídico filosófica y política que se ha desarrollado durante el siglo XX y en los primeros decenios del siglo XXI, sobre la implicancia del concepto democracia; en dicho recorte temporal, también se asienta en la intención de no incurrir en anacronismos, y la orientación jurídica aludida lo es en razón de involucrar aspectos del Derecho constitucional y de los derechos humanos.

exponentes en la materia que han realizado aproximaciones conceptuales democracia, derechos entre humanos y Constitución en las últimas décadas, se puede mencionar, entre otros, a Norberto Bobbio, Luigi Ferrajoli, Carlos Santiago Nino, John Rawls y Robert Alexy. Si bien los autores mencionados tienen sus particulares puntos de vista que los distingue unos de otros, encuentran puntos de contacto, al coincidir en dos grandes preconceptos de democracia: democracia formal o procedimental y democracia sustancial o material.

Comenzando por Bobbio[4], este alude que una exigencia mínima de democracia como forma de gobierno requiere de un conjunto de reglas procedimentales, a fin de que el conjunto social de que se trate pueda establecer sobre quién o quiénes se encuentran autorizados a tomar decisiones colectivas y a su vez los procedimientos en la toma de dichas decisiones a ser empleados. Que los procedimientos para la elección de dichas autoridades deben garantizar la más amplia participación posible de los ciudadanos, pero siempre referido a elementos procedimentales v competenciales que por dicho motivo conforman una órbita estrictamente formal. Si quienes al acceder de este modo al poder solo recalan en dichos aspectos mayoritarios y de procedimiento, sin contemplar ideales de igualdad como objeto y fin principal que el gobierno ungido de ese modo debiera tomar como principal objetivo de la consecución de sus fines, la democracia quedaría reducida simplemente a dichos aspectos más bien de cortes rituales. Por ello, Bobbio considera que además del aspecto formal mencionado, la democracia también debe llenar un contenido que le de sustancia y que se logra cuando las decisiones toman como fin la igualdad, constituyendo una democracia de mayor profundidad y que se impregna de contenido moral y jurídico institucional, al contemplar los derechos humanos a los que concibe como derechos de libertad desde una visión de liberalismo político.

Vinculado a esta concepción, Luigi Ferrajoli[5], advierte que en el siglo XX, el paradigma democrático ha operado un cambio y, si bien para una gran mayoría, la democracia consistiría únicamente en un método o sistema o método de formación de las decisiones públicas, vinculado con el juego de la mayoría y el ejercicio del poder, mediante los representantes, a lo que llama dimensión formal o procedimental, coincidiendo con Bobbio por cimentarse en las formas y procedimientos idóneos para garantizar la voluntad popular, considera que dicha caracterización, si bien necesaria, no es suficiente, pues se requiere además para ser integrada y completada vínculos de carácter sustancial o de contenido y, solo con la integración de estos dos preconceptos de democracia, se podrá un sistema político calificar "democrático". Es aquí donde su concepción de Estado democrático se distancia de Bobbio, valiéndose de dos aporías, siendo la primera generada por una necesaria idoneidad para sustentar las actuales democracias constitucionales, en las cuales la legitimación como tales y, por ende del ejercicio del poder, no se alcanza solo con el respeto de las formas y procedimientos con la sola base del apoyo mayoritario como única fuente de las decisiones, sino que además es necesario que ese poder mayoritario esté jurídicamente limitado, va que el Estado constitucional de derechos no admite poderes absolutos por mas aval mayoritario que se tenga. Esos límites jurídicos están impuestos por la Constitución y no solo por el principio de igualdad desde una concepción liberal, como concibe Bobbio, sino también por los derechos fundamentales de cada uno de los miembros que integran la comunidad. La segunda aporía a la que refiere Ferrajoli apunta a las garantías de supervivencia de la democracia política misma y entiende que, cuando no se respeta los límites de carácter sustancial en los contenidos de las decisiones, aunque tengan legitimación mayoritaria, dicha democracia no puede sobrevivir y advierte que siempre existe la posibilidad que por días, en principio democráticas en orden a las formas y a la invocación de las mayorías, se supriman los derechos políticos, el pluralismo político, la división de poderes, etc.; a lo que le agrega que dicha afirmación no es una hipótesis de escuela, sino terribles experiencias que ha experimentado la humanidad como el nazismo y el fascismo en el siglo XX, que llegaron al poder mediante formas democráticas para posteriormente suprimir el contenido material de la democracia. Si bien del pensamiento de Ferrajoli gueda claro que el principal contenido de la democracia sustancial se encuentra dado por los derechos humanos, la concepción de los mismos no es la del sentido de universalidad que le otorga el Derecho internacional de los derechos humanos, ya que solo contemplan "derechos fundamentales" constitucionalmente establecidos como normas sustanciales, ya sea en la Constitución política o en la producción legislativa; en definitiva, son Derechos Humanos únicamente aquellos que están establecidos en la Constitución. Este autor concibe que el progreso de los que da en llamar "democracia sustancial" se produce por la expansión de los derechos y sus garantías, apilando el Estado de Derecho al mayor ámbito de vida y esferas de poder, de modo tal que en ellos puedan tutelarse y sean satisfechos los derechos fundamentales.

Por su parte, John Rawls[6], desde una perspectiva postliberal, aborda conceptualmente la democracia, sosteniendo que en la determinación de una Constitución Política. se esencialmente contemplar dos principios de justicia. El primero, referido a libertades o derechos básicos a tutelar: libertades políticas convencionales, libertad de expresión conciencia y religión, derecho al sufragio, a la propiedad privada, protección contra la detención arbitraria. El segundo principio de tinte igualitario, dirigido a lo que hoy se considera grupos vulnerables desde la posición socio-económica, en base a principio de equidad, sustentado nuevo constructivismo democrático, un denominándolos su conjunto como "principio de prioridad". Rawls tuvo como idea superar las bases del utilitarismo del liberalismo económico que, al no tener contenidos equitativos, lleva a resultados injustos.

No menos importante en esta conceptualización de democracia es la propuesta de Carlos Santiago Nino[7], que lejos de plantear una teoría filosofo-política, sobre los procesos institucionales democráticos, establece más bien un modelo fundante desde lo teórico. Nino distingue entre Democracia Real e Ideal. La primera, basada en modelos usualmente considerados democráticos, desde la propuesta normativa de las existentes, mientras la segunda es

un "modelo ideal", que este autor propone desde una teoría normativa basada esencialmente en conceptos morales que informan los derechos humanos, al tiempo de las tomas de decisiones, actuando los primeros como condicionante de las segundas. También, distingue democracia formal, de material o sustancial, tal como lo sostiene Bobbio o Ferrajoli, pero con un contenido de mayor profundidad ética y moral en el contenido sustancial de democracia que los autores italianos, ya que trasciende lo meramente normativo, con especial referencia a las decisiones que se toman en un Estado democrático.

profesor de Kiel, Robert Alexy[8] v, va desde posicionamiento directo entre relación derechos humanos y democracia, refiere que existen tres tipos de posiciones a este respecto. La "ingenua", en la cual el concepto de democracia no tiene conflictos con el ideario de lo que propiamente dicho son los Derechos Humanos en orden a la dignidad humana en su integridad. Alexy que prácticamente hablaba de ingenuo porque es una cuestión, más bien de la órbita doctrinaria y poco común que se verifique en los hechos concretamente. La segunda posición, la llama "idealista", en donde se reconoce que existen conflictos en la relación democracia y derechos humanos, pero aspira y tiene mucha confianza que esos conflictos pueden ser solucionados mediante el acercamiento de las posiciones. La última posición que aborda en su conceptualización y a la que más dedicación de desarrollo presta, es la "Realista", concebida como aquella que desarrollan los Estados democráticos, que consideran a la incorporación de los Derechos Humanos dentro de sus políticas, tanto cuestiones democráticas como antidemocráticas a la vez. Un ejemplo claro de esta concepción se manifiesta con claridad en la propuesta que realiza una editorial aparecida en uno de los diarios más importantes y considerado uno de los mayor influencia de formación de Opinión Pública Argentina, La Nación de Buenos Aires[9], en donde desde una mirada crítica, sugiere que la Reforma Constitucional operada en el país en 1994, cuya una de las principales finalidades que tuvo fue incorporar los principales Tratados Internacionales y Regionales de Derechos Humanos, fue un error, por contener disipaciones normativas constitucionales alejadas de la realidad, y por lo tanto inalcanzables, siendo una de las soluciones posible, volver sobre los pasos desandado ese camino, mediante otra reforma orientada más la constitución de "los Estados Unidos que, en general, no ratifica los tratados internacionales tanto por razones ligadas al federalismo como a la presunción de que no necesita agregar nada a los estándares locales de cumplimiento de los derechos humanos. Aquí, en efecto, no habría una contradicción entre aspiración y práctica. La duda es si con este otro extremo del péndulo basta".

Volviendo a las consideraciones al respecto de Alexy, se desprende con claridad que sistematiza las distintas conceptualizaciones de democracia de los autores citados con anterioridad, pero desde la importante impronta de los derechos fundamentales o derechos humanos según se mire. Ello, desde el respeto de los DD.HH. y la igualdad socio-económica y de oportunidades. Las democracias completas contemplan tanto su esfera formal o procedimental, como el aspecto material o sustancial.

Así lo contemplan expresamente los principales Tratados Internacionales de Derechos Humanos, pudiéndose citar entre ellos, el Pacto Internacional de los Derechos Políticos y Civiles (PIDPC) de Naciones Unidas, en sus arts. 14, 21 y 22, al referirse a procederes esperado de una "sociedad democrática".[10]

Como ya se dijo anteriormente, las democracias ordenadas al respeto íntegro de los derechos fundamentales y derechos humanos, no se contenta solamente con la democracia formal, entendida como aquella que realmente se cumple con los cánones constitucionales procedimentales, tales como elecciones periódicas o derecho al sufragio parta elegir las autoridades más importantes de una Nación mediante el voto popular. La elección popular en elecciones transparentes tiene la capacidad de generar lo que se denomina el ejercicio del poder con legitimación de origen, por parte del elegido. Es sabido que la legitimación de origen es cuando se accede al ejercicio del poder, cualquiera sea el poder que se trate dentro de los mecanismos constitucionales, haciendo legítimas en forma parcial las decisiones tomadas como autoridad, para llevar a cabo la planificación o programa para una Nación, respecto a lo que van a ser sus fines y sus objetivos, dentro de lo que se denomina, políticas públicas. Y esto tiene trascendencia porque una democracia simplemente formal no siempre garantiza a los ciudadanos una real, respecto de las libertades y garantías que se establecen en la propia Carta Constitucional y que por estar contenidos en ella de manera normativizada, se los denominan Derechos Fundamentales, que ni son otra cosa que derechos humanos contenidos en la Carta Magna y, por ello, desde la mirad positivista, los únicos con eficiencia jurídica. En tanto, desde la óptica no positivista, los Derechos Humanos van más allá de los Derechos Fundamentales establecidos en la propia Constitución, puesto que es un orden inmutable, inalterable, universal e inderogable, que aunque no esté contemplado en las normas internas, incluyendo las Constituciones Políticas de los países, debe ser observado por esa preexistencia la Nación misma y la aceptación universal que los mismos tienen, y son reconocidos por el Derecho Internacional en los Derechos Humanos. Desde esta concepción sabemos muy bien, que muchas veces la propia Constituciones, las políticas y legislaciones internas de un país, muchas no son las garantías del respeto y tutela de la dignidad de las personas; del respeto del Principio Pro Homine y del respeto de la Libertad e igualdad de oportunidades, que todos los Tratados Internacionales y Regionales de Derechos Humanos otorgan a todas las personas físicas por igual; esto debido a una desviación de poder en que incurren los que lo detentan y se materializan en concentración del poder, tal como aconteció en la Alemania nazi y en muchas "democracias" de sesgo totalitario que acontecieron y acontecen en Latinoamérica.

Cuando el que concentra el poder tiene por objeto y fin de su ejercicio, no satisfacer el bien común de la Sociedad sobre la que gobierna, sino intereses particulares o sectoriales, intereses económicos corporativos, que su satisfacción genera como contrapartida discriminación, agrediendo al principio básico de igualdad de oportunidades como Derecho Fundamental y Humano de las personas, se producen situaciones poco deseadas que, a la larga, terminan llevando a grandes conflictos internos, que agravan aún más la precariedad de respeto y protección de la dignidad de los ciudadanos en general y de los grupos vulnerables en particular, produciéndose violaciones de derechos que generan unas luchas eternas, producto de legítimos reclamos y reivindicaciones de quienes se sienten desposados de los bienes básicos humanos de un modo arbitrario, concluyendo en actos de

represión por parte del poder, que terminan con saldos lamentables, compromiso de los principales derechos básicos como la Vida y la Libertad entre otros.

# III. Situación de la problemática actual en Latinoamérica y doctrina del Sistema Interamericano de Derechos Humanos sobre Estado y sociedad democrática

No dar nombres ni específicamente de países, debido a la gran trascendencia y contribución que la tecnología ha aportado para la globalización de la gran problemática que atraviesa Latinoamérica a este respecto, pero como dice muy bien el refrán español, "al que le quepa el sayo, que se lo ponga", sobre todo porque como magistrado judicial, que lo soy al momento de escribir este ensavo, tengo que tener cuidado de hablar fuera de aspectos académicos, sino mas bien y vinculados a cuestiones de neto corte político porque hay ciertas incompatibilidades; pero ello y conforme a la normativa internacional de Derechos Humanos, que al menos mi país es parte, me permite sí, hacer un ejercicio de libertad de expresión, que también como magistrado, ciudadano y académico tengo derecho, en base al art. 14 de la Constitución Nacional Argentina y el 13 de la Convención Americana, en la medida que no comprometa mi investidura e imparcialidad. Por ello, voy a permitirme hacer algunas reflexiones vinculadas a lo que es la Democracia Formal y la Democracia Sustancial en la región. Decía el maestro Alexy que, cuando hablamos de Democracia Sustancial, es más que la Democracia Formal, por el hecho que comprende a esta última y agrega, además, otros contenidos materiales. Es decir que no solo comprende el respeto a los mecanismos de acceso al poder de legitimación, sino además también a ideales vinculados a principios éticos morales y políticos que contemplan lo que conocemos como Derechos Civiles y Políticos de los ciudadanos y también los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales.

Pero también el color político de quien ejerce el poder en cada una de las naciones de la órbita regional, genera también complejidad en la relación entre lo que es el concepto de sociedad democrática ordenada a los Derechos Humanos, porque las ideologías liberales o sociales tienen miradas diferentes. Así, Alexy

pone como ejemplo en los Estados liberales, en donde muchas veces se hace una interpretación de lo que es el principio de libertad y de igualdad, referido a lo que es concretamente la cuestión individual con una inclinación más utilitaria que ética, desde lo económico, descuidando el bienestar colectivo, lo que genera en muchos casos desigualdades, que a la luz de los monitoreos de los Órganos Internacionales de Derechos Humanos, pueden generar discriminaciones que rompen con esa igualdad, que también tiene que ser material y no solo formal. Por ejemplo, en casi todas las constituciones está establecido que todos somos iguales ante la ley, pero esa igualdad meramente lineal, en la cual solo se tiene en cuenta el carácter de ciudadano, todos tienen los mismos derechos, no contemplándose la situación por la que atraviesan los grupos, colectivos o etnias que habitan una misma Nación, pero se encuentran sometidos a una situación especial de vulnerabilidad y por lo que existe desde la visión de los DD.HH., la obligación del Estado de dar una protección especial, la que bajo ningún punto de vista implica una ventaja, sino realmente sustentada en principios de equidad, puede lograr esa igualdad, la descripta igualdad sustancial, medida desde la perspectiva de una igualdad de iguales. Todas estas cuestiones vienen a cuenta también de que hoy por hoy se ha ido dejando de lado lo que se llama el Estado de Derecho Legal, para pasar a otro que es el Estado de Derecho Constitucional y Convencional, donde los principios de actúan como mandatos de optimización, delineando a la igualdad más que desde una perspectiva formal, material, ya que la propia democracia implica valoraciones que deben ser tenidas en cuenta por los que ejercen los Poderes Públicos, sea cual fuere el poder que se trate en una democracia republicana: Ejecutivo, Parlamentario o Judicial. Estos tienen que velar para cumplir con esos estándares mínimos que nos ha enseñado la historia, ya que es la única forma de lograr accione positivas en aras del bien común y la paz social.

Lo antes referido encuentra su justificación en el hecho comprobado históricamente, que muchas veces, quien ha ejercido el poder especialmente en los tiempos donde se gestó el nacimiento real del Derecho Internacional de los Derechos Humanos[11] como entidad jurídicamente vinculante, ya que quedó demostrado que un dictador pseudo-demócrata puede tener

políticos, diputados, jueces y constituyentes, a medida que al modificar una carta magna no esté contemplando el respeto a esas garantías y libertades esenciales, sino que tenga una intención oculta, con clara predisposición para fortalecer ese ejercicio de poder en forma desmedida y abusiva, para establecer ventajas individuales o grupales en detrimento del resto de la población y especialmente de las minorías de los grupos vulnerables, cometiendo estas todo tipo de arbitrariedades conforme a leyes y sentencia obtenidas del modo descripto.

Esto no ha sido ajeno a lo que dentro del concepto de sociedad democrática, elaborado tanto en la Comisión Interamericana de DD.HH. en sus resoluciones, como la Corte Interamericana de DD.HH., dentro de su competencia consultiva y contenciosa; esto es cuando ha sido sometido a consultas sobre adecuación a la Convención Americana de determinadas normas o determinadas prácticas de algunos Estados, ya sea por la comisión o por el Estado parte mismo o cuando ha habido casos contenciosos porque ha habido peticiones efectivas que la Comisión Interamericana consideraba que debía sustanciarse en litigio internacional ante la Corte Interamericana y se han constatado efectivas violaciones de Derechos Humanos, que han generado la responsabilidad internacional de Estado denunciado, sustentado en los enunciados del contexto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos va referidos y en los enunciados propios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, que hace expresa referencia al mismo.[12]

De este modo, podemos referimos a las primeras Opiniones Consultivas como la 6/86, la 8/87 y la 9/87, entre otras, cuando remite a lo que se debe entender por "Sociedad Democrática", en alusión a las requisitos mínimos que se deben observar cuando se deben restringir, mediante la invocación de doctrinas de seguridad nacional, moral u orden público, como ultima ratio, derechos contemplados y garantizados por la Convención Americana e incluso por las propias garantías establecidas como derechos fundamentales por la Constitución de un país parte. Esto lamentablemente ha llevado a que ese control que realizan los Organismos Internacionales y los Tribunales Internacionales moleste a determinados sectores que ejercen el poder dentro de

Latinoamérica, lo que en algunos casos ha llevado a denunciar la Convención Americana como la competencia de la Corte Interamericana, como fue el caso de Perú en los años 90; Venezuela, actualmente; y algunos otros países que en cierto modo no lo han denunciado, pero se están mostrando rebeldes a cumplir con los lados y decisiones que como verdaderos hard law son de carácter obligatorios y vinculantes para los Estados Miembros, fallos condenatorios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por responsabilidad por violaciones a Derechos Humanos en ejercicio de competencia contenciosa.

Ahora bien, cuando la Corte Interamericana se refiere al concepto de Estado y Sociedad Democráticas, de conformidad a la Convención Americana, nos está señalando que se refiere a aquel o aquellos que respetan las garantías y libertades que tienen establecidas el Pacto de San José y otros instrumentos de Derechos Humanos, tanto de OEA como de ONU; por lo tanto, está hablando de una Democracia Sustancial como lo refería el maestro Alexy. Sustancial en el sentido de que no solamente es en las formas, sino que también en el respeto que demuestran hacia los derechos civiles y políticos de su sociedad y los derechos económicos sociales y culturales como están establecidos en los pactos internacionales. No podemos decirnos respetuosos de Derechos Humanos, si es que constantemente están llegando denuncias al ámbito de la Comisión Interamericana y muchas de ellas terminan en verdaderos fallos, donde justifica la Corte Interamericana la responsabilidad internacional de los Estados por graves Violaciones a los Derechos Humanos, ya sea porque se legisla inadecuadamente, se actúa de igual forma por los parte de los agentes del Estado, e incluso, en algunas casos hay enunciados dentro de las Constituciones Políticas que son incompatibles con los estándares mínimos establecidos y que no superan los tests de convencionalidad, conforme la doctrina sentada por el Tribunal Regional Americano de derechos humanos. En definitiva, la Corte Interamericana en sus distintos pronunciamientos, ha establecido que el verdadero Estado democrático es aquel que respeta en forma integral los Derechos Humanos. Ello no implica que en situaciones excepcionales se puedan restringir los derechos y suspender determinadas garantías, pero ello tendrá que ser en orden a que no se afecten aquellos derechos que se conocen como "lus Cogens o de orden público internacional", los que incluso bajo un régimen especial de suspensión de garantías por la alteración del orden interno, no pueden dejar de regir y no se puede suprimir o aniquilar el núcleo duro de esos derechos.

En las cuestiones aludidas, referimos específicamente las garantías judiciales y la tutela judicial efectiva, que se traducen en las acciones de los habeas corpus, respecto a la libertad, a la integridad física y especialmente a la vida. Esto es lo que deben cuidar quienes tienen a cargo la responsabilidad de ejercer el poder, ya sea en el orden de la fase ejecutiva, en la función parlamentaria, muy especialmente en la función jurisdiccional. Lamentablemente, conforme a lo que venimos recabando a través de las estadísticas que se generan tanto en el orden de la Comisión Interamericana, como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la mayoría de los países de Latinoamérica tiene avances y retrocesos respecto al ejercicio de esa democracia sustancial que ha generado en su doctrina. Ello lleva a que se pueda afirmar sin lugar a equívocos, que en ese límite de democracia formal y democracia sustancial haya avances y retrocesos y no haya una clara definición de los Estados latinoamericanos, respecto a posicionarse en una y otra, solo formal o formal y sustancial. Esto también genera cierta preocupación desde las ideologías políticas que se ejercen en el poder que hemos dicho, por ejemplo los Estados liberales que, al tener esa óptica individual, muchas veces descuidan en gran manera el tema de los derechos económicos, sociales y culturales; el tema de los grupos vulnerables y el de la igualdad de oportunidades, generando diferencias discriminaciones muy manifiestas. De igual manera, también aquellos Estados que no ejercen razonablemente el ejercicio de la democracia social llevan a afectar y a restringir de un modo manifiesto. inconstitucional e inconvencional los derechos individuales de las personas. Ese equilibrio es lo que se debe buscar, a fin de que se pueda, conforme a lo establecido por el Sistema Interamericano, lograr mediante la democracia el libre v pleno ejercicio de los derechos y libertades reconocidas. No basta con la existencia formal de los mecanismos de elección de autoridades para decir que existe democracia. Hay que ver bien en lo efectivo cuál es el respeto que se tiene por las minorías; cuál es el respeto que se tiene por el derechos de los demás, lo que debe ser adecuado y efectivo. De esa forma, se garantizará el libre ejercicio de y disfrute de derechos acordados a todos los sujetos, bajo una determinada jurisdicción estatal, por ser inherentes a la naturaleza misma del ser humano.

Los Derechos Humanos en un Estado de Derecho Constitucional y Convencional más que legal, son el componente que los Estados no pueden prescindir bajo ningún punto de vista ni tampoco pueden estar interpretados o adecuados a lo que es un punto de vista concreto de un determinado interés, sino que tiene que respetar los estándares que se han ido fijando a lo largo de la construcción que ha ido realizando el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, por lo que por más que lo esgriman algunos Tribunales Domésticos de la Región, la doctrina del Margen de Apreciación Nacional no es de aplicación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, sino que debe aplicarse la del Control de Convencionalidad, dejando de lado falsas alegaciones de una pesada soberanía jurídica.

Para concluir, diremos con todas las letras y con mayúsculas. LOS DERECHOS HUMANOS NO SON EL PATRIMONIO DE UN PAÍS DETERMINADO, SINO SON EL PATRIMONIO DE TODA LA HUMANIDAD.

#### **Notas**

[1] Abogado por la Universidad Católica de Santiago del Estero (UCSE Argentina). Juez del Excmo. Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Santiago del Estero (Argentina); Candidato a Magister en Derecho Judicial y de la Magistratura, Universidad Austral de Buenos Aires, Argentina (en defensa de tesis); Candidato a Doctor en Humanidades, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad Nacional de Tucumán, Argentina; Profesor Capacitador en la Escuela del Poder Judicial de Santiago del Estero José B. Gorostiaga; Profesor Visitante en la cátedra de Filosofía Jurídica y Profesor de Posgrados en Derechos Humanos y Humanitario de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de la Universidad Católica de Santiago del Estero, Argentina; Director Curricular y Docente del área DD.HH. en California Silicon Valley School of Law, SFO, CA, EE.UU.; Juez Evaluador en Concursos de DD.HH. en Universidad Católica de

- Santiago del Estero; Academia de DD.HH., WCL, American University de EE.UU.; Pontificia Universidad Católica del Perú; CIDH, Instituto Colombiano de DD.HH. y Universidad Antonio Nariño de Colombia.
- [2]Ejemplo de lo afirmado es lo acontecido en la República de Bolivia que en el año 2009 y mediante un referendo nacional convocado por el Congreso, aprobó un nuevo texto constitucional que modificó las bases fundamentales de la estructura del Estado, convirtiéndolo en el Estado Plurinacional, incorporando el reconocimiento de las distintas culturas que habitan en el país, reconociendo a las instituciones propias de los pueblos originarios existentes hasta ese momento de corte hispano, en materia cultural, política, económica, social, etc.
- [3]Como ejemplo de ello, puede citarse la reforma constitucional de la República Argentina del año 1994, que incorporó el art. 75 inc. 22; Nicaragua en 1987, mediante su art. 46 y México 2011, art. 1, entre otros.
- [4] Bobbio, N. (2003). Teoría General de la Política. Madrid: Trotta.
- [5] Ferrajoli, L. (2009). Paradigmas de la Democracia Constitucional. Buenos Aires: Ediar.
- [6] Rawls, J. (1979). Teoría de la Justicia. México: Fondo de Cultura Económica; (2002) Justicia Como Equidad. Madrid: Tecnos.
- [7] Nino, C. (1989). El Constructivismo Ético. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- [8] Carbonell Sánchez, M. (coord.). (2003). Alexy, R., Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático. En Neoconstitucionalismo(s), (278). Madrid: Trotta.
- [9] Diana Fernández Irusta. (2017). Leyes inalcanzables: ¿por qué están tan lejos de la vida real?
- 07/10/2017, de Diario La Nación, Buenos Aires Sitio web: http://wwww.lanacion.com.ar/2069513-leyes-inalcanza bles-por-que-estan-tan-lejo s-de-la-vida-real
- [10] Art. 14
- 1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada

contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

#### Art. 21

Se reconoce el derecho de reunión pacífica. El ejercicio de tal derecho solo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.

#### Art. 22

- 1. Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses.
- 2. El ejercicio de tal derecho solo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. El presente artículo no impedirá la imposición de restricciones legales al ejercicio de tal derecho cuando se trate de miembros de las fuerzas armadas y de la policía.
- [11] En el año 1948, debido a las atrocidades que golpearon las bases de la humidad producto de dos guerras Mundiales, donde se violaron del modo más descarnado esenciales bienes básicos humanos, la viuda del presidente Roosevelt, Eleonora Roosevelt, impulsa la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, refiriéndose a ella como: "La Carta Magna de la humanidad", Instrumento que por primera vez expresamente menciona la frase sociedad democrática como aquella que respeta los derechos humanos en su art 29.

Art. 29.

- (1) Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que solo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad.
- (2) En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley, con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.
- (3) Estos derechos y libertades no podrán, en ningún caso, ser ejercidos en oposición a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.
- [12] Convención Americana sobre Derechos Humanos.

#### Art. 15. Derecho de Reunión

Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de tal derecho solo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás.

#### Art. 16. Libertad de Asociación

- 1. Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole.
- 2. El ejercicio de tal derecho solo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.

# Art. 22. Derecho de Circulación y de Residencia

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y a residir en él con sujeción a las disposiciones legales. 2. Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio. 3. El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido, sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás.

## El contenido medioambiental del Convenio Europeo de Derechos <u>Humanos</u>

Omar Bouazza Ariño\*

#### I. Introducción

El Consejo de Europa surge tras la II Guerra Mundial a modo de reacción frente a la barbarie y la destrucción. Se trata de una organización supranacional europea que tiene como una de sus misiones centrales, precisamente, velar por el respeto, la protección y la garantía de los derechos humanos en su territorio que actualmente está integrado por 47 Estados: los que forman la Unión Europea más otros Estados como Andorra, Georgia, Islandia, Moldavia, Noruega, Rusia, Suiza, Turquía o Ucrania, por ofrecer algunos ejemplos.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, "el Convenio" o "CEDH") constituye la Carta por la que se rigen los 47 Estados, desde la perspectiva de su compromiso en materia de derechos humanos al acceder a la entidad supranacional. Tiene la gran virtualidad de que le acompaña un órgano jurisdiccional que tendrá la misión de velar por su respeto. Me refiero al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, también "el Tribunal", "TEDH" o "Estrasburgo", en referencia a la ciudad francesa en la que tiene su sede).

El Convenio fue elaborado en 1950. Se va actualizando de dos maneras: a) Mediante su incorporación en protocolos adicionales; b) Mediante la denominada jurisprudencia evolutiva, que implica el reconocimiento e interpretación de los derechos fundamentales de conformidad con la evolución de los tiempos.

Precisamente, mediante la jurisprudencia evolutiva, ha penetrado el factor medioambiental en el seno del sistema de Estrasburgo. En efecto, no existiendo ningún precepto en el Convenio ni en ninguno de sus protocolos que reconozca como tal el derecho humano al medio ambiente, el TEDH ha sido sensible a una de las aspiraciones más acuciantes de la sociedad desde los años 60, ante la necesidad del cuidado del entorno y la protección del ambiente en general. Por ello, el TEDH ha impregnado los diversos preceptos del Convenio del factor medioambiental, siempre que ha observado una vinculación directa de la violación de un derecho humano clásico debida a elementos ambientales. O bien, habrá considerado la restricción de los derechos

humanos cuando el interés general a la protección del medio ambiente deba prevalecer. Es decir, el TEDH ha realizado una destacada y encomiable labor de dotación de contenido medioambiental a los derechos humanos recogidos en el Convenio y los protocolos adicionales de protección.

En este trabajo se realizará una lectura de los diferentes preceptos del Convenio a partir de una selección de la jurisprudencia más representativa del TEDH en la que se ha considerado lo medioambiental como elemento relevante.

# II. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos penetra en el ordenamiento español vía art. 10.2 de la Constitución Española de 1978

El art. 10.2 de la Constitución Española de 1978 supone la vía de entrada de la jurisprudencia de Estrasburgo, al consagrar que "Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España". Esto tiene la indudable consecuencia del desplazamiento del derecho interno, si procede, cuando sea contradictorio con la jurisprudencia de Estrasburgo. Y, por tanto, la interpretación de los casos que se den en el ámbito interno de conformidad con dicha jurisprudencia.

## III. La protección del medio ambiente en Estrasburgo

Como he avanzado antes, CEDH no recoge precepto alguno en el que se consagre el Derecho a un medio ambiente adecuado. No obstante, ha reconocido su protección a través de los derechos humanos clásicos, en tanto en cuanto las lesiones medioambientales estén ligadas con la violación de un derecho fundamental; o bien directamente, limitando un derecho fundamental en aras al interés general a la protección del medio ambiente o una ordenación racional del territorio, a través de los segundos párrafos de los artículos referidos a la vida privada y el domicilio así como el derecho de propiedad, por ejemplo.

Comenzaré el estudio jurisprudencial con el precepto por el que se abrió la línea de protección ambiental en esta sede jurisdiccional. Me refiero al art. 8 CEDH, sobre el derecho al respeto del domicilio.

# 1. Derecho al respeto de la vida privada y familiar y del domicilio (art. 8 CEDH)

El art. 8 CEDH es el precepto que ha proporcionado hasta ahora la doctrina más abundante en materia de medio ambiente a través de la conocida doctrina de la protección indirecta -o refleia- de los derechos. La sentencia más representativa de esta línea es López Ostra c. España, de 9 de diciembre de 1994, primera decisión en la que se obtiene un fallo estimatorio reconociendo que determinadas lesiones al medio ambiente pueden menoscabar derechos fundamentales de la persona. como el derecho al respeto de la vida privada y familiar. Esta Decisión ha tenido un enorme impacto no sólo en España, sino también en otros países del Consejo de Europa como, por ejemplo, Gran Bretaña. El art. 8 CEDH, además, al igual que el 9, 10, 11 y 1 del Protocolo Adicional núm. 1, contiene un segundo párrafo en el que se contemplan límites al derecho, como he dicho más arriba. Esta segunda variante también ha servido reconocer derechos ambientales para al confinamientos del derecho fundamental en base al interés general.

### 1.1. Vías indirectas de protección del medio ambiente: la doctrina López Ostra

Los ruidos insoportables y los olores nauseabundos que producía una planta depuradora en el municipio murciano de Lorca, penetraban en el domicilio de Dña. Gregoria López Ostra, afectando al desarrollo normal de su vida privada y de su familia. Las molestias referidas eran de tal magnitud que la salud de la hija de la demandante se vio claramente mermada, por lo que requeriría tratamiento médico. Esta sentencia es paradigmática al consagrar la idea de que determinadas lesiones al medio ambiente pueden lesionar el derecho al respeto de la vida privada y familiar. Supuso, sin duda, una clara advertencia a la Administración española al evidenciar la actitud recalcitrante de algunos de nuestros servidores públicos, señalando que el Estado no puede permanecer inactivo ante esas situaciones, sino que tiene una serie de obligaciones positivas en la garantía de los derechos fundamentales de las personas. Posteriormente, en la sentencia Kyrtatos c. Grecia, de 22 de mayo de 2003, en un caso sobre el impacto ambiental de un complejo hotelero en un humedal y las molestias acústicas y lumínicas a los demandantes, que veraneaban cerca del complejo, recalca que el Convenio Europeo de Derechos Humanos, por el momento, no reconoce el derecho al medio ambiente, por lo que los daños ambientales, cuando se produzcan, deberán afectar directamente a la vida privada y familiar y el domicilio de los afectados (párrafo 52). Hay que decir que este principio no siempre se aplica con la misma intensidad. Se ha recordado, después, en la sentencia Fadeyeva c. Rusia, de 9 de junio de 2005.

Diez años después del caso López Ostra, el Reino de España recibirá una nueva condena por motivos similares, aunque con una especialidad cualificada. Me refiero al caso Moreno Gómez c. España, de 16 de noviembre de 2004. La demandante, víctima del ruido excesivo de su barrio, una conocida zona de ocio nocturno de la ciudad de Valencia, acude ante las instancias administrativas y judiciales españolas sin obtener éxito. Llega a Estrasburgo y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos aplica la doctrina que sentó en López Ostra añadiendo argumentos de especial significado. En efecto, el TEDH, recordando que el Convenio no reconoce derechos ilusorios, sino efectivos y reales, constata que el Barrio de San José, zona de residencia de la demandante, había sido declarado «zona acústicamente contaminada». Sin embargo, ninguna medida se había adoptado para eliminar las circunstancias que provocaron la declaración. Con ello, el Tribunal condena a España en virtud del art. 8 CEDH, argumentando que de nada sirve la declaración de una zona acústicamente contaminada si no se hace nada para reparar la situación y, por consiguiente, proteger los derechos de las personas. Hay que decir que, si bien esta línea jurisprudencial actualmente está teniendo un fuerte impacto en nuestros Tribunales, incluyendo los penales, sigue siendo el problema del ruido nocturno algo que no termina de solucionarse. Y es que España ha sido nuevamente condenada en relación con el mismo barrio de Valencia en relación con los mismos motivos en la sentencia recaída en el caso Cuenca Zarzoso c. España, de 16 de enero de 2018. De una manera muy significativa, el TEDH dirá que "Los hechos demuestran que el demandante sufrió una grave violación de su derecho a respetar el domicilio como resultado de la inactividad por parte de las autoridades en resolver el problema de las molestias nocturnas" (párr. 51 in fine).

Debe subrayarse que otras Decisiones anteriores, si bien desestimatorias, allanaron el terreno para que el Tribunal arribase a la doctrina de la protección indirecta. Me refiero a la Decisión de la Comisión Arrondelle c. el Reino Unido, de 15 de julio de 1980, en relación con las molestias producidas por el aeropuerto de Gatwick; la Decisión de la Comisión Baggs c. el Reino Unido, de 16 de octubre de 1985, en relación con el aeropuerto de Heathrow; y quizá la más significativa, la STEDH Powell y Rayner c. el Reino Unido, de 21 de febrero de 1990, en la que se constataba que el ruido del aeropuerto de Heathrow había disminuido la

calidad de vida y el bienestar domiciliar de los demandantes, residentes en localidades cercanas al aeropuerto londinense, tal y como se vuelve a establecer en el caso Hatton y otros c. el Reino Unido, de 2 de octubre de 2001.

Una variante novedosa viene dada por la contaminación electromagnética y su consideración en Estrasburgo. No obstante, los casos que hasta ahora se han dado no han llegado a ser conocidos por el Tribunal en cuanto al fondo, por lo que sólo disponemos de Decisiones de Inadmisibilidad. Los casos son Ruano Morcuende c. España, de 6 de septiembre de 2005; Luginbühl c. Suiza, de 17 de enero de 2006, Hans GAIDA c. Alemania, de 3 de julio de 2007; y Ghennadii VARTIC c. Rumanía, de 26 de noviembre de 2013. En el primero de los casos citados, la Sra. María Isabel Ruano interpone un recurso contra la autorización de instalación de un transformador junto a su domicilio, concedida tras realizar una serie de comprobaciones para ajustar las vibraciones a lo permitido por la Ley. Argumentó que las molestias producidas -ruidos y vibraciones- perturbaron el goce pacífico de su domicilio, impidiendo, incluso, el uso de una parte de la propiedad. El Tribunal constata el grado de incerteza científica que existe actualmente en estos temas, lo que se demuestra con el carácter contradictorio de los informes de expertos proporcionados por una y otra parte. En este contexto, el Tribunal, aunque admite que las condiciones de vida de la demandante han sido perturbadas, de conformidad con los hechos probados, no considera desproporcionada la injerencia en la vida privada y familiar que ha provocado la instalación del transformador, en la medida en que el Gobierno lo ha justificado suficientemente en base a la mejora de la prestación del servicio de energía eléctrica de la nueva instalación para la ciudad en cuestión. Un caso similar es el ofrecido en Luginbühl c. Suiza, de 17 de enero de 2006. En este caso la controversia se da en relación con las antenas de telefonía móvil. El Tribunal llega a la misma conclusión que en Ruano Morcuende, por lo que me remito a lo ya dicho. Quiero destacar, no obstante, una apreciación en esta Decisión que ya se había producido en casos anteriores. Concretamente, en Hatton v otros c. el Reino Unido, de 8 de julio de 2003; v en Moreno Gómez c. España, de 16 de noviembre de 2004. En efecto, el Tribunal constata que el derecho al respeto del domicilio no sólo significa el derecho al domicilio como elemento físico, sino al goce pacífico de ese lugar. La violación del derecho al respeto del domicilio no sólo se produce con una entrada física, con una entrada no autorizada de una persona, sino que también incluye penetraciones que no son físicas. como el ruido, los olores y otras formas de interferencia. Una violación grave del derecho al respeto del domicilio viene dada cuando impide su goce pacífico[1].

1.2. Vías directas de protección del medio ambiente: el interés general a un medio ambiente adecuado como límite al derecho al respeto de la vida privada y familiar

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no sólo ha dado entrada a las aspiraciones ambientales a través de una lectura positiva del derecho al respeto de la vida privada y familiar ex art. 8 CEDH. También las ha reconocido a través de una lectura negativa del mismo. Es decir, a través de los límites previstos en el art. 8.2 CEDH. Me refiero a los casos en los que se pondera el ejercicio del derecho al domicilio mediante un modo de vida itinerante en caravana frente al interés general a la protección del paisaje. Veamos, en primer lugar, lo que establece el art. 8.2 CEDH: "No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás". En los casos Buckley c. el Reino Unido, de 25 de septiembre de 1996; y el grupo de cinco sentencias Beard, Chapman, Coster, Lee y Jane Smith c. el Reino Unido, de 18 de enero de 2001, familias de gitanos que conservan la tradición de vivir en caravana, se asientan en campamentos habilitados al efecto sin obtener la licencia oportuna. Se produce una tensión de derechos e intereses de carácter general, a saber: el derecho al respeto del domicilio de los gitanos, por un lado; y el derecho al respeto del paisaje, que garantiza la limitación en la concesión de licencias para la instalación de caravanas en las zonas rurales acondicionadas para este uso. Interviene un tercer factor: la política británica en materia de asentamientos de gitanos había reducido en los últimos años el número de sitios donde aparcar las caravanas, lo que empujaba a los gitanos que conservaban esta tradición, en cierto modo, a asentarse de manera ilegal. En cualquier caso, las familias que acuden ante Estrasburgo alegan una violación de sus derechos del art. 8. El Gobierno Británico, por su parte, argumentó que la expulsión de los gitanos que se instalaban en los campamentos sin la licencia correspondiente, tenía como finalidad, en aplicación de la política de Cinturones Verdes, proteger los derechos de los demás impidiendo la instalación de un número excesivo de caravanas que afeasen el paisaje.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos dirá que, de conformidad con los informes de los inspectores urbanísticos y, constatada la situación personal de los demandantes, debía prevalecer el interés paisajístico v rural de las zonas donde se habían instalado las caravanas. No considera que se haya violado el art. 8 porque las decisiones de las autoridades locales «se apoyaron en motivos pertinentes y suficientes a efectos del art. 8 para justificar las injerencias, en los derechos reconocidos a los demandantes» (párrafo 127 de la sentencia Coster). Por lo tanto, se considera el medio ambiente elemento de suficiente consistencia a efectos del art. 8 para justificar las limitaciones de los derechos. Además, se constata que el grado de injerencia sufrido por los demandantes en sus derechos al respeto de la vida privada y familiar y del domicilio, ha sido proporcional al fin legítimo medio ambiente. En definitiva, la protección del medio ambiente puede prevalecer sobre el derecho al respeto de la vida privada y familiar en circunstancias como las descritas en esta serie de casos[2].

Una sentencia reciente que merece ser citada desde la perspectiva de las consideraciones urbanísticas, es la recaída en el caso Garib c. Holanda, de 23 de febrero de 2016, en la que se decide sobre la denegación del derecho a la libre elección de vivienda a una ciudadana en base a una Ley que trata de fomentar la diversificación del paisaje humano de los barrios, desde una óptica socioeconómica. Lo que podríamos denominar de una manera sencilla como una norma de erradicación de los guetos. El TEDH hace prevalecer el interés general a una política urbanística racional de la ciudad frente al Derecho a la libertad de elegir residencia, cuestión que indudablemente también tiene que ver con el domicilio[3].

\*\*\*

No obstante, también se ha optado por la protección del derecho fundamental cuando las condiciones de vulnerabilidad de las víctimas así lo han requerido. Por ejemplo, en el caso Winsterstein y otros c. Francia, de 17 de octubre de 2013, en el que el TEDH considera que Francia ha violado el derecho al respeto del domicilio por la expulsión de los ocupantes de un campamento ilegal de gitanos en una zona protegida por no haber contemplado medidas adecuadas de realojo[4]. Igualmente, en el caso Ivanova y Cherkezov c. Bulgaria, de 21 de abril de 2016, el TEDH, conjugando el interés general a una política ordenada de edificación y la protección del derecho al respeto del domicilio de las personas en situación de vulnerabilidad, considera que no deberá

procederse a la demolición de las viviendas ilegales de los demandantes, a menos que se realice una justa ponderación de la proporcionalidad de la medida[5].

### 2. Derecho a la vida (art. 2 CEDH)

Si bien en la mayoría de los casos se ha residenciado la protección del medio ambiente vía art. 8 CEDH, como he dicho, progresivamente otros derechos humanos han quedado impregnados del factor ecológico. Es el caso del derecho a la vida de las personas. Un ejemplo viene dado por la sentencia Önervildiz c. Turguía, de 18 de junio de 2002. La acumulación de gas metano en un vertedero de residuos produjo una explosión que provocó la muerte a 31 personas, residentes en un barrio cercano a la zona. El Tribunal dijo que el Estado violó el derecho a la vida de los fallecidos va que, conociendo la peligrosidad del vertedero, que incumplía las más elementales normas de seguridad ambiental del país, así señalado por un informe de un Comité de expertos, la Administración adoptó una actitud omisiva negligente que provocó la explosión. Además, el Tribunal destaca que los afectados no fueron informados debidamente de los riesgos que corrían al vivir en las proximidades del vertedero. Esta falta de información ambiental contribuyó a la violación del derecho a la vida. Por lo tanto, el derecho más fundamental del ser humano, en este caso se ve afectado por la inactividad de la Administración. Esta sentencia fue confirmada por la Gran Sala del TEDH, en su Sentencia de 30 de noviembre de 2004.

Una sentencia muy destacada también en el ámbito del Derecho a la vida es la recaída en el caso Kolyadenko y Otros c. Rusia, de 28 de febrero de 2012. El TEDH condena a Rusia por la apertura de las compuertas de un embalse, lo que provocó fuertes riadas, poniendo en riesgo la vida de los demandantes, cuyos domicilios quedaron inundados a una altura de un metro y medio, mientras estaban en sus casas. Al respecto, el TEDH tiene en cuenta que varios de los demandantes no sabían nadar, una demandante era una anciana en silla de ruedas, por lo que necesitó ayuda para salvar la vida y que la Administración había tolerado la construcción de las casas en una zona no urbanizable. Es destacada esta sentencia pues el TEDH condena por la situación de riesgo que creó la Administración con su negligencia, bien que finalmente no hubo fallecidos.

3. Prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos o degradantes (art. 3 CEDH)

Un medio ambiente saludable en las prisiones dignifica la vida de los presos. El TEDH habrá condenado a Rumanía por no contemplar celdas separadas para no fumadores. Así lo ha dicho en las sentencias recaídas en los casos Florea c. Rumanía, de 14 de septiembre de 2010 y Elefteriadis c. Rumanía, de 25 de enero de 2011. En este último caso, como el demandante padece una enfermedad pulmonar como consecuencia del tabaquismo pasivo, el TEDH considera que ha habido una violación del art. 3 CEDH. De modo que se trataría del reconocimiento de una lesión del derecho a la integridad física, tal y como se denomina en el art. 15 de la Constitución Española de 1978, como consecuencia de la contaminación del aire de la prisión. En la violación el Estado juega un papel esencial, al no contemplar módulos separados para fumadores y no fumadores.

#### 4. Derecho a un proceso equitativo (art. 6 CEDH)

Las garantías procedimentales en el ejercicio de los derechos medioambientales también han tenido un lugar destacado en el ámbito de Estrasburgo. Así, en materia de ejecución de sentencias, en la sentencia recaída en el caso Apanasewicz c. Polonia, de 3 de mayo de 2011, la demandante, la Sra. Helena Apanasewicz, impugna la actividad de una fábrica sin licencia, cercana a su domicilio. El ruido y otras molestias de la fábrica le provocaron problemas de salud. Las autoridades polacas reconocieron los daños por lo que, en la vía civil, ordenarían la suspensión de la actividad. En vía administrativa, por su parte, el inspector urbanístico ordenaría su demolición. Ninguna de las dos resoluciones se han ejecutado, por lo que la demandante acude ante el TEDH alegando una violación del art. 6 del Convenio, en lo que a la ejecución de sentencias se refiere, y del art. 8 CEDH, en lo referido a la interferencia de las molestias en su vida privada. El TEDH considera que se ha producido una violación de ambos preceptos ya que las autoridades polacas han reconocido los daños ocasionados por la actividad sin licencia de la fábrica, pero no han ejecutado sus decisiones sobre la paralización de su actividad ni la orden de demolición.

## 5. Libertad de conciencia y de asociación (art. 9 CEDH y art. 11 CEDH)

También las libertades de conciencia y de asociación han tenido que ver con lo ambiental. Esta conexión se da en el caso Chassagnou y otros c. Francia, de 29 de abril de 1999. Este asunto nos traslada a 1844, año en el que se aprueba una Ley mediante la que se prohibía la caza en

propiedades privadas ajenas sin el consentimiento de los propietarios, disposición legal que motivó una jurisprudencia que admitió el consentimiento tácito, esto es, se permitía la caza en propiedades privadas siempre que el propietario no se opusiera. Ello, sin duda, podía desaparición de ecosistemas debido a indiscriminada, por lo que se adoptaron medidas legislativas para tratar de proteger el patrimonio cinegético frente a la caza sin control. En este sentido, se adoptó la Ley «Verdeille» que, junto con los objetivos señalados, incluía otras medidas como la creación de las denominadas Asociaciones Municipales de Caza Autorizadas (Associations comunales de chasse agréés -ACCAs-) y las Asociaciones Intermunicipales de Caza Autorizadas (Associations Inter-communales de chasse agréés -AICAs-). Tienen, entre otras finalidades, la represión de la caza furtiva, el desarrollo de animales de caza y la educación cinegética. Para ello, se establece que los propietarios de áreas de superficie inferior a cierto umbral, están obligados a ser miembros de las Asociaciones y a permitir que en sus fincas se practique la caza. Los demandantes, propietarios de las fincas afectadas por la Ley «Verdeille», también ponen de relieve lo ambiental para oponerse a estas medidas. Dicen que tienen profundas convicciones contrarias a la caza y que pertenecen a asociaciones de protección de la naturaleza. Acuden a Estrasburgo alegando, entre otras violaciones de derechos, la libertad de asociación negativa (se les obliga a formar parte de una asociación en contra de sus firmes convicciones). El Tribunal estima la demanda en todas las alegaciones de violaciones de derechos. Entre otros razonamientos, argumenta que «obligar a un individuo por ley a una adhesión profundamente contraria a sus propias convicciones y obligarle, por el hecho de esta adhesión, a aportar el terreno del que es propietario para que la asociación en cuestión realice objetivos que él desaprueba, va más allá de lo que es necesario para garantizar un justo equilibrio entre intereses contradictorios y no podría ser considerado como proporcionado al fin perseguido».

# 6. Libertad de expresión (art. 10 CEDH)

Una de las exigencias irrenunciables de nuestro tiempo es el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos, sin perder nunca de vita la misión servicial de la Administración en su defensa de los intereses generales. Como el derecho de participación ciudadana no aparece como tal en el Convenio y el TEDH lo observa como un derecho de primer orden en la sociedad democrática europea actual, lo ha integrado vía libertad de expresión. La libertad de expresión, en efecto, constituye un fundamento claro de la participación. Así, en la sentencia

recaída en el caso Vides Aizsardzibas Klubs c. Letonia, de 27 de mayo de 2004, la asociación demandante, el "Club para la protección del medio ambiente" fue condenada por un delito de difamación por denunciar el comportamiento de una alcaldesa en la adjudicación irregular de permisos de obra en las zonas especialmente protegidas de los sistemas dunares del Golfo de Riga. Estrasburgo condena a Letonia por una violación del derecho a la libertad de expresión de la demandante al entender que no sólo tenía el derecho sino que también tenía la obligación, como ONG ecologista, a denunciar cuestiones que afectan al interés general. Es más, el TEDH dirá que cualquiera deberá tener la posibilidad de llamar la atención sobre temas de tal calado, con lo que el TEDH reconoce tanto la participación ciudadana cooperativa, mediante las ONG, como la directa, es decir, mediante la denuncia de cualquier de hechos que tienen que ver con el interés general, como los medioambientales[6].

# 7. Derecho al respeto de los bienes (art. 1 del Protocolo adicional al Convenio)

Uno de los preceptos que está proporcionando una doctrina más abundante en torno a temas ambientales y territoriales es el art. 1 del Protocolo adicional núm. 1, relativo al derecho al respeto de los bienes o, como se enuncia en nuestra Constitución, el derecho de propiedad. La tensión se producirá normalmente entre el interés general a mantener una ordenación racional del territorio garantizada a través de los planes urbanísticos y de ordenación territorial frente a las facultades derivadas del contenido del derecho de propiedad. Antes de enunciar la jurisprudencia ambiental en esta línea cabe subrayar que el derecho de propiedad no pertenece en España al grupo de los derechos especialmente cualificados. Es decir, no es un derecho fundamental con lo que, en principio, no podría ser objeto de conocimiento por nuestro Tribunal Constitucional vía amparo.

Será a través del 2º párrafo del art. 1 del Protocolo adicional núm. 1 CEDH, referido a los límites al derecho de propiedad, que se proteja el medio ambiente. En efecto, tras realizarse un reconocimiento positivo del derecho de propiedad, este precepto establece la posibilidad de someter este derecho a limitaciones, justificadas en base al interés general. En este contexto situamos la Decisión de inadmisión Haider c. Austria, de 29 de enero de 2004. El demandante en este caso, el Sr. Haider, adquiere en 1971 una parcela con la intención de construir un hotel. Sin embargo, la zona donde planeaba realizar el desarrollo

urbanístico estaba protegida por el plan municipal de Moggers, Voralberg. Esta protección impedía la construcción en ese lugar. Sin embargo, en 1975 el municipio de Moggers desclasificó la zona. Ante el nuevo régimen jurídico del área, el Sr. Haider solicitó una licencia para construir un hotel con 65 camas y un restaurante. No obstante, un experto urbanístico desaconsejó la concesión de la licencia porque la parcela del Sr. Haider estaba situada en una zona virgen y, desde su punto de vista, el tamaño del proyecto no era deseable. Pocos meses después, vuelve a protegerse el área y, por lo tanto, no se podría construir. La Administración deniega la licencia por motivos paisajísticos, entre otros. Frente a las alegaciones del Sr. Haider denunciando una expropiación de facto de su derecho de propiedad, el TEDH argumenta que el interés general a la utilización racional de los recursos naturales es una limitación justificada del derecho al respeto de los bienes del Sr. Haider. Nos encontramos, por consiguiente, ante una delimitación del contenido de la propiedad de la que resulta una reducción de utilidad al propietario, regulación que es legítima sin que tenga que ir acompañada de indemnización alguna.

Un caso bien significativo en una línea similar nos lo ofrece la Decisión de Inadmisión Gabriele Übleis c. Austria, de 11 de octubre, a la que me refiero a continuación. La demandante adquiere una finca mortis causa. Antes se habría aprobado una nueva ley de urbanismo que obligaba a los municipios a la modificación de sus instrumentos de planeamiento en un plazo de 5 años. Igualmente, con carácter previo a la adquisición de la propiedad, el municipio en el que había adquirido la propiedad, aprobó una moratoria, una prohibición de construir, hasta la definitiva aprobación del nuevo instrumento de ordenación. Aprobado este, el suelo de la demandante deja de ser urbanizable y se convierte en no urbanizable. La Administración, por la morfología del terreno, considera antieconómica la urbanización de la zona y opta por su protección con finalidades paisajísticas y medioambientales en general. La ley austriaca no contempla indemnización en el caso de la clasificación del suelo impidiendo construir, por lo que en base al segundo párrafo del art. 1 del protocolo adicional al Convenio, el TEDH concluye que, de conformidad con el respeto al principio de legalidad, se ha dado una delimitación del contenido del derecho de propiedad y la demandante puede seguir haciendo uso de su propiedad de conformidad con su naturaleza ambiental[7].

Un supuesto de hecho similar, se da en la Decisión de Inadmisión recaída en el caso Trimeg Limited c. Malta, de 27 de septiembre de 2011, en la

que las autoridades internas incluyen los solares de la empresa demandante en el ámbito de protección de un área natural, impidiendo cualquier uso no conforme a su valor ecológico. La empresa demandante había adquirido los solares cuando todavía gozaban de la clasificación de «área blanca», un tipo de clasificación con la que se designa el suelo que no ha sido urbanizado, que puede ser susceptible de desarrollo urbanístico, pero también de protección natural, como ocurrió finalmente en este caso. Con lo que la decisión de la Administración se realizó en el marco de la discrecionalidad permitida en virtud del principio de legalidad. De hecho, en la gaceta del Gobierno se había publicado, anteriormente a la compra de los solares por la empresa demandante, la intención de convertir el área en zona de protección ecológica. El TEDH dirá que la clasificación tenía una finalidad de interés general, la protección del medio ambiente, de conformidad con la legislación interna y los requerimientos internacionales, que justificaba la interferencia en el Derecho de propiedad de la demandante. Además, ésta debía saber que la clasificación de «área blanca» no garantizaba que la Administración le concediera una autorización para construir pues ese tipo de suelo puede ser susceptible de clasificación como suelo no urbanizable de protección natural, como se ha señalado.

Un nuevo e importante paso en la tradicional tensión entre protección del medio ambiente y desarrollo económico viene dado en la sentencia Hamer c. Bélgica, de 27 de noviembre de 2007. A la luz de esta decisión se consolida la idea de la importancia que se está dando a lo medioambiental en contraste con algunos derechos fundamentales. En efecto, el Tribunal indicará en esta sentencia que no se debe otorgar primacía a los imperativos económicos y a ciertos derechos fundamentales, como el derecho de propiedad, frente a las consideraciones medioambientales, en particular cuando el Estado ha abordado de manera expresa la materia. Veamos más despacio los hechos y los fundamentos jurídicos de esta destacada sentencia.

Los padres de la Sra. Judith Hamer (la demandante) construyeron en 1967, en un terreno de su propiedad, una casa de vacaciones en la localidad flamenca de Zutendaal (Bélgica). Lo hicieron sin solicitar el permiso de obra preceptivo. Como consecuencia del fallecimiento de la madre de la demandante, se llevó a cabo una partición de la herencia. La demandante obtuvo la nuda propiedad de la mitad de la casa de vacaciones. Posteriormente, fallecería el padre, por lo que la Sra. Hamer obtendría la nuda propiedad de la totalidad de la casa. La demandante satisfizo el impuesto sobre transmisiones patrimoniales y realizó las

inscripciones registrales oportunas. Asimismo, pagaría anualmente el impuesto sobre segunda residencia, que gravaba su casa de vacaciones. Es decir, la demandante se comportaba como propietaria y la Administración, en todo momento, tenía constancia de la existencia de la casa. La demandante realizó reformas por un coste de 50.000 euros y taló los árboles que se encontraban en su parcela. En 1994, la sociedad flamenca del agua -una organización semipública- efectuó obras de empalme de la casa a la red de distribución de agua. La Administración no reaccionaría en esa ocasión. Poco después, sin embargo, un policía que advirtió la tala de árboles en la propiedad de la demandante, en violación del art. 81.3 del Decreto flamenco de Bosques, de 13 de junio de 1990, ejercería la acción pública. El Ayuntamiento solicitaría al inspector urbanístico el levantamiento de un acta sobre las medidas de reparación a adoptar. Igualmente, solicitaría al fiscal un informe sobre la situación de la finca. La demandante sería citada por el fiscal, por una parte, por haber mantenido desde 1994 una residencia de fin de semana construida sin haber obtenido el permiso correspondiente. Por otra parte, por haber talado una cincuentena de pinos violando la normativa citada sobre bosques. La demandante, intentando guitar importancia a las infracciones en las que incurría su casa de vacaciones, argumentó que en la misma zona forestal había otras casas ilegales contra las que la Administración no había reaccionado. En primera instancia, el Tribunal correccional de Tongres consideraría que no debía sancionarse a la demandante va que, tras 27 años la demandante podía suponer legítimamente, como todo ciudadano razonablemente previsor, que el mantenimiento de la construcción litigiosa ya no era punible. El Ministerio Fiscal apelaría esta decisión. El Tribunal de Apelación de Amberes absolvió a la demandante del cargo de la tala de árboles. Sin embargo, la condenó por el delito de mantenimiento de una construcción erigida sin permiso, teniendo en consideración como inicio del periodo de incriminación la fecha en la que falleció su padre (1993). El Tribunal de apelación ordenaría a la demandante la restitución de las cosas a su estado originario y la demolición de la construcción litigiosa, reservando al Ayuntamiento la ejecución forzosa a costa de la demandante en caso de incumplimiento de la sentencia. La demandante recurriría en Finalmente, éxito. la Administración forzosamente la orden de demolición en julio de 2004. La demandante acude ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos alegando una violación del art. 6 CEDH (Derecho a un proceso equitativo); del art. 6 en relación con el 14 CEDH (prohibición de discriminación); del art. 1 del Protocolo adicional del Convenio (Derecho al respeto de los bienes); v del art. 8 CEDH (Derecho al respeto de la vida privada y familiar). En relación con el art. 6 CEDH argumenta que si bien la primera vista oral se produjo en 1994, no obtuvo sentencia hasta 2000. Vinculará, por otra parte, el derecho a un proceso equitativo con la prohibición de discriminación alegando que no se ha abierto proceso alguno contra otras propiedades igualmente ilegales en la misma zona forestal. En relación con el art. 1 del Protocolo adicional al Convenio y el art. 8 CEDH, la demandante dirá que la propia inactividad de la Administración durante 30 años, lapso de tiempo que transcurre desde que se construyó ilegalmente la casa y el momento en el que se inicia un proceso sancionador contra ella, habría contribuido a la creación de una situación de legalidad aparente.

El Tribunal, en primer lugar, condena a Bélgica al no haber resuelto el asunto en un plazo razonable. Argumentará que el asunto no reviste una especial complejidad por lo que el tiempo transcurrido desde que la demandante es incriminada hasta que obtiene sentencia es excesivo. No obstante, no condena a Bélgica por la alegación que realiza la demandante sobre la violación del art. 6 CEDH entendido conjuntamente con el art. 14 CEDH. La Sra. Hamer considera que ha sido discriminada pues no se ha abierto el mismo proceso sancionador con respecto de cuatro edificaciones igualmente ilegales cercanas a su propiedad. Estrasburgo dirá que la reacción de la Administración contra la ilegalidad de la propiedad de la demandante no es fruto del azar. No se trata de una actuación arbitraria. Al contrario, se enmarca en el seno de una política coherente y sistemática de lucha contra la violación de la normativa referida a la protección de las zonas forestales. En el momento en el que se dictó la sentencia, según las estadísticas ofrecidas por el Gobierno, había pendientes en los tribunales 887 asuntos similares referidos a la región flamenca (parágrafo 68 en relación con el 45). Por todo ello, concluye el Tribunal, no ha habido violación del art. 6 CEDH leído conjuntamente con el art. 14 CEDH. En relación con la alegación sobre el art. 1 del Protocolo adicional nº 1, el Tribunal comienza su argumentación indicando que la construcción litigiosa ha persistido durante veintisiete años antes de que la infracción ha sido constatada por las autoridades internas. No obstante, añade el Tribunal, las autoridades han podido tener conocimiento de la existencia de la construcción litigiosa con anterioridad ya que la demandante, así como su padre, antes de fallecer, pagaron los impuestos relativos a esa construcción. A este respecto, el Estado belga no puede, de buen derecho, justificarse en base a una separación entre las autoridades de la ordenación del territorio y del urbanismo frente a las fiscales. Debe considerarse, por tanto, que las autoridades han tolerado la situación

durante veintisiete años (de 1967 a 1994), situación que ha perdurado hasta que se ha procedido a la demolición (1994-2004). Tras ese lapso de tiempo el interés patrimonial de la demandante a disfrutar de su casa de vacaciones era suficientemente importante y reconocido para considerarlo un interés sustancial. Un bien, por lo tanto, en el sentido del art. 1 del Protocolo adicional nº 1. Por ello, puede considerarse. dice el Tribunal, que la demandante tenía una expectativa legítima de poder seguir disfrutando ese bien. Tras reconocer desde una perspectiva positiva el derecho al respeto del bien de la demandante, el Tribunal indicará que el caso se refiere a lo urbanístico y medioambiental, ámbitos en los que los Estados gozan de un destacado margen de apreciación. Recordará, en este sentido, que si bien no hay ningún precepto del Convenio destinado a asegurar una protección general del medio ambiente como tal, tiene una especial preocupación por su preservación. El medio ambiente constituye un valor cuya defensa suscita en la opinión pública y, por consiguiente en los poderes públicos, un interés destacado. A continuación, el Tribunal ofrecerá una frase que seguramente constituirá un importante elemento a tener consideración en el seno de los Estados contratantes, por lo que supone de avance en materia medioambiental. En efecto, el Tribunal dirá que no se debe otorgar primacía a los imperativos económicos así como a ciertos derechos fundamentales, como el derecho de propiedad, frente a las consideraciones relativas a la protección del medio ambiente, en particular cuando el Estado ha legislado en la materia. Los poderes públicos asumen, por consiguiente, una responsabilidad que deberá concretarse en su intervención en el momento oportuno para que no se prive de eficacia a las disposiciones protectoras del medio ambiente que han decidido poner en marcha. A continuación, el Tribunal indicará que no tiene duda en cuanto a la legitimidad del fin perseguido por la medida litigiosa: proteger una zona forestal no edificable. Finalmente, el Tribunal analizará si las medidas adoptadas para la garantía de una ordenación racional del territorio y la protección de la zona forestal donde se situaba la casa de la demandante son proporcionadas a los inconvenientes causados. A este respecto, se deberán tener en cuenta diferentes elementos. Por una parte, el Tribunal subraya que ha pasado un amplio lapso de tiempo desde la comisión de la infracción. La demandante y, antes de ella, su padre, han disfrutado de una manera ininterrumpida de su casa de vacaciones durante 37 años. El acto de partición de la herencia (1986) entre la demandante y su padre fue registrado en el Ministerio de Hacienda. Al fallecer el padre de la demandante en 1993, el acto notarial de partición de la herencia calificaba la casa expresamente como casa de vacaciones.

demandante, recuerda el Tribunal, pagó desde entonces anualmente el impuesto que grava la segunda residencia. Igualmente, la empresa pública del agua efectuó obras de empalme de la casa de la demandante con la red de distribución de agua. De todo ello se deduce que las autoridades conocían o debían conocer desde hacía tiempo la situación en la que se encontraba la casa de la demandante. En este orden de cosas, a pesar de las disposiciones de la legislación pertinente, las autoridades no han actuado durante un periodo prolongado de tiempo contribuyendo por ello a perennizar una situación perjudicial a la protección de la zona forestal de acuerdo con lo establecido en la Lev. Por otro lado, la Ley no permitía la regularización de una construcción erigida contrariamente a lo establecido en un plan de ordenación. La casa de la demandante estaba situada en una zona forestal en la que, de conformidad con la norma aplicable, sólo se podían construcciones para el ejercicio de la caza y la pesca, las cuales en ningún caso podían destinarse a uso residencial, ni tan siguiera de modo temporal. Por otra parte, el hecho de que la demandante no fuera propietaria cuando se erigió la construcción y la pasividad de la Administración durante un periodo largo de tiempo, no impiden que la infracción sea imprescriptible según el derecho belga y el Fiscal pueda en cualquier momento decidir aplicar la Ley. Todos estos elementos conducen al Tribunal a concluir que la demandante no ha sufrido una injerencia desproporcionada en su derecho de propiedad, por lo que no ha habido violación del art. 1 del Protocolo adicional nº 1. Finalmente, en relación con la alegación de violación del art. 8 CEDH, el Tribunal considera que la argumentación desarrollada en relación con el derecho de propiedad es igualmente aplicable al derecho al domicilio, por lo que no tendrá nada más que añadir.

No obstante, también se ha protegido el derecho de propiedad desde una perspectiva positiva, frente a las inmisiones injustificadas. En este contexto encaja la sentencia recaída en el caso Athanasiou y Otros c. Grecia, de 9 de febrero de 2006. El Ministerio griego de Hacienda, Transporte y Comunicaciones decide expropiar parte de las propiedades de los demandantes para construir una infraestructura ferroviaria destinada a trenes de alta velocidad. Se prevé incluso que habría de pasar un tren cada 20 minutos. En el proyecto también figuraba la construcción de un puente sobre la propiedad de los demandantes, por donde igualmente pasarían los trenes. El terreno restante no afectado por la expropiación se convertía en suelo no edificable y las vías del tren quedaban a menos de 5 metros de los chalés de algunos de los demandantes. El problema estribaba entonces en que se había pagado

por lo expropiado, pero ninguna compensación se había previsto para la parte de la finca no expropiada, que quedaba enormemente degradada. El Sr. Xanthi Athanasiou y el resto de expropiados solicitan una indemnización especial («indemnité speciale») con respecto de las partes no expropiadas de sus propiedades. Entendían que las obras provocarían una depreciación de su valor de mercado. La jurisprudencia del Tribunal de Casación tradicionalmente había denegado una indemnización especial como consecuencia de los daños ocasionados por obras similares. Sin embargo, la tendencia, como se recoge en la Sentencia, cambia en una reciente sentencia (31/2005, citada en el párrafo 18). Los demandantes acuden a Estrasburgo, una vez agotada la vía interna, invocando una violación de sus derechos de propiedad, dado que las decisiones judiciales les denegaron una indemnización especial con respecto a las parcelas no expropiadas. El Tribunal de Estrasburgo destaca, de acuerdo con doctrina jurisprudencial consolidada, que los Estados disponen de un amplio margen de apreciación en materia de ordenación del territorio. No obstante, también señala que intervendrá si la apreciación nacional carece manifiestamente de una base razonable (párrafo 23). En segundo lugar, reconoce que las partes de propiedad cuyo valor de mercado ha decrecido, no han sido expropiadas. Sin embargo, las obras han restringido sus derechos de libre uso de la propiedad. No se discutía por las partes que las obras contribuyeron directamente a una caída sustancial del valor de las propiedades. Los demandantes, añade el Tribunal, sufrirían molestias como consecuencia de la reducción de las vistas, la polución sonora y las constantes vibraciones, con lo que «el horizonte de sus propiedades quedaría definitivamente obstruido» (párrafo 25). Al denegar una indemnización por la depreciación de las partes no expropiadas de sus propiedades, el Tribunal de Casación -dice el TEDH- no respetó el justo equilibrio que se tiene que dar entre la protección de los derechos individuales y los requerimientos del interés general. Concluye, por unanimidad, que se ha violado el derecho de propiedad de los demandantes, apuntando el cambio jurisprudencial que se ha dado en esta materia en Grecia. Como nuevos elementos significativos -éste de la devaluación medioambiental-, con esta sentencia el Tribunal de Estrasburgo cambia la línea que había mantenido en relación con supuestos de hecho referentes al valor de la parte no expropiada de una propiedad (por ejemplo. Interoliva ABEE c. Grecia, de 16 de mayo de 2002 y Azas c. Grecia, de 19 de septiembre de 2002).

Terminaré con una referencia a la tensión entre el derecho a hacer turismo, la protección del entorno y los derechos individuales. Para la glosa de estas ideas, me referiré a la Decisión de Inadmisión Edwin STEINER y Ottilia SYEINER-FASSLER c. Suiza, de 7 de octubre de 2014. Si bien el caso se resuelve de conformidad con el art. 6 CEDH (Derecho a un proceso justo) realmente la conflictividad en el ámbito interno se da en base al derecho de propiedad. Así la Decisión de Estrasburgo, con la inadmisión del caso, vendría a ratificar lo resuelto en el ámbito interno. Veamos en detalle los hechos y argumentación del TEDH en este pintoresco asunto.

El Camino de Santiago, como se sabe, es una ruta de peregrinaje medieval, que en la actualidad combina el ocio y lo religioso, constituyendo un recurso turístico de primer orden. Sin embargo, habrá que compaginar la actividad propia de esta ruta con el respeto del territorio por el que transcurre, para evitar molestias a los vecinos.

Los demandantes son nacionales suizos que viven en el municipio de Alpthal (cantón de Schwyz). Acuden a Estrasburgo solicitando como medios de prueba los documentos referidos a los permisos de construcción de dos senderos, con la finalidad de demostrar la ruta histórica exacta que tomaría el Camino de Santiago por la zona. El interés de los demandantes radica en que la Administración, tras unas fuertes tormentas, hizo una nueva delimitación que afectaría a su propiedad, con las consiguientes molestias que, según alegan, ocasionan los peregrinos y los senderistas. Por consiguiente, en este caso se trata una cuestión de prueba, enmarcada en el ámbito del Derecho a un proceso equitativo (art. 6 CEDH) pero, como se verá, ante la imposibilidad de obtener los documentos probatorios, la Administración opta por consolidar el camino que considera más seguro y atractivo, que sería precisamente el que afecta a la propiedad de los demandantes. Veamos, a continuación, en detalle, los hechos y la argumentación del TFDH.

En el cantón suizo de Schwyz, el Camino de Santiago transcurre de Einsiedeln vía Alpthal hacia la ciudad de Schwyz. En los últimos años, aproximadamente 1,5 kilómetro de la ruta entre Chriegmatt y Gämschtobelbach ha discurrido a lo largo de la carretera principal, en un camino pavimentado, en el lado izquierdo del río Alp.

Unas fuertes tormentas acontecidas en el año 1984 ocasionaron importantes daños en la región. Las orillas del río Alp tuvieron que ser alineadas y los alrededores, reconstruidos. Estas obras, consideradas medidas de urgencia, se realizaron sin seguir procedimiento formal de

autorización alguno. Las autoridades del cantón de Schwyz manifestaron en el año 2003 su intención de mover esta ruta del Camino de Santiago al lado derecho del río Alp, en un camino forestal que hace intersección con la propiedad de los demandantes en 7 metros, en la parte sudoeste y 17 metros, en la parte noroeste. Además, el camino forestal transcurre por un pantano de bajo nivel inventariado, de importancia nacional, que goza de protección constitucional. En efecto, según el art. 78.5 de la Constitución Federal Suiza, "Se protegerán los pantanos y zonas pantanosas de especial belleza que sean de interés nacional. No se podrán levantar instalaciones, ni modificar el terreno. Se exceptuarán de esta prohibición las instalaciones destinadas a la protección de estos espacios, así como las instalaciones hasta ahora existentes dedicadas a la explotación agrícola".

Los demandantes, sus hijos, representantes del consejo de distrito y la administración de distrito, así como el director de la oficina cantonal de bosques, caza y pesca, visitaron el sitio el 1 de julio de 2006. Declararon que no tolerarían un nuevo sendero que transcurriera por su propiedad, debido a diversos enfrentamientos que han tenido con senderistas, por la basura y suciedad que generan tanto los senderistas como sus perros. Los demandantes y el director de la oficina cantonal de bosques, caza y pesca, jerárquicamente subordinado al departamento de economía del cantón de Schwyz, firmaron un acuerdo el 3 de julio de 2006. La legislación aplicable, en virtud de dicho acuerdo, permitiría la adquisición obligatoria de la servidumbre, si no fuera obtenida de una manera voluntaria por el cantón; sin embargo, teniendo en consideración la salud y bienestar de los demandantes, se declaró la renuncia voluntaria v se decidió no declarar legalmente la servidumbre. A cambio, los demandantes tolerarían "hasta nueva orden" la Iron Bike Race, carrera que tiene lugar una vez al año.

El departamento de medio ambiente del cantón decidió a principios de 2009 que el tramo del Camino de Santiago transcurriera por el lado derecho. La memoria del plan de uso del suelo razonaba que no se entendía por qué los excursionistas y peregrinos debían ir por un camino poco atractivo, en una acera pavimentada cuando en el otro lado del río había un camino de grava, por un bosque sombrío e idílico. Las objeciones de los demandantes fueron rechazadas por el departamento de medio ambiente del cantón que explicó que durante años la Administración y la Asociación Suiza de senderistas habían intentado en vano llegar a un acuerdo con la familia Steiner-Fässler. Recientemente, los demandantes habían rechazado conversaciones con la finalidad de

llegar a un acuerdo amistoso. La Administración considera que las dos partes del camino que transcurren por la propiedad de los demandantes están clasificadas como área forestal y, por consiguiente, son de acceso público, según la ley suiza. Además, el acuerdo al que llegaron los demandantes con el departamento de economía carecía de validez pues ese órgano no tiene competencia en esta materia. De modo que, a diferencia de lo que alegan los demandantes, no ha habido una violación del principio de buena fe.

El consejo del cantón de Schwyz desestimó el recurso interpuesto por los demandantes en mayo de 2011. Revisando los hechos, el consejo observó que la casa de los demandantes se encontraba a 70 metros del camino de grava y que el sendero sólo cruzaba dos pequeñas porciones de la finca de los demandantes. Consideraría que la interferencia en la propiedad de los demandantes era marginal y tolerable. Admitió que el acuerdo de 3 de julio de 2006 podía constituir una base en la que fundamentar expectativas legítimas. Empero el consejo añadió que debido al interés público preponderante a un Camino de Santiago seguro y atractivo, las expectativas legítimas de los demandantes no quedaban protegidas.

El 21 de septiembre de 2011, el tribunal administrativo del cantón de Schwyz desestimó el recurso de los demandantes, basando su decisión en las mismas consideraciones que la autoridad administrativa. La solicitud de los demandantes de acceder al expediente de la autorización de construcción de 1984 en la que se demostraría que el camino históricamente ha transcurrido por el lado izquierdo del río y que el sendero forestal a la derecha del río fue construido en 1984 sería inadmitida. El tribunal administrativo explicó que debido a fuertes tormentas acontecidas en 1984, las orillas del río Alp tuvieron que ser delineadas nuevamente. Sin embargo, con la finalidad de averiguar la ruta histórica exacta del Camino de Santiago, el tribunal realizó varias investigaciones. El 10 de agosto de 2011, solicitó más información al departamento de medio ambiente del cantón. El departamento, sin embargo, no clarificó la situación. Indicó que la re-ubicación del camino se realizó sin seguir un procedimiento formal. De conformidad con una carta del oficial de paisajes culturales, se podía presumir que los peregrinos solían caminar por el lado derecho del río Alp, por el sendero forestal. En base a esa prueba, el tribunal observó que la situación seguía sin clarificarse. Además apuntó que las fuertes tormentas de 1984 requirieron una rápida reconstrucción de la zona afectada, incluyendo la delineación de las orillas del río. El tribunal concluiría que la determinación de la ruta histórica exacta del Camino de Santiago no era decisiva, tras las tormentas, pues no se había perdido ningún valor histórico y el sendero podía re-ubicarse en el otro lado del río sin perder calidad. El Tribunal concluirá que tras la determinación de los hechos, lo requerido por los demandantes no era pertinente y debía, por consiguiente, rechazarse.

El Tribunal Supremo Federal también desestimaría las peticiones de los demandantes. En primer lugar, denegó la solicitud de recibir el permiso de construcción de 1984 por carecer de pertinencia para la solución del caso. En relación con el acuerdo al que llegaron los demandantes con el director de la oficina de bosques, caza y pesca, dice el Tribunal, debieron advertir que el órgano carecía de competencia. Además, podía ser revocado en cualquier momento (en el mismo se disponía que los demandantes tolerarían una carrera anual de bicis, hasta nueva orden). En cualquier caso, el Tribunal observa que los demandantes no han sufrido desventaja alguna por confiar en el acuerdo.

Agotada la vía interna, los demandantes acuden ante el TEDH alegando una violación del art. 6 CEDH. Consideran que las autoridades suizas les han negado las pruebas en relación con la construcción tanto del camino pavimentado como del de grava de 1984, tras las fuertes tormentas que tuvieron lugar. Los demandantes, además, consideran que las autoridades suizas no han respetado sus derechos contemplados en el art. 8 CEDH.

En relación con el art. 6 CEDH, el TEDH subraya que el derecho a un proceso justo no garantiza el acceso a todas las pruebas potenciales que estén a disposición de las autoridades. Las autoridades nacionales tienen la potestad de ordenar la realización de pruebas y pueden realizar una evaluación de las mismas. La misión del TEDH será la de considerar si el proceso en su conjunto, lo que incluye la evaluación de las pruebas, ha sido justo. Por consiguiente, el Tribunal no evalúa defectos procedimentales aislados, a menos que de ellos se deriven cuestiones cruciales para la resolución del caso.

Volviendo a las circunstancias del caso, el Tribunal observa que el tribunal administrativo del cantón hizo varias investigaciones en relación con los documentos de 1984 en cuanto a la construcción de ambos caminos, el pavimentado y el de gravilla. El tribunal administrativo contactó con el departamento de medio ambiente del cantón, al que no le fue posible proporcionar los documentos requeridos, y la oficina de paisaje cultural, la cual tampoco pudo clarificar la cuestión. En su

conclusión, el tribunal administrativo sostuvo que, por varias razones, los documentos no eran pertinentes en el caso. El TEDH observa que el Tribunal Federal ratificó el razonamiento del tribunal administrativo y, además, especificó que existían razones objetivas para reubicar el sendero al lado derecho del río Alp.

En conclusión, si bien el TEDH subraya la importancia del acceso a los medios probatorios, considera que las autoridades internas no han actuado arbitrariamente en la investigación en torno a la existencia de los documentos de 1984 en relación con la construcción de ambos senderos. Por ello, inadmite la demanda en relación con el art. 6 CEDH.

Rechaza entrar a conocer en relación con el art. 8 CEDH pues no se había planteado este extremo en la vía interna[8].

#### IV. Conclusiones

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tomado una decidida toma de postura en la impregnación de los diferentes preceptos que integran el Convenio del factor ecológico. Actualmente, un medio ambiente saludable es inescindible de las mínimas condiciones de vida dignas. Por ello, el TEDH no ha observado dificultades en la consideración ambiental de no pocos derechos humanos que pueden tener una clara incidencia medioambiental o que pueden ser limitados en base al interés general a un medio adecuado o a la racional utilización de los recursos territoriales.

## Bibliografía

ALONSO GARCÍA, Mª C. (2015): La protección de la dimensión subjetiva del derecho al medio ambiente, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.

BOUAZZA ARIÑO, Omar (2017): "El Derecho del Consejo de Europa en la europeización del derecho público español", Revista de Administración Pública núm. 204.

BOUAZZA ARIÑO, Omar (2016): "Intereses colectivos y derechos individuales en la jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre medio ambiente", en Memorial para la reforma del Estado. Estudios en Homenaje al profesor Santiago MUÑOZ MACHADO (coord. José María BAÑO LEÓN) VOL. 1, (Tomo I), Madrid: lustel.

BOUAZZA ARIÑO, O. (2006): "Mecanismos participativos contra actos de las corporaciones locales que atentan contra el entorno", Revista Española de Derecho Administrativo, 130, págs. 361-372.

BOUAZZA ARIÑO, O. (2012): "Protección medioambiental del excedente de suelo urbanizable: (la Decisión de Inadmisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Gabriele Übleis c. Austria, de 11 de octubre de 2011)", Revista Española de Derecho Administrativo 153.

BOUAZZA ARIÑO, O. (2003): "Respeto a la vida privada y protección del medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", Revista de Administración Pública, núm. 160, págs. 167-202.

BOUAZZA ARIÑO, OMAR (2006-hasta la fecha): "Tribunal Europeo de Derechos Humanos", Observatorio de Políticas Ambientales (Dir. Fernando LÓPEZ RAMÓN), Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.

HAYWARD, T. (2005): Constitutional Environmental Rights, Oxford: Oxford University Press.

LÓPEZ RAMÓN, F. (2002): "La ordenación del ruido", Revista de Administración Pública, núm. 157, págs. 27-56.

LOZANO CUTANDA, B. (2002): "La ecologización de los derechos fundamentales: la doctrina López Ostra c. España, Guerra y otros c. Italia y Hatton y otros c. Reino Unido del TEDH y su recepción por nuestro TC", Revista Española de Derecho Europeo, núm. 1, págs. 175-205.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. (1994): "El ruido de los grandes aeropuertos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", Revista Vasca de Administración Pública, núm. 40, págs. 103-120.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. (1991): "El ruido en la reciente jurisprudencia", Revista de Administración Pública, núm. 125, págs. 319-342.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. (2008): "Jurisprudencia ambiental reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", Revista Española

de Derecho Administrativo, núm. 140, págs. 781-807.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. (1988): "La defensa frente al ruido en el Tribunal Constitucional (Auto de 13 de octubre de 1987, en relación con la clausura de un bar en Sevilla)", Revista de Administración Pública, núm. 115, pág. 205 y ss.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. (2004): La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho, Madrid: Civitas.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. (2005): "Lo medioambiental y la calidad de vida junto a la necesidad de dar cumplimiento a las sentencias (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos "Kyrtatos c. Grecia", de 22 de mayo de 2003)", Revista Española de Derecho Administrativo, núm., 125, págs. 119-148.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. (1988): "Los ruidos evitables (sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Territorial de Zaragoza, de 10 de octubre de 1988)", Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, núm. 238, págs. 1275-1282.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. (2007): Vías concurrentes para la protección de los derechos humanos, Madrid: Civitas.

SIMÓN, F. (2010): "La construcción de la tutela ambiental en la jurisprudencia de Estrasburgo", Persona y derecho, núm. 63.

#### **Notas**

- \* Profesor Titular de Derecho Administrativo. Facultad de Ciencias Políticas y Sociología. Universidad Complutense de Madrid. obouazza@der.ucm.es Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación, "El reto de la reafirmación del Estado del Bienestar en la protección de los derechos humanos" (DER2015-65524-R), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER, UE).
- [1] Sobre la incidencia de la contaminación ambiental en los derechos fundamentales deben citarse sin falta los pioneros trabajos de Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, "El ruido en la reciente jurisprudencia",

Revista de Administración Pública, núm. 125, 1991 págs. 319-342; v "La defensa frente al ruido en el Tribunal Constitucional (Auto de 13 de octubre de 1987, en relación con la clausura de un bar en Sevilla)". Revista de Administración Pública, núm. 115, 1988, págs. 205 y ss. [2] Sobre esta decisiva sentencia, me remito a mi trabajo, "Respeto a la vida privada y protección del medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", Revista de Administración Pública. núm. 160. págs. 167-202. [3] Un comentario más extenso a esta sentencia podrá encontrarse en, "Tribunal Europeo de Derechos Humanos: nuevos avances en la ponderación del concepto de sostenibilidad", en Observatorio de Políticas Ambientales 2017 (Dir.: Fernando LÓPEZ RAMÓN), Thomson-(Navarra), 2017, Cizur Menor pág. [4] Al respecto, véase el comentario que realicé a esta sentencia en, "Propiedad, medio ambiente y minorías vulnerables", en Observatorio de Políticas Ambientales 2014 (Dir.: Fernando LÓPEZ RAMÓN), Thomson-Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2014. págs. [5] A mayor abundamiento, me remito al comentario que realicé a esta sentencia en, "Tribunal Europeo de Derechos Humanos: nuevos avances en la ponderación del concepto de sostenibilidad", cit., pág. 83 y ss. [6] Al respeto, me remito a mi trabajo, "Mecanismos participativos contra actos de las corporaciones locales que atentan contra el entorno", Revista Española de Derecho Administrativo, 130, págs. 361-372.

[7] abundamiento trabajo, mayor medioambiental del excedente de suelo urbanizable: (la Decisión de Inadmisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Gabriele Übleis c. Austria, de 11 de octubre de 2011)", Revista Española de Derecho Administrativo 241-252. 153. págs. [8] "Intereses colectivos y derechos individuales en la jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre medio ambiente", en Memorial para la reforma del Estado. Estudios en Homenaje al profesor Santiago MUÑOZ MACHADO (coord. José María BAÑO LEÓN) VOL. 1, 2016 (Tomo I), pág. 489 y ss.

mi

"Protección

Véase

a

## El derecho humano a la paz y sus elementos constitutivos

José A. Musso\*

#### I. Introducción

La palabra "paz" es una de las más usadas en la Carta de las Naciones Unidas. Ya en el preámbulo constan el designio de preservar a las generaciones futuras del flagelo de la guerra y el de "convivir en paz como buenos vecinos".

Cuando la Carta habla de la paz, por lo general se refiere también a la seguridad: paz y seguridad internacionales. Solo en una ocasión hace referencia a la paz universal[1] y otra norma establece el requisito de ser un Estado amante de la paz para aspirar a la condición de miembro de las Naciones Unidas[2], mientras que en algunas disposiciones del Capítulo VII, así como en el propio título de ese capítulo, la paz es considerada en sí misma al contemplarse medidas a tomar por el Consejo de Seguridad ante la existencia de una amenaza, un quebrantamiento o acto de agresión que la afectan.

Se observa, además, que en la Carta prevalece la idea de mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, si bien el restablecimiento de ambas es otra de las funciones que desempeña el Consejo de Seguridad en el marco de la responsabilidad primordial que le asigna tal instrumento, y así queda dicho en el texto[3]. El fortalecimiento de la paz es un designio mencionado al enunciarse los propósitos de las Naciones Unidas, y la obligación de promover la paz y la seguridad internacionales recae sobre los Estados miembros que administran territorios no autónomos[4]. Por otro lado, la contribución de los miembros al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y a los demás propósitos de la Organización constituye un elemento de juicio especialmente relevante para que un Estado sea elegido miembro no permanente de aquel órgano, según lo previsto en el art. 23.1 de la Carta.

Cabe preguntarse entonces cuál es el alcance de las disposiciones de que se trata, y de las contenidas en otros instrumentos pertinentes, a fin de considerar si existen bases jurídicas para otorgar al derecho a la paz la categoría de derecho humano.

## II. Caminos paralelos

Los Estados y la sociedad civil vienen recorriendo caminos diferentes. Lo que los primeros aceptan como contenido del derecho en cuestión está enunciado principalmente en estos instrumentos: Declaración sobre la Preparación de las Sociedades para Vivir en Paz (1978)[5], Declaración sobre el Derecho de los Pueblos a la Paz (1984)[6], Declaración y Programa de Acción sobre una Cultura de Paz (1999)[7] y Declaración sobre el Derecho a la Paz (2016)[8].

La Declaración de 1978 reafirma "el derecho de las personas, los Estados y toda la humanidad a vivir en paz" e insta "a todos los Estados a que sus actividades se guíen por el reconocimiento de la importancia y la necesidad supremas de establecer, mantener y fortalecer una paz justa y duradera para las generaciones presentes y futuras". Luego el texto señala diversos principios que deben observar los Estados, entre ellos el siguiente: "Toda nación y todo ser humano, independientemente de su raza, convicciones, idioma o sexo, tiene el derecho inmanente a vivir en paz".

A su vez, la Declaración de 2016 afirma que "toda persona tiene derecho a disfrutar de la paz de tal manera que se promuevan y protejan todos los derechos humanos y se alcance plenamente el desarrollo" (art. 1). La fórmula que uno y otro instrumento emplean es similar y apunta más bien al resultado de un proceso que al proceso en sí, aunque en el preámbulo de la Declaración más reciente se sostiene que "la paz no solo es la ausencia de conflictos, sino que también requiere un proceso positivo, dinámico y participativo en que se promueva el diálogo y se solucionen los conflictos en un espíritu de entendimiento y cooperación mutuos, y se garantice el desarrollo socioeconómico".

Dicho de otro modo, el primero y el último de los instrumentos antes mencionados enfocan parcialmente la relación simbiótica que existe entre la paz y los derechos humanos, en cuya virtud la primera "es condición para la plena realización de otros derechos humanos, y cuando se disfrutan los derechos humanos la consecuencia es la paz"[9]. Tales instrumentos no reconocen el derecho a la paz en cuanto tal, con todos sus componentes. Tampoco lo hacen los restantes instrumentos.

Lo cierto es que 692 organizaciones de la sociedad civil (OSC), lideradas por la Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos

Humanos (AEDIDH) y el Observatorio Internacional para el Derecho Humano a la Paz (OIDHP), han rechazado la Declaración sobre el Derecho a la Paz de 2016 como insuficiente, porque no reconoce el derecho humano a la paz ni sus elementos esenciales.

El proyecto de declaración de la sociedad civil señala que las bases legales del derecho humano a la paz, existentes en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, deben estar mencionadas en el preámbulo de la Declaración que debería adoptar la Asamblea General.

Además, postula que los titulares de ese derecho son las personas, los grupos, los pueblos, las minorías y toda la humanidad, y que sus elementos constitutivos están establecidos tanto en la Carta de las Naciones Unidas como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Los Estados son los principales deudores del derecho humano a la paz, debiendo abordar las causas de los conflictos y desarrollar estrategias preventivas para asegurar un tratamiento oportuno de los agravios con el propósito de evitar que conduzcan a la violencia. Se abstendrán de sanciones unilaterales y suprimirán la propaganda a favor de la guerra. Asimismo, deben facilitar la contribución de las mujeres a la prevención, gestión y resolución pacífica de las controversias, así como al mantenimiento de la paz después de los conflictos. Junto con ello, respetarán el derecho de los pueblos a la libre determinación. En lo concerniente al Consejo de Seguridad, el proyecto propicia su reforma a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones que derivan de la Carta de las Naciones Unidas en materia de seguridad colectiva.

El derecho al desarme, el derecho a la educación en la paz y los derechos humanos y el derecho a la seguridad humana son componentes esenciales del derecho humano en cuestión. También lo son el derecho a resistir contra la opresión[10] y el derecho al desarrollo y a un medio ambiente sostenible.

En cuanto a la implementación de la Declaración, el proyecto prevé que los Estados, las Naciones Unidas y sus organismos especializados, fondos y programas deben adoptar las medidas sostenibles pertinentes, agregando que las organizaciones internacionales, regionales, nacionales y locales, así como la sociedad civil, deben participar activamente en dicha implementación.

El documento bajo análisis va incluso más allá al postular que todos los Estados deberán implementar de buena fe las disposiciones de la Declaración a través de la adopción de las medidas legislativas, judiciales, administrativas y educativas, entre otras, que sean necesarias para promover el cumplimiento efectivo de la Declaración, y que el Consejo de Derechos Humanos ha de controlar el progreso en la implementación de la Declaración como tema permanente de su programa y por medio de un relator especial sobre el derecho humano a la paz.

En el taller sobre la implementación de la Declaración sobre el Derecho a la Paz, que se llevó a cabo en el ámbito del Consejo de Derechos Humanos el 14 de junio de 2018, las OSC reiteraron su reclamo de que se incluyan de manera clara los elementos del derecho humano a la paz e invitaron al Consejo a designar un Relator Especial sobre el Derecho Humano a la Paz con el mandato de revisara la Declaración de 2016 en consulta con las OSC y todos los actores interesados para lograr que ese derecho y todos sus elementos esenciales sean reconocidos[11].

## III. Elementos constitutivos del derecho humano a la paz

La Carta de las Naciones Unidas le asigna a la Asamblea General la función de considerar los principios que rigen el desarme y la regulación de armamentos y de hacer recomendaciones al respecto, tanto a los Estados miembros como al Consejo de Seguridad, o a este y a aquellos (art. 11.1). Además, pone en manos del Consejo de Seguridad la tarea de elaborar planes para un sistema de regulación de los armamentos, "a fin de promover el establecimiento y mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales con la menor desviación posible de los recursos humanos y económicos del mundo hacia los armamentos" (art. 26).

Como lógica derivación de ello, el texto de la Declaración de Santiago actualizado en 2017 (Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre el Derecho Humano a la Paz) señala la obligación de todos los Estados de desarmarse en forma gradual y de eliminar sus armas de destrucción masiva o de efectos indiscriminados, incluidas las armas nucleares, químicas y biológicas, y contempla que "los recursos liberados por el desarme serán destinados a la promoción y la realización de las obligaciones establecidas en los tratados de derechos humanos, así como a la implementación del derecho al desarrollo y al medio ambiente" [12].

En otro de sus capítulos, la Carta prevé que para crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas, la Organización promoverá niveles de vida más elevados, trabajo permanente para todas las personas y condiciones de progreso y desarrollo económico y social, así como la solución de problemas internacionales de diverso carácter (económico, social y sanitario) y de otros problemas conexos, junto con la cooperación internacional en el orden cultural y educativo, el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todas las personas, sin hacer distinción alguna, y la efectividad de tales derechos y libertades (art. 55).

Dado que "la paz no es simplemente la ausencia de guerra, pues significa también ausencia de violencia económica, social y cultural", como sostiene en su preámbulo el documento avalado por la sociedad civil, queda claro que la concreción de los objetivos de la cooperación internacional económica y social que fija la Carta conduce a la ausencia de violencia.

Tanto el preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como el preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales esbozan el concepto de seguridad humana al decir que "no puede realizarse el ideal del ser humano libre", liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen las condiciones que permitan a cada persona gozar de todos sus derechos. Luego del debate temático desarrollado en la Asamblea General[13], se ha consolidado la visión amplia de dicho concepto, que incluye los derechos civiles y políticos junto con los económicos, sociales y culturales. En consonancia con ello, el proyecto de las OSC expresa que el derecho a la seguridad humana incluye la libertad frente al miedo y frente a la necesidad, y que esta última implica el disfrute del derecho al desarrollo sostenible y de los derechos económicos, sociales y culturales[14].

Además, el primero de los artículos de cada Pacto dispone que todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación, en cuya virtud establecen libremente su condición política y proveen a su desarrollo económico, social y cultural. En consecuencia, los Estados partes en el Pacto, incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos, deben promover el ejercicio de ese derecho y respetarlo de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas (art. 1.3). Por eso, al enumerar las obligaciones de los Estados como deudores del derecho humano a la paz, el proyecto reitera el deber previsto en los Pactos. Incluso, hace algo más: si la sujeción de pueblos a

la subyugación, dominación y explotación extranjeras constituye una denegación de los derechos humanos fundamentales, es contraria a la Carta de las Naciones Unidas y compromete la causa de la paz, como dice la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales[15], con mayor razón es una violación del derecho humano a la paz, como se desprende del último párrafo del artículo del proyecto que se refiere a los elementos de ese derecho (art. 2).

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que toda propaganda a favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estarán prohibidas por la ley (art. 20). Por consiguiente, los Estados deben suprimir la propaganda a favor de la guerra como una obligación derivada del Pacto, pero al mismo tiempo deben hacerlo como deudores del derecho humano a la paz.

Tras los pasos de la Declaración Universal, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales impulsa una educación orientada al respeto de los derechos humanos y que capacite a todas las personas para una participación efectiva en una sociedad libre, favoreciendo la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promoviendo las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz (art. 13.1). Ahí están las bases de la educación en la paz y los derechos humanos, y la sociedad civil aspira a que esta educación integral se desarrolle en el marco de la Declaración y Programa de Acción sobre una Cultura de Paz y del diálogo entre culturas, poniendo énfasis en que "la educación y la socialización en la paz es una condición sine qua non para desaprender la guerra y construir identidades desligadas de la violencia", como afirma el art. 5.2 del proyecto.

La igualdad de derechos de hombres y mujeres es una preocupación que ya recoge el preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas y que los Pactos de Derechos Humanos refuerzan al anudar el compromiso de los Estados partes de asegurar la igualdad de hombres y mujeres en el goce de los derechos enunciados en cada uno de ellos. Sobre esta base, el proyecto propone la revisión de las leyes y políticas nacionales que sean discriminatorias contra las mujeres y la adopción de legislación para perseguir la violencia doméstica, el tráfico de mujeres y niñas y la violencia de género, y recuerdan que el reconocimiento de la dignidad inherente y los derechos iguales e inalienables de mujeres, hombres,

niños, personas con diversidad funcional física o mental y personas mayores son la base de la libertad, la justicia y la paz en el mundo[16].

Uno de los propósitos consignados en el art. 55 de la Carta es promover condiciones de progreso y desarrollo económico y social. A su turno, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el marco del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental y entre las medidas que a fin de asegurar su plena efectividad deben adoptar los Estados partes, menciona el mejoramiento en todos sus aspecto del medio ambiente.

Pueden verse allí, y en la Declaración sobre el derecho al desarrollo (1986)[17], los fundamentos jurídicos de la legítima aspiración de la sociedad civil a que se incorporen en una Declaración de las Naciones Unidas sobre el Derecho Humano a la Paz disposiciones relativas al derecho de los pueblos y de las personas a participar en el desarrollo económico, social, cultural y político, así como el derecho a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar de él, junto con el derecho a vivir en un medio ambiente limpio, pacífico y seguro, que va acompañado del derecho a la acción internacional orientada a mitigar la destrucción del medio ambiente, especialmente el cambio climático.

A propósito de la Declaración de 1986, cabe recordar aquí que luego de afirmar que el derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable en virtud del cual todo ser humano y todos los pueblos están facultados a "participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar de él" (art. 1.1), agrega que "el derecho humano al desarrollo implica también la plena realización del derecho de los pueblos a la libre determinación, que incluye, con sujeción a las disposiciones pertinentes de ambos Pactos internacionales de derechos humanos, el ejercicio de su derecho inalienable a la plena soberanía sobre todos sus recursos y riquezas naturales" (art. 1.2).

La Declaración utiliza la expresión "derecho humano al desarrollo" y es un instrumento adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas. ¿Por qué entonces dicho órgano no puede adoptar una Declaración que consagre expresamente el derecho humano a la paz?

## IV. Medios de hacer valer y desarrollar el derecho humano a la paz

Uno de los aspectos más novedosos del proyecto de declaración resultante de la actualización en 2017 de la Declaración de Santiago es la idea de que las personas pueden hacer valer los distintos elementos del derecho humano a la paz presentando quejas ante los órganos establecidas en tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas, ante los tribunales regionales de derechos humanos y a través de los procedimientos especiales relevantes del Consejo de Derechos Humanos. Además, en el preámbulo se invita "a los organismos internacionales y regionales de protección de los derechos humanos a seguir desarrollando el derecho humano a la paz".

Esta invitación parte de la idea de que el derecho emergente de que se trata ha alcanzado cierto desarrollo y es necesario avanzar hasta completar su desarrollo progresivo, tarea en la que los tribunales regionales tienen una importante contribución que hacer.

En este sentido, la reciente opinión consultiva de la Corte Interamericana sobre la institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el sistema interamericano de protección[18] despeja cualquier duda con respecto al alcance de las disposiciones pertinentes de los instrumentos de dicho sistema, y a la vez constituye un aporte valioso para confirmar el alcance que el derecho a solicitar refugio y a disfrutar de él sin discriminación, de acuerdo con el Derecho Internacional, tiene en la propuesta que se viene analizando.

Para la Corte IDH, "el asilo es la figura rectora que recoge la totalidad de las instituciones vinculadas a la protección internacional de las personas forzadas a huir de su país de nacionalidad o residencia habitual" y "se manifiesta a través de diversas modalidades"[19]. Luego la Corte se detiene en el análisis del asilo en sentido estricto o asilo político y del asilo bajo el estatuto de refugiado, teniendo en cuenta, en relación con este último, la definición tradicional (es decir, la contenida en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951) y la definición regional ampliada de la Declaración de Cartagena (1984). El punto a dilucidar fue, entonces, si a partir de las pautas interpretativas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos es posible entender que el art. 22.7 de la Convención Americana y el art. XXVII de la Declaración Americana resguardan las diferentes manifestaciones, formas o categorías de asilo desarrolladas en el Derecho Internacional, a tenor del art. 14.1 de la Declaración Universal, de la Convención de Ginebra de 1951, de su Protocolo de Nueva York de 1967 y de los instrumentos regionales sobre asilo, así como de las normas internas de los Estados miembros de la OEA[20].

La Corte opinó que "el derecho a buscar y recibir asilo en el marco del sistema interamericano se encuentra configurado como un derecho humano a buscar y recibir protección internacional en territorio extranjero, incluyendo con esta expresión el estatuto de refugiado según los instrumentos pertinentes de las Naciones Unidas o las correspondientes leyes nacionales, y el asilo territorial conforme a las diversas convenciones internacionales sobre la materia".

El principio de no devolución es exigible por cualquier persona extranjera, incluso por una persona en búsqueda de protección, con independencia de que se encuentre en territorio terrestre, fluvial, marítimo o aéreo del Estado en cuestión, y no solo exige que la persona no sea devuelta, sino que impone obligaciones positivas sobre los Estados[21].

Por esta vía, la Corte Interamericana reafirma, en lo concerniente a personas refugiadas o solicitantes de asilo o refugio, lo previsto en el proyecto de las organizaciones de la sociedad civil en cuanto a que "los Estados tienen la obligación de respetar, proteger y hacer efectivos los derechos humanos de todas las personas y grupos vulnerables bajo su jurisdicción, con independencia de su nacionalidad, origen o estatuto migratorio" (art. 7.9).

Y tal previsión se compadece con el criterio que la Corte ha adoptado en el contexto de otra opinión consultiva al sostener que "los Estados deben priorizar el enfoque de los derechos humanos desde una perspectiva que tenga en cuenta en forma transversal los derechos de niñas y niños y, en particular, su protección y desarrollo integral, los cuales deben primar por sobre cualquier consideración de la nacionalidad o el estatus migratorio, a fin de asegurar la plena vigencia de sus derechos"[22].

Por otro lado, el derecho a vivir en un medio ambiente limpio, pacífico y seguro y a la acción internacional para mitigar su destrucción no es otro que el derecho al que corresponde la obligación que tienen los Estados "de prevenir daños ambientales significativos, dentro o fuera de su territorio, para lo cual deben regular, supervisar y fiscalizar las actividades bajo su jurisdicción que puedan producir un daño significativo al medio ambiente; realizar estudios de impacto ambiental

cuando exista riesgo de daño significativo al medio ambiente; establecer un plan de contingencia, a efecto de tener medidas de seguridad y procedimientos para minimizar la posibilidad de grandes accidentes ambientales, y mitigar el daño ambiental significativo que se hubiere producido"[23].

Además, los Estados deben actuar con arreglo al principio de precaución, a efectos de la protección del derecho a la vida y a la integridad personal frente a posibles daños graves o irreversibles al medio ambiente, aún en ausencia de certeza científica, y "tienen la obligación de cooperar, de buena fe, para la protección contra daños transfronterizos significativos al medio ambiente", entre otras obligaciones.

#### V. Conclusiones [arriba] -

El derecho humano a la paz tiene sólidos fundamentos jurídicos en la Carta de las Naciones Unidas, en resoluciones de la Asamblea General, del Consejo de Seguridad, del Consejo Económico y Social y del Consejo de Derechos Humanos, así como en los tratados constitutivos de los organismos especializados del sistema de las Naciones Unidas, en 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 tratados e instrumentos, incluso de carácter regional.

Así como las organizaciones de la sociedad civil jugaron un rol fundamental en la adopción de la Convención de Ottawa sobre la prohibición de las minas antipersonal y en el establecimiento de la Corte Penal Internacional, en relación con el derecho humano a la paz debería ocurrir lo mismo, es decir, sus reclamos deben ser atendidos.

Los deudores de ese derecho humano fundamental no han hecho lo suficiente para cumplir el designio de preservar a las distintas generaciones del flagelo de la guerra, y el Consejo de Seguridad es un órgano antidemocrático que con frecuencia se ve paralizado a causa de la confrontación entre sus miembros permanentes. Si todos los actores

pertinentes, incluyendo las personas de todo el mundo, están llamados a construir una cultura de paz no puede postergarse por más tiempo el reconocimiento y la codificación del derecho a la paz como un derecho humano, para todos sus titulares y con todos sus elementos esenciales.

Uno de los propósitos de las Naciones Unidas es fomentar relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de igualdad de derechos y al de libre determinación de los pueblos, "y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal". Precisamente, una de tales medidas sería la adopción por la Asamblea General de una Declaración de las Naciones Unidas sobre el Derecho Humano a la Paz.

El 19 de diciembre de 2016, la Asamblea General, además de aprobar la Declaración sobre el Derecho a la Paz que figura en el anexo de la resolución 71/189, ha decidido, en la misma resolución, seguir examinando la cuestión de la promoción del derecho a la paz en su septuagésimo tercer período de sesiones. Por ende, a partir de septiembre de 2018 se presenta una nueva oportunidad para continuar el debate aún inconcluso sobre un asunto de vital importancia para el mundo entero.

## Bibliografía [arriba] -

Barona Betancourt, Ricardo, El derecho humano a la paz, Bogotá, Ibáñez, 2017.

Faleh Pérez, Carmelo y Villán Durán, Carlos (directores), El derecho humano a la paz y la (in)seguridad humana. Contribuciones atlánticas, Luarca, España, Velasco Ediciones, 2017.

Fundación Seminario de Investigación para la Paz, Todavía en busca de la paz, Zaragoza, 2009.

Gros Espiell, Héctor, "El derecho humano a la paz", Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 2005, págs. 517-543.

Mealla, Eloy, "El derecho al desarrollo como Derecho Humano", en Derecho Internacional de los Derechos Humanos: manifestaciones, violaciones y respuestas actuales, Pavón Piscitello, Daniel (Dir.), Tomo I, Córdoba, Editorial de la Universidad Católica de Córdoba, 2014.

Musso, José Antonio, "El valor añadido del concepto de seguridad humana", Relaciones Internacionales, n° 38, 2010, págs. 189-211.

Proner, Carlos; Olasolo, Héctor; Villán Durán, Carlos; Ricobom, Gisele y Back, Charlotte (Coords.), 70° Aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos. La Protección Internacional de los Derechos Humanos en cuestión, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

Villán Durán, Carlos y Faleh Pérez, Carmelo (eds.), Paz, migraciones y libre determinación de los pueblos, Luarca, Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, 2012.

Villán Durán, Carlos y Faleh Pérez, Carmelo (Directors), The International Observatory of the Human Right To Peace, Luarca, Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, 2013.

Villán Durán, Carlos, The Emerging Right To Peace: Its Legal Foundations, Cambridge- Antwerp- Portland, Intersentia, 2014.

Villán Durán, Carlos, "El derecho humano a la paz", Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal, n° 2, 2014, págs. 10-42.

Villán Durán, Carlos, "El derecho humano a la paz", en Musso, José Antonio (Coord.) Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Su aplicación en Argentina, Santiago del Estero, Bellas Alas, 2017.

Zayas, Alfred de, "Peace", en William A. Schabas (ed.), The Cambridge Companion to International Criminal Law, Cambridge, Cambridge University Press, 2016.

#### **Notas**

- \* Doctor en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales. Magister en Derechos Humanos. Profesor Titular de Derecho Internacional Público y de Derechos Humanos en la Universidad Católica de Santiago del Estero, Argentina.
- [1] Al enumerar los propósitos de la Organización en el art. 1.
- [2] Art. 4 de la Carta.
- [3] El art. 39 establece que el Consejo de Seguridad ha de determinar la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión y debe hacer recomendaciones o decidir qué medidas se tomarán, con arreglo a los arts. 41 y 42, para mantener o restablecer la paz y seguridad internacionales.
- [4] Los miembros de las Naciones Unidas que administran territorios no autónomos asumen esa obligación en virtud de lo dispuesto en el art. 73, apartado c), de la Carta. Además, "reconocen el principio de que los intereses de los habitantes de esos territorios están por encima de todo".[
- 5] Resolución 33/73 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 15 de diciembre de 1978.
- [6] Adoptada por la Asamblea General en su resolución 39/11, de 12 de noviembre de 1984.
- [7] Resolución 53/243 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 13 de septiembre de 1999. La Declaración expresa que "una cultura de paz es un conjunto de valores, actitudes, tradiciones, comportamientos y estilos de vida" basados, entre otras cosas, en "el respeto a la vida, el fin de la violencia y la promoción y la práctica de la no violencia por medio de la educación, el diálogo y la cooperación". El instrumento adopta una concepción positiva de la paz.
- [8] Resolución 71/189 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 19 de diciembre de 2016.
- [9] Preámbulo del Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre el Derecho Humano a la Paz, de 20 de septiembre de 2017, que actualiza la Declaración de Santiago sobre el Derecho Humano a la Paz, aprobada el 10 de diciembre de 2010 por el Congreso Internacional sobre el Derecho Humano a la Paz en Santiago de Compostela, España, con la intención de que la Asamblea General de las Naciones Unidas la hiciera suya en un futuro cercano.
- [10] En el marco del derecho a resistir contra la opresión, el texto actualizado en 2017 de la Declaración de Santiago incluye, entre otros, el derecho a obtener el estatuto de objeción de conciencia frente a las

obligaciones militares, así como el derecho de los miembros de toda institución militar o de seguridad a desobedecer órdenes manifiestamente contrarias a la Carta de las Naciones Unidas, al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, agregando que "tal desobediencia no constituye en ningún caso delito militar".

- [11] Exposición de Carlos Villán Durán, presidente de la AEDIDH, en el encuentro de expertos sobre el derecho humano a la paz, celebrado en el Palacio de las Naciones, Ginebra, el 22 de junio de 2018.
- [12] Párrafos 1 y 3 del art. 4 del Proyecto.
- [13] De acuerdo con el compromiso asumido en el párrafo 143 del Documento Final de la Cumbre Mundial 2005, aprobado por resolución 60/1 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 16 de septiembre de 2005.
- [14] Afirma también que "los pueblos y los seres humanos tienen derecho a vivir en un entorno privado y público que sea seguro y sano" (art. 6.2).
- [15] Resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1960.
- [16] Al desarrollar el contenido del derecho a la educación en la paz y los derechos humanos, el proyecto (art. 5.4) promueve esas medidas. Lo demás está contemplado en el preámbulo del mismo instrumento.
- [17] Resolución 41/128 de la Asamblea General, de 4 de diciembre de 1986.
- [18] Corte IDH, Opinión Consultiva OC-25/18, de 30 de mayo de 2018, La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el sistema interamericano de protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22,7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).
- [19] Ibid., párr. 65.
- [20] Ibid., párr. 69.
- [21] Corte IDH, Opinión Consultiva OC-25/18, de 30 de mayo de 2018.
- [22] Corte IDH, Opinión Consultiva OC-21/14, de 19 de agosto de 2014, Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional.
- [23] Corte IDH, Opinión Consultiva OC-23/17, de 15 de noviembre de 2017, Medio ambiente y derechos humanos (Obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal Interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 1.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

## El caso de Venezuela

#### Disturbios interiores o conflicto armado interno

Ricardo M. Tahhan [1]

## I. Cuestiones preliminares

Los disturbios que se producen dentro de un Estado pueden causar un elevado nivel de violencia. A veces, la línea que separa los disturbios interiores o las tensiones internas y otras situaciones de violencia al interior de un Estado, de los conflictos armados, se difumina, y la única forma de categorizar situaciones particulares, conforme el Comité Internacional de la Cruz Roja[2], es examinarlas caso por caso, y donde el factor determinante básico es la intensidad de la violencia.

Categorizar una situación sea como un conflicto armado de tipo interno o disturbios interiores o tensiones internas, es mucho más que un ejercicio teórico. La categorización tiene consecuencias directas, dado que determina las normas aplicables, y la protección que éstas ofrecen se establece en mayor o menor detalle conforme a la situación jurídica.

En el presente ensayo se revisa la normativa existente, la jurisprudencia y la doctrina en relación a la presencia de situaciones de disturbios interiores y tensiones internas, que han ido en aumento en los países de Latinoamérica, y que no alcanzan la calificación de conflictos armados, tal el caso de la crisis en Venezuela, que postulamos se trata de una situación de disturbios interiores y no de un conflicto armado interno, como es sostenido, a mi modo de ver imprudentemente, por quienes opinan en numerosos medios de comunicación al analizar la crisis venezolana, incluso algunos expertos en analizar los acontecimientos internacionales.

#### II. Crisis en Venezuela

La aplicación de la violencia por parte de los órganos del Estado venezolano contra la población civil, durante las recientes protestas antigubernamentales, según el Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos[3], violó los derechos fundamentales de la población civil y constituyó una aplicación

generalizada del uso de la fuerza, en violación de las normas internacionales de derechos humanos.

Hechos tales como la represión generalizada de la población civil durante las manifestaciones, las detenciones masivas de estudiantes, manifestantes y transeúntes en general, las torturas a que estos han sido sometidos, las violaciones al derecho a un juicio justo, la aplicación de censura previa a los medios de comunicación y los ataques a la inviolabilidad del domicilio, resultan claramente violatorios de muchas normas establecidas en una larga serie de instrumentos internacionales vigentes y aplicables en Venezuela, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles v Políticos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; la Declaración sobre la protección de todas las personas las desapariciones forzadas, la Convención contra Interamericana sobre la desaparición forzada de personas, el Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, y en el orden interno ha sido especialmente violado el Código de conducta para los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, considerado norma consuetudinaria, el cual establece los principios de excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad en el uso de la fuerza por dichos funcionarios.

El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos[4] constató en su Informe sobre la situación de los derechos humanos en Venezuela[5], que abarca el período de protestas antigubernamentales entre el 1 de abril al 31 de julio del año 2017 en la República Bolivariana de Venezuela, que las fuerzas de seguridad habían sistemáticamente fuerza excesiva dispersar para manifestaciones, y que los incidentes de uso excesivo de la fuerza fueron generalizados y siguieron un patrón común, infundir temor y disuadir a la gente de participar en las protestas. El informe reveló que las fuerzas de seguridad infringieron los estándares nacionales e internacionales al utilizar la fuerza de manera no progresiva y en violación de los principios de necesidad y proporcionalidad ponen de manifiesto la existencia de violaciones y abusos generalizados de los derechos humanos en el contexto de las manifestaciones antigubernamentales en todo el país; detenciones arbitrarias, casos de tortura y malos tratos, ausencia de investigaciones rápidas, efectivas e independientes para identificar a los perpetradores y llevarlos ante la justicia.

En mayo de 2018, un Panel de Expertos Independientes designados por la OEA[6] presentó su informe sobre los crímenes de lesa humanidad cometidos en Venezuela. El informe concluyó que existen suficientes evidencias acerca de la posible comisión de tales crímenes, de acuerdo a lo establecido en el Estatuto de Roma. El argentino Santiago Cantón integró junto al canadiense Irwin Cotler y el costarricense Manuel Ventura Robles el panel de expertos designado por el secretario general de la OEA, Luis Almagro, para determinar si durante las multitudinarias protestas de 2017 y en los años anteriores se cometieron en la Venezuela de Nicolás Maduro crímenes de lesa humanidad. Así el informe detalla que existen suficientes pruebas que permiten presumir la comisión de crímenes de lesa humanidad.

Así, el informe detalla que tales violaciones forman parte de un patrón sistemático que se ha ido formando en el tiempo, y que parte de la criminalización de toda oposición, muy especialmente, en el ámbito de la llamada "unión cívico-militar". Un aspecto importante es que el informe no se limitó a los sucesos de 2017. Por el contrario, consideró que en Venezuela existen indicios de patrones sistemáticos de violaciones de derechos humanos, al menos, desde 2014. El Panel sostuvo que hay indicios que permiten presumir la comisión de siete delitos tipificados en el art. 7 del Estatuto de Roma:

- 1. Asesinatos.
- 2. Detenciones y otras privaciones de la libertad personal.
- 3. Torturas, tratos crueles e inhumanos.
- 4. Violaciones y otros delitos de violencia sexual.
- 5. Persecución política.
- 6. Desaparición forzada de personas.
- 7. Otros actos inhumanos.

Se incluye, de manera especial, la crisis humanitaria compleja, en tanto existen evidencias de que el Gobierno ha incurrido en tratos discriminatorios y otras conductas arbitrarias.

# III. Interrogantes que pueden plantearse ante las situaciones descriptas

Ante la situación Venezolana, descripta en base al Informe producido por el Alto Comisionado de la Naciones Unidas para los Derechos Humanos, se pueden formular distintos interrogantes, a saber: ¿si califica la misma como un conflicto armado de tipo no internacional?; ¿si pueden catalogarse las manifestaciones con severos incidentes de violencia que tuvieron lugar en el año 2017 en Venezuela, como un conflicto armado interno?; o ¿si corresponde catalogarlas como disturbios interiores o tensiones internas?; ¿si aplica el derecho internacional humanitario a tal situación donde hay manifestaciones con incidentes de violencia o si se aplican a las mismas las normas del derecho internacional de los derechos humanos?

## IV. Conflictos armados internos y otras formas de conflictividad interna

Los conflictos armados, para Valladares[7], han estado siempre presentes en la historia de la humanidad y así lo refleja la literatura religiosa, jurídica y militar, como tantas otras expresiones de la cultura de las naciones y los pueblos. Hay evidencias históricas que confirman que la guerra organizada existe desde finales de la era del paleolítico, por lo que algunos autores señalan que sería tan antigua como la civilización misma.

El Derecho Internacional Humanitario se aplica a situaciones, los conflictos armados, que no deberían existir si el Derecho fuese respetado. Se trata de un conjunto de normas, de origen convencional o consuetudinario, cuya finalidad específica es solucionar los problemas de índole humanitaria directamente derivados de los conflictos armados y que, por razones humanitarias, restringe la utilización de ciertos métodos o medios de combate.

Así entendido, el Derecho Internacional Humanitario pretende un equilibrio entre las necesidades militares y el principio de humanidad, es decir, entre lo que es necesario para vencer al adversario y lo que simplemente denota crueldad. Las normas que conforman el DIH protegen, de un lado, a las víctimas de los conflictos armados y, de otro, limita los medios y métodos de combate, es decir, busca proteger la dignidad e integridad de las personas en el marco de los enfrentamientos armados.

El Derecho Internacional Humanitario se apoya en un conjunto de principios fundamentales, considerados por los juristas como normas de jus cogens, es decir normas aceptadas por la comunidad internacional que no pueden ser derogadas sino por otras normas de igual carácter.

#### Entre ellos se destacan:

- a- El principio de humanidad, pilar fundamental del DIH. Toda persona, combatiente o no, debe ser tratada humanamente, en cualquier circunstancia. A modo de ejemplo, el art. 35 inciso 2 del Protocolo I prohíbe el uso de armamento que cause un mal superfluo o innecesario.
- b- El principio de limitación, previsto en el art. 35 del Protocolo I que otorga derecho a las partes del conflicto a elegir los métodos y medios de hacer la guerra, el cual "no es ilimitado". En este sentido, el art. 37 del citado Protocolo prohíbe matar, herir o capturar a un adversario por medios pérfidos.
- c- El principio de distinción, por el cual sólo pueden ser objeto de ataque, los blancos militares, no así las personas y bienes civiles.
- d- El principio de neutralidad está destinado a prevenir la incursión de las fuerzas beligerantes en un territorio neutral o los ataques contra personas o buques de Estados neutrales aplicable, asimismo, a las incursiones transfronterizas de las FF.AA., y a los daños transfronterizos causados a un Estado neutral por el uso de un arma en un Estado beligerante.

Si bien el Derecho Internacional Humanitario se aplica a los conflictos armados de carácter internacional, el art. 3, común a los cuatro convenios, contiene derechos que asimismo aplican a la hipótesis de conflicto armado no internacional, entendido este como aquel conflicto que tiene lugar en el territorio de un estado parte, en el cual no intervengan terceros estados. De esta manera se establecen normas de conducta en este tipo de conflictos que deben ser observadas, vgr., la obligación de tratar con humanidad y sin distinción alguna a las personas que no participan directamente en las hostilidades, incluyéndose a los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto de las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o cualquier otra causa. Este artículo incorpora, como se observa, la denominada Cláusula Martens.

Asimismo, por la norma citada, se prohíben (en cualquier tiempo y lugar y en lo que atañe a dichas personas) los atentados en contra de la vida e integridad personal, las condenas dictadas sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido con garantías judiciales especialmente reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

Por su parte, el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la Protección de las víctimas de los Conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) desarrolla y completa el art. 3 común a los Convenios, pero tiene un ámbito de aplicación más restringido pues exige que se den determinadas condiciones para que una situación pueda calificar de conflicto armado no internacional.

## V. Conflictos amados de tipo interno [arriba] -

En cuanto a los conflictos armados no internacionales, Pérez González[8], recogiendo la distinción entre los requisitos del Protocolo adicional II y los del art. 3 común, hace hincapié en que lo que caracteriza a los conflictos internos frente a los internacionales es la calidad de las partes implicadas, de modo que, en lo que se refiere a los conflictos susceptibles de ser cubiertos por el art. 3 común, por "parte no estatal" se entiende un grupo armado con cierto grado de organización (existencia de una estructura de mando y capacidad del grupo para planificar y llevar a cabo operaciones militares, inter alia), y, por otra parte, la violencia armada debe alcanzar un cierto grado de intensidad hasta el punto de poder hablarse de una "violencia armada prolongada".

A estos dos criterios, organización de la parte en conflicto y nivel de intensidad de las hostilidades, se suman, en el caso de los conflictos regulados por el Protocolo adicional II, otros como el control territorial ejercido por el grupo rebelde. El enfrentamiento armado debe alcanzar un nivel mínimo de intensidad y las partes que participan en el conflicto deben poseer una organización mínima.

# VI. Diferencias entre situaciones de conflicto armado interno y otras situaciones de violencia interna que no alcanzan este umbral [arriba] -

Las situaciones de violencia al interior de un Estado pueden ser clasificadas, en orden de mayor a menor nivel de violencia, como un

conflicto armado no internacional, un disturbio interior o una tensión interna.

Los conflictos armados sin carácter internacional se encuentran regulados por el derecho internacional humanitario, particularmente por el art. 3 común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 que establece un umbral amplio, y por el Protocolo Adicional II a dichos Convenios del 8 de junio de 1977 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, que establece un umbral más restringido.

El art. 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949, busca imponer un mínimo de obligaciones a las partes en conflicto, unas limitaciones humanitarias básicas en beneficia de todos aquellos que no participan o que han dejado de participar en el conflicto. Consagra, además, garantías fundamentales de trato humano (preservar la integridad física y mental) para todas las personas protegidas, así como el derecho a ser juzgado con la garantía del derecho a la defensa y de tribunales independientes. El respeto de estos principios humanitarios "implica en particular la salvaguarda de la población civil, el respeto del adversario fuera de combate, la asistencia a los heridos y enfermos y un trato humano a las personas privadas de libertad. El art. 3 es de aplicación automática, lo que quiere decir que se aplica en cuanto surja un conflicto interno, sin que se requiera la declaración del Estado implicado en dicho conflicto.

Para Irigoin Barrenne y Espaliat Larson[9], se requiere que el conflicto armado interno reúna las siguientes condiciones:

- se desarrolle en el territorio de una Alta Parte Contratante.
- enfrente a sus fuerzas armadas regulares con fuerzas armadas disidentes o grupos organizados.
- que estas últimas estén bajo la dirección de un mando responsable.
- que ejerzan control sobre una parte de dicho territorio.
- que realicen operaciones militares sostenidas y concertadas.

- que el control sobre las fuerzas armadas disidentes o los grupos armados organizados les permita aplicar el Protocolo II.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos[10] ha sostenido que los conflictos armados no internacionales consisten en hostilidades entre fuerzas armadas del gobierno y grupos de insurgentes organizados. También se aplica a situaciones en las cuales dos o más bandas armadas se enfrentan entre sí, sin la intervención de fuerzas del gobierno cuando, por ejemplo, el gobierno establecido se ha disuelto o su situación es tan débil que no le permite intervenir.

En el caso Abella y Otros v. Argentina, la Corte Interamericana de Derechos Humanos[11] sostuvo que en contraste con esas situaciones de violencia interna (disturbios interiores y tensiones internas), el concepto de conflicto armado de tipo interno requiere, en principio, que existan grupos armados organizados que sean capaces de librar combate, y que de hecho lo hagan, y de participar en otras acciones militares recíprocas, y que lo hagan.

En el caso citado[12], la Comisión Interamericana de Derechos Humanos[13], después de haber evaluado los hechos de manera cuidadosa, considera que los actos violentos que ocurrieron en el cuartel de la Tablada, en la República Argentina, los días 23 y 24 de enero de 1989, no pueden ser correctamente caracterizados como una situación de disturbios internos. Lo que allí ocurrió no equivale a demostraciones violentas en gran escala, estudiantes que arrojan piedras a policías, bandidos que toman rehenes para obtener rescate, o el asesinato de funcionarios del gobierno por razones políticas, todas ellas formas de violencia interna que no reúnen las características de conflictos armados. Los hechos acaecidos en el cuartel de la Tablada se diferencian de las situaciones mencionadas, porque las acciones emprendidas por los atacantes fueron actos hostiles concertados, de los cuales participaron directamente fuerzas armadas del gobierno, y por la naturaleza y grado de violencia de los hechos en cuestión. Por lo tanto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos concluyó que el choque violento entre los atacantes y los miembros de las fuerzas armadas argentinas, a pesar de su corta duración, activó la aplicación de las disposiciones del art. 3 común, así como de otras normas relevantes para la conducción de conflictos internos.

Por lo que respecta a las demás situaciones de violencia interna, es decir, aquéllas que no alcanzan el referido umbral de un conflicto

armado no internacional, la noción de disturbios interiores y de tensiones internas puede ilustrarse mediante una lista no restrictiva de ejemplos de estas situaciones: los motines, como manifestaciones que no tienen un propósito inicial concertado; los actos aislados y esporádicos de violencia, por oposición a las operaciones militares realizadas por fuerzas armadas o grupos armados; los otros actos análogos, que abarcan, en particular, las detenciones masivas de personas a causa de sus actos o sus opiniones.

En este sentido, los disturbios interiores han sido descritos por el Comité Internacional de la Cruz Roja[14] como situaciones en las que sin que hablando, conflicto propiamente armado sin carácter internacional, existe, sin embargo, a nivel interior, un enfrentamiento que presenta cierto carácter de gravedad o de duración y que da lugar a la realización de actos de violencia. Estos últimos pueden tener formas variables, que van desde generación espontánea de actos de sublevación hasta la lucha entre grupos más o menos organizados y las autoridades que ejercen el poder. En estas circunstancias, que no degeneran forzosamente en lucha abierta, las autoridades que ejercen el poder apelan a cuantiosas fuerzas de policía, o bien a las fuerzas armadas, para restablecer el orden interno.

Por su parte, las tensiones internas son descriptas como situaciones de tensión grave (política, religiosa, racial, social, económica, etc.) o también de secuelas de un conflicto armado o de disturbios interiores. Estas situaciones presentan alguna de las siguientes características, si no todas a la vez: detenciones masivas; un elevado número de detenidos "políticos"; probables malos tratos o condiciones inhumanas de detención; suspensión de las garantías fundamentales, sea por la promulgación de un estado de excepción, sea por una situación de hecho; denuncias de desaparición de personas.

Para Michel Minnig se puede considerar que existe una situación de "disturbios internos" cuando sin que haya un conflicto armado no internacional propiamente dicho, existe dentro de un Estado, un enfrentamiento que presenta cierta gravedad o duración e involucra actos de violencia. Estos actos pueden ser de formas variables, desde actos espontáneos de rebelión, hasta la lucha entre sí de grupos más o menos organizados, o contra las autoridades que están en el poder. En tales situaciones, que no necesariamente degeneran en una lucha abierta en la que se enfrentan dos partes bien identificadas, las autoridades en el poder recurren a cuantiosas fuerzas policiales, incluso

a las fuerzas armadas, para restablecer el orden, ocasionando con ello muchas víctimas y haciendo necesaria la aplicación de un mínimo de reglas humanitarias.

A diferencia de los disturbios internos, en las "tensiones internas" no se registran enfrentamientos armados. Podría constituir una situación de tensión interna, cualquier situación de grave tensión en un Estado, de origen político, religioso, racial, social, económico, etc.; o también, las secuelas de un conflicto armado o de disturbios internos que afecten al territorio de un Estado. Se encuentran en un nivel inferior a los disturbios internos, dado que no involucran enfrentamientos violentos.

Estas situaciones de violencia interna, que no pueden ser calificadas de conflicto armado, se encuentran por debajo del umbral de aplicación del derecho internacional humanitario. En éstas, están vigentes las normas del derecho internacional de los derechos humanos (DDHH) que regulan, para los agentes del Estado, el uso de la fuerza. Estas situaciones llamadas disturbios internos, tensiones internas o más genéricamente pueden, por ejemplo, interna tomar la confrontaciones entre: fuerzas de seguridad y manifestantes; grupos comunitarios entre sí mismos; fuerzas de seguridad y bandas armadas ilegales; o fuerzas ilegales entre sí mismas. Estas confrontaciones pueden acontecer tanto el campo como en la ciudad. Las consecuencias humanitarias, éstas pueden traducirse en: muertos y heridos, inclusive dentro los rangos de los agentes del Estado; desplazamiento de las personas; abusos en contra de las personas; destrucciones de domicilios o bienes; interrupciones de la vida económica; y/o traumas[15].

Los disturbios o tensiones internas se caracterizan por la aparición de un moderado grado de violencia, que sobrepasa aquello que es inherente al tiempo, como por ejemplo la criminalidad ordinaria de todos los días. Otra característica es que esta clase de actos no constituyen ni equivalen a un conflicto armado, pues no poseen dos elementos indispensables que son la intensidad de las hostilidades y el nivel de organización de grupo, en efecto no existe un grado de intensidad en las hostilidades que implique la existencia de un grupo organizado que tiene los medios para enfrentarse a las fuerzas del orden. La alteración del estado de derecho, es otra característica, por las graves violaciones en gran escala de los derechos humanos, que causan sufrimientos generalizados entre la población. En período de disturbios interiores, son frecuentes las irregularidades de procedimiento penal ante los tribunales. A menudo, se vulnera el derecho de toda persona detenida a una audiencia justa y

pública ante un tribunal independiente e imparcial, legítimamente constituido[16].

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el ya citado caso Abella y Otros v. Argentina[17], y en relación a los disturbios interiores y tensiones internas sostuvo que el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) ha estudiado y elaborado en detalle el concepto de disturbios interiores y tensiones internas. En su comentario de 1973 al proyecto de Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra, el organismo definió esas situaciones por la vía de los tres ejemplos siguientes, los cuales, sin embargo, no son taxativos:

- motines, vale decir, todos los disturbios que desde su comienzo no están dirigidos por un líder y que no tienen una intención concertada;
- actos de violencia aislados y esporádicos, a diferencia de operaciones militares realizadas por las fuerzas armadas o grupos armados;
- otros actos de naturaleza similar que entrañen, en particular, arrestos en masa de personas por su comportamiento u opinión política.

Desde la última década del siglo XX y en los comienzos del siglo XXI, las tensiones internas y los disturbios interiores, que representan la antesala de un conflicto armado interno, han adquirido categorías complejas poniendo a prueba la capacidad del Estado para poder afrontarlos sin que sean violentadas las normas internacionales de los derechos humanos.

Milena Costas Trascasas[18] sitúa los disturbios y tensiones interiores en una "zona de indeterminación jurídica" entre los respectivos ámbitos de aplicación del Derecho internacional humanitario y del Derecho internacional de los derechos humanos, generándose una falla -¿una "laguna" jurídica?- que puede dar lugar a la apertura de espacios de impunidad, habida cuenta de que, por un lado, los Estados descartan aplicar las normas de Derecho internacional humanitario en tales situaciones por no alcanzar la violencia el umbral de un conflicto armado, y, por otro lado, propenden a reducir el grado de garantía de los derechos humanos al mínimo posible, valiéndose de la facultad que los tratados internacionales en la materia les conceden para suspender determinados derechos; lo que en la práctica coloca a las víctimas en una situación de desamparo jurídico y, en un plano general, provoca una

quiebra en el continuum normativo que teóricamente debería existir en el sistema de protección internacional de la persona.

La debida clasificación de una situación de violencia interna cobra particular relevancia ya que determina el régimen jurídico que le es aplicable. Los conflictos armados no internacionales se rigen por el derecho internacional humanitario, que es la ley especial aplicable a situaciones de conflictos armados, supuesto en el cual el derecho internacional de los derechos humanos se aplica de manera complementaria, buscando converger en la protección de la persona humana. Por su parte, las demás situaciones de violencia interna -a saber, los disturbios interiores y las tensiones internas- se rigen por el derecho internacional de los derechos humanos y por las normas de derecho interno.

El derecho de los conflictos armados y el derecho de los derechos humanos son complementarios. Ambos están destinados a proteger la vida, la integridad y la dignidad de las personas, aunque lo hacen de maneras distintas.

El derecho de los conflictos armados fue codificado y elaborado para regular las cuestiones humanitarias en tiempo de conflicto armado; su finalidad es proteger a las personas que no participan o han dejado de participar en las hostilidades y definir los derechos y obligaciones de todas las partes en un conflicto con respecto a la conducción de las hostilidades. El derecho de los derechos humanos protege a las personas en todo momento, tanto en la paz como en la guerra; beneficia a todos y su objetivo principal es proteger a las personas contra actos arbitrarios de los Estados.

El punto de convergencia entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, para Ramírez Lamy[19] es el núcleo duro de los derechos humanos porque hace referencia al conjunto de derechos que en ninguna circunstancia pueden ser restringidos, y cuya vigencia subsiste incluso en situaciones de estados de excepción o de conflicto armado interno.

#### VII. El caso de Venezuela

Conforme fuera ya considerado supra, para que una situación sea considerada conflicto armado no internacional, de acuerdo al derecho internacional humanitario, tienen que darse los siguientes elementos:

- 1. Que los grupos armados tengan una organización que les permita realizar operaciones militares (conducción de hostilidades).
- 2. Que estos grupos tengan capacidad de mantener operaciones prolongadas en el tiempo.
- 3. Que hayan enfrentamientos de tipo militar.
- 4. Que dichos enfrentamientos armados sean entre las fuerzas armadas gubernamentales y grupos armados organizados o entre dichos grupos.
- 5. Que tales enfrentamientos armados ocurran dentro del territorio de un Estado.

En resumen, para que una situación sea considerada como conflicto armado de tipo interno, debe haber enfrentamientos entre grupos armados con una organización, armamento y capacidad de combate de tipo militar, lo que no se da cuando se presentan incidentes de violencia alrededor de las manifestaciones con la intervención de la fuerza pública, tal el caso de la crisis de Venezuela, situación que en criterio del ponente no alcanzan el umbral de conflicto armado.

En dicha situación entiendo resultan aplicables las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que protegen a todas las personas, en todo momento; y los estándares internacionales del uso de la fuerza (para operaciones de mantenimiento y restablecimiento del orden público); y las leyes internas del Estado.

Es decir, en estas situaciones de manifestaciones con incidentes de violencia no aplica el Derecho internacional humanitario.

Una de las consecuencias prácticas más tangibles que entraña esta diferenciación se refiere a la posibilidad de suspensión de ciertos derechos. Mientras que el derecho internacional humanitario aplicable a los conflictos armados de tipo interno, no permite suspensión o derogación alguna de sus normas, el derecho internacional de los derechos humanos aplicable a las demás situaciones de violencia interna, sean disturbios interiores o sean tensiones internas, autoriza la suspensión de algunos derechos humanos en ciertas circunstancias, las

cuales muchas veces vienen aparejadas con una situación de violencia interna.

En este sentido, el art. 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos autoriza a los Estados a adoptar disposiciones de suspensión de las obligaciones ahí contraídas, en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte. Las disposiciones de suspensión que adopten los Estados en las circunstancias antes descritas deben cumplir con ciertos requisitos.

De conformidad con el mismo art. 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos, éstas deben adoptarse en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación; no deben ser incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional; no deben entrañar discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social; y el Estado debe informar de la suspensión a los demás Estados partes de la Convención Americana, incluyendo las disposiciones, motivos y fecha de terminación de la suspensión.

En cualquier caso, la suspensión de garantías no debe exceder la medida de lo estrictamente necesario, y, según lo ha reconocido la Corte, resulta ilegal toda actuación de los poderes públicos que desborde aquellos límites que deben estar precisamente señalados en las disposiciones que decretan el estado de excepción[20].

Evidentemente, para Aljura Salame, en esta materia hay una tensión entre dos derechos legítimos: el del Estado, para su existencia y seguridad, y el de la persona humana, para proteger sus derechos inherentes.

El art. 27 de la Convención Americana se refiere al caso de guerra, peligro público o cualquier otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado, que le permite, en la medida de la necesidad y por el tiempo indispensable, suspender obligaciones siempre que la suspensión no sea incompatible con otras obligaciones de derecho internacional. El mismo no permite suspender las obligaciones de los arts. 3 (personalidad jurídica), 4 (derecho a la vida), 5 (integridad personal), 6 (esclavitud y servidumbre), 9 (las penas y delitos deben estar consagrados previamente en la ley), 12 (libertad de conciencia y religión), 17 (protección a la familia), 18 (derecho al nombre), 19 (derechos del niño), 20 (derecho a la nacionalidad) y 23 (derechos

políticos). Tampoco se pueden suspender las garantías judiciales para la protección de esos derechos, y al igual que en el Pacto, el Estado que suspende obligaciones debe comunicar esa suspensión a los demás Estados americanos, a través del secretario general de la OEA.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos[21] tiene presente la crisis e inestabilidad que generan internamente las situaciones de violencia interna, disturbios, tensiones y conflictos de diversa naturaleza. La Corte Interamericana ha entendido también que la suspensión de las garantías puede ser, en algunas hipótesis, el único medio para atender a situaciones de emergencia pública y preservar los valores superiores de la sociedad democrática.[22]

Pero no gozan los Estados de "discrecionalidad ilimitada" en situaciones de emergencia; la Convención Americana, y demás instrumentos internacionales, demarcan su campo de acción. En primer lugar, la Comisión ha sostenido que el acto de gobierno que suspenda las garantías deberá ser adoptado por quien "ejerza el poder público en forma legítima dentro del contexto de una sociedad democrática".[23] Luego la Convención, en su art. 27.1, dispone las circunstancias en las cuales sería lícito para un Estado restringir el goce de los derechos previstos en la Convención, estableciendo que será únicamente admisible en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte.

La misma disposición también precisa que podrán ser suspendidas aquellas obligaciones que no resulten violatorias de otras asumidas por los Estados parte, ni entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social, y que además sean las necesarias para hacer frente a las exigencias de la situación.

De conformidad con la Carta Democrática Interamericana, la democracia es indispensable para el ejercicio efectivo de las libertades fundamentales y los derechos humanos. La protección del derecho inderogable a la vida es el principal objetivo de la regulación del uso de la fuerza. En un Estado democrático, el único detentador legítimo del uso de la fuerza es el Estado, ya que es éste el que, a través de sus instituciones, utiliza este monopolio legítimo para mantener el orden, el Estado de Derecho, la libertad y la paz pública necesarios para la convivencia social.

Esta afirmación es compartida por el Comité Internacional de la Cruz Roja, el cual sostiene que para poder controlar las tensiones y disturbios interiores, el Estado debe auxiliarse de las fuerzas policiales; y ante posibles violaciones de los derechos humanos, es necesario proteger a la población civil. Ello significa que en el espacio ocupado por las tensiones y disturbios interiores al surgimiento de un conflicto armado interno, las normas aplicables subyacen de la propia autoridad del Estado de declarar según sea conveniente el estado de excepción y valerse de su derecho interno para controlar la situación, es decir, la protección de los individuos está sujeta a merced de los mecanismos que se utilicen y de cómo se aplique, con la salvedad de que extralimitar esa facultad pudiera vulnerar ciertos derechos esenciales de los individuos, pero, en efecto, los derechos inalienables de las personas no pueden suspenderse de acuerdo al derecho internacional.

El Estado tiene el derecho y la obligación de brindar protección cuando la vida, integridad y seguridad de personas que habitan en su territorio se encuentra amenazada por situaciones de violencia. Ello puede incluir, en situaciones concretas, el uso de medios letales. Así lo han reconocido tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como la Corte Interamericana. Siguiendo a ésta última, "el derecho del Estado a usar la fuerza, aunque ella implique la privación de la vida, en el mantenimiento del orden no está en discusión.

No obstante su legitimidad esta medida debe ser siempre de carácter excepcional, aplicándose únicamente cuando las fuerzas policiales o de seguridad no cuentan con la capacidad necesaria para enfrentar la situación. Debe ser también de carácter subsidiaria y temporal, hasta en tanto las fuerzas policiales y de seguridad fortalezcan sus capacidades, o bien, la capacidad letal de las organizaciones criminales se ve reducida; y en todo caso las fuerzas armadas deberán actuar en apoyo y bajo las órdenes de las autoridades civiles electas.

Por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan ser quienes cometen determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana.

En este sentido, los instrumentos internacionales de derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte reconocen que, para que sea legítimo, el uso de la fuerza por parte del Estado, incluyendo el empleo de armas de fuego, debe cumplir con los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad. Su acción debe perseguir un objetivo legítimo (es decir, lícito); debe ser necesaria para alcanzar un objetivo legítimo (es decir, no se dispone de una medida menos restrictiva que alcanzaría el mismo objetivo); toda restricción de derechos debe ser proporcional al objetivo legítimo que se persigue; se deben tomar todas las precauciones necesarias para evitar el uso excesivo de la fuerza, así como poner en peligro o lesionar a personas ajenas a la situación; además, las autoridades deben adoptar todas las medidas posibles para reducir al mínimo los daños.

VIII. Principios y estándares internacionales sobre la regulación del uso de la fuerza y la protección de las personas en situaciones de violencia interna que no alcanzan el umbral de un conflicto armado

Necesidad, legalidad y proporcionalidad son los principios básicos plasmados en dos documentos principales sobre el tema: los Principios Básicos sobre el uso de la fuerza de la ONU en 1990[24] y el Código de conducta de funcionarios encargados de hacer cumplir la ley[25]; legalidad que supone que el beneficio del uso de la fuerza se encuentre velado por ley, porque es una garantía de claridad, de previsibilidad y de conocer aquellos supuestos en los cuales puede ejercerse la fuerza; proporcionalidad que supone que existe una relación armoniosa entre el riesgo que se presenta y las diferentes alternativas para hacer uso de la fuerza porque, evidentemente, el uso de esta puede ser letal o no letal.

En el Sistema Interamericano se ha establecido como principio rector de la actividad del Estado que, por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan ser los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral[26].

En el caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia)[27], la Corte, tomando en consideración, tanto sus propios precedentes, como estándares del Sistema Universal y del Sistema Europeo, estableció en síntesis que: a) Los Estados deben crear un marco normativo que regule el uso de la fuerza por parte de agentes estatales, en particular deben establecer pautas suficientemente claras para la utilización de fuerza letal y armas de fuego; b) El uso de la fuerza por parte de los cuerpos de seguridad estatales debe estar definido por criterios de excepcionalidad,

necesidad y proporcionalidad; c) Los Estados deben priorizar la prevención de la violencia a un sistema de acciones de represión; d) Debe existir un control adecuado y verificación de la legalidad del uso de la fuerza; e) Los miembros de los cuerpos armados y los organismos de seguridad deberán recibir el entrenamiento y capacitación adecuada que incluyan la instrucción en normas fundamentales de derechos humanos y los límites aplicables al uso de la fuerza.

#### IX. Conclusión

Los disturbios interiores y las tensiones internas son situaciones a las que no se puede aplicar el derecho humanitario porque aunque en ellas existen manifestaciones de violencia todavía no se puede hablar de conflicto armado. En un conflicto interno, a diferencia del conflicto armado no internacional, todavía no hay fuerzas armadas disidentes constituidas como tales o grupos armados organizados que lleven a cabo operaciones continuas y concertadas.

La crisis en Venezuela, caracterizada por la violación de los derechos fundamentales de la población civil, una aplicación generalizada del uso de la fuerza en violación de las normas internacionales de derechos humanos, y por una represión generalizada de la población civil durante las manifestaciones, detenciones masivas de manifestantes, torturas, violaciones al derecho a un juicio justo, aplicación de censura previa a los medios de comunicación y ataques a la inviolabilidad del domicilio, claramente violatorios de muchas normas establecidas en una larga serie de instrumentos internacionales vigentes y aplicables en ese país, se trata de una situación de disturbios interiores y no de un conflicto armado interno, y por lo tanto, y aunque es mínima la línea divisoria, se aplican las normas del derecho internacional de los derechos humanos y no aplica el derecho internacional humanitario en sentido estricto.

### **Notas**

[1] Abogado (Universidad Nacional de Tucumán, Argentina). Magister en Administración Pública (Universidad Nacional de Santiago del Estero, Argentina). Especialista en Gestión Pública (Universidad Nacional de Santiago del Estero, Argentina). Se desempeña como Secretario Judicial del Excelentísimo Superior Tribunal de Justicia del Poder Judicial de la Provincia de Santiago del Estero, Argentina. Profesor Adjunto de la Cátedra de Derecho Internacional Público en la Facultad de Ciencias Políticas Sociales y Jurídicas (Universidad Católica de Santiago del

- Estero). Profesor Adjunto de la Cátedra de Derechos Humanos en la Facultad de Ciencias Políticas Sociales y Jurídicas (Universidad Católica de Santiago del Estero).
- [2] El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), organización imparcial, neutral e independiente, tiene la misión exclusivamente humanitaria de proteger la vida y la dignidad de las víctimas de los conflictos armados y de otras situaciones de violencia, así como de prestarles asistencia. El CICR se esfuerza asimismo en prevenir el sufrimiento mediante la promoción y el fortalecimiento del derecho y de los principios humanitarios universales.
- [3] El 6 de junio de 2017, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) creó un equipo para documentar e informar sobre las violaciones de los derechos humanos, en el contexto de las protestas masivas en la República Bolivariana de Venezuela ocurridas entre el 1 de abril y el 31 de julio de 2017. En ausencia de autorización del Gobierno para entrar en el país, el equipo del ACNUDH realizó actividades de monitoreo a distancia en la región, entre las que se incluyó la realización de entrevistas con víctimas y sus testigos. representantes familiares. de organizaciones gubernamentales (ONG), periodistas, abogados, médicos, paramédicos y el Ministerio Público. También recibió información por escrito de la Defensoría del Pueblo v de la Misión Permanente de la República Bolivariana de Venezuela para las Naciones Unidas en Ginebra.
- [4] La Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (ACNUDH) representa el compromiso del mundo frente a los ideales universales de la dignidad humana. La comunidad internacional le ha conferido el mandato exclusivo de promover y proteger todos los derechos humanos. El Alto Comisionado para los Derechos Humanos es el principal funcionario de derechos humanos de las Naciones Unidas. Encabeza el ACNUDH y dirige los esfuerzos de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos.
- [5] El presente informe se centra en las violaciones y abusos de los derechos humanos en relación con las manifestaciones ocurridas en la República Bolivariana de Venezuela del 1 de abril al 31 de julio de 2017. El informe se elaboró en conformidad con el mandato del Alto Comisionado en virtud de la Resolución 48/141 de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Según estimaciones, entre el 1 de abril y el 31 de julio del año en curso se registraron 6.729 manifestaciones de protesta en todo el país, es decir un promedio de 56 protestas por día. A diferencia de las expresiones de descontento anteriores, las protestas se extendieron a casi todo el país, incluyendo zonas urbanas y rurales. Debido al aumento de la represión

de las fuerzas de seguridad, las manifestaciones en las zonas urbanas se combinaron con otras formas de protesta, como los plantones, los bloqueos, las marchas nocturnas o los cacerolazos. Aunque en general las protestass a nivel nacional fueron convocadas por la MUD, muchas surgieron también espontáneamente enconjuntos residenciales o barrios populares. de junio, el tamaño de lasmanifestaciones disminuyó y se documentaron incidentes más violentos en el marco de las protestas.

- [6] Informe de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos y del panel de expertos internacionales independientes sobre la posible comisión de crímenes de lesa humanidad en Venezuela. Washington D.C., 29 de mayo de 2018.
- [7] Valladares, Gabriel Pablo; Introducción al Derecho Internacional Humanitario.
- [8] Prof. Dr. Manuel Pérez González; Universidad Complutense de Madrid; Tipos de conflictos y aplicación del derecho internacional humanitario, con especial referencia a los conflictos armados internacionales. Doce miradas del conflictocolombiano; Fernández Liesa, Carlos R.Instituto de Estudios Internacionales y Europeos Francisco de Vitoria Universidad Carlos III de Madrid; Repositorio institucional e-Archivo; http://e-archivo.uc3m.es.
- [9] Jeannete Irigoin Barrenne Astrid Espaliat Larson; Las normas de derecho internacional humanitarioque rigen los conflictos armados sin carácter internacional: su aplicación en Chile.
- [10] En el año de 1969, en San José de Costa Rica fue celebrada la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, por los estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA). Allí se redactó la Convención Americana de Derechos Humanos que en la actualidad cuenta con veinticinco Estados Americanos que han ratificado o se han adherido a la misma. Siendo éste un tratado de obligatorio cumplimiento para los Estados que hacen parte del sistema regional, la Convención Americana de Derechos Humanos fue creada con el fin de salvaguardar los derechos humanos del continente americano y en este sistema fueron concebidos dos organismos especializados para conocer acera de la violación de los derechos humanos en la región.
- [11] CIDH, Abella y Otros v. Argentina, Caso 11.137, Informe 55/97, OEA/Ser/L/V/II.97 18 de noviembre de 1997, párr. 152.
- [12] Se refiere a los eventos que tuvieron lugar el 23 y el 24 de enero de 1989 en el cuartel militar del Regimiento de infantería Mecanizada No. 3 "Gral. Belgrano" (RIM 3) localizado en La Tablada, Provincia de Buenos Aires, y a las consecuencias de tales eventos, que afectan a 49 personas en cuyo nombre se presentó una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Comisión"). El 23

de enero de 1989, 42 personas armadas protagonizaron un ataque al mencionado cuartel, resultando en un combate de aproximadamente 30 horas entre los atacantes y fuerzas de seguridad de Argentina, que resultó en las muertes de 29 de los atacantes y varios agentes del Estado. El cuartel del RIM 3 contaba con un arsenal, de donde los atacantes se apoderaron de varias armas que utilizaron para defender sus posiciones luego de haber ingresado al mismo.

[13] La CIDH es un órgano principal y autónomo de la Organización de los Estados Americanos (OEA) encargado de la promoción y protección de los derechos humanos en el continente americano.

[14] El CICR es una organización independiente y neutral que se esfuerza por prestar protección y asistencia humanitarias a las víctimas de los conflictos armados y de otras situaciones de violencia. Toma medidas para responder a las emergencias y promueve, al mismo tiempo, el respeto del derecho internacional humanitario y su aplicación en la legislación nacional.

[15] CICR. Violencia interna: sobre la protección de personas en situaciones de "violencia interna" que no son consideradas conflicto armado. Declaración de Michel Minnig, delegado del CICR para Argentina, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay en la sesión especial de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos sobre temas de actualidad del derecho internacional humanitario, Washington, D.C., 25 de enero de 2008. Extraído de: http://www.icrc.org/WEB/SPA/sitespa0.nsf/html/oas-statement-250108.

[16] Ricardo Fabián Pascual Luna. - Tutora: Abg. mg. María Cristina Espín. Ambato - Ecuador, 2016; Las normas internacionales protectoras de los derechos humanos y los disturbios o tensiones internas dentro del estado constitucional. Universidad Técnica de Ambato. Obra citada.

[17] CIDH, Abella y Otros v. Argentina, Caso 11.137, Informe 55/97, OEA/Ser/L/V/II.97 18 de noviembre de 1997, párr. 152.

[18] Milena Costas Trascasas, Violencia interna y protección de la persona. Una laguna jurídica del Derecho internacional, Cruz Roja Española/Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, capítulo tercero (págs. 197-278), conclusiones (págs. 563-576).

[19] Ramírez Lamy, Andrea; Diferencias teóricoprácticas entre Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. Revista VIA IURIS, núm. 8, enero-junio, 2010, págs. 93-122. Fundación Universitaria Los Libertadores, Bogotá, Colombia.

[20] Corte Interamericana de Derechos Humanos. El hábeas corpus bajo Suspensión de Garantías. Opinión Consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987. Serie A No. 8, párr. 38.

- [21] Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Informe Anual 2015, capítulo IV.A Uso de la Fuerza.
- [22] Corte IDH. El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8, párr. 20.
- [23] CIDH, Honduras: derechos humanos y golpe de Estado.30 Diciembre 2009. OEA/Ser.L/V/II Doc. 55. Párr. 212.
- [24] Adoptados en el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (La Habana, Cuba, 07 de septiembre de 1990). Aprueba los Principios Básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, y recomienda que se adopten medidas en el plano nacional, regional e internacional con respecto a esos Principios Básicos y su aplicación, teniendo en cuenta las circunstancias políticas, económicas, sociales y culturales y las tradiciones de cada país; invita a los Estados Miembros a que tengan en cuenta y respeten los Principios Básicos en el marco de su legislación y práctica nacional; y también invita a los Estados Miembros a que señalen los Principios Básicos a la atención de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, los miembros del poder ejecutivo, los jueces, los abogados, el poder legislativo y el público en general.
- [25] Adoptado por la Asamblea General en su resolución 34/169, de 17 de diciembre de 1979. Dispone que en el desempeño de sus tareas, los funcionarios encargados de hacer cumplir la lev respetarán y protegerán la dignidad humana y mantendrán y defenderán los derechos humanos de todas las personas. Los derechos humanos de que se trata están determinados y protegidos por el derecho nacional y el internacional. Entre los instrumentos internacionales pertinentes están la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos y la Convención de Viena sobre relaciones consulares. Asimismo dispone que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley podrán usar la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas.

[26] Corte I.D.H., Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 15.

[27] Corte I.D.H., Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs Venezuela, Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, párrs. 61-84.

## Acerca del derecho humano a la alimentación, la seguridad y soberanía alimentaria

María Adriana Victoria\*

## I. Introducción

La lucha contra el hambre y la desnutrición es más que una obligación moral o una opción política. En muchos países es una obligación de derechos humanos jurídicamente obligatoria ya que el derecho a la alimentación está reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) de 1948[1] como parte del derecho a un nivel de vida adecuado y está consagrado en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) de 1966[2].

Asimismo lo amparan tratados regionales y constituciones nacionales. Además, el derecho a la alimentación de algunos grupos ha sido reconocido en varias convenciones internacionales. Todos los seres humanos, independientemente de su raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otro orden, origen nacional o social, posesiones, nacimiento u otra condición, tienen derecho a la alimentación adecuada y el derecho de vivir libres del hambre.

En la Cumbre Mundial sobre la Alimentación (CMA) organizada por la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO) en 1996, los Estados convinieron en reducir el número de personas desnutridas a la mitad del nivel de ese momento no más tarde del año 2015[3]. Aspiración que se reitera en la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible, ya que su Objetivo de Desarrollo sostenible (ODS) N° 2 dispone: "Poner fin al hambre, lograr la seguridad alimentaria y la mejora de la nutrición y promover la agricultura sostenible"[4].

A su vez, el derecho a la alimentación y la incidencia del medio ambiente son indisociables. La malnutrición y la desnutrición en el mundo son consecuencia de un problema generalizado de acceso a los alimentos que a su vez se encuentra estrechamente relacionado con el medio.

Si se observa en términos generales, la malnutrición y la desnutrición no son un problema de escasez de alimentos. La falta de acceso a una alimentación óptima viene dada, por tanto, por un desigual reparto de los recursos agrícolas en el espacio, pero también por desigualdades económicas y sociales, por lo que la solución más inmediata a dichos problemas de acceso pasa por un reparto equitativo de los recursos y el respeto al derecho a la propiedad. Por lo tanto, el respeto a los derechos humanos es el eje primordial sobre el cual deben articularse las soluciones a problemas de esta índole.

En los últimos años se ha producido un notable desarrollo del marco legal e institucional cuyo objetivo es garantizar una alimentación adecuada para todos los ciudadanos de la región. Este esfuerzo político a nivel nacional, subregional y regional se refleja en diversas leyes y proyectos de ley. De ahí el interés por analizar los Derechos humanos a la alimentación, seguridad alimentaria y soberanía alimentaria en las fuentes doctrinarias que aporta FAO, las normativas latinoamericanas (Bolivia[5], Brasil[6], Colombia[7], Costa Rica[8], Ecuador[9], El Salvador[10], Honduras[12], Nicaragua[13]. Guatemala[11]. Paraguav[14]. Perú[15], República Dominicana[16], Venezuela[17], Uruguay[18]) v del Parlamento Latino Americano (PARLATINO)[19]; v algunos datos jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), a la luz de la Observación General fundamental n° 12 (1999) del Comité de Derechos Económicos, Sociales v Culturales, sobre el derecho a la alimentación adecuada[20].

#### II. Derecho a la alimentación

De modo preliminar es de interés el concepto y elementos del derecho a la alimentación.

## II.1. Concepto

El derecho a una alimentación adecuada está reconocido en diversos instrumentos de derecho internacional y es el PIDESC el documento que más extensamente lo trata que cualquier otro instrumento internacional. En el párr. 1 del art. 11 del Pacto, los

Estados Partes reconocen "el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia", y en el párr. 2 del art. 11 reconocen que posiblemente deberán adoptarse medidas más inmediatas y urgentes para garantizar "el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre" y la malnutrición.

El derecho a una alimentación adecuada es de fundamental importancia para el disfrute de todos los derechos. Ese derecho se aplica a todas las personas; por ello la frase del párr. 1 del art. 11 "para sí y su familia" no entraña ninguna limitación en cuanto a la aplicabilidad de este derecho a los individuos o a los hogares dirigidos por una mujer[21].

El Comité de derechos económicos, sociales y culturales afirma que el derecho a una alimentación adecuada está inseparablemente vinculado a la dignidad inherente de la persona humana y es indispensable para el disfrute de otros derechos humanos consagrados en la Carta Internacional de Derechos Humanos. Es también inseparable de la justicia social, pues requiere la adopción de políticas económicas, ambientales y sociales adecuadas, en los planos nacional e internacional, orientadas a la erradicación de la pobreza y al disfrute de todos los derechos humanos por todos[22].

El derecho a la alimentación es un derecho incluyente y se ejerce cuando todo hombre, mujer o niño, ya sea solo o en común con otros, tiene acceso físico y económico, en todo momento, a la alimentación adecuada o a medios para obtenerla. Se trata del derecho a tener acceso, de manera regular, permanente y libre, sea directamente, sea mediante compra en dinero, a una alimentación cuantitativa y cualitativamente adecuada y suficiente, que corresponda a las tradiciones culturales de la población a que pertenece el consumidor y que garantice una vida psíquica y física, individual y colectiva, libre de angustias, satisfactoria y digna[23].

El derecho a la alimentación adecuada tendrá que alcanzarse progresivamente. No obstante, los Estados tienen la obligación

básica de adoptar las medidas necesarias para mitigar y aliviar el hambre tal como se dispone en el párr. 2 del art. 11, incluso en caso de desastre natural o de otra índole.

Algunas legislaciones latinoamericanas han receptado el derecho a la alimentación, aportando conceptos, características (Costa Rica[24], El Salvador[25], Nicaragua[26], Paraguay[27], Perú[28], Uruguay[29], el PARLATINO[30]) y pocas constituciones de modo expreso (Bolivia[31], Colombia[32], Nicaragua[33]).

## II.2. Elementos

El contenido del derecho de acceso a la alimentación que se recoge en la observación general 12 del comité de PIDESC abarca: la disponibilidad (suficiente y adecuada), la accesibilidad física y económica, la sostenibilidad, la inocuidad y el respeto a las culturas.

## II.2.1. Disponibilidad

Por disponibilidad de alimentos se entiende las posibilidades que tiene el individuo de alimentarse ya sea directamente, explotando la tierra productiva u otras fuentes naturales de alimentos, o mediante sistemas de distribución, elaboración y de comercialización que funcionen adecuadamente y que puedan trasladar los alimentos desde el lugar de producción a donde sea necesario según la demanda[34].

El alimento debe estar disponible, y ser accesible y adecuado. La disponibilidad requiere que, por una parte, la alimentación se pueda obtener de recursos naturales ya sea mediante la producción de alimentos, el cultivo de la tierra y la ganadería, o mediante otra forma de obtener el alimento, como la pesca, la caza o la recolección. Por otra parte, significa que los alimentos deben estar disponibles para su venta en mercados y comercios.

#### II.2.2. Accesibilidad física

Dicha accesibilidad implica que la alimentación adecuada debe ser accesible a todos, incluidos los individuos físicamente vulnerables,

tales como los lactantes y los niños pequeños, las personas de edad, los discapacitados físicos, los moribundos y las personas con problemas médicos persistentes, tales como los enfermos mentales. Será necesario prestar especial atención y, a veces, conceder prioridad con respecto a la accesibilidad de los alimentos a las personas que viven en zonas propensas a los desastres y a otros grupos particularmente desfavorecidos. Son especialmente vulnerables muchos grupos de pueblos indígenas cuyo acceso a las tierras ancestrales puede verse amenazado[35].

Debe garantizarse además el derecho a la alimentación a las personas que se encuentren en zonas remotas y a las víctimas de conflictos armados o desastres naturales, así como a los prisioneros. Se puede mejorar la garantía del acceso físico a la alimentación de quienes viven en zonas remotas con el mejoramiento de la infraestructura de manera que puedan llegar a los mercados por medio del transporte público[36].

Los alimentos adecuados deben ser accesibles a todos en todo momento y circunstancia. La accesibilidad en general requiere que esté garantizado el acceso económico y físico a la alimentación.

#### II.2.3. Accesibilidad económica

Esta tipología de accesibilidad implica que los costos financieros personales o familiares asociados con la adquisición de los alimentos necesarios para un régimen de alimentación adecuado deben estar a un nivel tal que no se vean amenazados o en peligro la provisión y la satisfacción de otras necesidades básicas. Dicha accesibilidad se aplica a cualquier tipo o derecho de adquisición por el que las personas obtienen sus alimentos y es una medida del grado en que es satisfactorio para el disfrute del derecho a la alimentación adecuada. Los grupos socialmente vulnerables como las personas sin tierra y otros segmentos particularmente empobrecidos de la población pueden requerir la atención de programas especiales[37]. Por lo que la accesibilidad económica significa que los alimentos deben estar al alcance de las personas desde el punto de vista económico [38].

## II.2.4. Adecuación

El concepto de adecuación es particularmente importante en relación con el derecho a la alimentación puesto que sirve para poner de relieve una serie de factores que deben tenerse en cuenta al determinar si puede considerarse que ciertas formas de alimentos o regímenes de alimentación a las que se tiene acceso son las más adecuadas en determinadas circunstancias a los fines de lo dispuesto en el art. 11 del PIDESC[39].

El significado preciso de "adecuación" viene determinado en buena medida por las condiciones sociales, económicas, culturales, climáticas, ecológicas y de otro tipo imperantes en el momento, mientras que el de "sostenibilidad" entraña el concepto de disponibilidad y accesibilidad a largo plazo[40]. El Comité considera que el contenido básico del derecho a la alimentación adecuada comprende lo siguiente: 1) la disponibilidad de alimentos en cantidad y calidad suficientes para satisfacer las necesidades alimentarias de los individuos, sin sustancias nocivas, y aceptables para una cultura determinada; 2) la accesibilidad de esos alimentos en formas que sean sostenibles y que no dificulten el goce de otros derechos humanos[41].

Los alimentos o regímenes de alimentación disponibles para satisfacer el derecho a la alimentación deben ser adecuados para las condiciones sociales, económicas, culturales, climáticas, ecológicas y de otro tipo imperantes en un espacio y en un tiempo determinado.

Los alimentos deben ser adecuados es decir que la alimentación debe satisfacer las necesidades de dieta teniendo en cuenta la edad de la persona, sus condiciones de vida, salud, ocupación, sexo, etc. Por ejemplo, si la alimentación de los niños no contiene los nutrientes necesarios para su desarrollo físico y mental no es adecuada. La alimentación con gran densidad de energía y escaso valor nutritivo, que puede contribuir a la obesidad y otras enfermedades, podría ser otro ejemplo de alimentación inadecuada. Los alimentos deben ser seguros para el consumo humano y estar libres de sustancias nocivas, como los contaminantes de los procesos industriales o agrícolas, incluidos los residuos de los plaguicidas, las hormonas o las drogas

veterinarias. La alimentación adecuada debe ser además culturalmente aceptable. Por ejemplo, la ayuda que contiene alimentos que desde el punto de vista religioso o cultural están prohibidos a quienes los reciben o no se ajustan a sus hábitos de comida no sería culturalmente aceptable[42].

#### II.2.5.Inocuidad

Los alimentos deben carecer de sustancias nocivas, para lo cual deben establecerse medidas de protección tanto por medios públicos como privados para evitar la contaminación de los productos alimenticios debido a la adulteración y/o la mala higiene ambiental o la manipulación incorrecta en distintas etapas de la cadena alimentaria.

## II.2.6. Respeto a las culturas

Los alimentos deben ser aceptables para una cultura o unos consumidores determinados. Significa que hay que tener también en cuenta, en la medida de lo posible, los valores no relacionados con la nutrición que se asocian a los alimentos y el consumo de alimentos, así como las preocupaciones fundamentadas de los consumidores acerca de la naturaleza de los alimentos disponibles[43].

#### II.2.7. Sostenibilidad

El concepto de sostenibilidad está íntimamente vinculado al concepto de alimentación adecuada o de seguridad alimentaria, que entraña la posibilidad de acceso a los alimentos por parte de las generaciones presentes y futuras. El significado preciso de "adecuación" viene determinado en buena medida por las condiciones sociales, económicas, culturales, climáticas, ecológicas y de otro tipo imperantes en el momento, mientras que el de "sostenibilidad" entraña el concepto de disponibilidad y accesibilidad a largo plazo[44]. Se trata de la posibilidad de acceso a los alimentos por parte de las generaciones presentes y futuras (disponibilidad y accesibilidad a largo plazo)[45].

#### II.3. Características

El derecho humano a una alimentación adecuada es un derecho legal que alude directamente a los temas: morales, políticos y sociales relativos a la pobreza alimentaria y a la inseguridad alimentaria.

Estamos ante un derecho social, humano, de segunda generación (dentro de los derechos económicos, sociales y culturales), universal. indivisible, innato, inherente, inalienable, intransferible. imprescriptible, irreversible. acumulativo. inviolable, obligatorio, inmediatamente aplicable, operativo (no existe una ley para ponerlo en práctica), prioritario (dependen del mismo el ejercicio de otros derechos como el derecho a la vida), multidimensional. complementario. no ierarquizable. interconectado (vinculado a otros derechos humanos -propiedad. acceso a la justicia, derecho al trabajo, a la información, educación-), interdependiente, transversal.

El derecho a una alimentación adecuada está inseparablemente vinculado a la dignidad inherente de la persona humana y es indispensable para el disfrute de otros derechos humanos. Es un derecho-prestación ya que implica el nacimiento de obligaciones positivas que en la mayoría de los casos se solventan con recursos del erario público.

Se trata de un derecho humano reconocido en el derecho internacional que permite que las personas tengan acceso a una alimentación adecuada y a los recursos necesarios para tener en forma sostenible seguridad alimentaria. Este derecho impone a los Estados obligaciones jurídicas de superar el hambre y la desnutrición y de hacer realidad la seguridad alimentaria para todos. Además se refiere a las obligaciones de los Estados más allá de sus fronteras, incluidos los unidos por lazos de comercio.

El PIDESC requiere que sus Estados partes adopten las medidas necesarias para una distribución equitativa de la oferta mundial de alimentos en relación con la necesidad (art. 11 2) b). Si bien no prevé un modelo determinado para lograr ese tipo de distribución, obliga a los Estados a velar por que su política comercial o de otro orden sirva a este objetivo.

## II.4. Aclarando conceptos

El derecho a la alimentación no es lo mismo que un derecho a ser alimentado sino principalmente el derecho a alimentarse en condiciones de dignidad. Muchos presumen que el derecho a la alimentación significa que el gobierno debe entregar alimentos en forma gratuita a quien los necesiten. Esto no sería viable o bien podría causar dependencia.

Se espera que las personas satisfagan sus propias necesidades con su propio esfuerzo y utilizando sus propios recursos. Una persona debe vivir en condiciones que le permitan o producir alimentos o comprarlos. Para producir sus propios alimentos una persona necesita tierra, semillas, agua y otros recursos, y para comprarlos necesita dinero y acceso al mercado.

El derecho a la alimentación requiere que los Estados provean una atmósfera propicia en que las personas puedan utilizar su plena potencialidad para producir o adquirir alimentación adecuada para ellos mismos y sus familias. No obstante, cuando los habitantes no pueden alimentarse con sus propios medios, por ejemplo, como resultado de un conflicto armado, un desastre natural o porque se hallan en detención, el Estado debe suministrar alimentación directamente.

La denegación del derecho a la alimentación no es el resultado de la falta de alimentos en el mundo. Podría pensarse que se deniega a las personas el derecho a la alimentación porque no hay suficientes alimentos para todos. No obstante, según la FAO, el mundo produce suficiente cantidad de alimentos para alimentar a toda su población.

La causa básica del hambre y la desnutrición no es la falta de alimentos sino la falta de acceso a los alimentos disponibles. Por ejemplo, la pobreza, la exclusión social y la discriminación suelen menoscabar el acceso de las personas a los alimentos, no solo en los países en desarrollo sino también en los países económicamente más desarrollados, donde hay alimentos en abundancia. Pero en el largo plazo los Estados tienen que tratar de

facilitar una producción sostenible de alimentos a fin de garantizar la disponibilidad de alimentos para las generaciones futuras, considerando factores como el crecimiento de la población, el efecto del posible cambio climático y la disponibilidad de recursos naturales[46].

El derecho a la alimentación adecuada es más que el derecho a la alimentación segura. Se entiende en ocasiones que el derecho a la alimentación adecuada se refiere a las normas relativas a los alimentos disponibles en el mercado, que deben ser sanos. Esto es demasiado limitado. El derecho a la alimentación requiere que la alimentación adecuada esté disponible y sea accesible. Lo adecuado se refiere a la cantidad, la calidad y su carácter apropiado, tomando en cuenta los aspectos culturales y la fisiología de la persona (por ejemplo, sexo, edad y salud).

## III. Algunas diferencias con el derecho a la alimentación

El derecho a la alimentación es diferente de la seguridad alimentaria y la soberanía alimentaria, aunque son conceptos que se duplican en cierta medida[47].

## III.1. Seguridad alimentaria

Según la FAO, existe seguridad alimentaria "cuando todas las personas tienen en todo momento el acceso físico, social y económico a alimentos suficientes, inocuos y nutritivos que satisfacen sus necesidades y preferencias alimentarias para llevar una vida activa y sana". Se trata de una condición previa del ejercicio pleno del derecho a la alimentación. No obstante, el propio concepto de seguridad alimentaria no es un concepto jurídico en sí mismo, no impone obligaciones a los interesados ni les otorga derechos.

La seguridad alimentaria hizo su aparición en los años 1972-74 cuando la escasez alimentaria a nivel mundial provocó alarma sobre la accesibilidad de los países a los alimentos.

El concepto ha evolucionado desde: la "autosuficiencia alimentaria" a la necesidad de "garantizar una disponibilidad

suficiente de alimentos en cantidad y calidad".

Actualmente en Argentina, se habla de Seguridad alimentaria y nutricional (Ley nacional argentina N° 25.724/03, Plan Nacional de Seguridad Alimentaria)[48].

Las ONG reclamaron en el Foro dirigido a la Cumbre Mundial de la Alimentación en Roma (1.996) respecto al derecho que tienen todos los hombres a: acceder en todo momento y con seguridad alimentos nutritivos y libres de peligro para la salud, en la medida necesaria para sostener una vida sana y activa.

La Cumbre mundial de la alimentación cinco años después, Roma (2002)[49], recomendó la necesidad de disponer de alimentos nutricionalmente adecuados e inocuos y la necesidad de prestar atención a las cuestiones nutricionales para el logro de la seguridad alimentaria, la elaboración de un conjunto de directrices voluntarias para apoyar los esfuerzos de los Estados miembros encaminados a alcanzar la realización progresiva del derecho a una alimentación adecuada en el contexto de la seguridad alimentaria nacional, la responsabilidad de garantizar la seguridad alimentaria nacional a cargo de los gobiernos nacionales en cooperación con la sociedad civil el sector privado y con el apoyo de la comunidad internacional.

Hav normas latinoamericanas que receptan la seguridad Colombia[51], alimentaria (Brasil[50], Costa Rica[52], Honduras[53], El Salvador[54], Guatemala[55], Nicaragua[56], Venezuela[59], Paraguay[57], Perú[58], Uruguav[60]. PARLATINO[61], entre otras) como así también constituciones como la de Bolivia[62], Venezuela[63].

#### III.2. Soberanía alimentaria

La soberanía alimentaria es un concepto emergente en cuya virtud las personas definen su propio alimento y su propio modelo de producción de alimentos (como la agricultura y la pesca), determinan el grado en que quieren bastarse por sí mismos y proteger la producción interna de alimentos, así como regular el comercio a fin de lograr los objetivos del desarrollo sostenible.

Dicho concepto promueve un modelo alternativo de agricultura, de políticas comerciales y de prácticas comerciales que facilitan el ejercicio de los derechos de la población a la alimentación y la vida. Se reconoce el derecho a la soberanía alimentaria en algunas normas latinoamericanas (Bolivia[64], Ecuador[65], Honduras[66], Guatemala[67], Nicaragua[68], Paraguay[69], República Dominicana[70], Venezuela[71], PARLATINO[72], Uruguay[73]) y constituciones nacionales como la de Ecuador[74]; pero actualmente no hay consenso internacional a ese respecto. Otros actores, como ONG y organizaciones de la sociedad civil, ampliaron el concepto y acuñaron el término de soberanía alimentaria, el que descansa sobre seis pilares[75].

## III.3. Diferencias entre seguridad alimentaria y soberanía alimentaria

Tanto la seguridad como la soberanía alimentaria enfatizan la necesidad de aumentar la producción y la productividad de alimentos para enfrentar la demanda Ambos conceptos subrayan que el problema central de hoy en día reside en el acceso a los alimentos y, en consecuencia, suponen políticas públicas redistributivas desde el ámbito del ingreso así como del empleo, y asumen también la necesaria articulación entre alimentos y nutrición. Además, de ambos conceptos se pueden derivar propuestas de protección social para enfrentar crisis temporales o programas de transferencias condicionadas que formen parte de programas de combate a la pobreza.

Las diferencias centrales entre ambos conceptos son dos: 1) El concepto de seguridad alimentaria, adoptado por los Estados Miembros de la FAO, es un concepto neutro en términos de correlación de fuerzas. No prejuzga sobre la concentración de poder económico en los distintos eslabones de la cadena alimentaria ni en el comercio internacional de alimentos ni en la propiedad de medios de producción clave, como la tierra o, más contemporáneamente, el acceso a la información. En tanto, el concepto de soberanía alimentaria parte justamente de constatar la asimetría del poder en los distintos mercados y espacios de poder involucrados, así como en los ámbitos de las negociaciones

comerciales multilaterales. Apela, entonces, al papel equilibrador que puede jugar un Estado democrático, y concibe que los alimentos sean más que mercancías. 2) Respecto a cómo producir alimentos, si bien la FAO ha sido pionera en temas relacionados con las buenas prácticas agrícolas (BPA), manejo sustentable de recursos naturales, el principio precautorio en relación con los organismos modificados genéticamente (OGM), agricultura verde, etc., por su naturaleza como organismo intergubernamental y multilateral no podría adoptar una posición enfática o única las distintas formas de producir alimentos. Generalmente se reconocen tres grandes patrones tecnológicos: la llamada agricultura industrial, basada en el uso intensivo de combustibles fósiles; la agricultura biológica, que utiliza biomasa y biotecnologías, de las cuales los OGM son apenas una parte, y, más específicamente, la agricultura orgánica, que supone procesos que requieren de diversas formas de certificación. La Unión Europea (UE) ha planteado desde hace varios años la idea de la coexistencia de los tres sistemas. Sin embargo, recientemente en el diseño de las políticas agrícolas comunitarias se está insistiendo en un sistema de subsidios desacoplados de productos en concreto, que premie el uso sustentable de recursos naturales en la producción de alimentos. En cambio, el concepto de soberanía alimentaria está claramente orientado en primer lugar a la agricultura en pequeña escala (se entiende que aquí están incluidas las actividades ganaderas, forestales y pesqueras), no industrial, preferentemente orgánica, que adopta la concepción de agroecología.

Ligar el desarrollo con la seguridad y los derechos humanos constituye un fuerte argumento para difundir que la seguridad alimentaria, tal como es definida por la FAO (con un término que implica la continuidad con los propósitos que han animado su existencia desde su fundación), solo puede realizarse asumiendo la autonomía de los gobiernos para definir sus propias políticas alimentarias. Darle prioridad a la agricultura familiar deriva de requerimientos ambientales, constreñimientos económicos y de nuevas realidades y cambios en el ámbito agroalimentario[76].

Proporcionarle un adecuado "asiento discursivo" a ambos conceptos debe considerar: 1) Reafirmar que el mandato central

de la FAO, que ha sido sistemáticamente confirmado por sus instancias de gobierno, se condensa en el concepto de seguridad alimentaria. 2) Explicar que la seguridad alimentaria, en su acepción más reciente (a partir de sus cuatro ingredientes ya señalados), prioriza el ámbito del acceso a los alimentos y, en consecuencia, de las políticas que de ahí se derivan. 3) Subrayar que el concepto de soberanía alimentaria no es antagónico ni alternativo al concepto de seguridad alimentaria. De sus dos componentes, uno se ubica más allá del concepto de seguridad alimentaria en el ámbito de las definiciones irrenunciables del estado moderno, es decir, más allá de su soberanía en general, específicamente para definir políticas alimentarias. En tanto, su otro componente, sobre las formas de producir priorizando la agricultura familiar, se coloca más acá del concepto de seguridad alimentaria, en el ámbito de las políticas públicas específicas. 4) Dado que la FAO y los países miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA) lo son también de las Naciones Unidas, y que su Secretario General adoptó en una Asamblea General el discurso de "una más amplia libertad", se debe articular y enmarcar ambos conceptos bajo el derecho a la alimentación.

Al final de la CMA de 1996, las organizaciones no gubernamentales (ONG) y organizaciones de la sociedad civil (OSC) presentes, adoptaron una declaración titulada "Beneficios para unos o alimentos para todos", en la que se afirma que las medidas y actividades previstas en el plan de acción no serían suficientes para lograr avances importantes en la reducción del número de personas hambrientas en el mundo. En este análisis, presentado al Comité sobre Seguridad Alimentaria, la FAO identificó los dos obstáculos principales para mejorar la implementación del plan: 1) la ausencia de voluntad política y 2) la falta de medios económicos suficientes. La declaración asumió que ambas observaciones eran correctas, pero también que era improbable que la inversión de más recursos dentro del mismo modelo de desarrollo agrícola, en el contexto actual del comercio mundial, cumpliera con el objetivo de la CMA. Por ello es que se propone el modelo basado en la descentralización, respondiendo a los retos del modelo actual, que se basa en la concentración de riqueza y poder, y que ahora amenaza a la seguridad alimentaria global, la diversidad cultural y los propios ecosistemas que sustentan la vida en el

## planeta"[77].

Adicionalmente, el concepto de soberanía alimentaria también está siendo adoptado por espacios parlamentarios supranacionales como el Parlamento Latinoamericano (PARLATINO), el Parlamento Andino, el Parlamento Centroamericano, el Foro de Presidentes y Presidentas de Poderes Legislativos de Centroamérica y la Cuenca del Caribe.

El "Frente Parlamentario contra el Hambre" (FPH) en América Latina y el Caribe (cuyo objetivo es promover leyes de seguridad alimentaria y nutricional), en su II Foro de junio de 2011, declaró: "Este nuevo concepto, en contraste con la seguridad alimentaria, que se centra en la disponibilidad de alimentos, incide también en la importancia del modo de producción de los alimentos y su origen. Resalta la relación que tiene la importación de alimentos baratos en el debilitamiento de la producción y población agraria locales". En este sentido, todas las acciones del FPH están orientadas a hacer efectiva la soberanía alimentaria[78].

Aunque con frecuencia se usan indistintamente los conceptos de seguridad alimentaria y soberanía alimentaria, sobre todo en las nuevas legislaciones parece reservarse el concepto de soberanía alimentaria como la función central de un Estado, en tanto representante del pueblo, para definir, sin interferencias externas, las modalidades de las políticas sobre el tema. Por otra parte, el concepto de seguridad alimentaria se maneja, siguiendo la definición de la FAO, multidimensionalmente, para garantizar el combate del hambre y el disfrute de una nutrición balanceada. En casi todas las reformas legislativas se enfatizan las cuatro dimensiones de disponibilidad y acceso de alimentos, utilización biológica y estabilidad. Pero el principal significado de esta transformación del concepto de soberanía alimentaria en leyes y en general de la mayor atención que han recibido las políticas sobre la materia es que, producto de la crisis alimentaria de 2008 y de la volatilidad de los precios internacionales de algunos alimentos, los gobiernos se han visto obligados a centrar su atención en las políticas alimentarias y el apoyo al sector rural. La opción por el concepto de soberanía alimentaria es, claramente, una opción a favor -sobre todo- de la agricultura familiar.

"El concepto de soberanía alimentaria no está definido. Existen múltiples interpretaciones, con fuerte sesgo ideológico, que responden a situaciones particulares de varios países. No existe un concepto único que pueda ser discutido y por tanto no existe consenso al respecto. Por tanto, no es un concepto reconocido por la Comunidad de Estados Latinos y Caribeños (CELAC). Aunque fue presentado, no fue incluido en las declaraciones de la última Cumbre de Presidentes y Jefes de Estado de los países de la CELAC, ni en los informes de la reunión de Coordinadores Nacionales de la CELAC realizada en Chile entre el 5 y el 7 de julio de 2012[79]. Tampoco fue incluido en la declaración final de la Asamblea General de la OEA realizada en Cochabamba, en la que se hace referencia a soberanía en términos generales, pero no alimentaria" [80].

#### IV. Vínculos con otros derechos humanos

Los derechos humanos son interdependientes, indivisibles e interrelacionados. Esto significa que la violación del derecho a la alimentación puede menoscabar el goce de otros derechos humanos, como a la educación o a la vida, y viceversa.

El Derecho a la alimentación se vincula con el derecho a: la salud, la vida, el agua, la vivienda adecuada, la educación, el trabajo y la seguridad social, la información, la libertad de las peores formas de trabajo infantil, la libertad de la tortura y de los tratos crueles, inhumanos o degradantes, el derecho a no ser discriminados por motivos de sexo, raza, o cualquier otra condición, el derecho a la igualdad entre hombre y mujer, el derecho de los niños a un ambiente apropiado para un desarrollo físico y mental, el derecho a un seguro social, el derecho a la paz, el derecho al desarrollo, el derecho a disfrutar de los beneficios del progreso científico. Asimismo se vincula con el derecho a un medio ambiente sano y seguro ya que el mismo condiciona la producción de alimentos.

#### V. Justiciabilidad del derecho a la alimentación

El derecho a la alimentación es perfectamente justiciable, es

decir que un órgano judicial o casi judicial puede identificar las violaciones del derecho a la alimentación y decidir las medidas que deberán ser tomadas para reparar dichas violaciones, sin sobrepasar la esfera de competencia de los poderes políticos nacionales, corroborado por la jurisprudencia que existe a nivel nacional, regional e internacional.

Las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales fueron definidas por las Directrices de Maastricht[81], según las cuales: al igual que los derechos civiles y políticos, conforme al derecho internacional, el incumplimiento de un Estado Parte con una obligación relativa a los derechos económicos, sociales y culturales adquirida por medio de un tratado constituye una violación de dicho tratado.

Dichas directrices definieron luego esas violaciones en relación con la tipología de las obligaciones que los Estados tienen de respetar, proteger y hacer efectivo esos derechos. A partir de los ejemplos del derecho a la habitación, del derecho al trabajo y del derecho a la salud, las directrices de Maastricht destacaron lo siguiente: La definición de justiciabilidad a utilizar se aproxima a la definición de M. J. DENNIS y D. P. STEWART, según la cual "a justiciable right is a right, subject to the possibility of formal third-party adjudication, with remedies for finding of non-compliance" [82].

Un órgano casi judicial a nivel internacional es el Comité de Derechos Humanos el que puede recibir quejas, aplicar las disposiciones del PIDCP a los casos concretos que se le presentan, y hacer constataciones. No se trata de decisiones con fuerza obligatoria como el juez en derecho interno, lo distingue, por ejemplo, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)[83], que es un órgano judicial de protección de los derechos humanos a nivel regional.

El derecho a la alimentación será violado cuando una de las obligaciones correlativas de los Estados no sea respetada. Las violaciones del derecho a la alimentación, como la de los otros derechos humanos, pueden resultar, por lo tanto, de una acción o de una omisión del Estado.

## V.1. Obligaciones

Se pueden señalar cuatro obligaciones, tales son de: garantizar su ejercicio sin discriminación alguna; respetar, proteger, hacer cumplir[84].

## V.1.1. De la obligación de respetar

La obligación de respetar requiere que el Estado se abstenga de obstaculizar el goce de los derechos económicos, sociales y culturales. Así, el derecho a la vivienda se infringe si el Estado lleva a cabo expulsiones forzosas arbitrarias.

Se trata de una obligación de abstención, de aplicación inmediata y no trae consigo ningún gasto presupuestario particular. Su justiciabilidad también es difícilmente discutible, lo que fue confirmado por la jurisprudencia a nivel regional y nacional. En el caso Ogoni[85], la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (ComADHP) llega a la conclusión, por ejemplo, de que el gobierno de Nigeria había violado el derecho a la alimentación de las comunidades Ogoni, por haber destruido las bases de su alimentación[86].

En el caso Kenneth George, en Sudáfrica[87], comunidades tradicionales de pescadores que habían perdido su acceso al mar después de la promulgación de una ley sobre los recursos marinos, recurrió a la Corte Suprema de la Provincia del Cabo de Buena Esperanza y acusaban al gobierno de haber violado sus obligaciones de respetar el derecho a la alimentación y de haber tomado medidas regresivas en la realización de este derecho. La Corte, en su decisión del 2 de mayo de 2007, ordenó que los pescadores tuvieran acceso inmediato al mar y que el gobierno redactara una nueva ley con la participación de las comunidades de pescadores tradicionales para que su derecho a la alimentación fuera respetado.

## V.1.2. De la obligación de proteger

La obligación de proteger exige al Estado prevenir violaciones a estos derechos por parte de terceros. Se trata de una obligación

positiva. Su justiciabilidad es, por lo tanto, a priori más difícil de demostrar y ha sido igualmente confirmada por medio de la jurisprudencia nacional y regional. En dos casos, la Corte Suprema de la India protegió los derechos de acceso al mar, a la tierra y al agua en cabeza de los pescadores tradicionales frente a las actividades de la industria del camarón[88] y los modos de subsistencia de las poblaciones tribales contras las concesiones otorgadas por el Estado a las compañías privadas[89].

En el caso Ogoni, la ComADHP concluyó que existía una violación de la obligación de proteger el derecho a la alimentación del pueblo Ogoni contra las actividades de un consorcio constituido por la compañía nacional de petróleo y por la empresa Shell[90]. En todos esos casos, medidas precisas fueron también indicadas por parte de los órganos judiciales o casi judiciales para reparar la violación cometida. Dichas medidas incluyen el pago de una compensación adecuada, la interrupción de las actividades ilícitas y la recuperación de los recursos productivos.

# V.1.3. De la obligación de garantizar su ejercicio sin discriminación alguna

La obligación de garantizar que el derecho a la alimentación sea ejercido sin discriminación es una obligación inmediata y no onerosa. Su justiciabilidad es, por lo tanto, difícilmente discutible, lo que fue confirmado por la jurisprudencia tanto a nivel nacional como internacional. En el caso Khosa & Others v Minister of Social Development[91], la Corte Constitucional de Sudáfrica llegó a la conclusión, por ejemplo, de que la legislación sobre la asistencia social, que preveía que sólo los ciudadanos sudafricanos tenían derecho a los beneficios sociales, violaba la obligación de no discriminación.

En diversos casos llevados ante el Tribunal Federal Suizo por parte de inmigrantes ilegales y solicitantes de asilo cuya petición fue rechazada, luego de que a éstos les fuese negado el acceso a la asistencia social, los jueces también determinaron que se presentaba un caso de violación de la obligación de no discriminación. Para el Tribunal Federal, cualquier persona que se encuentre en el territorio suizo, independientemente de su

situación, tiene derecho a una asistencia social que le garantice condiciones mínimas de existencia, inclusive la garantía de necesidades humanas tan elementales como lo es la alimentación.

El Comité de Derechos Humanos determinó además en varios casos que el art. 26 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos (PIDCP), el cual prevé que todas las personas son iguales frente a la ley y tienen derecho sin discriminación a una protección igual de la ley, puede ser violado por leyes discriminatorias que afectan la realización de los derechos económicos, sociales y culturales. En estos tres casos, los órganos judiciales o casi judiciales exigieron medidas precisas para corregir la violación, como la revisión de la legislación o la garantía de que los demandantes tengan acceso a los beneficios sociales.

### V.1.4. De la obligación de hacer cumplir

La obligación de cumplir requiere que el Estado adopte las medidas legislativas, administrativas, presupuestarias, legales y de otra índole adecuadas para lograr la plena efectividad de dichos derechos. Así, podría constituirse una violación si el Estado no proporciona la atención primaria de salud esencial a las personas que lo necesiten. El mismo razonamiento se aplica a la definición de las violaciones del derecho a la alimentación.

La obligación de hacer efectivo el derecho a la alimentación implica recursos presupuestarios y es de carácter progresiva. Su justiciabilidad es la que resulta ser más difícil de demostrar. Sin embargo, existe jurisprudencia que demuestra que esa obligación es también justiciable y que existen por lo menos tres formas de controlar la realización del derecho a la alimentación, respetando al mismo tiempo la esfera de competencia de los poderes políticos nacionales[92].

El derecho humano a una alimentación adecuada no es una reivindicación más o menos legítima que deba codificarse en derecho internacional: es un derecho humano ampliamente reconocido, bien definido y perfectamente exigible a escala nacional e internacional. Esta exigibilidad se extiende al estado

soberano, pero también a los demás actores y sujetos internacionales que participan en el negocio de la alimentación, particularmente organizaciones internacionales y empresas privadas nacionales y transnacionales[93]. Si bien las vías jurídicas de exigibilidad a escala internacional son insuficientes para los estados e inexistentes para otros actores responsables, nada impide mejorar unas y crear otras. En cualquier caso, el énfasis debe ponerse en las constituciones, leyes y tribunales nacionales, que deberían ser capaces de hacer cumplir el derecho a la alimentación en todos sus componentes a todos los actores e instituciones, públicas y privadas, que participan en el negocio del hambre.

#### VI. Accionar de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)

La protección del derecho a la alimentación de los pueblos indígenas por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) contiene algunas peticiones que alegan la violación del derecho a la alimentación consagrado en el art. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH) o del derecho a la alimentación reconocido por medio de los derechos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), en especial el derecho a la vida y el derecho a la propiedad. La mayor parte de estos casos se refiere a la protección del derecho a la alimentación de los pueblos indígenas.

Se destacan dos casos: el caso Yanomani v. Brazil[94], en el cual la CIDH sancionó la violación del derecho a la alimentación reconocido en el art. XI, y el caso Enxet-Lamenxay and Kayleyphapopyet (Riachito)[95], en el que ella permitió, por primera vez, la conclusión de un acuerdo amigable para proteger el derecho a la propiedad y el derecho a la alimentación de comunidades indígenas.

La jurisprudencia de la CorteIDH es particularmente rica para la protección del derecho a la alimentación de los niños y de las poblaciones indígenas[96]. En un caso, la Corte utilizó la Convención de los Derechos del Niño para interpretar la CADH, y

determinó que Paraguay había violado el derecho a la vida y los derechos del niño consagrados en la CADH, especialmente porque esos niños no habían tenido acceso a una alimentación adecuada durante el estado de detención.

La jurisprudencia de la CorteIDH incluye algunos casos en los cuales interpretó el derecho a la propiedad en cabeza de las poblaciones indígenas como la obligación que tiene el Estado de reconocer, demarcar y proteger el derecho a la propiedad tierra, particularmente para que estas colectiva de la comunidades puedan tener acceso a sus propios medios de subsistencia. En tal sentido: el caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua[97], la CIDH protegió el acceso de más de cien familias de la comunidad Awas Tingni a sus tierras ancestrales, que estaba amenazado por una concesión otorgada por parte del gobierno a una compañía coreana. La Corte juzgó que el Estado había violado su obligación de abstenerse de cualquier acto, directo (de sus agentes) o indirecto (aceptando o tolerando actividades de terceras personas), que afectarían la existencia, el valor, el uso o el goce de las tierras en las cuales los miembros de la comunidad vivían v desarrollaban actividades[98].

Otro caso es Sawhoyamaxa vs. Paraguay[99], la CIDH protegió el derecho a la propiedad y el derecho a la vida de los miembros de la comunidad indígena Sawhoyamaxa, y por medio de esos derechos, su derecho a la alimentación[100].

#### VII. Reflexión a modo de conclusión

Asegurando el derecho humano a la soberanía alimentaria se podría garantizar el derecho humano a la alimentación y la seguridad alimentaria. Incumbe a los Estados demostrar que no han violado el PIDESC por omisión y que han realizado todos los esfuerzos necesarios para utilizar todos los recursos que están a su disposición para cumplir con la obligación mínima de garantizar la libertad de hambre de sus poblaciones. Se trata de una tarea compleja que incumbe a los gobiernos pero junto a éstos los distintos actores sociales.

Los Estados deben continuar la consagración del derecho a la alimentación en el derecho interno (Constituciones o bien en una ley marco sobre el derecho a la alimentación, la seguridad alimentaria y la soberanía alimentaria)[101] y prever mecanismos que ofrezcan recursos colectivos o de interés público adecuados, eficaces y rápidos en caso de violación del derecho a la alimentación, particularmente en cabeza de los grupos vulnerables, brindando asistencia jurídica para ejercer mejor sus derechos

El acceso a la justicia debe ser considerado, como un componente esencial de la lucha contra el hambre basada en la protección del derecho a la alimentación.

Los Estados deben favorecer el reconocimiento la justiciabilidad del derecho a la alimentación por parte de los órganos judiciales y casi judiciales a nivel nacional, regional e internacional. Los jueces, los abogados deben ser sensibilizados e instaurarse programas de formación sobre la evolución de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, incluido el derecho a la alimentación. Opera una responsabilidad compartida de carácter social al amparo de valores como la equidad y la solidaridad. Contribuyamos no solo con declaraciones sino con una tutela efectiva a hacer realidad el derecho de acceso a la alimentación. En Argentina, se han dado importantes pasos pero todavía hay un largo camino por recorrer.

#### **Notas**

\* Doctora en Ciencias Jurídicas y Sociales. Abogada especializada en Derecho Agrario. Especialista en la Enseñanza de la Educación Superior. Profesora Extraordinaria Emérita de la Universidad Nacional de Santiago del Estero (UNSE), Argentina. Ex Profesora titular de Legislación Agraria y de Política y Legislación ambiental (UNSE). Ex Profesora titular de Derecho de los Recursos naturales y ambiente de la Universidad Católica de Santiago del Estero (UCSE). Directora de proyectos de investigación de la UNSE y ex Directora de proyectos de investigación del Consejo de Investigaciones Científicas y Tecnológicas (CONICET) y de la UCSE. Miembro del Consejo Científico de la Unión Mundial de Agraristas

Universitarios (UMAU). Presidente del Consejo Científico del Comité Americano de Derecho Agrario (CADA). Autora de libros, capítulos de libros, artículos en revistas tanto nacionales como extranjeros. Conferencista nacional e internacional. Formadora de recursos humanos. Directora de la Revista Iberoamericana de Derecho Agrario (RIDA). 24 de Septiembre 1187. Ciudad de Santiago del Estero. Argentina. E mail: mariaadrianavictoria@gmail.com.

- [1] Adoptada y proclamada por la Resolución 217 A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. http://www.infoleg.gob.ar/ ?page\_id=1003 [2] Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 3 de enero de 1976, de conformidad con el art. 27. http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx
- [3] 13 17 de noviembre de 1996, Roma. http://www.fao.org/docrep/003/w3548s/w3548s00.htm
- [4] En septiembre de 2015, más de 150 jefes de Estado y de Gobierno se reunieron en la histórica Cumbre del Desarrollo Sostenible en la que aprobaron la Agenda 2030. Esta Agenda contiene 17 objetivos de aplicación universal que, desde el 1 de enero de 2016, rigen los esfuerzos de los países para lograr un mundo sostenible en el año 2030. Los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) son herederos de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) y buscan ampliar los éxitos alcanzados con ellos, así como lograr aquellas metas que no fueron conseguidas. En dicha agenda, se considera que los poderes legislativos son actores fundamentales para lograr la erradicación del hambre y la malnutrición, al señalar que las parlamentarias y parlamentarios desempeñan un rol clave en la consecución de los ODS, "promulgando legislación, aprobando presupuestos y garantizando la rendición de cuentas" (www.un.org/sustainabledevelopment /es/la-agenda-de-desarrollo -sostenible/).
- [5] Ley N° 144, "Ley de la Revolución Productiva Comunitaria Agropecuaria", norma el proceso de la Revolución Productiva Comunitaria Agropecuaria para la soberanía alimentaria, estableciendo las bases institucionales, políticas y mecanismos técnicos, tecnológicos y financieros. http://www.paho.org/els/

index.php?option=com\_docman slug=legislacion-y-politicas&alias san&Itemid=364 &view=download&category\_ =918-propuesta-de-ley-

- [6] Ley n° 11.346/06, crea el "Sistema Nacional de Seguridad Alimentaria y Nutricional- SISAN", a fin de asegurar el derecho humano a la alimentación adecuada y otras medidas. http://www.planalto.gov.br/ ccivil\_03/\_ato2004-2006/2006/Lei/L11346.htm
- [7]"Proyecto que crea el Sistema Nacional para la Seguridad Alimentaria y Nutricional (SINSAN)". Proyecto discutido y aprobado en la comisión séptima constitucional permanente del Honorable Senado de la República, en sesiones ordinarias de fechas: 3 de diciembre de 2014, según acta N° 23 y 16 de diciembre de 2014, según acta N° 26, legislatura 2014-2015. http://www.imprenta.gov.co/ gacetap/gaceta.mostrar\_documento?p\_tipo=618&p\_numero =54&p\_consec=41285
- [8] "Proyecto de Ley marco del derecho humano a la alimentación y de la Seguridad alimentaria y nutricional", presentado en la Asamblea Legislativa el de 23 agosto 2016. https://pac.cr/wp-content/uploads/ 2016/08/Expediente-20076-1.pdf
- [9] "Ley orgánica del régimen de la soberanía alimentaria", dada por Ley s/n, publicada en Registro Oficial Suplemento 583 de 5 de Mayo del 2009. http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ec/ec046es.pdf
- [10] "Propuesta del Sistema de Naciones Unidas, Ley de Seguridad alimentaria y nutricional, crea el Sistema Nacional de Seguridad Alimentaria y Nutricional, (SINASAN)", http://www.paho.org/els/index.php? option=com\_docman&view =download&category\_slug =legislacion-y- politicas&alias=918-propuesta -de-ley-san&Itemid=364
- [11] Decreto N° 32/05, "Ley del Sistema Nacional de SAN". http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/sipi\_normativa/

guatemala\_decreto\_nro\_32\_2005.pdf

- [12] Decreto Legislativo N° 25/11, "Ley de Seguridad Alimentaria y Nutricional". Publicada en el Diario Oficial La Gaceta N° 32. 561 del 07 de julio de 2011. https://extranet.who.int/nutrition/gina/es/node/14863
- [13] Ley  $N^{\circ}$  693/09, "Ley de Soberanía y Seguridad Alimentaria y Nutricional". Publicado en La Gaceta  $N^{\circ}$  133 del 16 de Julio del

- 2009. http://legislacion.asamblea.gob.ni/normaweb.nsf/(\$All)/B58490A0C8DAB2A
- D06257657006A573D?OpenDocument
- [14] "Propuesta de Ley Marco de Soberanía, Seguridad Alimentaria y Nutricional y Derecho a la Alimentación". http://odd.senado.gov.py/ archivos/file/Proyecto% 20de%20Ley%20(Seguridad%20Alimentaria).pdf
- [15] "Proyecto de Ley de Seguridad alimentaria y nutricional N° 273/16". http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016\_2021/ Proyectos\_de\_Ley\_y\_de\_Resoluciones\_Legislativas/PL0027320160920.pdf
- [16] Ley N° 589/16 que crea el "Sistema Nacional para la Soberanía y Seguridad Alimentaria y Nutricional", publicada en la G. O. N° 10.849 del 8 de julio de 2016. http://www.consultoria.gov.do/ consulta/ImageCache/EXP\_00086953\_000001.pdf
- [17] Decreto Ley N° 6.071/08, "Ley Orgánica de Seguridad y Soberanía Agroalimentaria", publicada el 31.07.2008. https://extranet.who.int/nutrition/ gina/sites/default/files/VEN%202008%20-%2 0Ley%20Org%C3 %A1nica%20de%20Seguridad%20y%20Soberan%C3 %ADa%20Agroalimentaria.pdf
- [18] "Proyecto de Ley marco del Derecho humano a la alimentación y de la Seguridad alimentaria y nutricional" Comisión de Salud Pública y Asistencia Social. Carpeta nº 198 de 2015. https://legislativo.parlamento.gub.uy /temporales/D2015060165 003684529.Html
- [19] FAO. "Ley marco derecho a la alimentación, seguridad y soberanía alimentaria". Aprobada en la XVIII Asamblea Ordinaria del Parlamento Latinoamericano, 30 de noviembre al 1 de diciembre de 2012. FAO, 2013. <a href="http://www.fao.org/3/a-au351s.pdf">http://www.fao.org/3/a-au351s.pdf</a>
- [20] El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), por sus siglas en inglés) se estableció en virtud de la resolución 1985/17, de 28 de mayo de 1985, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) para desempeñar las funciones de supervisión del Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales. Naciones Unidas. (www.derechoshumanos.net /.../ComiteDerechos EconomicosSociales Culturales-CESCR). (Comité de derechos económicos, sociales y culturales. El derecho a una alimentación

adecuada (art. 11): 12/05/99. E/C.12/1999/5, CESCR Observación General 12. (General Comments) Convention Abbreviation: CESCR Comité de derechos económicos, sociales y culturales, 20° período de sesiones Ginebra, 26 de abril a 14 de mayo de 1999. Tema 7 del programa. Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales. Observación general 12 El derecho a una alimentación adecuada (art. 11). http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1450.pdf?view=1).

[21] Naciones Unidas. Comité de derechos económicos, sociales y culturales. El derecho a una alimentación adecuada (art. 11): 12/05/99. E/C.12/1999/5, CESCR Observación General 12... Cit. [22] Ibíd.

[23] Naciones Unidas. Derechos humanos. El derecho a la alimentación adecuada Folleto informativo N° 34. Printed at United Nations, Geneva ISSN 1014-5613. GE.10-11466-June 2010-6,450. http://www.ohchr.org /Documents/Publications/FactSheet34sp.pdf.

[24] El "Proyecto Ley marco del derecho humano a la alimentación v de la seguridad alimentaria y nutricional" dispone que: "Es el derecho de toda persona a tener acceso, de manera regular, permanente y libre, sea directamente mediante la producción de alimentos, sea mediante el trueque, sea mediante la compra por dinero, a una alimentación cuantitativa y cualitativamente adecuada y suficiente, que corresponda a las tradiciones culturales de la población a la que pertenece la persona, que sea sostenible e inocua y que le garantice una vida psíguica y física, individual y colectiva, libre de angustias, saludable y digna". Además aclara que: "El Derecho a la alimentación no se trata del derecho a una mínima ración de calorías, proteínas y otros nutrientes específicos, ni tampoco es el derecho de una persona a ser alimentada, salvo si las personas no son capaces de alimentarse por sus propios medios, debido, por ejemplo, a un conflicto armado, desastres naturales o porque se encuentren en estado de detención u hospitalización. En esos casos, el Derecho humano a la alimentación adopta la forma de un Derecho fundamental a estar protegido contra el hambre y el Estado tiene la obligación de proporcionar directamente los alimentos" (art. 3 inc. a). Dicho proyecto propone como objetivo: "tutelar el Derecho humano a la alimentación, mediante la regulación del bien jurídico de la Seguridad Alimentaria y Nutricional (art. 1) y establece como Objeto "la regulación de los mecanismos que garanticen la seguridad alimentaria y nutricional, cuya finalidad es el ejercicio pleno del Derecho humano a la alimentación" (art. 2). [25] Para la "Propuesta del Sistema de Naciones Unidas, Ley de Seguridad alimentaria y nutricional, que crea el Sistema Nacional de Seguridad Alimentaria y Nutricional, (SINASAN)": "Toda persona tiene derecho a una alimentación adecuada y a estar protegida contra el hambre. El Estado promoverá el acceso sin discriminación alguna de todas las personas a condiciones que permitan satisfacer estos derechos y garantizará progresivamente la seguridad alimentaria y nutricional" (art. 2).

[26] Para la Ley N° 693/09, "Ley de Soberanía y Seguridad Alimentaria y Nutricional", el Derecho a la alimentación es el "Derecho humano y fundamental, inherente a la dignidad humana, de orden público e interés social, dirigido a garantizar la Soberanía y Seguridad alimentaria y nutricional con equidad de género, el cual implica, el derecho de acudir a los mecanismos administrativos o judiciales para obtener la tutela de este derecho y la reparación en su caso" (art. 8).

[27] La "Propuesta de Ley Marco de Soberanía, Seguridad Alimentaria y Nutricional y Derecho a la Alimentación" define el derecho a la alimentación adecuada como "un derecho fundamental de la población el cual se ejerce cuando toda persona, sin discriminación, tiene acceso físico, en todo momento a la alimentación adecuada o a los medios para obtenerla e implica existencia de alimentos inocuos y nutritivos; respeto a las preferencias alimentarias de acuerdo a la cultura y tradición de la sociedad; capacidad de producción y disponibilidad de suficientes alimentos potenciando la producción de alimentos diversificados; producción de alimentos ambientalmente sostenibles; costos accesibles de alimentos básicos, y modos de acceso acordes a la dignidad humana" (art. 3 inc. a)

[28] El "Proyecto de Ley de Seguridad alimentaria y nutricional N° 273/16", señala que: "es el derecho humano fundamental que consiste en tener acceso individual o colectivamente, de manera regular o permanentemente, a los alimentos adecuados y suficientes en cantidad y calidad nutricional, inocuos y de calidad culturalmente aceptables y que contribuyan al desarrollo humano integral; asimismo es la facultad de acceder a los medios

necesarios para producirlos, de forma de que corresponda con las tradiciones culturales, de cada población y que garantice una vida digna, física y psíquicamente aceptable" (art. 3 pto. 3.1.).

[29] El "Proyecto de Ley derecho a la alimentación, seguridad alimentaria y nutricional de la población de Uruguay" busca: "asegurar el ejercicio pleno del derecho humano a una alimentación adecuada" (art. 2).

[30] La "Ley marco derecho a la alimentación, seguridad y alimentaria", propuesta por el Latinoamericano (PARLATINO), establece que: "Toda persona tiene el derecho a vivir en condiciones que le permitan: a) Alimentarse por sus propios medios de lo que le proporciona la tierra u otros recursos naturales v/o acceder a sistemas de distribución, procesamiento y comercialización eficientes; b) tener la capacidad financiera no sólo para adquirir una cantidad suficiente de alimentos de calidad, sino también para poder satisfacer sus necesidades básicas para la alimentación; c) garantizar el acceso a alimentos adecuados en casos de acontecimientos imprevisibles o de fuerza mayor; d) acceder a alimentos que contribuyan a una dieta adecuada, agua limpia, para alcanzar un estado de bienestar nutricional en el cual todas las necesidades fisiológicas se encuentran satisfechas" (art. 11).

[31] "Toda persona tiene derecho al agua y a la alimentación..." (art. 16 I). (Constitución Política del Estado (CPE) (7-Febrero-2009). https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion\_Bolivia.pdf).

[32] "Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada...." (art. 44). (Constitución Política de Colombia, 2016. http://www.corteconstitucional.gov.co

/inicio/Constitucion%20politica %20de%20Colombia.pdf).

[33] "Es derecho de los nicaragüenses estar protegidos contra el hambre. El Estado promoverá programas que aseguren una adecuada disponibilidad de alimentos y una distribución equitativa de los mismos" (art. 63). (Constitución Política de Nicaragua, aprobada el 19 de Noviembre de 1986. Publicada en La Gaceta N° 05 del 09 de Enero de 1987. http://legislacion.asamblea.gob.ni/normaweb.nsf/bbe90a5bb646 d50906257265005d21f8/8339762d0f427a1c06257 3080055fa46?OpenDocument).

[34] Naciones Unidas. Comité de derechos económicos, sociales y culturales. El derecho a una alimentación adecuada (art. 11)... Cit.

- [35] Ibíd.
- [36] Naciones Unidas. Derechos humanos. El derecho a la alimentación adecuada Folleto informativo N° 34... Cit.
- [37] Naciones Unidas. Comité de derechos económicos, sociales y culturales. El derecho a una alimentación adecuada (art. 11)... Cit.
- [38] Las personas deben estar en condiciones de permitirse la adquisición de alimentos para tener una dieta adecuada sin comprometer en modo alguno otras necesidades básicas. Se puede garantizar que la alimentación esté al alcance de los bolsillos de todos velando por que el salario mínimo o los beneficios de seguridad social sean suficientes para hacer frente al gasto de la alimentación nutritiva y de otras necesidades básicas.
- [39] Naciones Unidas. Comité de derechos económicos, sociales y culturales. El derecho a una alimentación adecuada (art. 11)... Cit. [40] Ibíd.
- [41] Por necesidades alimentarias se entiende que el régimen de alimentación en conjunto aporta una combinación de productos nutritivos para el crecimiento físico y mental, el desarrollo y el mantenimiento, y la actividad física que sea suficiente para satisfacer las necesidades fisiológicas humanas en todas las etapas del ciclo vital, y según el sexo y la ocupación. Por consiguiente, será preciso adoptar medidas para mantener, adaptar o fortalecer la diversidad del régimen y las pautas de alimentación y consumo adecuadas, incluida la lactancia materna, al tiempo que se garantiza que los cambios en la disponibilidad y acceso a los alimentos mínimos no afectan negativamente a la composición y la ingesta de alimentos (Ibíd.).
- [42] Naciones Unidas. Derechos humanos. El derecho a la alimentación adecuada Folleto informativo N° 34... Cit.
- [43] Naciones Unidas. Comité de derechos económicos, sociales y culturales. El derecho a una alimentación adecuada (art. 11)... Cit. [44] Ibíd.
- [45] Ibíd.
- [46] Naciones Unidas. Derechos humanos. El derecho a la alimentación adecuada Folleto informativo N° 34... Cit.
- [47] Ibíd.
- [48] http://www.saij.gob.ar/ resultados.jsp?r=moreLikeThis% 28id-infojus%2C%20 numero-norma% 5E4%2C%20tipo-documento%5E4%2C%20 titulo%5E4%2C%20jurisdicci
- [49] http://www.fao.org/3/Y7106S07.htm

[50] La Ley N° 11.346/06, crea el "Sistema Nacional de Seguridad Alimentaria y Nutricional- SISAN", establece que la seguridad alimentaria y nutricional involucra: "ampliación de las condiciones de acceso a los alimentos por medio de la producción (en especial de la agricultura tradicional y familiar), del procesamiento, la industrialización, la comercialización, la provisión y distribución de los alimentos, incluyendo el agua, la generación de empleo y la redistribución de ingresos; la conservación de la biodiversidad y la utilización sostenible de los recursos; la promoción de la salud, de la nutrición y de la alimentación de la población; la garantía de calidad biológica, sanitaria, nutricional y tecnológica de los alimentos; la producción de conocimiento y acceso a la información; y la implantación de políticas públicas y estrategias sostenibles y participativas de producción, comercialización y consumo de alimentos, respetando la multiculturalidad del país" (art. 4).

[51] El "Proyecto que crea el Sistema Nacional para la Seguridad Alimentaria y Nutricional (SINSAN)", la define como: "un derecho humano fundamental, autonómico, inherente a la dignidad humana, universal, de orden público e interés social, a tener la disponibilidad suficiente y estable de alimentos, el acceso físico y económico, y el consumo oportuno y permanente de los mismos en cantidad, calidad e inocuidad, bajo condiciones que permitan su adecuada utilización biológica, para tener una nutrición óptima. Simultáneamente es una responsabilidad estatal prioritaria de garantizar que todas las personas tengan una alimentación suficiente, oportuna y adecuada con equidad de género, con el derecho de acudir a los mecanismos administrativos o judiciales para obtener la tutela de este derecho y la reparación en su caso" (art. 4 pto. 1). Asimismo este proyecto conceptualiza por separado la Seguridad Nutricional como: "un derecho humano fundamental, autonómico, inherente a la dignidad humana, universal e irrenunciable, de orden público e interés social, a no padecer hambre y a una alimentación adecuada" (art. 4 pto. 2).

[52] Según el "Proyecto de Ley marco del derecho humano a la alimentación y de la Seguridad alimentaria y nutricional": "Existe seguridad alimentaria y nutricional cuando todas las personas en el territorio nacional, tienen en todo momento acceso físico, social y económico a alimentos inocuos y nutritivos, cuyo consumo es suficiente en términos de cantidad y calidad para satisfacer sus

necesidades alimentarias y preferencias culturales, asegurando su utilización biológica, sin menoscabo de la satisfacción de otras necesidades humanas que les permiten llevar una vida activa y sana. La seguridad alimentaria y nutricional tiene cuatro componentes: 1) La disponibilidad de alimentos se refiere al abastecimiento de alimentos en la cantidad y la calidad adecuada. 2) El acceso a los alimentos se refiere a la posibilidad que tienen los individuos o familias de obtener los alimentos, ya sea por medio de su capacidad para producirlos o comprarlos, o mediante transferencias o donaciones" (art. 3 inc. b).

[53] Para el Decreto Legislativo N° 25/11, "Ley de Seguridad Alimentaria y Nutricional", es "una aspiración por la cual todas las personas pueden disponer en forma oportuna y permanente de acceso a los alimentos que necesiten en cantidad, calidad y biológicamente aceptables para su adecuado consumo y utilización, garantizándole a las personas su pleno desarrollo humano" (art. 4 pto. 2).

[54] Según la "Propuesta Sistema de Naciones Unidas, Ley de Seguridad alimentaria y nutricional", la Seguridad alimentaria y nutricional (SAN) es "el derecho de todas las personas a gozar de una forma oportuna y permanente de acceso físico, económico y cultural a una alimentación en la cantidad y la calidad adecuadas, que les garantice una vida saludable y que contribuya a su desarrollo productivo y digno, en condiciones equitativas, sin comprometer el desarrollo económico y la sustentabilidad del medio ambiente" (art. 6).

[55] El Decreto N° 32/05 "Ley del Sistema Nacional de SAN", es: "el derecho de toda persona a tener acceso físico, económico y social, oportuna y permanentemente, a una alimentación adecuada en cantidad y calidad, con pertinencia cultural, preferiblemente de origen nacional, así como a su adecuado aprovechamiento biológico, para mantener una vida saludable y activa" (art. 1).

[56] Para la Ley N° 693/09, "Ley de Soberanía y Seguridad Alimentaria y Nutricional" es: "la disponibilidad y estabilidad del suministro de alimentos, culturalmente aceptables, de tal forma que todas las personas, los mismos en cantidad y calidad, libres de contaminantes, así como el acceso a otros servicios como saneamiento, salud y educación, que aseguren el bienestar nutricional y les permita hacer una buena utilización biológica de

los alimentos para alcanzar su desarrollo, sin que ello signifique un deterioro del ecosistema" (art. 2 pto. 2).

[57] La "Propuesta de Ley Marco de Soberanía, Seguridad Alimentaria y Nutricional y Derecho a la Alimentación" entiende que "existe cuando las personas tienen en todo momento, acceso físico y económico a alimentos inocuos y nutritivos, que satisfagan sus necesidades energéticas diarias y preferencias alimentarias para llevar una vida activa y sana" (art. inc.b).

[58] Para el "Provecto de Lev de Seguridad alimentaria v nutricional N° 273/16", es: el "Acceso físico, económico y socio cultural de todas las personas en todo momento de alimentos suficientes, inocuos y nutritivos, de manera que puedan ser utilizados adecuadamente para satisfacer sus necesidades nutricionales a fin de llevar una vida activa y sana". Asimismo indica los componentes: "disponibilidad de alimentos, estabilidad en el suministro, acceso a alimentos, consumo, acceso a la información nutricional" (art. 3, pto. 3.2). En íntima relación con estos cuatro componentes de la seguridad alimentaria condicionantes nutricional. se destacan cuatro considerados ejes transversales de la SAN: 1) Estabilidad; 2) articulación institucional; 3) marco político y jurídico (art. 3 inc.

[59] La "Ley Orgánica de Seguridad y Soberanía Agroalimentaria, Decreto Ley N° 6.071/08", alude a la seguridad agroalimentaria como "la capacidad efectiva que tiene el Estado, en corresponsabilidad con el sector agroalimentario nacional, para garantizar a toda la población, la disponibilidad, acceso, intercambio y distribución equitativa de los alimentos de manera estable, que aseguren las condiciones físicas y emocionales adecuadas para el desarrollo humano integral y sustentable, considerando el intercambio, la complementariedad y la integración económica entre los pueblos y naciones como elemento esencial que garantiza el derecho a la alimentación..." (art. 5).

[60] El "Proyecto de Ley derecho a la alimentación, seguridad alimentaria y nutricional de la población de Uruguay", la define como: "la garantía de que los individuos, las familias y la comunidad en su conjunto, accedan en todo momento a suficientes alimentos inocuos y nutritivos, principalmente producidos en el país en condiciones de competitividad,

sostenibilidad y equidad, para que su consumo y utilización biológica les procure óptima nutrición, una vida sana y socialmente productiva, con respeto de la diversidad cultural y preferencias de los consumidores" (art. 8 pto. I). Asimismo este proyecto agrega que la seguridad alimentaria tiene cuatro componentes: a) Disponibilidad; b) accesibilidad; c) utilización; d) estabilidad (art. 8 pto. I).

[61] Para la"Ley marco derecho a la alimentación, seguridad y alimentaria", propuesta por el Latinoamericano (PARLATINO), es: "la garantía de que los individuos, las familias y la comunidad en su conjunto, accedan en todo momento a suficientes alimentos inocuos y nutritivos, principalmente producidos en el país en condiciones competitividad, sostenibilidad y equidad, para que su consumo y utilización biológica les procure óptima nutrición, una vida sana y socialmente productiva, con respeto de la diversidad cultural v de los consumidores. Señalándose componentes: a) Disponibilidad; b) accesibilidad; c) utilización; d) estabilidad..." (art. 9).

[62] "...El Estado tiene la obligación de garantizar la seguridad alimentaria, a través de una alimentación sana, adecuada y suficiente para toda la población" (art. 16 II). (Constitución Política del Estado (CPE) (7-Febrero-2009). https://www.oas.org/dil/esp/Constitución Bolivia.pdf).

[63] "El Estado promoverá la agricultura sustentable como base estratégica del desarrollo rural integral, y en consecuencia garantiza la seguridad alimentaria de la población; entendida como la disponibilidad suficiente y estable de alimentos en el ámbito nacional y el acceso oportuno y permanente a éstos por parte del público consumidor. La seguridad alimentaria deberá desarrollando У privilegiando la agropecuaria interna, entendiéndose como tal la proveniente de las actividades agrícola, pecuaria, pesquera y acuícola. La producción de alimentos es de interés nacional y fundamental al desarrollo económico y social de la Nación. A tales fines, el Estado dictará las medidas de orden financiera, comercial, transferencia tecnológica, tenencia de la tierra, infraestructura, capacitación de mano de obra y otras que fueran necesarias para alcanzar niveles estratégicos de autoabastecimiento. Además, promoverá las acciones en el marco de la economía nacional e internacional para compensar las desventajas propias de la actividad agrícola" (art. 305). (Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. https://www.oas.org/ juridico/mla/sp/ven/ sp\_ven-int -const.html).

[64] La Ley N° 144/11, de la "Revolución Productiva Comunitaria Agropecuaria", conceptualiza a la soberanía alimentaria en el "El pueblo boliviano, a través del Estado sentido que: Plurinacional, define e implementa sus políticas y estrategias destinadas a la producción, acopio, transformación, conservación, almacenamiento. transporte, distribución, comercialización. consumo e intercambio de alimentos". Asimismo Bolivia establece los ejes temáticos de la soberanía alimentaria (art. 6). Además en dicho país se establecen los ejes temáticos de la soberanía alimentaria: 1) Políticas para encarar la Revolución Productiva Agropecuaria, estableciendo Comunitaria como obietivo fundamental el logro de la Soberanía alimentaria boliviana. 2) Reconocimiento de las comunidades indígena campesinos, comunidades interculturales y afrobolivianas como Organización Económica Comunitaria (OECOM). 3) estructural de la institucionalidad pública del sector agropecuario, para que facilite la asistencia integral técnica y tecnológica oportunas para garantizar la suficiente producción, transformación y comercialización de alimentos. 4) Planificación estratégica alimentaria participativa desde las comunidades campesinos, comunidades interculturales originario afrobolivianas y los actores de la economía plural sobre la base de su vocación y potencial productivo y los recursos naturales para definir las estrategias de producción, planes y programas del desarrollo productivo agropecuario integral y sostenible. Sistemas de investigación, innovación tecnológica y de información 6) Sistema de regulación de la producción comercialización de los alimentos considerando elementos de volumen, calidad, tiempo y generación de reservas. 7) Mejora del acceso a insumos, infraestructura productiva, asistencia técnica y capacitación. 8) El manejo sostenible y adecuado del agua y los recursos genéticos para garantizar los procesos productivos. 9) Promover el proceso de gestión territorial indígena originaria campesino, comunidades interculturales y afrobolivianas. 10) Fortalecimiento de las capacidades orgánicas, productivas, de transformación, comercialización y financiamiento

comunidades indígena originario campesinos, comunidades interculturales v afrobolivianas, desde un enfoque intercultural que recupere los saberes, prácticas y conocimientos ancestrales. 11) Seguro Agrario Universal. 12) Transferencia de recursos a las indígena originario campesinos, interculturales y afrobolivianas, además de otros mecanismos de financiamiento. 13) Mecanismos crediticios (art. 5). Asimismo Bolivia contiene el Título II Políticas, estructura institucional y productiva planificación de la revolución comunitaria agropecuaria, con el capítulo primero denominado políticas de la revolución productiva comunitaria agropecuaria que abarcan diversos tipos de políticas de Estado.

[65] En la "Ley orgánica del régimen de la soberanía alimentaria" se dispone que: "....El régimen de la soberanía alimentaria se constituve por el conjunto de normas conexas destinadas a establecer las políticas alimentarias para fomentar la producción la adecuada conservación, transformación, comercialización y consumo de alimentos sanos, preferentemente de la provenientes producción campesina, organizaciones populares y artesanales, respetando y protegiendo la agrobiodiversidad, los conocimientos v formas de producción tradicionales, bajo los principios de equidad, solidaridad, inclusión, sustentabilidad social y ambiental" (art. 1). Además se establece que : "su ámbito comprende los factores de la producción agroalimentaria; la agrobiodiversidad y semillas; la investigación y diálogo de saberes; la producción, transformación, conservación, almacenamiento, intercambio, comercialización y consumo; la sanidad, calidad, inocuidad y nutrición; la participación social; el ordenamiento territorial; la frontera agrícola; los recursos hídricos; el desarrollo rural y agroalimentario; la agroindustria, empleo rural y agrícola; las formas asociativas y comunitarias de los microempresarios, micro, pequeños y medianos productores; las formas de financiamiento, y, aquellas que defina el régimen de Soberanía alimentaria" (art. 2).

[66] El Decreto N° 25/11, "Ley de Seguridad Alimentaria y Nutricional", adopta el concepto de Soberanía alimentaria, estableciendo que "el Estado definirá sus propias políticas y estrategias para la producción, distribución y consumo sustentable de alimentos, respetando la cultura, el manejo de recursos

naturales y territorios de acuerdo a los tratados y acuerdos regionales en esta materia" (art. 4 pto. 1).

[67] El Decreto N° 32/05, "Ley del Sistema Nacional de SAN" establece que el: "Estado.... define soberanamente la modalidad, época, tipo y calidad de la producción alimentaria, en forma sostenida y con el menor costo ambiental y garantiza la seguridad alimentaria y nutricional de la población guatemalteca" (art. 4 inc. c)

[68] La Ley N° 693/09, "Ley de Soberanía y Seguridad Alimentaria y Nutricional", define a la Soberanía alimentaria como: "el Derecho de los pueblos a definir sus propias políticas y estrategias sostenibles de producción, distribución y consumo de alimentos, que garanticen el derecho a la alimentación para toda la población, con base en la pequeña y mediana producción, respetando sus propias culturas y la diversidad de los modos campesinos, pesqueros e indígenas de producción agropecuaria, de comercialización y de gestión de los espacios rurales, en los cuales la mujer desempeña un papel fundamental" (art. 2 pto. 1). También es "derecho del Estado a definir sus propias políticas y estrategias sostenibles de producción, transformación, distribución y consumo de alimentos que garanticen el derecho a la alimentación a toda la población, con preferencia hacia la valorización y el consumo de productos nacionales, sin perjuicio del ejercicio del derecho a la libre empresa y comercio" (art. 9 inc. a).

[69] Para la "Propuesta de Ley Marco de Soberanía, Seguridad Alimentaria y Nutricional y Derecho a la Alimentación", es el "derecho de cada pueblo a definir sus propias políticas y estrategias sustentables de producción, distribución y consumo de alimentos, que garanticen el derecho a la alimentación de toda la población, priorizando la pequeña y mediana producción, respetando sus propias culturas y la diversidad de los modos campesinos, pesqueros e indígenas de producción agropecuaria, de comercialización y de gestión de los espacios rurales, en los cuales la mujer desempeña un papel fundamental" (art. 3 inc. c).

[70] La Ley N° 589/16 que crea el "Sistema Nacional para la Soberanía y Seguridad Alimentaria y Nutricional" considera que la soberanía alimentaria "constituye un objetivo estratégico y una obligación del Estado para garantizar el derecho que tienen las personas al acceso, disposición, consumo, producción,

distribución, comercialización y almacenamiento de alimentos sanos, nutritivos, adecuados y suficientes, y culturalmente apropiados de forma permanente de acuerdo con los objetivos de desarrollo sostenible" (art. 5 pto. 9). Además agrega que: "...La soberanía y seguridad alimentaria y nutricional es un derecho fundamental, por tanto el Estado debe hacer prevalecer la soberanía alimentaria y velar por el bien común de la población..." (art. 4).

[71] La "Ley Orgánica de Seguridad y Soberanía Agroalimentaria", Decreto Ley N° 6.071/08, habla de soberanía agroalimentaria, definida como "el derecho inalienable de una nación a definir y desarrollar políticas agrarias y alimentarias apropiadas a sus circunstancias específicas, a partir de la producción local y nacional, respetando la conservación de la biodiversidad así la productiva cultural. como capacidad autoabastecimiento priorizado, garantizando el acceso oportuno y suficiente de alimentos a toda la población" (art. 4).

[72] La "Ley marco derecho a la alimentación, seguridad y soberanía alimentaria", propuesta por el Parlamento Latinoamericano (PARLATINO), define a la soberanía alimentaria como: "el derecho de un país a definir sus propias políticas y estrategias sustentables de producción, distribución y consumo de alimentos, que garanticen el derecho a la alimentación sana y nutritiva para toda la población, respetando sus propias culturas y la diversidad de los sistemas productivos, de comercialización y de gestión de los espacios rurales" (art. 9).

[73] Para el Proyecto de "Ley marco del derecho a la alimentación, seguridad alimentaria y nutricional de la población de Uruguay": "La Soberanía alimentaria se entiende como el derecho de un país a definir sus propias políticas y estrategias sustentables de producción, distribución y consumo de alimentos, que garanticen el derecho a una alimentación sana y nutritiva para toda la población" (art. 8 pto. II).

[74] En el Título sexto, Régimen de Desarrollo, capítulo tercero, denominado "Soberanía alimentaria", establece que: "La soberanía alimentaria constituye un objetivo estratégico y una obligación del Estado para garantizar que las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades alcancen la autosuficiencia de alimentos sanos y culturalmente apropiados de forma permanente. Para ello el Estado es responsable de: 1) Impulsar

pequeñas y medianas unidades de producción. 2) Adoptar políticas fiscales, tributarias y arancelarias para evitar la dependencia. 3) Impulsar tecnologías ecológicas y orgánicas en la producción. 4) Garantizar el acceso a la tierra, al agua y otros recursos productivos. 5) El financiamiento para los pequeños y medianos productores. 6) Preservar y recuperar la agrobiodiversidad, los saberes ancestrales y el uso, conservación e intercambio libre de semillas. 7) Precautelar que los animales destinados a alimentación humana estén sanos y sean criados en un entorno saludable. 8) Investigación científica e innovación tecnológica apropiadas para garantizar la Soberanía alimentaria. 9) Regular el uso y desarrollo de biotecnología. 10) Promover la equidad entre espacios rurales y urbanos. 11) Generar sistemas justos y solidarios de distribución y comercialización de alimentos. 12) Dotar de alimentos a las poblaciones víctimas de desastres naturales que pongan en riesgo el acceso a la alimentación. 13) Prevenir y proteger a la población del consumo de alimentos que pongan en riesgo su salud, y 14) Adquirir alimentos y materias primas para programas sociales y alimenticios, prioritariamente a redes asociativas de pequeños productores" (art. 281). (Publicación: Registro Oficial 449. 7 Fecha: 20-oct-2008. https://www.cecepn.edu.ec/ wp-content/uploads/2016/ 03/Constitucion.pdf) [75] 1) Se centra en alimentos para los pueblos: a) Pone la necesidad de alimentación de las personas en el centro de las políticas; b) Insiste en que la comida es algo más que una mercancía. 2) Pone en valor a los proveedores de alimentos: a) Apova modos de vida sostenibles; b) Respeta el trabajo de todos proveedores de alimentos. 3) Localiza los a) Reduce la distancia entre proveedores y alimentarios: consumidores de alimentos; b) Rechaza el dumping y la asistencia alimentaria inapropiada; c) Resiste dependencia la corporaciones remotas e irresponsables. 4) Sitúa el control a nivel local: a) Lugares de control están en manos de proveedores locales de alimentos; b) Reconoce la necesidad de habitar y compartir territorios; c) Rechaza la privatización de los recursos naturales. 5) Promueve el conocimiento y las habilidades: a) Se basa en los conocimientos tradicionales; b) Utiliza la investigación para apoyar y transmitir este conocimiento a generaciones futuras; c) Rechaza las tecnologías que atentan contra los sistemas alimentarios locales. 6) Es compatible con la naturaleza: a) Maximiza las contribuciones de los ecosistemas; b) mejora la capacidad de recuperación; c) Rechaza el uso intensivo de energías de monocultivo industrializado y demás métodos destructivos. (The Six Pillars of Food Sovereignty, developed at Nyéléni, 2007 (Food Secure Canada, 2012) citado por GORDILLO, Gustavo. Seguridad y soberanía alimentarias (documento base para discusión). FAO, 2013. <a href="http://www.fao.org/3/a-ax736s.pdf">http://www.fao.org/3/a-ax736s.pdf</a>). [761] Ibíd.

[77] Tres temas centrales fueron identificados por las ONG y las OSC en la preparación de la Cumbre Mundial de Alimentación: Cinco Años Después: "1) Un enfoque basado en derechos para el hambre y los problemas de desnutrición. El objetivo debe ser poner el derecho a una alimentación adecuada en el centro de cualquier actividad para la implementación de los objetivos de la CMA mediante la rendición de cuentas del Estado v haciendo frente a las responsabilidades de los actores no estatales. 2) Las exportaciones subsidiadas, los precios artificialmente bajos de la OMC v el dumping legalizado de los alimentos son características del modelo actual de comercio agrícola, lo cual impacta de manera negativa en la agricultura familiar tradicional y de comunidades indígenas. 3) El actual modelo de agricultura industrializada, ganadería intensiva y sobrepesca está destruyendo la agricultura tradicional y los patrones de pesca, y la variedad de ecosistemas que sustentan la producción en el planeta. Los modelos agroecológicos deben convertirse en el modelo de producción dominante para ayudar a sostener la diversidad cultural y biológica del planeta, y para crear el uso sostenible de los ecosistemas terrestres y marinos. (ONG y OSC. 1996. Declaración "Beneficios para unos o Alimentos para todos". Cumbre Mundial sobre la Alimentación, 13 al 16 de noviembre. Roma. www.fao.org/3/a-ax736s.pdf.).

[78] FPH (Frente Parlamentario contra el Hambre). 2011. Declaración del Segundo Foro del FrenteParlamentario contra el Hambre de América Latina y el Caribe (disponible en http://www.fao.org/alc/file/ media/fph/docs/fphregional/declaracion\_ii\_foro\_fph.pdf).

[79] http://www.minrel.gob.cl /ii-reunion-de-coordinadores-nacionales/ minrel/2012-09-11/210823.html

[80] OEA. Cuadragésimo segundo período ordinario de sesionesOEA/Ser.P. 3 al 5 de junio de 2012 AG/DEC. 69/12.

- Cochabamba, Bolivia 5 junio 2012. Original: español. AG/DEC. 69 (XLII-O/12). Declaración de Cochabamba sobre "Seguridad alimentaria con soberanía en las Américas" (Aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 5 de junio de 2012), <a href="http://www.oas.org/es/42ag/">http://www.oas.org/es/42ag/</a>
- [81] Maastrich, 22 al 26 de enero de 1997. http://www.derechos.org.ve/ pw/wp-content/uploads/desc\_11.pdf
- [82] Dennis, M. J., Stewart, D. P. (2004). Justiciability of economic, social, and cultural rigths; Should there be and International complaints Mechanism to Adjudicate the rigths to food, waters, housing and health? American journal International Law, vol. 98, págs. 472- 473.
- [83] http://www.derechoshumanos.net/tribunales/TribunalEuropeo DerechosHumanos-TEDH.htm
- [84] Golay, C. Estudios Sobre el Derecho a la Alimentación Derecho a la Alimentación y Acceso a la Justicia: Ejemplos a nivel nacional, regional e internacional. Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, Roma, 2009. http://www.fao.org/docrep/016/k7286s /k7286s.pdf
- [85] ComADHP, Social and Economic Rights Action Center (SERAC), Center for Economic and Social Rights, v. Nigeria, 2001, citado por Golay, C. Estudios Sobre el Derecho a la Alimentación Derecho a la Alimentación y Acceso a la Justicia: Ejemplos a nivel... Op. Cit. También en: https://www.cejil.org/sites/default/files/legacy\_files/\_III.%20Comision%20\_Africana%20de%20

Derechos%20Humanos %20v%20de%20 los%20Pueblos.pdf

[86] Para la ComADHP: El derecho a la alimentación exige que el gobierno nigeriano no destruya ni contamine las fuentes de alimentación. (...) El gobierno destruyó las fuentes de alimentación por medio de agentes de seguridad y compañías petroleras estatales (...) y, por medio del terror, creó serios obstáculos para que las comunidades Ogoni se procuraran la alimentación. (...) El gobierno nigeriano (...) cometió, por consiguiente, una violación del derecho a la alimentación de los Ogoni. En ese caso, la ComADHP identificó varias medidas que el gobierno debería tomar para corregir la violación del derecho a la alimentación, incluyendo el pago de una compensación y la limpieza de las tierras y ríos contaminados o damnificados (Ibíd.) [87] South Africa, High Court, Kenneth George and Others v.

Minister of Environmental Affairs & Tourism, 2007, citado por Golay, C. Estudios Sobre el Derecho a la Alimentación Derecho a la Alimentación y Acceso a la Justicia: Ejemplos a nivel... Op. Cit. También en: .https://www.icsf.net/es/ samudra/detail/SP/2588.html

[88] India, Supreme Court, S. Jagannath Vs. Union of India and Ors, 1996, citado por Golay, C. Estudios Sobre el Derecho a la Alimentación Derecho a la Alimentación y Acceso a la Justicia: Ejemplos a nivel... Op. Cit.

[89] India, Supreme Court, Samatha Vs. State of Andhra Pradesh and Ors, 1997, citado por Golay, Christophe. Estudios Sobre el Derecho a la Alimentación Derecho a la Alimentación y Acceso a la Justicia: Ejemplos a nivel... Op. Cit.

[90] Para la ComADHP: el gobierno no debería permitir que los entes privados destruyeran o contaminaran los recursos naturales por medio de los cuales se obtiene la alimentación ni que dificulten los esfuerzos llevados a cabo por las poblaciones para alimentarse por sus propios medios. (...) El gobierno (...) permitió que las compañías petroleras privadas destruyeran los recursos naturales que proveen el alimento y, por medio del terror, obstaculizó seriamente la búsqueda de alimento por parte de las comunidades Ogoni. [El] gobierno nigeriano (...) cometió, por consiguiente, una violación del derecho a la alimentación de los Ogoni. (ComADHP, Social and Economic Rights Action Center (SERAC), Center for Economic and Social Rights, v. Nigeria, 2001, citado por Golay, C. Estudios Sobre el Derecho a la Alimentación Derecho a la Alimentación y Acceso a la Justicia: Ejemplos a nivel... Op. Cit.).

[91] South Africa, Constitutional Court, Khosa and Others v. Minister of Social Development and Others, 2004 citado por Golay, C. Estudios Sobre el Derecho a la Alimentación Derecho a la Alimentación y Acceso a la Justicia: Ejemplos a nivel... Op. Cit. También puede verse en: http://r2e.gn.apc.org/node/672

[92] 1) Es legítimo que un órgano judicial o casi judicial proteja el núcleo duro del derecho a la alimentación, es decir, que garantice la protección del derecho fundamental de estar protegido contra el hambre, sin importar la cantidad de recursos que estén disponibles o el comportamiento de los poderes políticos. 2) Si los poderes políticos adoptan medidas para hacer cumplir el derecho a la alimentación, es legítimo ejercer control sobre la

implementación de dichas medidas. 3) Dichos poderes tienen la posibilidad de controlar el carácter apropiado/razonable de esas medidas, ya que al adoptar el PIDESC, los poderes políticos se comprometieron a tomar medidas apropiadas para hacer cumplir el derecho a la alimentación (Golay, C. Estudios Sobre el Derecho a la Alimentación Derecho a la Alimentación y Acceso a la Justicia: Ejemplos a nivel...Op. Cit.).

[93] Algunas de estas últimas tienen tal control de la producción, transformación, distribución y especulación de los alimentos básicos que su responsabilidad jurídica en la vulneración del derecho a una alimentación adecuada debe considerarse directo e inmediato.

[94] En este caso, en 1985, la CIDH se declaró competente para recibir peticiones con base en la DADDH, siendo ésta una de las primeras veces que sancionó la violación de derechos colectivos. Brasil no era parte de la CADH en 1985 y la petición enviada en nombre de la comunidad Yanomani podía, por lo tanto, solamente basarse en la DADDH. La petición tenía como objetivo la protección de los derechos de los miembros de la comunidad Yanomani, compuesta por más de 10.000 personas que viven en la región de la Amazonía, que estaban siendo violados debido a la construcción de una carretera y como consecuencia de las actividades de explotación minera en el territorio de la comunidad. Miles de indígenas tuvieron que huir y centenas murieron de enfermedades. Un proyecto de desarrollo agrícola por parte del gobierno debía facilitar el acceso a la alimentación por parte de las personas desplazadas, pero éste no estaba siendo eficaz. El gobierno se había también comprometido a demarcar y a proteger las tierras de la comunidad, pero estas medidas no estaban siendo implementadas. La CIDH determinó que Brasil había violado varios derechos consagrados en la DADDH, entre los cuales el derecho a la alimentación, pues no había tomado las medidas necesarias para proteger a la comunidad Yanomani. Recomendó que el gobierno concretara las medidas previstas para demarcar el territorio de la comunidad e implementara programas de asistencia social y médica. En 1992, el territorio de la comunidad fue demarcado y en 1995 la CIDH realizó una visita "in loco" para controlar que éste estuviera siendo respetado y protegido. (CIDH, Brasil, Caso nº 7615, 5 de marzo de 1985, Resolución nº 12/85, citado por Golay, C. Estudios Sobre el Derecho a la Alimentación Derecho a la Alimentación y Acceso a la Justicia: Ejemplos a nivel nacional, regional e internacional... Op. Cit.).

[95] En este caso, la CIDH permitió por primera vez un acuerdo amigable para que comunidades indígenas recuperaran sus tierras ancestrales y recibieran asistencia alimentaria hasta que regresaran a sus tierras. Las comunidades Lamenxay y Riachito forman ambas parte del pueblo Enxet, que reúne 16.000 personas en la región del Chaco en Paraguay. Cerca de 6.000 de estas personas vivían de la pesca, de la caza, de la agricultura y la ganadería cuando sus tierras ancestrales fueron vendidas por el Estado a extranjeros, de manera continua desde 1885. En 1950, sus tierras estaban totalmente ocupadas. Los miembros de estas dos comunidades trataron de recuperarlas, pero sin éxito a pesar de la adopción de una nueva Constitución en 1992 que reconoce el derecho de las comunidades indígenas a sus tierras. Paraguay adhirió la CADH en 1989, la solicitud fue entregada en diciembre de 1996, alegando la violación de varios derechos consagrados en la CADH entre los cuales el derecho a la propiedad, y las partes llegaron a un acuerdo amigable en marzo de 1998. Según el acuerdo, el gobierno se comprometió a volver a comprar la tierra v a redistribuirla de forma gratuita a las comunidades indígenas. Él se comprometió además a garantizar el acceso a la alimentación y a los medicamentos durante el regreso a sus tierras. Hasta julio de 1999, cuando la CIDH realizó una visita in loco en Paraguay, la tierra había sido comprada por parte del Estado, pero los títulos propiedad no habían sido todavía concedidos comunidades, lo que fue hecho por el Presidente durante la visita a la CIDH. (CIDH, Enxet-Lamenxay y Kayleyphapopyet (Riachito) vs Paraguay, 1999, citado por Golay, C. Estudios Sobre el Derecho a la Alimentación Derecho a la Alimentación y Acceso a la Justicia: Ejemplos a nivel nacional, regional e internacional... Op. Cit.). [96] Una de las primeras decisiones en la cual la CorteIDH hizo una interpretación amplia del derecho a la vida, interpretado como el derecho a una vida digna, es su decisión en un caso sobre la muerte de tres niños de la calle, en 1999. En este caso, la CorteIDH determinó que Guatemala había violado el derecho a la vida de esos niños, no sólo porque los policías los habían maltratado y asesinado en total impunidad, sino también porque el Estado no había tomado las medidas necesarias para garantizarles condiciones de vida digna y, con eso, prevenir las condiciones de vida miserables en las cuales ellos vivían. Esta interpretación del derecho a la vida de los niños vida fue confirmada varias veces por la CorteIDH.(Golay, C. Estudios Sobre el Derecho a la Alimentación Derecho a la Alimentación y Acceso a la Justicia: Ejemplos a nivel nacional, regional e internacional... Op. Cit.).

[97] CortelDH, Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, 2001, citado por Golay, C. Estudios Sobre el Derecho a la Alimentación Derecho a la Alimentación y Acceso a la Justicia: Ejemplos a nivel nacional, regional e internacional... Op. Cit.

[98] Para corregir la situación, la Corte juzgó que el Estado debía invertir, como reparación por los daños inmateriales, la cantidad de USD\$ 50.000 para trabajos o servicios de interés colectivo en beneficio de la comunidad, de común acuerdo con ella y bajo la supervisión de la CIDH. Determinó también que el Estado debía tomar medidas para delimitar, demarcar y reconocer los títulos de propiedad de esas comunidades, con su participación plena y de acuerdo con sus valores y su derecho consuetudinario. Ibíd.

[99] CorteIDH, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, 2006., citado por Golay, C. Estudios Sobre el Derecho a la Alimentación Derecho a la Alimentación y Acceso a la Justicia: Ejemplos a nivel nacional, regional e internacional... Op. Cit.

[100] Los miembros de la comunidad indígena Sawhoyamaxa vivían en condiciones muy difíciles, habiendo perdido el acceso a sus medios tradicionales de subsistencia, principalmente porque el gobierno no reconocía los derechos sobre sus tierras ancestrales. Éstos tenían un acceso muy limitado a la alimentación, recibían apenas una ayuda alimentaria insuficiente e irregular del Estado y 31 miembros de la comunidad, inclusive varios niños, habían fallecido entre 1991 y 2003 a causa de enfermedades generadas por las condiciones en las cuales vivían. En su sentencia del 29 de marzo de 2006, la CortelDH recordó la interpretación progresista del derecho a la vida que ya había dado en su jurisprudencia anterior. Determinó en seguida que a partir del momento en que el gobierno había recibido un informe del líder de la comunidad según el cual la salud de sus miembros se estaba deteriorando y que ellos no tenían acceso a una alimentación adecuada, el Estado tenía la obligación de tomar todas las medidas razonables para corregir la situación. Citando la observación general 12 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la CorteIDH concluyó que la principal medida que el gobierno debería haber tomado para proteger el derecho a la vida era reconocer los derechos de los miembros de la comunidad sobre sus tierras ancestrales. La CorteIDH juzgó que el gobierno no había tomado todas las medidas que él habría podido tomar razonablemente y que él había, por lo tanto, violentado sus obligaciones internacionales. Recordó en seguida el principio del derecho internacional consuetudinario según el cual cualquier violación de una obligación internacional que provocó un daño trae consigo la obligación de repararlo. Y determinó reparaciones importantes para la comunidad y sus miembros, de acuerdo con su jurisprudencia progresista en este asunto. Inclusive reconociendo que los miembros de la comunidad indígena eran individualmente víctimas. la CortelDH determinó compensación en beneficio de la comunidad sería colocada a disposición de sus líderes, en su condición de representantes. Para corregir las violaciones, ella determinó que el Estado debía tomar medidas legislativas, administrativas y otras que fueren necesarias para que los miembros de la comunidad pudieran hacer uso, formal y físico, de sus tierras ancestrales. Juzgó también que el Estado debía crear un fondo de desarrollo para la comunidad, de un millón de dólares, para implementar proyectos agrícolas, sanitarios, de agua potable, de educación y de alojamiento. Ella determinó finalmente que el Estado debía garantizar un acceso a una alimentación adecuada a todos los miembros de la comunidad, mientras ellos no hubieran recuperado el acceso completo a sus tierras (lbíd).

[101] Argentina si bien no ha sancionado ley alguna sobre Derecho a la alimentación, seguridad alimentaria y soberanía alimentaria, sí tiene la Ley N° 25.724, Plan Nacional de Seguridad Alimentaria. Boletín Oficial, 17 de Enero de 2003. http://www.saij.gob.ar/25724-nacional-programa-nutricion-alimentacion-nacional -lns0004756-2002-12-27/ 123456789-0abc-defg-g 65-74000scanyel?q=%28 numero-norma%3A257 24%20%29&o=0&f=Total% 7CTipo%20de%20Documen

## **PONENCIAS**

#### Derecho humano al agua

#### <u>Análisis de su proyección nacional e internacional</u>

María Macarena Pereda\*

"Olvidamos que el ciclo del agua y el ciclo de la vida son uno mismo." Jacques-Yves Cousteau

#### I. La problemática mundial del agua

El agua es un elemento indispensable para la vida. Resulta tan necesaria, vital, e imprescindible, que el origen y desarrollo de todas las formas de vida en nuestro planeta dependen en forma directa de la disponibilidad y suficiencia de recursos hídricos adecuados.

Como la disponibilidad de agua en el mundo es finita, y su muy variable dependiendo de accesibilidad cada región, encontrándose las fuentes naturales de agua dulce[1]inequitativamente distribuidas en el mundo,[2] no es absurdo pensar que indefectiblemente algunas personas y los grupos que a distinta escala estas formen (pueblos, ciudades, países) habrán de resultar más o menos beneficiados que otros en esta distribución, que por naturaleza, es inherentemente desigual.

Sin embargo, ¿hasta qué punto es razonable pensar que, en un mundo globalizado, tecnológico, interconectado, y desarrollado como el nuestro, la gestión de los recursos hídricos haya conducido a inequidades sociales tan graves como las que caracterizan actualmente al acceso al agua?

En efecto, aunque la importancia del agua es ampliamente reconocida por todos los seres humanos, la problemática del acceso desigual e inequitativo a este recurso para consumo e higiene personal afecta a millones de personas en el mundo. De acuerdo a datos proporcionados por las Naciones Unidas (ONU), en la actualidad más de 2.000 millones de personas carecen de acceso a agua potable, y más del doble no tiene acceso a sistemas

seguros de higiene personal y servicios de saneamiento.[3]

Cada año, aproximadamente 2.000 millones de personas contraen algún tipo de enfermedad como consecuencia de la falta de acceso a agua potable y estas enfermedades se llevan la vida de aproximadamente 5 millones de personas al año en todo el mundo.[4]

Asimismo, 3.600 millones de personas, es decir, cerca de la mitad de la población mundial, viven en lugares que pueden colocarlos en situación de escasez de agua al menos un mes entero al año.[5]

Las cifras arriba mencionadas demuestran que la brecha existente entre los distintos grupos humanos en relación al acceso a agua potable es seriamente grande. Indudablemente no nos encontramos ante un sistema equitativo en este respecto, pero lo más grave y paradójico aún, es que este sistema es consecuencia de algo que nosotros mismos, los seres humanos, hemos creado.[6]

Por otro lado, dado que la explosión demográfica experimentada en el mundo en los últimos tiempos ha dado lugar a un incremento constante en la demanda de este recurso escaso, y que prácticamente todas las actividades humanas dependen de la disponibilidad de agua, los procesos de toma de decisiones en relación al manejo y administración del agua se han tornado cada vez más complejos.[7] La demanda de este recurso limitado es multi-sectorial, extendiéndose desde el consumo humano a la irrigación de tierras, producción de energía, uso urbano e industrial, navegación, recreación, entre otros. Los usos del agua no son solo directos -consumo directo para hidratación- sino también indirectos -uso en la producción de otros productos-, lo cual permite su categorización simultánea como bien de consumo y bien de producción.[8]

Asimismo, cabe destacar que los desarrollos recientes en materia de modelos económicos reconocen que la demanda de agua no puede medirse exclusivamente en términos de consumo humano, sino que debe también incluir valores ambientales ya que, después de todo, el agua es un componente indispensable e insustituible de todos los ecosistemas.[9]

De todo lo expuesto se desprende que una grave crisis en la gestión de los recursos hídricos amenaza a nuestro planeta, y, aunque inicialmente las consecuencias de esta crisis serán más sentidas por las poblaciones pobres y el ambiente (nuestro entorno natural), la crisis del agua eventualmente nos afectará a todos.[10]

De todas las crisis, ya sean de orden social o relativas a los recursos naturales con las que nos enfrentamos los seres humanos, la crisis del agua es la que se encuentra en el corazón mismo de nuestra supervivencia y la de nuestro planeta.[11]

La "crisis del agua" encuentra su origen en múltiples factores, entre los cuales se pueden nombrar: la inercia de los líderes políticos para taclear el problema; el desacierto en materia de gobernabilidad de los recursos hídricos y la toma de decisiones insensatas en relación a la gestión de estos; la "lógica del mercado", caracterizada por fomentar sistemas de producción insostenibles; la presión de los intereses económicos; la desinformación acerca de la magnitud del problema por parte de la población mundial; e incluso el uso irracional y el despilfarro de agua potable por parte de los ciudadanos.

Pero independientemente de las causas, lo cierto es que el problema existe, y es imperativo tomar acciones concretas para enfrentarlo.

# II. El derecho como herramienta para enfrentar la crisis mundial del agua

Uldemolins sostiene que el agua se encuentra sujeta a un juego constante de "tire y afloje" entre las necesidades del mercado (entendido como un modelo de producción), del ambiente (en cuanto a las necesidades de los ecosistemas), y de los seres humanos.[12] De esta manera, se identifican tres compartimentos o dimensiones del agua en constante dialéctica: la social, la ambiental, y la económica/productiva.

Siguiendo con esta línea argumentativa, el agua, así como otros

elementos, se encuentra sujeta a transacciones dinámicas que van delimitando, según el tiempo y lugar, qué se considera agua para la vida humana, agua para el medio ambiente, y agua para los sistemas productivos.[13]

El sistema de derechos, y en especial los derechos humanos, buscan balizar los terrenos y establecer límites infranqueables para que, cualquiera sea la organización social que se instaure, la misma garantice, por sobre todo, el respeto de la dignidad humana. Los derechos humanos son una tentativa de respuesta ante grandes atrocidades o tragedias de origen humano, o a fallas graves en la configuración de la estructura social que se vuelven insostenibles.[14]

De esta manera, la categorización del agua como un derecho humano aparece, junto a otras, como una de las varias herramientas conceptuales disponibles y aptas para enfrentar esta problemática global.

En el contexto mundial, caracterizado por una gran demanda para usos múltiples del agua, y asimismo una distribución y acceso desigual a este recurso, estimo que el paulatino surgimiento del concepto que categoriza al agua -o el acceso al agua- como un derecho humano, tanto en los sistemas jurídicos nacionales como en el derecho internacional público, representa un avance jurídico muy importante y una vía prometedora para ayudar a poblaciones en dificultad y abordar la problemática del acceso desigual al agua potable.

En base a lo expuesto precedentemente, el presente trabajo abordará la temática del creciente y progresivo reconocimiento jurídico que el derecho humano al agua ha logrado a nivel nacional e internacional.

### III. La categorización del agua como derecho humano

¿Existe un derecho humano al agua? Aunque resulte tentador responder afirmativamente, la respuesta a esta pregunta no es inmediatamente evidente, ni mucho menos sencilla.

Desde un punto de vista filosófico se podría argumentar que el reconocimiento del agua como un derecho humano es lo moralmente correcto dado que éste es un elemento esencial para la supervivencia humana y el acceso al mismo es una condición necesaria para una vida digna. Tal visión se basa en el entendimiento de que los derechos humanos son un concepto de inspiración filosófica que refleja un sistema compartido de valores y una moral común aplicable a la universalidad de las personas.[15]

Sin embargo, desde un punto de vista estrictamente jurídico, un análisis detallado de las normas de derechos humanos revela que las bases legales de un derecho humano al agua son un tanto endebles.[16] Esta circunstancia surge de la falta reconocimiento explícito documentos en iurídicamente vinculantes. En efecto, no existe en la actualidad ningún tratado en donde el derecho humano al agua y sus correspondientes obligaciones sean expresamente reconocidos.[17] Sin embargo, es de destacar que sí existen resoluciones, declaraciones, conferencias, y otros documentos jurídicos de carácter no vinculante en el cual los Estados le han dado al agua la caracterización de derecho humano.[18]

La inexistencia de normas explícitas y ambigüedad en las fuentes normativas trae aparejados interrogantes relativos a la validez, legitimidad, interpretación y aplicación del derecho humano al agua. En consecuencia, el presente trabajo no pretende afirmar la existencia del derecho humano al agua en sí, sino analizar los actuales avances jurídicos que avalan la tesis de que el mismo es un "derecho emergente" en derecho internacional y en el derecho local.

# IV. El reconocimiento del derecho humano al agua a nivel internacional

Como ya lo explicitáramos en el apartado anterior, una característica distintiva del derecho bajo estudio es la falta de reconocimiento explícito en documentos vinculantes en el derecho internacional.

El marco jurídico internacional actual del derecho humano al agua es uno típicamente fragmentado, donde coexisten distintas formas de reconocimiento.[19]

Algunas formas de reconocimiento categorizan expresamente al agua como un derecho humano (fuentes de carácter no vinculante), mientras que otras se limitan a delinear las bases de una obligación del Estado de proveer servicios públicos de agua.

Algunas fuentes lo describen como un derecho independiente, mientras que otras lo consideran un derecho derivado inherente a otros derechos que fundamenta, como ser los derechos a la alimentación, la salud, un nivel de vida adecuado, la vida, una vivienda adecuada, un ambiente saludable, entre otros. Por otra parte, también ha sido concebido como un derecho individual y como uno colectivo.[20]

Es de destacar asimismo que en los últimos años la comunidad internacional ha tomado una serie de pasos graduales direccionados al reconocimiento de este derecho. Han surgido varios documentos de carácter no vinculante emitidos en el seno de distintos foros internacionales, principalmente la ONU, en donde se avanza en la construcción de este derecho emergente y se afirma su existencia. Algunos de estos avances incluyen:

- La adopción, en 2010, de una Resolución de la Asamblea General de la ONU, y dos Resoluciones del Consejo de Derechos Humanos de la ONU sobre el derecho humano al agua y saneamiento;[21]
- La creación e implementación del primero, segundo y tercero "Decenios internacionales" relacionados con la problemática del agua en la ONU, siendo este último lanzado el 22 de marzo del 2018 y denominado "Decenio Internacional para la Acción: Agua para el Desarrollo Sostenible 2018-2028";
- La designación del primer Relator Especial de la ONU sobre el derecho al agua potable y el saneamiento en 2008;
- La inclusión de objetivos que enlazan el acceso al agua y el bienestar social dentro de la lista de los objetivos de desarrollo

#### del Milenio de la ONU;[22]

- La proliferación de declaraciones, conferencias internacionales y planes de acción en los que el derecho al agua se reconoce de forma explícita;
- La Observación General N° 15 de 2002 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité de DESC) sobre el derecho al agua; [23] entre otros.

Pese a que una visión estrictamente positivista podría llevarnos a concluir que, ante la inexistencia de normas expresas que así lo consagren, el derecho humano al agua no se encuentra reconocido a nivel mundial, existen otras interpretaciones que abren la puerta a otras posibles conclusiones. En efecto, tomando en consideración estos nuevos avances no vinculantes junto con la forma relativamente constante en la que los Estados han administrado y regulado el agua tradicionalmente (como bien predominantemente público y como un servicio público), conclusiones alternativas pueden extraerse.

En este sentido, algunos autores han sugerido que, en la actualidad, la base jurídica para el derecho humano al agua no debe buscarse en tratados sino en otras fuentes del derecho internacional, tomando como base el art. 38 (1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, a saber, la costumbre internacional.[24]

Respecto a la costumbre internacional (o derecho consuetudinario) - entendida como "la práctica seguida por los sujetos internacionales que es generalmente aceptada por éstos como Derecho"[25]-, podría afirmarse que el derecho al agua se encuentra consuetudinariamente consagrado debido al "consenso de propiedad pública" que caracteriza el desarrollo histórico del derecho de aguas y la naturaleza jurídica del agua en la mayoría de los sistemas jurídicos del mundo.[26]

El mencionado "consenso" sugiere que los Estados han tradicionalmente afirmado el control y propiedad pública del agua, al tiempo que admiten la propiedad privada de los recursos hídricos solo en carácter de excepción al principio de bien público. Esta tendencia es un fenómeno de larga data y de carácter constante en todo el mundo.[27] En efecto, algunas de las fuentes jurídicas más antiguas y diversas como ser el Código de Hammurabi de la antigua Mesopotamia, el Dharmaśāstra de la tradición hindú, el Corpus Iuris Civilis del antiguo Imperio Romano, y el Li-Chi de los chinos, favorecían el control y la propiedad pública del agua en sus sistemas jurídicos.[28]

Hoy en día, un estudio de los derechos de aguas nacionales demuestra que la balanza se inclina claramente a favor del dominio del sector público. Una base de datos todavía en construcción que busca recopilar las leyes de agua de todos los Estados llevada a cabo en forma conjunta por la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y Agricultura y la Organización Mundial de la Salud indica que al menos 56 países en el mundo categorizan al agua como un bien predominantemente público. El estudio también indica que no hay países en el mundo en los que se rechace la propiedad pública de agua.[29]

Otros autores, apoyándose en el alegado carácter vinculante de las interpretaciones oficiales emitidas en forma de Observaciones Generales que efectúan los comités de los tratados de derechos humanos encargados de monitorear su cumplimiento, indica que la Observación General Núm. 15 del Comité de DESC sobre el derecho al agua tiene un carácter autoritativo y es de cumplimiento obligatorio por todos los Estados miembros del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).

Independientemente del confuso marco legal previamente descripto y de la variedad de interpretaciones existentes, estimo que el derecho humano al agua se encuentra emergiendo en forma lenta pero segura como un nuevo componente de la teoría de los derechos humanos en el ámbito internacional. En efecto, diferentes actores internacionales -Estados, organizaciones no gubernamentales (ONGs), tribunales internacionales judiciales y cuasi-judiciales, organismos internacionales, académicos, entre otros- han dado pasos positivos direccionados hacia su reconocimiento, y estos esfuerzos para incluir al derecho al agua dentro de la agenda de derechos humanos para el siglo XXI han

inspirado la categorización del mismo como un derecho emergente,[30] postura a la que la autora del presente trabajo se adscribe.

### V. El contenido jurídico del derecho humano al agua

El reconocimiento del agua como derecho humano se basa en la premisa de acceso universal y equitativo a este recurso natural. Esta concepción sostiene que el suministro de agua limpia y segura -por lo menos la cantidad mínima necesaria para satisfacer las necesidades humanas básicas- se debe proporcionar a todas las personas, independientemente de su condición socioeconómica.

### V. a) La Observación General Núm. 15 del Comité de DESC

A nivel internacional, probablemente el documento más específico, ilustrativo y extenso en esbozar la interpretación tradicional del contenido del derecho humano al agua es la Observación General Nº 15 del Comité de DESC sobre el derecho al agua. Aunque este documento es sólo una observación general emitida por un órgano encargado de monitorear el cumplimiento del PIDESC y su carácter vinculante es al menos controversial, debido al incipiente estado actual del desarrollo del concepto bajo estudio, la mayoría de los autores recurren al mencionado instrumento como base para sus estudios legales de este derecho, y esta es precisamente la razón por la presente monografía sigue un enfoque similar a este respecto.

De acuerdo a la Observación General Núm. 15, la fundamentación jurídica del derecho humano al agua se encuentra en los arts. 11 y 12 del PIDESC, por lo que se entiende como un derecho derivado de los derechos a la salud y a un nivel de vida adecuado.[31]

Según el documento analizado, el derecho implica una prerrogativa de reclamar una cantidad suficiente de agua de calidad adecuada:

El derecho humano al agua es el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, accesible, accesible y asequible para el uso personal y doméstico. Un abastecimiento adecuado de agua salubre es necesario para evitar la muerte por deshidratación, para reducir el riesgo de las enfermedades relacionadas con el agua y para satisfacer las necesidades de consumo y cocina y las necesidades de higiene personal y doméstica.[32]

Es importante dejar en claro que el derecho no implica la consagración de una prerrogativa de acceso ilimitado ni mucho menos gratuito al agua. Lo que se busca con el mismo es garantizar una gestión eficiente del recurso hídrico que permita que el universo entero de los sujetos de derecho tenga acceso, a un precio y a una distancia razonable, a agua de una calidad adecuada para satisfacer sus necesidades de hidratación, alimentación, e higiene personal.

Scanlon ha efectuado una "deconstrucción" de la definición de este derecho, sosteniendo que son tres las facetas que comprenden su contenido:

- i) la accesibilidad, tanto física como económica;
- ii) la calidad adecuada, para su uso personal y doméstico; y
- iii) la cantidad, exigiendo un suministro continuo y suficiente agua.[33]
- V. b) Los principios generales de la teoría de los derechos humanos, interpretados a la luz del derecho humano al agua

El entendimiento antes mencionado se encuentra alineado con la noción de "contenido básico" o "estándar mínimo" propio de los derechos económicos, sociales y culturales que ha sido aprobada por el Comité de DESC y desarrollada en la Observación general Nº 3 emitida por este órgano[34] y cuyo objetivo es delinear el estándar mínimo de cumplimiento para garantizar que se satisfagan las necesidades físicas básicas de los seres humanos.[35]

Por otra parte, el cumplimiento del derecho debe ser evaluado de acuerdo con el principio de realización progresiva conforme a lo establecido en el art. 2, párrafo 1, del PIDESC. Este artículo, al reconocer implícitamente que la realización inmediata de los

derechos socioeconómicos es imposible debido a la gran cantidad de recursos económicos que su cumplimiento demanda, establece el principio según el cual los Estados deben buscar la plena realización de los derechos establecidos en el PIDESC de manera progresiva, utilizando el máximo de los recursos disponibles.

La Observación General Nº 15 también hace hincapié en la manera en que el derecho humano al agua ha de realizarse, la cual debe ser sostenible, es decir, garantizando que el mismo pueda ser disfrutado tanto por generaciones presentes como futuras.[36]

Asimismo, respetando un principio básico de los derechos humanos, el documento analizando manda que la igualdad en el goce y el ejercicio de este derecho sean garantizadas, descartando cualquier tipo de trato discriminatorio y arbitrario en el camino a su realización.[37]

El derecho al agua entraña tanto libertades como derechos. Las libertades son el derecho a mantener el acceso a un suministro de agua necesario para ejercer el derecho al agua y el derecho a no ser objeto de injerencias, como por ejemplo, a no sufrir cortes arbitrarios del suministro o a la no contaminación de los recursos hídricos. En cambio, los derechos comprenden el derecho a un sistema de abastecimiento y gestión del agua que ofrezca a la población iguales oportunidades de disfrutar del derecho al agua.[38]

V. c) Las obligaciones del Estado en relación al derecho humano al agua

Con respecto a las obligaciones que pesan sobre los Estados, teniendo en cuenta la tipología tripartita clásica[39] que caracteriza estas obligaciones como de "respetar, proteger y realizar/garantizar", el alcance de las mismas en relación al derecho humano al agua se describen a continuación.

La obligación de respetar exige que los Estados se abstengan de interferir en el disfrute del derecho al agua. En el caso particular, esto significa que las reservas de agua existentes deben ser preservadas y protegidas de la contaminación de manera

adecuada; que los Estados deben respetar las asignaciones de agua existentes que permiten la satisfacción de las necesidades básicas de la gente y abstenerse de reasignación de estos recursos para otros fines; y que las desconexiones arbitrarias de provisiones de agua potable como consecuencia de la incapacidad de las personas para pagar se encuentran en violación de este derecho.[40]

La obligación de proteger exige que el Estado se abstenga, mediante distintas actividades, de interferir en el disfrute del derecho humano al agua. Como consecuencia de ello, los Estados deben adoptar y aplicar medidas adecuadas para controlar el comportamiento de terceros de modo que no se obstruya la realización de este derecho. Tal deber exige que, cuando los servicios de agua sean operados por el sector privado (en el caso de la privatización de los servicios públicos de agua), los concesionarios de estos servicios sean debidamente controlados y su actividad regulada de tal manera de que se vean impedidos de poner en peligro el acceso a suficiente agua potable segura.[41]

Por último, la obligación de realizar o garantizar requiere que los Estados desarrollen estrategias, planes y políticas públicos nacionales y provinciales en donde el cantidades de agua suficientes para satisfacer las necesidades básicas de los ciudadanos se reparten de forma no discriminatoria (necesidades básicas de la población deben equilibrarse eficazmente con otros usos del agua); y que la infraestructura adecuada para garantizar la provisión de agua potable sea desarrollada en una forma en que garantice el acceso al agua para todos. Además, dado que las personas son el "sujeto activo de todo el desarrollo económico y social," la obligación de proporcionar el agua debería tener lugar cuando los destinatarios del derecho no pudiesen realizar el mismo por sus propios medios.[42]

# VI. El status del derecho al agua en algunos ordenamientos jurídicos nacionales

Distintos sistemas jurídicos nacionales han efectuado, en los últimos años, avances tendientes al reconocimiento expreso del derecho al agua. Los diferentes niveles de reconocimiento oscilan entre el reconocimiento constitucional o legal expreso -como son

los casos de Uruguay, Ecuador, Sudáfrica o República Democrática del Congo[43], entre otros- y el reconocimiento jurisprudencial - como en los casos de India, Perú y Argentina, entre otros-. A continuación se esbozará una breve reseña, a mero título ejemplificativo, de algunos de los avances a escala local en distintos países en relación a esta temática.

La República Oriental del Uruguay fue el primer país del mundo en codificar el derecho al agua como un derecho humano a través de la reforma constitucional del año 2004, incorporando este derecho en el Art. 47 de la Constitución Nacional uruguaya.[44] Dice el mencionado artículo en este sentido:

"(...) El acceso al agua potable y el acceso al saneamiento, constituyen derechos humanos fundamentales. (...)."[45]

En Sudáfrica, la Constitución Nacional de ese país reformada en el año 1996 reconoce el derecho agua (junto a otros derechos económicos y sociales) en el capítulo referido a la carta de derechos, y más precisamente en su Sección 27(1.2). Si bien el texto constitucional no especifica su contenido, los tribunales han ahondado en el mismo en sus decisorios, siendo el precedente jurisprudencial más relevante el "caso Mazibuko" de la Corte Constitucional de Sudáfrica.[46]

Otros países como Ecuador -Art. 12 de la Constitución del Ecuador[47]- y República Democrática del Congo (RDC) -Art. 48 de la Constitución de RDC[48]- también han reconocido formalmente al agua, o acceso al agua, como un derecho.[49]

En lo que respecta al reconocimiento judicial, pese a la ausencia de normas constitucionales o legales expresas que lo consagren dentro de su jurisdicción, los tribunales de algunos países han reconocido el derecho al agua mediante el dictado de sentencias basadas en una postura ius naturalista o neo-constitucionalista que ha inspirado nuevas y más progresistas interpretaciones de las normas vigentes y la ponderación de principios de derecho fundamentales.

Por ejemplo en India, a raíz de una demanda presentada por la

ONG Pani Haq Samiti, un Tribunal Supremo de Bombay ordenó en 2014 que la Municipalidad de dicha ciudad -Brihanmumbai Municipal Corporation (BMC)-, encargada de proporcionar el suministro de agua potable, formulara un plan de acción para proporcionar agua a todos los barrios pobres, ya sea que se tratara de asentamientos legales o ilegales. Tal decisión buscó hacer frente a la situación precaria de los residentes de barrios de escasos recursos y villas miseria, ya que BMC había tomado la decisión de interrumpir el suministro de agua en todos los asentamientos informales construidos después del año 2000.[50]

En Argentina, y gracias a una acción de amparo presentada por la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia a favor de los vecinos de un asentamiento llamado "Villa 31 bis" de la Provincia de Buenos Aires, el Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires[51] ordenó, en el año 2006, la construcción de la infraestructura necesaria para prestar servicios de abastecimiento de agua potable y saneamiento a este barrio.[52] Algunos de los fundamentos incorporados en el decisorio sostuvieron que "el derecho a la vida se descompone en cuatro elementos esenciales: a) el derecho a la alimentación adecuada, b) el derecho a contar con agua potable, c) el derecho a la vivienda y d) el derecho a la salud".

También en Argentina, pero en la provincia de Neuquén, una acción de amparo concedida en 2002 a favor de los niños de la comunidad mapuche Paynemil, la cual había sido afectada negativamente por la contaminación de aguas subterráneas con plomo y mercurio a raíz de actividades de extracción de petróleo, determinó que el Gobierno de la Provincia de Neuquén fuese obligado a proporcionar 250 litros de agua por persona por día hasta tanto una solución permanente para limpiar el agua subterránea contaminada se pusiera en práctica.[53] En este caso el tribunal entendió que el Estado había incurrido en una omisión arbitraria de actuar con debida diligencia para proteger y realizar el derecho a la salud.[54]

En Perú existen al menos dos precedentes judiciales del Tribunal Constitucional de ese país en los cuales se han desarrollado los alcances del derecho al agua, calificándolo como un "derecho constitucional no enumerado" deducible de los instrumentos internacionales de derechos humanos.[55]

En un caso, el actor, quien residía en un edificio de departamentos y no registraba deudas por el pago del servicio de agua, inició la demanda alegando una suspensión injusta y arbitraria del servicio como consecuencia de que alrededor del 50 % de los usuarios en dicho edificio no cumplían con el pago del servicio.

En el segundo caso, el recurrente interpuso demanda en contra de la Empresa Prestadora de Servicios de Saneamiento de Lambayeque (EPSEL S.A.) porque la misma se negaba a reconectar el servicio de agua por deudas del anterior propietario del inmueble.

Lo interesante de estos fallos es analizar cómo el Tribunal Constitucional Peruano, a partir de la problemática de las desconexiones del suministro de agua potable (temática que también es analizada por la Corte Constitucional Sudafricana en el precedente Mazibuko), deriva una interpretación novedosa que da preeminencia a las normas internacionales de derechos humanos y les concede un alcance plenamente operativo pese a su falta de reconocimiento explícito en el sistema legal peruano. Expresa en tal sentido el mencionado Tribunal:

"(...) aunque la Norma Fundamental no reconoce de manera expresa o nominal un derecho fundamental al agua potable, tal situación no significa ni debe interpretarse como que tal posibilidad se encuentra enervada. En efecto, como ha sido puesto oportunidades. anteriores en fundamentales no sólo pueden individualizarse a partir de una perspectiva estrictamente gramatical o positiva. En la medida en que el ordenamiento jurídico no crea strictu sensu los derechos esenciales, sino que simplemente se limita a reconocerlos, su individualización puede operar no sólo a partir de una opción valorativa o principialista como la reconocida en el artículo 3° de la Constitución Política del Perú, sino que también lo puede ser desde una formula sistemática o variante de contexto, deducible de las cláusulas contenidas en los instrumentos internacionales relativos a derechos humanos, muchas de las cuales no sólo contienen derechos adicionales a los expresamente reconocidos en la Constitución, sino que incluso ofrecen contenidos mucho más amplios para aquellos que ya cuentan con cobertura constitucional.

17. En el caso específico del derecho al agua potable, este Colegiado considera que aunque dicho atributo no se encuentra considerado a nivel positivo, existen no obstante una serie de razones que justifican su consideración o reconocimiento en calidad de derecho fundamental. Asumir dicha premisa supone perfilar su individualización dentro del contexto que ofrecen algunas de las perspectivas anteriormente enunciadas. A tales efectos, atendiendo a que no existe norma expresa que contenga dicho reconocimiento a nivel interno y a que a nivel internacional aún se encuentran pendientes de desarrollo muchos de los ámbitos que comprendería dicho atributo, puede acudirse primeramente a la opción valorativa o principialista y a la cláusula de los derechos implícitos que le permite servir de referente. Así las cosas, la utilización de la fórmula de individualización permitiría legitimar la existencia de un derecho al agua potable en calidad de atributo fundamental no enumerado. Su reconocimiento se encontraría ligado directamente a valores tan importantes como la dignidad del ser humano y el Estado social y democrático de derecho."[56]

# VII. Posibles ventajas de la categorización del agua como un derecho humano

La caracterización del agua como un derecho, tanto a nivel de sistemas jurídicos nacionales como en los foros internacionales, representa un cambio importante en el discurso jurídico. De esta manera, se podría pasar de un discurso de caridad a uno de derechos jurídicamente exigibles combinados con obligaciones y deberes de los Estados en relación a la provisión de agua potable.[57]

En primer lugar, la afirmación de que el agua es un derecho humano supone una protección mucho mayor que la simple afirmación de que el agua es un bien público que tiene que ser proporcionada como un servicio público por los Estados. En un régimen en el cual el agua es considerada como un servicio público, el Estado tiene la responsabilidad de proveer agua para sus habitantes. Sin embargo, el incumplimiento de esta obligación no proporciona una base suficiente para que los ciudadanos puedan acceder a los tribunales mediante recursos judiciales individuales ante un incumplimiento de este derecho. Al reconocer el acceso al agua como un derecho humano, la exigibilidad podría llevar a una más rápida y eficaz implementación. [58]

Además, dado el interés público involucrado en la prestación de los servicios de suministro de agua potable, los procesos judiciales que traten esta problemática podrían servir como un espacio para que los ciudadanos tengan la posibilidad de cuestionar e influir en la dirección de las políticas sociales, poniendo presión para que los gobiernos asuman responsabilidad por sus decisiones. Como resultado, este tipo de litigios fomentaría una forma de democracia participativa que impactaría beneficiosamente en el proceso de formulación de políticas públicas y ofrecería un espacio para que los gobiernos revisen y mejoren continuamente sus políticas con respecto a la gestión del agua. [59]

Los tribunales y magistrados judiciales también pueden desempeñar un papel activo en la formulación de políticas en este respecto, mediante el ejercicio del control jurisdiccional y la interpretación judicial activista. Aunque las decisiones judiciales son insuficientes para resolver los problemas sociales complejos como el del acceso desigual al agua, sí pueden, mediante sus decisorios, ejercer presión sobre los líderes políticos para obligarlos a hacer frente con rapidez a estos problemas y ubicarlos como temas prioritarios de la agenda política.

#### VIII. Conclusión

En conclusión, teniendo en cuenta las notas características que tipifican a la actual "crisis global del agua" (referida en el primer capítulo de este trabajo), considero que el reconocimiento formal del (hasta ahora emergente) derecho humano al agua en documentos legales internacionales de carácter vinculante y en ordenamientos jurídicos nacionales puede ser un mecanismo eficaz y valioso para mejorar la gobernabilidad y gestión del recurso

hídrico de manera tal que las necesidades básicas de las personas relacionadas al uso y consumo de este elemento sean satisfechas en forma prioritaria, y la dignidad del ser humano posicionada como eje central de los sistemas de gobernanza de los recursos hídricos.

Es menester tener en cuenta, empero, que la herramienta conceptual del "derecho humano al agua" es solo uno de muchos otros instrumentos idóneos para contribuir beneficiosamente a mejorar la problemática del acceso desigual e inequitativo al agua que actualmente afecta a millones de personas. La complejidad de problemática demanda la adopción de un multisectorial, en donde todos los sectores sociales converjan para adoptar medidas y prácticas tendientes a obtener soluciones puntuales en relación a las distintas aristas que comprenden esta problemática (acceso desigual, contaminación, desabastecimiento, uso irracional, calidad del agua, etc.).

En mi opinión, el reconocimiento expreso del derecho humano al agua podría contribuir significativamente a (entre otras cosas):

- a) Establecer una norma clara de aplicación mediante el desarrollo de un enfoque unificado para el derecho al agua (a diferencia de un enfoque segmentado que subordina este derecho a otros, tales como los derechos a la salud, la alimentación, la vida, nivel de vida adecuado, entre otros);
- b) Reafirmar el proyecto de provisión publica de agua potable del cual se benefician millones de personas en el mundo, buscando su mejoramiento y perfeccionamiento constante;
- c) Generar un espacio judicial para que los ciudadanos puedan reclamar por el cumplimiento de su derecho de acceso al agua a través de recursos judiciales efectivos ante los tribunales locales y, en última instancia, también ante los tribunales internacionales;
- d) Limitar la expansión de "mercados de agua" que favorecen un acceso limitado a este recurso, tomando como parámetro la capacidad económica de las personas (como ser el caso de la

industria del agua embotellada o algunos casos de privatización de los servicios de provisión publica), en detrimento del proyecto de acceso universal equitativo al agua enarbolado por el derecho humano al agua;

- e) Poner límites y condiciones a las nuevas políticas públicas en materia de gestión del recurso hídrico, así como a las prácticas de los agentes privados y estatales vinculados con el sector de abastecimiento de agua potable, de manera tal que estas políticas y prácticas respeten el principio pro homine;
- f) Fomentar el uso responsable del agua por parte de todos los ciudadanos;
- g) Tener un impacto positivo en los modelos de gestión del agua, de manera tal que todas las decisiones relativas al uso y propiedad del agua den prioridad a la satisfacción de las necesidades humanas básicas.

#### IX. Bibliografía

Albuquerque C. (2013, julio) "Informe de la Relatora Especial sobre el Derecho humano al agua potable y el saneamiento" Resolución de la Asamblea General de la ONU A/HRC/24/44.

Bluemel E. (2005) "Las implicancias de formular un derecho humano al agua" 31 Revista Trimestral de Derecho Ambiental 957.

Booker J., Howitt R., Michelsen A. & Young R. (2012) "Economía y los modelos de recursos y políticas hídricas" Revista de Modelos de Recursos Naturales 25(1) 173.

Caponera D. A. "Las más antiguas regulaciones del agua y su administración" en Caponera, D. A. & Nanni, M. (1992) Principios del derecho del agua y administración: nacional e internacional (2da edición) 13-23.

Comisión Inter-Americana de Derechos Humanos (2007) "El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema

interamericano de derechos humanos" 66 http://www.cidh.org/countryrep/accesodesc07sp/ Accesodesciv.sp.htm (último acceso el 11 de julio de 2016).

Comisión de Desarrollo Sostenible del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (1997) "Evaluación general de los recursos de agua dulce disponibles en el mundo". 5º periodo de sesiones. Disponible en http://daccessdds.un.org /doc/UNDOC/GEN/N97/003/68/IMG/N9700368.pdf?OpenElement

Danchin, P. "Un derecho humano al agua. La decisión de la Corte Constitucional de Sudáfrica en el caso Mazibuko" (2010) http://www.ejiltalk.org/a -human-right-to-water-the-south -african-constitutional-court%E 2%80%99s-decision-in -the-mazibuko-case/ (último acceso el 25 marzo de 2018).

Doria, M.; Hunter, P. & Pidgeon, N. (2009) "Perceptions of drinking water quality and risk and its effect on behavior: a crossnational study" 407 Science of the Total Environment 5455.

Ferrier, C. (2001) "Agua embotellada: entendiendo un fenómeno social" 30(2) AMBIO: A Journal of the Human Environment 118.

Filmer-Wilson E. (2005) "El enfoque de derechos humanos al desarrollo: el derecho al agua" 23(2) Netherlands Quarterly of Human Rights 223.

Justo, Juan B. (2013) "El derecho humano al agua y al saneamiento frente a los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM)" Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) LC/W.536, Santiago, Chile.

Kok A. "Privatización y el derecho de acceso al agua" en K de Feyter& F Gómez Isa (editores) Privatización y derechos humanos en la era de la globalización (2005) 260.

Laporta F. (1987) "Sobre el concepto de derechos humanos" Revista DOXA Núm. 4 ISSN 0214-8867, 33-35.

McGraw G. (2010) "Definiendo y defendiendo el derecho al agua y

su estándar mínimo: construcción legal, y el rol de la jurisprudencia nacional" 8(2) Loyola University Chicago International Law Review 127.

Savenije, H. (2002) "Why water is not an ordinary economic good, or why the girl is special" 27 Physics and Chemistry of the Earth 741.

Scanlon, J.; Cassar, A. & Nemes, N. (2004) "Agua como un derecho humano" IUCN Environmental Policy and Law Paper No. 51 https://portals.iucn.org /library/efiles/documents/ EPLP-051.pdf (último acceso el 11 de julio de 2016).

Shiva, V. (2006) "Resisting water privatisation, building water democracy. A paper on the occasion of the World Water Forum in Mexico City" (2006) http://www.globalternative.org/downloads/shiva-water.pdf (ultimo acceso el 25 de marzo de 2018).

Smith B. (2009) "El agua como bien público: el status del agua en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio" 17(291) Cardozo Journal of International and Comparative Law 301.

Tully S. (2005) "Un derecho humano de acceso al agua. Crítica de la Observación General Núm. 15" 23(1) Netherlands Quarterly of Human Rights; y Scanlon, Cassar & Nemes (núm. 10) 1-2.

Uldemolins, Enrique (2008) "Derecho humano al agua" Ambienta: La revista del Ministerio de Medio Ambiente ISSN 1577-9491 N°. 77, 2008, págs. 48-52.

UNESCO - Programa mundial de Evaluación de los Recursos Hídricos (WWAP) (2003) "Agua para todos, agua para la vida: Resumen: Informe de las Naciones Unidas sobre el desarrollo de los recursos hídricos en el mundo" http://www.un.org/esa/sustdev/sdissues/water/WWDR-spanish-129556s.pdf (último acceso el 25 de marzo de 2018).

UNESCO - Programa mundial de Evaluación de los Recursos Hídricos

(WWAP) (2018) "Informe Mundial sobre el Desarrollo de los Recursos Hídricos de las Naciones Unidas 2018: Soluciones Basadas En La Naturaleza Para La Gestión Del Agua" Disponible en: http://unesdoc.unesco.org/images/0026/002614/261494s.pdf (último acceso el 25 de marzo de 2018).

Ventura Robles Manuel E. "Jurisprudencia de Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales" Revista IIDH Vol. 40, págs. 104/107.

Winkler I. (2008) "Reconocimiento judicial del derecho humano al agua - precedentes de Sudáfrica, Argentina e India" (1) Law, Social Justice and & Global Development Journal (LGD) 2.

Winkler I. "El derecho humano al agua: significado, estatus legal e implicancias en la distribución del agua" (2012) 108.

#### **Notas**

- \* María Macarena Pereda es abogada egresada de la Universidad Nacional de Córdoba (2012); posee una Maestría en Derecho Internacional de los Derechos Humanos por la Universidad de Pretoria (Sudáfrica, 2016); fue pasante de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en Washington D.C. (Estados Unidos, 2016); actualmente se desempeña como abogada en un estudio jurídico privado en la Ciudad de Santiago del Estero. Teléfono celular: +54 (385) 155753111. Dirección postal: Sarmiento 465, Santiago del Estero, Argentina (C.P.4200). Email: mariamacarena.pereda@gmail.com.
- [1] Por ej.: agua subterránea en forma de acuíferos y corrientes subterráneas, ríos, lagos, lagunas, arroyos, campos de hielo, etc [2] Uldemolins, E. "Derecho humano al agua" (2008), Ambienta: La revista del Ministerio de Medio Ambiente, ISSN 1577-9491, N°. 77, 2008, págs. 48-52.
- [3] UNESCO Programa mundial de Evaluación de los Recursos Hídricos (WWAP) (2018) "Informe Mundial sobre el Desarrollo de los Recursos Hídricos de las Naciones Unidas 2018: Soluciones Basadas En La Naturaleza Para La Gestión Del Agua". Disponible

- en: http://unesdoc.unesco.org/ images/0026/002614/261494s.pdf (último acceso el 25 de marzo de 2018).
- [4] Comisión de Desarrollo Sostenible del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (1997) "Evaluación general de los recursos de agua dulce disponibles en el mundo". 5º periodo de sesiones. Disponible en http://unesdoc.unesco.org/images/0011/001121/ 112190Sb.pdf (último acceso el 25 de marzo de 2018).
- [5] Mensaje de la Sra. Audrey Azoulay, Directora General de la UNESCO, con motivo del Día Mundial del Agua, el 22 de marzo de 2018. Disponible en http://unesdoc.unesco.org/images/0026/002617/261717s.pdf (último acceso el 25 de marzo de 2018).
- [6] Uldemolins, Enrique (2008) "Derecho humano al agua" Ambienta: La revista del Ministerio de Medio Ambiente ISSN 1577-9491 N°. 77, 2008, pág. 49.
- [7] Albuquerque C. (2013, julio) "Informe de la Relatora Especial sobre el Derecho humano al agua potable y el saneamiento" Resolución de la Asamblea General de la ONU A/HRC/24/44.
- [8] Booker J., Howitt R., Michelsen A. & Young R. (2012) "Economía y los modelos de recursos y políticas hídricas" Revista de Modelos de Recursos Naturales 25 (1) 173.
- [9] Booker et al. (2012) Op. Cit. 8. Págs. 170-172.
- [10] UNESCO Programa mundial de Evaluación de los Recursos Hídricos (WWAP) (2003) "Agua para todos, agua para la vida: Resumen: Informe de las Naciones Unidas sobre el desarrollo de los recursos hídricos en el mundo" http://www.un.org/esa/sustdev/sdissues/water/ WWDR-spanish-129556s.pdf(último acceso el 25 de marzo de 2018).
- [11]Ver UNESCO WWAP (2003) Op. Cit. 10. pág. 4.
- [12] Uldemolins (2008) Op. Cit. 10. pág. 44.
- [13] Uldemolins (2008) Op. Cit. 10. pág. 44.
- [14] Justo, Juan B. (2013) "El derecho humano al agua y al saneamiento frente a los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM)" Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) LC/W.536, Santiago, Chile. pág. 9.
- [15] Laporta F. (1987) "Sobre el concepto de derechos humanos" Revista DOXA Núm. 4 ISSN 0214-8867, págs. 33-35.
- [16] Kok A. "Privatización y el derecho de acceso al agua" en K de Feyter& F Gómez Isa (editores) Privatización y derechos humanos

- en la era de la globalización (2005), pág. 260.
- [17] Kok A. (2005) Op. cit. 16, pág. 260.
- [18] Referencias más precisas a todos estos documentos pueden encontrarse en el apartado siguiente.
- [19] Bluemel E. (2005) "Las implicancias de formular un derecho humano al agua" 31 Revista Trimestral de Derecho Ambiental, págs. 957-967.
- [20] Ver en general Tully S. (2005) "Un derecho humano de acceso al agua. Crítica de la Observación General Núm. 15" 23(1) Netherlands Quarterly of Human Rights; y Scanlon, Cassar & Nemes (núm. 10) 1-2.
- [21] Asamblea General de la ONU "El derecho humano al agua y saneamiento" (Julio 2010) Resolución A/RES/64/292; Consejo de Derechos Humanos "Informe del Consejo de Derechos Humanos en su doceava sesión" (Febrero 2010) Resolución A/HRC/12/50; Consejo de Derechos Humanos "Derechos humanos y el acceso a agua potable y saneamiento" (Septiembre 2010) Resolución A/HRC/15/L.14.
- [22] Ver objetivo 7 (en particular 7.D y 7.C) de los Objetivos de Desarrollo del Milenio de la ONU www.un.or/es/millenniumgoals/environ.shtml (último acceso 12 de julio de 2016).
- [23] Comité de DESC (2002) Observación General Núm. 15 el derecho al agua (Arts. 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales).
- [24] McGraw G. (2010) "Definiendo y defendiendo el derecho al agua y su estándar mínimo: construcción legal, y el rol de la jurisprudencia nacional" 8 (2) Loyola University Chicago International Law Review 127.
- [25] Ver Art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.
- [26] Smith B. (2009) "El agua como bien público: el status del agua en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio" 17(291) Cardozo Journal of International and Comparative Law 301.
- [27] Smith B. (2009) Op. cit. 26, págs. 295-306.
- [28] Caponera D. A. "Las más antiguas regulaciones del agua y su administración" en Caponera, D. A. & Nanni, M. (1992) Principios del derecho del agua y administración: nacional e internacional (2da edición), págs. 13-23.
- [29] La base de datos puede ser apreciada en las páginas

- http://www.waterlawandstandards.org/ y http://faolex.fao.org/waterlex/index.htm (último acceso el 25 de marzo de 2018). Ver también Smith (2009) Op. Cit. 26, pág. 301.
- [30] Scanlon, J.; Cassar, A. & Nemes, N. (2004) "Agua como un derecho humano" IUCN Environmental Policy and Law Paper No. 51. págs. 1-2 https://portals.iucn.org/ library/efiles/documents/EPLP-051.pdf (último acceso el 25 de marzo de 2018).
- [31] Observación General Núm. 15, para 1.
- [32] Observación General Núm. 15, para 2.
- [33] Scanlon et al (2004) Op. cit. 30, pág. 28.
- [34] Comité de DESC (1990) Observación General Núm. 3 la naturaleza de las obligaciones de los Estados miembros (art. 2 parágrafo 1 del Pacto) parágrafo 10.
- [35] Mc Graw (núm. 17) 158.
- [36] Observación General Núm. 15, parágrafo 11.
- [37] Observación General Núm. 15, parágrafo 13.
- [38]Observación General Núm. 15, parágrafo 10.
- [39] Aunque algunos autores hablan de la existencia de no tres, sino cuatro típicas obligaciones de derechos humanos que recaen sobre los Estados: respetar, proteger, promover, y realizar/garantizar.
- [40] Filmer-Wilson E. (2005) "El enfoque de derechos humanos al desarrollo: el derecho al agua" 23(2) Netherlands Quarterly of Human Rights 223.
- [41] Winkler I. "El derecho humano al agua: significado, estatus legal e implicancias en la distribución del agua" (2012) 108.
- [42] Winkler I. (2012) Op. Cit. 41, pág. 111.
- [43] Winkler I. "Reconocimiento judicial del derecho humano al agua precedentes de Sudáfrica, Argentina e India" (2008) (1) Law, Social Justice and & Global Development Journal (LGD) 2.
- [44] Informe de la Delegación Permanente del Uruguay ante la ONU http://www.ohchr.org /Documents/Issues/Water/Handbook/Uruguay.pdf (último acceso el 2 octubre de 2016).
- [45] Art. 47 de la Constitución de la República Oriental del Uruguay.
- [46] Ver Lindiwe Mazibuko & Others v City of Johannesburg & Others Case CCT 39/09 [2009] ZACC 28 y Danchin, P. "Un derecho humano al agua. La decisión de la Corte Constitucional de Sudáfrica en el caso Mazibuko" (2010) http://www.ejiltalk.org/a-human-right-to-water-the-south-african-constitutional-

court%E2%80%99s-decision-in-the-mazibuko-case/ (último acceso el 25marzo de 2018). En este precedente, la implementación en el año 2004 de un nuevo sistema de provisión de agua potable en un barrio con población de escasos recursos en la Ciudad de Johanesburgo -Barrio de Soweto- generó el descontento y desaprobación social de gran parte de la población a raíz de la instalación de medidores prepagos que proveían a las casas un determinado volumen de agua en forma gratuita, pero que al marcadamente cantidad, considerada como esta insuficiente para cubrir las necesidades básicas de la población, cortaban automáticamente el suministro de agua potable hasta tanto el cliente abonara por el servicio. Como las tarifas del servicio eran impeditivas para muchos ciudadanos de ese barrio, muchos se quedaban sin suministro de agua alguno.

[47] Art. 12 de la Constitución del Ecuador: El derecho humano al agua es fundamental e irrenunciable. El agua constituye patrimonio nacional estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida.

[48] Art. 48 de la Constitución de RDC: El derecho a una vivienda digna, el derecho de acceso al agua potable y a la energía eléctrica se encuentran garantizados. La ley establece las condiciones para el ejercicio de estos derechos.

[49] Winkler I. (2008) Op. Cit. 43, pág. 2.

[50] Centro de investigación de Derecho Ambiental Internacional International "Pani Haq Samiti & Ors. v. Brihan Mumbai Municipal Corporation & Ors". Diciembre de 2014 http://www.ielrc.org/content/e1407.pdf (último acceso el 25 de marzo de 2018).

[51] El amparo fue concedido por el juez Osvaldo Otheguy y confirmado por la Cámara en lo Contencioso y Administrativo de la Ciudad de Buenos Aires. Ver "Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia c/ GCBA s/ amparo" - CAMARA DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES - SALA I - 18/07/2007.

[52] Justo, Juan B. (2013) Op. Cit. 14, pág. 30.

[53] Menores Comunidad Paynemil s/acción de amparo, Cámara de Apelaciones en lo Civil de Neuquén, Sala II.

[54] Ver https://www.escr-net.org/es/caselaw/2006/menores-comunidad-paynemil-saccion-amparo (último acceso 25 de marzo de 2018).

[55] Ver Exp. 06546-2006-PA Tribunal Constitucional del Perú

- (2007) y Exp. 06534-2006-PA/TC Tribunal Constitucional del Perú (2007).
- [56] Párrafos 16 y 17 de Exp. 06534-2006-PA/TC Tribunal Constitucional del Perú (2007).
- [57] Bluemel E. (2005) Op. Cit. 19.
- [58] Scanlon, J.; Cassar, A. & Nemes, N. (2004) "Agua como un derecho humano" IUCN Environmental Policy and Law Paper No. 51 https://portals.iucn.org/ library/efiles/documents /EPLP-051.pdf (último acceso el 11 de abril de 2018).
- [59] Comisión Inter-Americana de Derechos Humanos (2007) "El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos" 66 http://www.cidh.org/ countryrep/accesodesc07sp/Accesodesciv.sp.htm (último acceso el 23 de marzo de 2018).

## <u>Evolución, vigencia y aplicación de la jurisdicción universal en</u> <u>crímenes jus cogens del Derecho Penal Internacional</u>

Rodolfo S. Norniella Parache [1]

#### I. Introducción

La incesante búsqueda de una justicia universal efectiva y reparadora como respuesta a las violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, encuentra su base de partida en el principio de jurisdicción universal. Este principio se constituye como una importante herramienta de protección de los Derechos Humanos en relación al impulso que posibilita en cuanto a la acusación, procesamiento y castigo de la comisión de aquellos crímenes que son considerados de tal gravedad que afectan a la comunidad internacional, y que son repudiados conforme el derecho internacional de los derechos humanos, tanto convencional como consuetudinario.

Pese a su pretensión de justicia, la definición y alcance de este principio es todavía motivo de debates en la comunidad internacional. Así sus pretendidos límites conceptuales trascienden lo meramente definitorio en tanto su consideración se extiende a cuestiones que refieren a asuntos de política internacional, soberanía[2] y diplomacia[3]. No obstante, su acogida por parte de tratados internacionales, culminando inclusive algunos de ellos en aplicaciones efectivas aunque limitadas de dicho principio, y la persistente necesidad de juzgar delitos aberrantes cometidos en estados que por diversos motivos no pueden garantizar un accionar efectivo en pos de su reparación, han permitido que el derecho consuetudinario se avoque a su estudio y aplicación como una necesidad crecente a nivel global para afianzar una Justicia efectiva. Así, como consecuencia de su interpretación y aplicación efectiva por parte de diversos estados en las últimas décadas se pretende, mediante el desarrollo este texto, definir la perspectiva actual del principio de jurisdicción universal en el contexto del derecho internacional de los derechos humanos.

## A. Concepto de Jurisdicción Universal

Delimitar un concepto internacionalmente aceptado referente al principio de jurisdicción universal se torna actualmente dificultoso en la medida en que tal acepción se encuentra en constante construcción, siendo uno de sus principales obstáculos la falta de adecuación de los ordenamientos jurídicos nacionales a obligaciones impuestas internacionalmente referentes materia. Sin embargo, a lo largo del desarrollo histórico del derecho se fueron elaborando diversas aproximaciones. Así, el jurista Hugo Grocio en el año 1645 insinúa un primer acercamiento en el derecho moderno, exponiendo que los reyes y cualquier otro con derechos similares a estos pueden exigir que un castigo sea impuesto no solo por los males perpetrados contra ellos o contra sus asuntos, sino también contra todos los males que no se dirigen específicamente contra ellos, pero que violan de forma extrema a cualquier persona[4]. Asimismo, argumenta respecto de la persecución de hostis humani generis en alta mar, basado en la noción de mare liberum, en conformidad con la cual postula el derecho de libertad de navegación en alta mar con aplicación universal, concluyendo que una infracción a ese derecho por piratas debería ser castigado universalmente. Esta doctrina, es quizás, uno de los principales fundamentos de la teoría moderna de la jurisdicción universal para ciertos crímenes internacionales. elaborando así una de las primeras aproximaciones doctrinarias al ideal contemporáneo de justicia universal para actos que afectan el orden internacional[5].

Las definiciones actuales son muy variadas, entre ellas podemos citar aquella escogida en The Princeton Principles on Universal Jurisdiction, en la cual se conceptúa la jurisdicción universal como aquella jurisdicción criminal basada únicamente en la naturaleza del crimen sin tener en cuenta el lugar donde el crimen fue cometido, la nacionalidad de la víctima o victimario, o cualquier otra conexión al estado que ejerce dicha jurisdicción[6], focalizando esta definición en lo que denomina naturaleza del crimen, tipificando posteriormente aquellos crímenes aludidos[7]. A los fines de proceder a un acercamiento de la idea que en este ensayo se pretende desarrollar, se propone conceptualizar denominada la jurisdicción universal como el principio según el cual cualquier Estado, por el sólo hecho de formar parte de la comunidad internacional, tiene autoridad judicial suficiente para

perseguir, esclarecer, castigar y reparar ante sus propios tribunales a cualquier individuo presuntamente responsable de la comisión de crímenes graves contra el derecho internacional, incluso de aquellos cometidos fuera de su jurisdicción territorial o sin relación alguna con la nacionalidad de las víctimas o de los acusados, porque tales delitos por su atrocidad intrínseca afectan bienes jurídicos fundamentales tutelados por el derecho de gentes, ofenden a la humanidad entera y desquician el orden público de la comunidad internacional[8].

En este contexto se hace necesario precisar el objeto del principio examinado, conforme términos generalmente aceptados en el orden internacional, refiriendo dicho objeto a aquellos crímenes que, por su afectación al ius cogens, se consideran graves y contrarios al derecho internacional, por cuanto su violación implica un menoscabo en la naturaleza y dignidad humana. Conforme los parámetros aludidos, se propone un análisis de la aplicación y evolución de dicho principio respecto de aquellos crímenes que, conforme el derecho internacional vigente presentan estas características. Es decir, aquellos que el Estatuto de Roma tipifica para establecer la competencia de la Corte Penal Internacional[9], estos son: genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y crimen de agresión.

# II. La jurisdicción universal en el derecho internacional convencional

En el derecho penal internacional hay 27 categorías de crímenes que se desprenden de 276 convenciones celebradas entre los años 1815 y 1999[10]. Estos crímenes internacionales son: agresión, genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra, crímenes contra las Naciones Unidas y el personal asociado, posesión y/o uso ilegítimo de armas, robo de materiales nucleares, mercenarismo, apartheid, esclavitud y prácticas relacionadas con la esclavitud, tortura, experimentación humana ilegítima, piratería, secuestro de aeronave, actos ilegales contra la navegación marítima civil, actos ilegales contra personas protegidas internacionalmente, toma de rehenes civiles, uso ilegal del correo, terrorismo nuclear, financiamiento del terrorismo internacional, tráfico ilegal de drogas y sustancias peligrosas,

destrucción y/o robo de tesoros nacionales y herencia cultural, actos ilegales contra el medio ambiente, tráfico internacional de materiales obscenos, falsificación de monedas, interferencia ilegal con cables submarinos y soborno de funcionarios públicos extranjeros. Entre las disposiciones penales contenidas en estas convenciones hay disposiciones relativas a jurisdicción penal de las contienen referencia cuales treinta ٧ dos а jurisdiccionales, de las cuales solamente unas pocas reflejan, ya sea en forma explícita o implícita, una aproximación a la jurisdicción universal[11]. A continuación se desarrollarán las principales convenciones que contienen disposiciones relativas al principio en estudio y que se destacaron por reflejar un avance en la percepción y evolución del mismo respecto de los crímenes que caen bajo jurisdicción de la Corte Penal Internacional[12].

#### A. Tratado de Paz de Versalles

En un sentido histórico, puede decirse que el principio de jurisdicción universal constituye el punto de partida de una lo que podemos denominar como tendencia marcada a globalización de la justicia. Este fenómeno va se esbozaba en los Tratados de Letrán (1179), en el cual se establecían y tipificaban conductas señaladas como crímenes internacionales: la prohibición de esclavizar a los prisioneros de guerra y la prohibición de la piratería. A ello se suman los esfuerzos realizados desde principios del siglo XX para limitar las guerras y proteger a las víctimas, un ejemplo de ello son las Conferencias de la Hava de 1899 v 1907[13] cuando se estableció un organismo permanente de arbitraje, aunque sus decisiones no eran vinculantes. Incluso después de la Primera Guerra Mundial se mantuvo la justificación de que los excesos cometidos en el campo de batalla no eran producto de una organización estatal anónima, sino de la voluntad individual, protegida por la soberanía del Estado y por su función soberana. Posteriormente, y como consecuencia del impacto que ocasionó la Primera Guerra Mundial la jurisdicción universal adquiere un rol central en la globalización de la justicia. De esta forma, en el Tratado de Versalles[14] se rompió el principio consagrado hasta entonces de que sólo los estados estaban sujetos al derecho internacional, y se incorporó el principio de la responsabilidad penal individual. Especialmente evidenciado en el caso contra el káiser Guillermo II de Hohenzollern, acusado por "ofensas supremas contra la moralidad internacional y la santidad de los tratados". Si bien es cierto, el káiser Guillermo II nunca fue extraditado y se dejó el caso a los tribunales nacionales[15]. Aunque puede afirmarse que constituyó un precedente importante para juzgar a las personas por crímenes internacionales, estos intentos no pasaron de ser simples declaraciones que no se aplicaron sino hasta los juicios de Nüremberg de 1945 contra los líderes políticos y militares de la Alemania nazi.

### B. Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales

los crímenes considerados actualmente internacionales, los crímenes de guerra cuentan con el mayor número de instrumentos que lo reglamentan[16]. Por su alcance internacional amplio, los cuatro Convenios de Ginebra de 1949[17] y sus dos Protocolos Adicionales[18] son las codificaciones más completas de prohibiciones y reglamentaciones en materia de derecho humanitario, y sus disposiciones incluyen las normas penales más específicas y de más amplia aplicación. Como primera consideración cabe resaltar que las infracciones a los Convenios de Ginebra constituyen crímenes de guerra[19], asimismo son considerados crímenes internacionales jus cogens. Así, en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, se establecen denominadas "infracciones graves", las cuales se encuentran contenidas en los arts. 50 del Primer Convenio de Ginebra, art. 51 del Segundo Convenio de Ginebra, art. 130 del Tercer Convenio de Ginebra, y art. 147 del Cuarto Convenio de Ginebra, y respecto al Protocolo Adicional I, las infracciones graves se contienen en el art. 85 del mismo. Asimismo respecto de la responsabilidad que la comisión de estas infracciones acarrea, se dispone como regla común para los cuatro convenios que "Ninguna Parte Contratante podrá exonerarse, ni exonerar a otra Parte Contratante, de las responsabilidades en que haya incurrido ella misma u otra Parte Contratante a causa de las infracciones previstas [...]" (refiriendo con estas infracciones a las consideradas graves). Conforme se desprende de los Convenios de Ginebra y su Protocolo Adicional I. en lo que refieren a la obligación de prevenir y reprimir estas infracciones graves, sumado a las disposiciones contenidas en los arts. 1[20] v 2[21] (comunes a los cuatro convenios), se puede considerar, aunque quizás con ciertas reservas, que la obligación penal que estos imponen incluye implícitamente el derecho de los Estados Partes a ejercitar la jurisdicción universal. Siendo que los Convenios de Ginebra de 1949 exigen que los Estados parte respeten y hagan respetar dichos instrumentos en todas las circunstancias, en tanto que las disposiciones relativas a "infracciones graves" de los Convenios y el Protocolo I exigen su aplicación efectiva, se interpreta dicha exigencia no sólo como que confiere a las partes el derecho a adoptar una legislación nacional sobre jurisdicción universal, sino como que también crea una obligación de hacerlo así[22].

### C. Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio

En la actualidad es indiscutible la categoría de crimen jus cogens que reviste el genocidio, sin embargo en opinión de diversos autores[23] éste no se correspondía con tal jerarquía sino hasta la adopción de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948[24]. El art. VI de la Convención establece que las personas acusadas de genocidio o de uno cualquiera de los actos enumerados en el art. III de dicha convención, serán juzgadas: a) Por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o b) Ante la Corte penal internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción. A partir de lo cual resulta evidente, según lo establecido, que la jurisdicción aquí referida es territorial, y que solo en el caso de que un tribunal penal internacional sea establecido, y únicamente si los Estados parte de la Convención sobre Genocidio son también Estados parte de la convención que establece un tribunal penal internacional, puede este tribunal tener jurisdicción universal, condicionado al estatuto de ese tribunal penal internacional[25].

Si bien lo establecido en el art. VI de la Convención sobre Genocidio no encuadra, a la luz de su interpretación literal, con las reglas de la jurisdicción universal, es posible afirmar que la amplia aceptación y vigencia de estas Convenciones se han traducido, en los hechos, en una adopción plena en materia de legislación internacional consuetudinaria, reconociendo la

universalidad de jurisdicción para el genocidio. Sobre este tópico se enfilan diversos tratadistas que sostienen consistentemente que la jurisdicción universal se aplica al genocidio como un crimen internacional jus cogens[26], siendo esta doctrina ampliamente aceptada como principio del derecho consuetudinario[27].

## D. Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid

El crimen de apartheid fue creado en el año 1973, al ser propuesta en las Naciones Unidas la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid[28]. Hasta entonces, los instrumentos internacionales existentes se limitaban a brindar una tímida disposición referente a principio de jurisdicción universal. No obstante, a partir de la adopción de la presente convención el sentido y alcance de este principio, al menos respecto del crimen de Apartheid[29], adquiere un giro relevante. Así, esta Convención establece en su art. IV, en la parte pertinente, que "los Estados Partes en la presente Convención se obligan: a) A adoptar las medidas legislativas o de otro orden que sean necesarias para reprimir e impedir el aliento al crimen de apartheid y las políticas segregacionistas similares o sus manifestaciones y para castigar a las personas culpables de tal adoptar medidas legislativas, judiciales v administrativas para perseguir, enjuiciar y castigar conforme a su jurisdicción a las personas responsables o acusadas de los actos enumerados en el art. Il de la presente Convención, independientemente de que tales personas residan en el territorio del Estado en que se han cometido los actos o sean nacionales de ese Estado o de algún otro Estado o sean personas apátridas"[30]. Posteriormente, en su art. V, la Convención señala que "las personas acusadas de los actos enumerados en el art. Il de la presente Convención podrán ser juzgadas por un tribunal competente de cualquier Estado Parte en la Convención que tenga jurisdicción sobre esas personas, o por cualquier tribunal penal internacional que sea competente respecto a los Estados Partes que hayan reconocido su jurisdicción"[31], con lo cual se consagra la jurisdicción universal en materia de derecho internacional convencional, respecto de este crimen. Se evidencia, con la adopción de este convenio, un claro avance en materia jurisdiccional universal respecto del derecho convencional vigente hasta ese momento. Así, en materia de evolución legislativa respecto del principio en estudio, los arts. IV y V de la Convención sobre Apartheid vienen a establecer sin hesitación alguna la jurisdicción universal[32].

## E. Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes

Los delitos de tortura fueron establecidos en el derecho internacional convencional en el año 1984 en la denominada Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes[33], entrando en vigencia en al año 1987. Entre su articulado y respecto del principio examinado, se destaca el art. V de dicha Convención, el cual establece: 1. "Todo Estado Parte dispondrá lo que sea necesario para instituir su jurisdicción sobre los delitos a que se refiere el art. 4 en los siguientes casos: a) Cuando los delitos se cometan en cualquier territorio bajo su jurisdicción o a bordo de una aeronave o un buque matriculados en ese Estado; b) Cuando el presunto delincuente sea nacional de ese Estado; c) Cuando la víctima sea nacional de ese Estado y éste lo considere apropiado. 2. Todo Estado Parte tomará asimismo las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre estos delitos en los casos en que el presunto delincuente se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción y dicho Estado no conceda la extradición, con arreglo al art. 8, a ninguno de los Estados previstos en el párrafo 1 del presente artículo. 3. La presente Convención no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con las leves nacionales"[34]. De lo examinado, se observa que la premisa de aplicación de la ley en esta Convención es el concepto aut dedere aut judicare[35]. Asimismo en su art. 7.1, la Convención establece: "El Estado Parte en el territorio de cuya jurisdicción sea hallada la persona de la cual se supone que ha cometido cualquiera de los delitos a que se hace referencia en el art. 4, en los supuestos previstos en el art. 5, si no procede a su extradición, someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento" [36] Si bien el procedimiento aguí establecido se identifica con el principio aut dedere aut judicare, estableciendo la obligación de extraditar, en el caso eventual que una persona no sea extraditada se encuentra un Estado obligado a someter a procesamiento, por implicación, sobre la base de la jurisdicción universal. Al respecto, se puede concluir que si bien el presente instrumento no establece un principio de universalidad jurisdiccional propiamente dicho, al menos postula en forma implícita la aplicación de la jurisdicción universal respecto de estos crímenes.

# F. Otros Instrumentos Internacionales que refieren a la Jurisdicción Universal

Sin perjuicio de lo citado anteriormente, existen varios crímenes internacionales que no son considerados como crímenes jus cogens, sin embargo los instrumentos que los regulan proveen, explícita o implícitamente y en mayor o menor medida, la jurisdicción universal. Así, aluden al principio de la jurisdicción universal de manera subsidiaria o con requisitos limitantes a la iurisdicción universal plena los siguientes instrumentos: Convenio para la Represión del Apoderamiento lícito Aeronaves[37], de 1970, art. 4; Convención Internacional Contra la Toma de Rehenes[38] de 1979, art. 5; Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas v el Personal Asociado[39], art. 10; Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas[40], art. 9; Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas[41], art. 4. Merece destacarse especialmente la Convención de La Hava de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales[42], el cual contiene disposiciones explícitas referentes a la universalidad jurisdiccional en su art. 28, disponiendo que: "Las Altas Partes Contratantes se comprometen a tomar, dentro del marco de su sistema de derecho penal, todas las medidas necesarias para descubrir y castigar con sanciones penales o disciplinarias a las personas, cualquiera que sea su nacionalidad, que hubieren cometido u ordenado que se cometiera una infracción de la presente Convención".

De lo expuesto, conviene resaltar que tanto los instrumentos citados en este acápite como muchos otros no mencionados en el presente, generalmente refieren a crímenes cometidos por individuos y grupos sin patrocinio o intervención del Estado, los

cuales, a diferencia de lo referenciado respecto de los crímenes de genocidio, lesa humanidad, guerra y agresión, no involucran la participación de personas que representen la acción del Estado o que ejecuten políticas estatales.

#### G. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional[43] fue adoptado en la ciudad de Roma, Italia, el 17 de julio de 1998, durante la Conferencia Diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional. Encuentra como antecedentes más importantes los Estatutos del Tribunal de Núremberg y las sentencias de dicho Tribunal[44] y las Resoluciones de creación de los Tribunales Internacionales para la ex Yugoslavia[45] y Ruanda[46]. La CPI, a diferencia de sus antecesores con carácter ad hoc, goza de carácter permanente y subsidiario, gozando de personalidad jurídica internacional y ejerce su competencia respecto de los crímenes cometidos con posterioridad a su entrada en vigor. Por lo que su creación supone un avance decisivo en el ámbito de la justicia internacional, constituyéndose dicho tribunal como el organismo internacional encargado de la persecución, juzgamiento y condena a los autores de os crímenes más graves en contra de los Derechos Humanos. A la fecha del 2 de enero de 2015, el Estatuto cuenta con 123 Estados Partes[47].

El Estatuto de la CPI establece un alcance universal acerca de los crímenes que caen dentro de la jurisdicción de la Corte[48]. Estos crímenes son: genocidio, crímenes contra la humanidad, y crímenes de guerra, y el recientemente definido crimen de agresión[49], todos ellos considerados crímenes internacionales jus cogens[50].

Las reglas de procedimiento para los crímenes que caen bajo su órbita permiten alegar que el Estatuto de Roma recepta el principio de jurisdicción universal amplio, aunque sólo en relación a aquellos crímenes que pueden ser referenciados por el Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas, ya que faculta a este organismo a trascender la territorialidad de un Estado parte. Es decir, que se permite al Consejo de Seguridad

referir una situación a la CPI, aun cuando ella se aplique a crímenes que ocurren fuera del territorio de un Estado parte y que involucren la responsabilidad de nacionales de Estados que no son parte. Para los demás casos regulados, dado a que las referencias a la CPI son hechas por un Estado parte[51], o por un Estado no parte[52], se puede argumentar que la jurisdicción de la CPI no acepta la jurisdicción universal amplia. Sin embargo las disposiciones del Estatuto referentes a la jurisdicción son de gran importancia ya que, al menos teóricamente, se constituyen como barreras a la impunidad de crímenes jus cogens aun cuando el Estado en donde se han cometido dichos crímenes o el Estado de la nacionalidad de los presuntos criminales no haya ratificado dicho Estatuto.

#### III. Vigencia y aplicación del principio de jurisdicción universal

En lo que respecta a la aplicación de la jurisdicción universal en la praxis del derecho internacional de los derechos humanos, podemos evidenciar tres ámbitos en los cuales se redefine constantemente su alcance. Estos tres ámbitos refieren a: A. Los Tribunales Internacionales Penales ad hoc creados con posterioridad a los Juicios de Núremberg y de Tokio; B. La Corte Penal Internacional, y; C. La aplicación individual de los Estados como sujetos del derecho internacional.

# A. Aplicación y Alcance en los Tribunales Penales Internacionales (Ad Hoc) de la ex Yugoslavia y de Ruanda

Luego de las violaciones masivas de derecho internacional humanitario y derechos humanos que fueran cometidas en la ex Yugoslavia y Ruanda, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas estableció dos Tribunales Penales Internacionales[53], con el propósito de juzgar a los responsables de dichas violaciones ante una jurisdicción internacional. Estos dos tribunales son los primeros órganos judiciales en ser otorgados la responsabilidad de juzgar criminales de guerra desde los juicios de Núremberg y Tokio en 1945.

El Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia[54] fue establecido en virtud de la resolución 827 del Consejo de

Seguridad de Naciones Unidas adoptada el 25 de mayo de 1993, en respuesta a la amenaza a la paz y la seguridad internacional que representaban las violaciones graves de derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia desde 1991 por el conflicto allí suscitado. El Tribunal, cuya sede fue establecida en la Haya, juzga a los responsables de infracciones graves contra los Convenios de Ginebra de 1949, las violaciones de las leyes o costumbres de la guerra, el crimen de genocidio y los crímenes de lesa humanidad. Desde su creación, cientos de personas han sido llevadas ante el TPIY por violaciones graves de derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia.

No obstante la ausencia de respaldo directo en el derecho internacional convencional y la creciente pero aún restringida práctica de los Estados para la aseveración categórica de que el genocidio ipso facto confiere jurisdicción universal, la Cámara de Apelaciones del TPIY en el caso Tadic, en referencia al genocidio, señaló que la jurisdicción universal es hoy reconocida para los crímenes internacionales[55].

En forma similar, el Tribunal Penal Internacional de Ruanda[56] fue creado como consecuencia del genocidio perpetrado en dicho Estado con el propósito de "juzgar a las personas responsables del genocidio y de otras violaciones graves de derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Ruanda y a los ciudadanos ruandeses responsables del genocidio y de otras violaciones similares cometidas en el territorio de los Estados vecinos entre el 1 de enero de 1994 y el 31 de diciembre de 1994. La oficina central del Tribunal así como la Oficina del Fiscal y del Tribunal de Primera Instancia se encuentran ubicadas en Arusha, Tanzania, mientras que el Tribunal de Apelaciones se ubica en La Haya. La competencia del TPIR se ejerce en relación a los crimenes de genocidio, lesa humanidad, y a las violaciones del art. 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 y del Protocolo Adicional II[57]. Las primeras acusaciones fueron presentadas en noviembre de 1995, luego de la elección de los primeros jueces. En relación al principio de jurisdicción universal, en el caso del Estado contra Ntuyahaga, el TPIR sostuvo que la jurisdicción universal existe para el crimen de genocidio [58].

Si bien estos Tribunales Penales Internacionales fueron constituidos con carácter ad hoc, con las consecuencias que ello conlleva[59], debe destacarse que sus enjuiciamientos efectuados por ellos se tradujeron en un avance significativo respecto del alcance del concepto de jurisdicción universal y de su efectiva vigencia. Así, con posterioridad a los genocidios en la ex Yugoslavia y de Ruanda, una considerable cantidad de países europeos (mayormente occidentales) iniciaron procesos judiciales contra los perpetradores de crímenes jus cogens sobre la base de la Jurisdicción Universal.

### B. Aplicación y alcance en la Corte Penal Internacional

Según se ha señalado anteriormente, la CPI no tiene jurisdicción universal plena, a pesar que su alcance es universal, excepto en la medida de referencias del Consejo de Seguridad a la CPI, las cuales si permiten la aplicación práctica de la teoría de la universalidad jurisdiccional.

Las características del Estatuto de Roma que refieren al ejercicio de la competencia y a la naturaleza subsidiaria de la CPI suscitan un cúmulo de problemas desde el punto de vista de la jurisdicción universal que esta puede o no ejercer. Si bien conforme la naturaleza jurídica del Estatuto de Roma (como convención internacional de Naciones Unidas) impone la restricción de su vigencia a los Estados contratantes, no debe dejar de observarse que la peculiaridad de esta Convención hace que, en el intento de instaurar por primera vez un Tribunal Penal Internacional permanente para crímenes internacionales, haya tenido que ampliar el ámbito tradicional de aplicación, es decir, el ejercicio de su competencia más allá de los Estados Parte[60].

Como se observó anteriormente, el art. 12.2, en relación al art. 13 del Estatuto de Roma amplía expresamente la posibilidad de que la Corte ejerza su competencia sobre crímenes cometidos en el territorio o por nacionales de un Estado que no sea Parte si éste "ha aceptado la competencia" de la Corte, o bien si "el Consejo de Seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas[61], remite al Fiscal una situación

en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes". Así, los Estados que no sean Parte pueden verse afectados por la competencia de la Corte Penal Internacional, bien porque sus nacionales intervengan en territorio de un Estado Parte, bien porque acepten su competencia pese a no ser Parte del Estatuto de Roma, o bien, excepcionalmente, porque así se lo imponga el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

Desde el punto de vista técnico puede decirse que el art. 13 b) del Estatuto incorpora la sumisión de todos los Estados miembros de Naciones Unidas a su Carta y, por tanto, a las decisiones del Consejo de Seguridad basadas en el capítulo VII de la misma, la cual concede, ciertamente, un rango internacional muy especial a la decisión, a la vez que la somete a condiciones restrictivas ya que tal situación debe suponer una amenaza para la paz internacional y, además, la decisión debe ser una medida adecuada para mantenerla o restablecerla.

Lo peculiar de la introducción en el Estatuto de Roma de esta posibilidad de ejercicio de la competencia por la Corte Penal Internacional frente a Estados que no son Parte es la característica que más aproxima a la Corte Penal Internacional a un órgano de justicia penal internacional universal[62], ya que permite que extienda su competencia a los crímenes objeto de su jurisdicción con independencia del lugar de su comisión, de la nacionalidad de los responsables e incluso de la vinculación de los Estados al propio Estatuto del Tribunal.

Un caso paradigmático fue el del Estado de Libia[63], el cual no adhirió al Estatuto de Roma. Así, en febrero de 2011, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas decide por unanimidad remitir la situación en Libia para el Fiscal de la CPI. El 3 de marzo de 2011, el Fiscal de la CPI anuncia su decisión de abrir una investigación en la situación en Libia, que fue asignado por la Presidencia a la Sala de Cuestiones Preliminares. Posteriormente, la Sala de Cuestiones Preliminares I emite tres órdenes de detención, por Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi, Saif al-Islam Gaddafi y Abdullah al-Senussi por crímenes de lesa humanidad (asesinato y persecución) presuntamente cometidos en Libia a través del aparato del Estado y de las Fuerzas de

Seguridad. El 22 de noviembre de 2011, la Sala de Cuestiones Preliminares I termina formalmente el caso contra Muammar Gaddafi debido a su muerte. El 31 de mayo de 2013, la Sala de Cuestiones Preliminares I rechaza el desafío de Libia a la admisibilidad del caso contra Saif Al Islam Gaddafi v recuerda a Libia de su obligación de entregar al sospechoso a la Corte. El 21 de mayo de 2014, la Sala de Apelaciones de la CPI confirma la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I de declarar el caso. contra Saif Al-Islam Gaddafi admisible. El 11 de octubre de 2013, la Sala de Cuestiones Preliminares I decide que el caso contra Abdullah Al-Senussi es inadmisible ante la CPI, ya que era actualmente objeto de procedimientos internos llevados a cabo por las autoridades competentes de Libia y que dicho Estado está dispuesto y tiene capacidad real para llevar a cabo tales investigaciones. El 24 de julio de 2014, la Sala de Apelaciones confirma por unanimidad la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I, declarando el caso contra Abdullah Al-Senussi inadmisible ante la CPI. Sin periuicio del resultado del caso. asistimos aguí a un importante precedente en la aplicación de la jurisdicción universal, en el cual el Consejo de Seguridad de la ONU decide aprobar por unanimidad una resolución que autorizaba a la Corte Penal Internacional a investigar crímenes contra la humanidad cometidos en un Estado no parte del Estatuto de Roma[64].

## C. Aplicación y alcance en la Práctica Estatal Actual

Con posterioridad a los genocidios en la ex Yugoslavia y de Ruanda, y como efecto de la adopción del Estatuto de Roma, una considerable cantidad de países iniciaron procesos judiciales contra los perpetradores de crímenes jus cogens sobre la base de la jurisdicción universal.

Es mundialmente conocido el caso del exdictador chileno, general Augusto Pinochet en el año 1998, a orden de captura universal realizada por el fiscal Baltazar Garzón (España), se centró en importantes crímenes contra la humanidad: genocidio, tortura y desaparición forzada de personas. Este caso no se sometió a la Corte Penal Internacional, sino ante las jurisdicciones nacionales británica y chilena, respectivamente. Si bien los debates y

argumentos tanto de los Estados de Gran Bretaña, Chile y España refieren principalmente a cuestiones relativas a inmunidad soberana, extradición, aplicación de tratados internacionales y legislación interna, interesa considerablemente a los fines de este texto en la medida en que se configura como un punto de inflexión en la discusión acerca de la necesidad de aplicación del principio de jurisdicción universal como herramienta para combatir la comisión de crímenes jus cogens. La sentencia de la Corte inglesa que permitió la extradición de Augusto Pinochet a España, de fecha 8 de octubre de 1999, se basó en los criterios señalados por el juez Ronald David Bartle[65]. Entre estos criterios se señaló que España presentó su solicitud de acuerdo con el Convenio Europeo de Extradición. Dejando en claro que correspondería a los tribunales españoles pronunciarse sobre el fondo de argumentos y crímenes contra la humanidad, por los cuales se requería la extradición a España.

Asimismo, es importante enfatizar que la Cámara de los Lores consideró de aplicación universal el Convenio de Naciones Unidas sobre la Tortura de 1984. En conclusión, se señaló que la acción legal por el delito de tortura y de conspiración para la tortura constituían situaciones por las cuales el general Augusto Pinochet no gozaba de inmunidad[66].

El estado español requirente se basó para su solicitud de extradición en la adopción del principio de Justicia universal en su legislación interna. En virtud de dicha legislación, resultaba posible la persecución penal por parte de la Justicia española de determinados crímenes de gravedad cometidos en el extranjero, materializados en el ordenamiento jurídico español, a través del art. 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por el que se establecía la competencia de la jurisdicción española para juzgar, entre otros, los delitos de genocidio y terrorismo cometidos en el extranjero aunque fuesen cometidos por personas extranjeras. Sin embargo, ese principio que regía con toda su fuerza y extensión hasta el año 2009. Tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 1/2009 en el art. 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de España se limita el alcance de este principio exigiéndose determinados puntos de conexión con España que antes no se exigían. Posteriormente y tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, en el art. 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se vuelve a limitar ostensiblemente el alcance del principio de justicia universal y se establece la exigencia de la previa interposición de querella por el agraviado o por el Ministerio Fiscal, impidiendo, por tanto, la persecución a instancias únicamente de ONGs que actúen como acusación popular[67].

Entre otros estados que han promovido casos paradigmáticos en materia de legislación nacional de Jurisdicción universal podemos citar el enjuiciamiento en Bélgica de Sharon y de los responsables de las matanzas de los refugiados palestinos en Sabra y Chatila, promovido por los supervivientes y las familias de desaparecidos, apela a la aplicación de la ley belga de 1993 que otorga a la corte belga "jurisdicción universal" para los delitos de crímenes de guerra, de genocidio y crímenes contra la Humanidad. Otro caso clave fue el de Hissène Habré[68], después de las quejas de las víctimas puestas en 2000, un tribunal belga culpó al antiguo presidente del Chad por crímenes contra la humanidad, por actos cometidos entre 1982 y 1990. En 2005, éste se encuentra en el exilio en Senegal. Cuando Bélgica lanzó una orden de arresto internacional en su contra solicitando su extradición a las autoridades senegaleses, estos la rechazaron. Sin embargo, en julio de 2006, a petición de la Unión Africana, el presidente de Senegal autoriza a juzgar a Hissène Habré en Senegal a nombre de África.

Otros casos se suscitaron, por ejemplo, en Alemania, donde la Alta Corte de Bavaria sentenció a un bosnio serbio, Novislav Djajic, a cinco años de prisión en 1997 en conformidad con los Convenios de Ginebra por ayudar y encubrir el asesinato de catorce hombres musulmanes en Bosnia en 1992.

En Dinamarca, el bosnio musulmán Refik Saric se encuentra en la actualidad cumpliendo una sentencia de ocho años por crímenes de guerra. Asimismo, Holanda se encuentra procesando a un bosnio serbio por crímenes de guerra ante un tribunal militar.

#### V. Conclusiones

Respecto del desarrollo que se ha observado en materia de derecho internacional convencional en referencia al Principio de Jurisdicción Universal, es destacable resaltar que la mayoría de las convenciones internacionales que lo receptan comúnmente refieren a crímenes cometidos por individuos y pequeños grupos, y que no son usualmente patrocinados por el Estado, siendo en consecuencia más fácil para los Estados reconocer y aplicar la teoría de la universalidad y otras formas de cumplimiento forzado a estos tipos de actores individuales que hacerlo con respecto a aquellos que llevan a efecto una política estatal. Esto explica por qué, no obstante el profundo daño causado por el genocidio, los crímenes contra la humanidad, los crímenes de guerra y de agresión, los Estados han sido reacios a aplicar la universalidad de jurisdicción, obedeciendo dicha postura a razones políticas de auto-protección para aquellas convenciones de derecho penal internacional cuvos suietos son personas que participan en la acción del Estado o que ejecutan políticas estatales.

Sin embargo, el establecimiento de órganos investigadores y judiciales internacionales desde la Segunda Guerra Mundial, tales como el TPIY, el TPIR y la CPI incorporan gradualmente este principio respecto a los crímenes jus cogens. Si bien cada una de estas fuentes del derecho internacional es en sí misma insuficiente para establecer la proposición de que la jurisdicción universal se aplica a los crímenes jus cogens, es el efecto acumulativo de esas fuentes lo que lo hace. Es por este efecto acumulativo que la jurisdicción universal es actualmente reconocida y tiene aspiraciones futuras de ser exigida como herramienta para combatir los crímenes jus cogens.

Respecto del derecho nacional, tanto las legislaciones nacionales como las prácticas judiciales estatales arrojan dos datos reveladores, ya que si bien unos pocos Estados contemplan una jurisdicción universal amplia, existen casos de estados que aplican la jurisdicción universal plena. Asimismo existen como materia de derecho nacional decisiones judiciales que han sido dictadas en respaldo de la jurisdicción universal, sea con o sin vínculos con el Estado ejecutor.

De todos modos, la legislación y la práctica judicial nacional, en la actualidad, se presenta insuficiente para establecer una práctica consuetudinaria internacional marcada con respecto a la jurisdicción universal, aunque es menester destacar que ésta continúa desarrollándose y redefiniendo sus alcances.

En tiempos actuales la globalización exige un avance jurídico[69], produciéndose dos fenómenos de relevancia, la creación de la Corte Penal Internacional, y una ferviente discusión sobre la aplicación del Principio de Jurisdicción Universal, perfilándose éste como una importante herramienta para alcanzar una efectiva Justicia Universal y abrir nuevos horizontes en el camino de la globalización de la justicia.

#### **Notas**

- [1] Abogado egresado con diploma de honor al mérito académico de la Universidad Nacional de Tucumán. Doctorando en Derecho y Maestrando en Derecho Público ambos por la Universidad Nacional de Rosario. Aspirante a la docencia e investigación científica de la Cátedra "B" de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho y Cs. Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán. Secretario Relator de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Penal de Instrucción del Poder Judicial de Tucumán. Domicilio postal: Próspero García 148, 6° 'F', San Miguel de Tucumán, Tucumán, Argentina. Teléfono: +543814497711. Correo electrónico: sebastian.norniella.parache@gmail.com.
- [2] Kenneth C. Randall, Universal Jurisdiction under International Law, 66 Texas Law Review 785-786, (1988).
- [3] JAIME LAGOS ERAZO, EL ´CASO PINOCHET´ ANTE LAS CORTES BRITÁNICAS. Editorial Jurídica de Chile, 23/26. (Editorial Jurídica de Chile 1999).
- [4] HUGO GROCIO, DE JURE BELLI AC PACIS, 1625, vol. II, Libro II, Cap. XXI, párr. 3, 1-2.
- [5] Comparar en general con: CESARE BECCARIA, TRATADO DE LOS DELITOS Y DE LAS PENAS, 1774, traducción al español por D. Juan Antonio de las Casas, edición de Madrid, Ed. D. Joachin Ibarra (este autor se expresa en sentido contrario considerando que si bien existe una visión universalista idealista de una comunidad de

- naciones que, compartiendo valores comunes, se encuentran obligados hacer cumplir en forma colectiva y singular, esto no admite una jurisdicción universal por cuanto los jueces no se constituyen como los "caballeros errantes de una naturaleza humana en general", sino como guardianes de convenciones específicas entre los hombres).
- [6] Ver: Princeton Project on Universal Jurisdiction, Macedo Stephen (Project Chair and Editor), The Princeton Principles on Universal Jurisdiction, 28, 2001, disponible enhttps://lapa.princeton.edu/hosteddocs/unive\_jur.pdf. (Texto original: "jurisdiction based solely on the nature of the crime, without regard to where the crime was committed, the nationality of the alleged or convicted perpetrator, the nationality of the victim, or any other connection to the state exercising such jurisdiction").
- [7] The Princeton Principles on Universal Jurisdiction supra nota 5, 29 (se tipifica dichos crímenes de la siguiente manera: "For purposes of these Principles, serious crimes under international law include: (1) piracy; (2), slavery; (3) war crimes; (4) crimes against peace; (5) crimes against humanity; (6) genocide; and (7) torture).
- [8] HERNANDO VALENCIA VILLA, DICCIONARIO DE DERECHOS HUMANOS, Ed. Espasa Calpe, 2003.
- [9] Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, publicado como documento A/CONF.183/9 de 17 de julio de 1998, enmendado por los procès-verbaux de 10 de noviembre de 1998, 12 de julio de 1999, 30 de noviembre de 1999, 8 de mayo de 2000, 17 de enero de 2001 y 16 de enero de 2002. Entró en vigor el 1° de julio de 2002.
- [10] Ver en general: M. CHERIF BASSIOUNI, INTERNATIONAL CRIMINAL LAW CONVENTIONS AND THEIR PENAL PROVISIONS, Martinus Nijhoff, 1997. (Esta investigación se refiere únicamente a 25 categorías ya que dos más fueron agregadas desde 1997).
- [11] M. Cherif Bassiouni, Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice, Virginia Journal of International Law Association, 2001, 42 Va. J. Int'l. L. 81, 27, disponible en http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/18/45.pdf. (Además, en opinión de este autor, prima sobre las disposiciones concernientes a la jurisdicción universal la preferencia por

- aquellas disposiciones que reflejan tanto la obligación de procesar, con 98 instrumentos, como la de extraditar con 68 instrumentos. Evidenciándose así la preferencia legislativa a favor estas técnicas de cumplimiento de la ley por sobre la que confiere jurisdicción universal a los Estados).
- [12] Ver: Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, supra nota 8 (en su art. 5° dispone: "...La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes: a) El crimen de genocidio; b) Los crímenes de lesa humanidad; c) Los crímenes de guerra; d) El crimen de agresión...").
- [13] Convención de 1907 para la Resolución Pacífica de Controversias Internacionales. La Haya, Países Bajos, 1907.
- [14] Tratado de Paz de Versalles (1919). Entró en vigencia el 10 de enero de 1920.
- [15] Este intento fracasó ya que las autoridades de los Países Bajos negaron la extradición del imputado por delito político. Así mismo, en dicho tratado, en los arts. 228 al 230, se establece que el gobierno alemán debía entregar en manos de las potencias aliadas a todos los individuos acusados de haber cometido actos en violación de las leyes y costumbres de guerra. Finalmente, los acusados fueron juzgados por los tribunales alemanes y recibieron castigos leves. Véase por ejemplo: HEDLEY PAUL WILLMOTT, THE FIRST WORLD WAR (Dorling-Kindersley) (2003).
- [16] Willard B. Cowles, Universal Jurisdiction over War Crimes, 33, California Law Review, 177 (1945).
- [17] I. Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña, 1949, 6 U.S.T. 3114, 75 U.N.T.S. 31; II. Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos, los Enfermos y los Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar, 6 U.S.T. 3217, 75 U.N.T.S. 85; III. Convenio de Ginebra Relativo al Trato Debido a los Prisioneros de Guerra, 1949, 6 U.S.T. 3316, 75 U.N.T.S. 135; IV. Convenio de Ginebra Relativo a la Protección Debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra, 1949, 6 U.S.T. 3516, 75 U.N.T.S. 287.
- [18] Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, abierto para firma en Berna el 12 de diciembre de 1977, UN Doc. A/32/144, Anexo I; Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, abierto para firma en Berna el 12 de diciembre de 1977, UN Doc. A/32/144, Anexo II.

- [19] Conforme dispone el art. 85 del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra.
- [20] Art. 1 Respeto del Convenio Las Altas Partes Contratantes se comprometen a respetar y a hacer respetar el presente Convenio en todas las circunstancias.
- [21] Art. 2 Aplicación del Convenio Aparte de las disposiciones que deben entrar en vigor ya en tiempo de paz, el presente Convenio se aplicará en caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o varias de las Altas Partes Contratantes, aunque una de ellas no haya reconocido el estado de guerra. El Convenio se aplicará también en todos los casos de ocupación total o parcial del territorio de una Alta Parte Contratante, aunque tal ocupación no encuentre resistencia militar. Si una de las Potencias en conflicto no es parte en el presente Convenio, las Potencias que son Partes en el mismo estarán, sin embargo, obligadas por él en sus relaciones recíprocas. Estarán, además, obligadas por el Convenio con respecto a dicha Potencia, si ésta acepta y aplica sus disposiciones.
- [22] Bassiouni, supra nota 11, 30-31 (en la opinión del autor la legislación internacional consuetudinaria, según se refleja en la práctica de los Estados, no justifica la conclusión de que la jurisdicción universal ha sido aplicada en procesamientos nacionales, existiendo unos pocos casos en la práctica de los Estados. Sin embargo considera que se puede argumentar que el derecho internacional consuetudinario puede existir sin consideración a las prácticas de los Estados si hay una fuerte evidencia de opinio juris, lo cual es el caso con respecto a los crímenes de guerra).
- [23] Véase por ejemplo, M. Cherif Bassiuoni, International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Ergo Omnes, 59 Law & Contemp. Probs. 4, 63 (1996).
- [24] Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, 9 de diciembre de 1948, 78 U.N.T.S. 277.
- [25] A partir de la entrada en vigencia de la Convención sobre Genocidio, se crearon dos tribunales penales internacionales "ad hoc", el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (en adelante TPIY) y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (en adelante TPIR), en 1993 y 1994, respectivamente.
- [26] Ver en general: Jordan J. Paust, Congress and Genocide:

- They're Not Going to Get Away with It, 11 Mich. J. Int'l L. 90, 91-92 (1989); Christopher C. Joyner, Arresting Impunity: The Case for Universal Jurisdiction in Bringing War Criminals to Accountability, 59 Law & Contemp. Probs.153, 159-60 (1996).
- [27] Theodor Meron, International Criminalization of Internal Atrocities, 89 Am. J. Int'l L. 554, 569 (1995), (en opinión de este autor es cada vez más reconocido por los principales comentaristas que el crimen de genocidio, a pesar de la ausencia de una disposición con respecto a la jurisdicción universal en la Convención sobre Genocidio, puede también constituir una causa para el procesamiento por cualquier Estado).
- [28] Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid, Res. AG 3068 (XXVIII), UN GAOR, 28ª Ses. Sup. N° 30, en 75, UN Doc. A/9030 (1973).
- [29] Estatuto de Roma, supra nota 8, art. 7, inc. 1- j, e inc. 2- h. (A partir de la entrada en vigencia y a los fines de dicho Estatuto, el crimen de Apartheid se tipifica como una de las especies de los delitos de lesa-humanidad).
- [30] Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid, supra nota 28, art. 4.
- [31] Supra nota 28, art. 5.
- [32] Bassiouni, supra nota 11, 35 (En opinión de este autor, debe hacerse la salvedad de que luego de la desaparición del régimen del apartheid en Sudáfrica y la falta de procesamientos por apartheid en conformidad con esta convención por parte del nuevo régimen, la convención puede haber caído en desuso. Para que la convención tenga alguna validez en el futuro, ella debería ser modificada para que sea aplicable a las prácticas similares al apartheid).
- [33] Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Res. AG 39/46, UN GAOR 39ª Ses., Sup.  $N^{\circ}$  51, UN Doc. A/39/51 (1984), entrada en vigencia el 26 de junio de 1987.
- [34] Ver: Convención contra la Tortura, supra nota 33, art. 5.
- [35] Ver por ejemplo: M. Cherif Bassiouni & Edward M. Wise, Aut Dedere Aut Judicare: The Duty to Prosecute or Extradite in International Law 3-69 (1995). (Si bien la máxima aut dedere aut judicare puede bien ser alegado como un sustituto para la teoría de jurisdicción universal, desde un punto de vista estrictamente teórico, no se trata de nociones idénticas. En opinión de estos

- autores, la jurisdicción universal complementa la máxima aut dedere aut judicare en la medida en que siempre que un Estado no extradita y procede a someter a proceso, éste puede prescindir de la universalidad jurisdiccional como herramienta habilitante).
- [36] Convención contra la Tortura, supra nota 33, art. 7.1.
- [37] Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves (Convenio de La Haya), 16 de diciembre de 1970, art. 4(3), 22 U.S.T. 1641, 860 U.N.T.S. 105.
- [38] Convención Internacional Contra la Toma de Rehenes, concluida en Nueva York el 17 de diciembre de 1979, art. 5, 18 I.L.M. 1456.
- [39] Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado, abierta a la firma en Nueva York el 15 de diciembre de 1994, art. 10, UN Doc. A/49/742 (1994)
- [40] Borrador Convención Internacional sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, art. 6.1, E/CN.4/Sub.2/1998/19, Anexo (19 de agosto de 1998) [traducción libre].
- [41] Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en Belém Do Pará, Brasil, 9 de junio de 1994, art. 6, en http://oas.org.jurídico/english/Sigs/a-60.html
- [42] Convención de La Haya para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado, 14 de mayo de 1954, art. 28, 249 U.N.T.S. 240.
- [43] Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, supra nota 8 (en adelante CPI).
- [44] Confirmación de los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Núremberg. A/RES/95(I) Doc. ONU (11 de dic. 1946).
- [45] Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, S.C. Res. 808, UN SCOR, 48ª Sesión, 3217ª reunión, UN Doc. S/RES/808 (1993) (referido en adelante como Estatuto TPIY).
- [46] Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, S.C. Res. 955 UN SCOR, 49<sup>a</sup> Sesión, 3453<sup>a</sup> reunión, Anexo, UN Doc. S/RES/955 (1994) (referido en adelante como Estatuto TPIR).
- [47] Información disponible en sitio web: <a href="https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?mtdsg\_no=XVIII-10&chapter=18&lang=en&clang=\_en">https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?mtdsg\_no=XVIII-10&chapter=18&lang=en&clang=\_en</a>
- [48] Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, supra nota 8, art. 5.

- [49] Supra nota 9.
- [50] Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, supra nota 8, arts. 6,7,8.
- [51] Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, supra nota 8, art. 14.
- [52] Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, supra nota 8, art. 12, inc. 3.
- [53] Supra notas 46 y 47.
- [54] Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, supra nota 46 (referido en adelante como TPIY).
- [55] "Prosecutor v. Tadic", Caso N° IT-94-1-AR72, Decisión sobre la Presentación de la Defensa por Apelación Interlocutoria sobre Jurisdicción, par. 62 (2 de octubre de 1995).
- [56] Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, supra nota 47 (referido en adelante como TPIR).
- [57] Ver en general: VIRGINIA MORRIS & MICHAEL P. SCHARF, THE INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA, (Transnational Publishers Inc. 2 vols.) (1998).
- [58] Prosecutor v. Ntuyahaga, Caso N° TPIR-90-40-T, Decisión sobre la Presentación del Fiscal de Retirar el Procesamiento (18 de marzo de 1999).
- [59] Bassiouni, supra nota 11, 31 (en la opinión del autor la actuación del TPIY y del TPIR se traducen como formas de cumplimiento colectivo derivadas de la facultad del Consejo de Seguridad en conformidad con lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, pero la jurisdicción de esos tribunales es territorial).
- [60] José Manuel Gómez-Benítez, La Corte Penal Internacional Como Órgano De Jurisdicción Universal, La Rábida, Huelva. España, (2001).
- [61] Carta N.U., cap. 7, disponible en http://www.un.org/es/documents/charter/
- [62] Ramón Ragués I Vallés, El Tribunal Penal internacional. La última gran institución del siglo XX (I), La Ley, 17 abr 2001 (y su referencia a Kai Ambos, La nueva Corte Penal Internacional. El difícil equilibrio entre persecución penal y "realpolitik", La Ley, 1998, 2).
- [63] Informe disponible en <a href="http://www.icc-cpi.int/en\_menus/icc/situations%20and%20cases/Pages/situations%20and%20cases.aspx">http://www.icc-cpi.int/en\_menus/icc/situations%20and%20cases/Pages/situations%20and%20cases.aspx</a>

- [64] Sheila Vélez, La CPI podrá juzgar a Gadafi por crímenes contra la humanidad, PERIODISMOHUMANO, 28 feb 2011, <a href="http://periodismohumano.com/en-conflicto/la-cpi-podra-juzgar-a-gadafi-por-crimenes-contra-la-humanidad.html">http://periodismohumano.com/en-conflicto/la-cpi-podra-juzgar-a-gadafi-por-crimenes-contra-la-humanidad.html</a>
- [65] Ver en general: EL 'CASO PINOCHET' ANTE LAS CORTES BRITÁNICAS, supra nota 2.
- [66] Reed Brody & Michael Ratner, The Pinochet Papers: The Case of Augusto Pinochet in Spain and Britain, Human Rights Watch. Ver en general: The Pinochet Precedent: How Victims Can Pursue Human Rights Criminals Abroad, Human Rights Watch Update (Human Rights Watch), septiembre de 2000.
- [67] Ver: Pedimos más justicia universal y prácticamente la han anulado, EL PAIS, 25 de mayo de 2014, disponible en <a href="http://politica.elpais.com/politica/2014/05/25/actualidad/1401041929\_325382.html">http://politica.elpais.com/politica/2014/05/25/actualidad/1401041929\_325382.html</a>
- [68] Hissène Habré and the Senegalese Courts A Memo for International Donors, Human Rights Watch, diciembre de 2007.
- [69] Luis T. Díaz Müller, "Globalización y derechos humanos: más allá del ogro filantrópico", seminario Los Derechos Humanos del Siglo XXI, Santiago de Chile, Corporación Ayún (2001).

# Análisis, bajo la óptica del derecho internacional humanitario, de la participación de niños, niñas y adolescentes en el marco de los conflictos armados internacionales o internos

Nallely L. Dueñas Moncada

#### I. El Derecho Humanitario Internacional y la Niñez

En el trascurso de historia de la humanidad se ha tratado de codificar los principios y costumbres que rigen el Derecho, es a partir del Derecho de Gentes que la Doctrina Clásica, determina que los Estados soberanos disponían de una libertad de uso de fuerza frente a las relaciones entre sí, fundada en la soberanía estatal en relación con los demás miembros de la comunidad internacional, resultando desde los orígenes del Derecho Internacional la necesidad de someter la relación bélica a un régimen de Derecho compatible con los Principios Fundamentales de la convivencia internacional, previendo evitar actos de barbarie. Con la evolución del Derecho internacional Público, y la re conceptuación de Estado y Nación se da un progreso en las Reglas de la Guerra, estableciéndose dos aspectos: "los procedimientos legales de entrar y de salir de la Guerra de conformidad con la reglas de derecho (jus ad bellum) y el del comportamiento ya en la situación de conflicto ante las personas y los bienes que están afectados por él (jus in bello)" (SWINARSKI, 1990). El 22 de agosto de 1864, se creó el primer instrumento multilateral de derecho Internacional, siendo este él: Convenio de Ginebra, y en 1949 su tercero III y cuarto IV, que otorgan la protección especial a los niños junto con sus Protocolos adicionales de 1977, en caso de conflicto armado, internacional o no internacional, otros instrumentos regulan especialmente los límites de la niñez a su participación en las hostilidades: la Convención de 1989 relativa a los Derechos del Niño y el reciente Protocolo Facultativo de esta Convención.

José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto (2011), General Consejero Togado (R). Director del Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española afirma que "desde los años sesenta del pasado siglo, particularmente en los conflictos armados internos (y no sólo por los grupos armados no estatales), ha proliferado el fenómeno de los niños soldados (y el de niñas soldados convertidas en ocasiones en esclavas sexuales) hasta alcanzar la cifra de trescientos mil, que permanece estable pese a los esfuerzos de la comunidad internacional. Problemática que representa un flagelo para la Humanidad".

# II. Protección de la niñez como personas que no participan directamente en las hostilidades por el Derecho Internacional Humanitario

El Cuarto Convenio de Ginebra (CG IV) relativo a la protección de las personas civiles en su art. 24 determina las medidas especiales en favor de la infancia y su Protocolo I articulo 77 protege en caso de conflicto armado internacional, al niño no participante en las hostilidades señalando que "los niños serán objeto de un respeto especial y se les protegerá contra cualquier forma de atentado al pudor" y en caso de conflicto armado no internacional se tutela en el Protocolo II, en su art. 4, párrafo 3. Reconociéndole sus garantías fundamentales, como población civil, contempladas en los arts. del 27 al 34 de la IV Convención de Ginebra, como el derecho a la vida, la prohibición contra castigos corporales, cualquier acto de violencia o de intimidación, de tortura y el deber de ser tratadas en toda circunstancia con humanidad al igual que en su Protocolo I, que señala el art. 75 además de la aplicación sin discriminación y el amparo de la persona, el honor, las convicciones y las prácticas religiosas de todas esas personas, los atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor, las familias detenidas o internadas serán alojadas, siempre que sea posible, en un mismo lugar, como unidad familiar.

## III. Disposiciones normativas que regulan la protección especial de los Niños en el Derecho Internacional Humanitario

El III Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra en relación a la protección de la niñez.

La IV Convención de Ginebra y los Protocolos I y II.

La Carta Africana de los Derechos y bienestar del niño de 1990.

Los Estatutos de los Tribunales Internacionales añaden la definición de genocidio de los niños a las normas internacionales.

Se contempla en otros instrumentos de diversa naturaleza la protección de la niñez en conflictos, como en el Convenio sobre las peores formas de Trabajo Infantil de 1999, Número 182.

Protocolo Facultativo relativo a la participación de niños en los conflictos armados del 2000.

# IV. Participación en las hostilidades por Niñez y la protección del Derecho Internacional Humanitario

Los protocolos adicionales de 1977 regulan la participación de los niños en las hostilidades, el primero (I), establece que los Estados partes tienen obligación de tomar medidas para impedir que los niños de menos de 15 años participen en las hostilidades, prohíbe reclutamiento en las fuerzas armadas y se alienta a que, los niños de entre 15 a 18 años, sean alistados, en primer lugar, los de más edad con fundamento su el art. 77, el segundo (II) Protocolo prohíbe el reclutamiento y cualquier otro tipo de participación en las hostilidades, directa o indirecta, de niños de menos de 15 años conforme a su art. 4, párrafo 3 inciso (c) y (d encaso de captura), tendrán la protección que brinda el estatuto de prisionero de guerra, en el sentido del Convenio de Ginebra tercero (III) y con base en los Protocolos adicionales tendrán derecho a un trato preferencial.

# V. El Comité Internacional de la Cruz Roja y la protección especial de los Niños en el Derecho Internacional Humanitario

El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), con el mandato que le asignaron los Estados Partes en los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales de 1977, cuenta con la misión de prestar protección y asistencia a las víctimas militares y civiles de la guerra y de la violencia interna, previniendo evitar el sufrimiento "mediante el fortalecimiento del derecho y de los principios humanitarios universales y fomentando su aplicación" (Revista internacional de la Cruz Roja, 2001), y en oportunidades expresando el deseo porque los Estados tomen medidas, "enérgicas y concretas que permitan mejorar efectivamente la suerte de los niños en el mundo".

#### VI. La Convención de 1989 relativa a los Derechos del Niño

Los Estados reconocieron y representaron a la niñez como seres humanos que requieren de cuidados y atenciones especiales por lo que firman y ratifican el instrumento de la Convención relativa a los Derechos del Niño que fue adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 44/55 del 20 de noviembre de 1989 el cual entró en vigor el dos de septiembre de 1990 conteniendo 54 artículos divididos en tres

partes y el preámbulo, que resguarda como piedra angular el principio del interés superior del niño, señalado en su art. 3°, manifestando que esta inclusive por encima de la propia voluntad del niño la niña o el adolescente, obligándose a respetar plenamente los Derechos Humanos y garantías individuales de la niñez y tutela el derecho inalienable de la Dignidad Humana establecido en su art. 37 inciso a) y c).

# VII. La Oficina del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los niños y los conflictos armados

En la Cumbre Mundial en favor de la Infancia de 1990 las Naciones Unidas y la comunidad internacional comienzan a visibilizar y tematizar la flagelante situación de los niños afectados por los conflictos armados. En 1999, la Sra. Graça Machel en su condición de experta independiente nombrada por el Secretario General, presenta a la Asamblea General su informe titulado "Repercusiones de los conflictos armados sobre los niños" este informe dio lugar a la aprobación por la Asamblea General de la resolución A/RES/51/77 en la cual se estableció el mandato del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los niños y los conflictos armados por un período de tres años.

# VIII. La Edad mínima de la niñez requerida para participar en las hostilidades conforme a Convención de Ginebra y la Convención de Derechos del Niño y sus Protocolos

Es establecida a partir de la definición general de la Convención sobre los Derechos del Niño, que define en su art. 1° a todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo en virtud del derecho interno de cada estado parte que determine que haya alcanzado la mayoría de Edad, ya que tiene facultad para establecer, la edad mínima para no infringir las leves penales, como bien señala el art. 40.3 inciso (a) de la Convención sobre derechos del Niño, si bien la Convención fija en su art. 38, los 15 años como la edad mínima requerida para participar directamente en las Hostilidades, resulta contradictoria para la protección de sus derechos, controversia que se enmienda en el Protocolo facultativo, donde se precisa a los 18 (dieciocho) años como la edad mínima requerida para la participación directa en las hostilidades puntualizando en su art. 2 que está prohibido el reclutamiento obligatorio de menores de 18 años y exhorta a los Estados en su art. 3, a elevar la edad mínima de reclutamiento voluntario en las fuerzas armadas a más de 15 años pero estas disposiciones no serán aplicables a Escuelas militares, el art. 4 prohíbe tajantemente a los grupos armados que no sean fuerzas armadas nacionales, a reclutar voluntaria u obligatoriamente a niños de menos de 18 años, ni hacer que participen en las hostilidades comprometiéndose los Estados a sancionar penalmente dichas prácticas.

#### IX. Estatuto de la Corte Penal Internacional

El Estatuto de la Corte Penal Internacional, aprobado en Roma el 17 de julio de 1998, tipifica como crímenes de guerra que son de la competencia de la Corte el hecho de hacer participar activamente en las hostilidades a niños de menos de 15años en su art. octavo, señalando por cuanto hace a su reclutamiento en las fuerzas armadas nacionales en caso de conflicto armado internacional (art. 8 (2) (b) (xxvi)), y en las fuerzas armadas nacionales y otros grupos armados en situación de conflicto armado no internacional (art.8 (2) (e) (vii)). De los primeros casos elevados ante la Corte Penal Internacional por acusaciones del Fiscal que comprenden, entre otros delitos, crímenes de guerra cometidos contra niños en el continente africano, consistentes en el reclutamiento de niños soldados o su participación en las hostilidades es el de Thomas Lubanga Dyilo y Bosco Ntaganda en la República Democrática del Congo; en Uganda; el líder opositor Joseph Kony y Germain Katanga, y Mathieu Ngudjolo Chui en la República Democrática del Congo.

# X. Reinserción a la sociedad, de los niños y niñas que participaron en los conflictos armados

La situación actual reportada en el Informe del 25 de Julio del 2016 Los conflictos prolongados han tenido efectos considerables en los niños. En la República Árabe Siria, según el Enviado Especial para Siria, el conflicto va ha causado la muerte de más de 400.000 personas, incluidos miles de niños. En el Afganistán, en 2015 se registró el mayor número de bajas infantiles desde que las Naciones Unidas empezaron a documentar sistemáticamente las bajas civiles en 2009. En Somalia, la situación siguió siendo peligrosa para los niños: el número de violaciones de derechos registradas no mostró señales de disminuir en 2016, y centenares de niños fueron secuestrados, reclutados, utilizados, brutalmente muertos y mutilados. Cabe señalar, como ejemplo sumamente inquietante, la situación en Sudán del Sur, donde los niños fueron víctimas de las seis categorías de violaciones graves de sus derechos, en particular durante las brutales ofensivas militares lanzadas contra las fuerzas de la oposición. El deterioro de la situación en julio de 2016 es especialmente preocupante por la situación penosa de los niños.

En el Iraq, los intensos enfrentamientos armados y los ataques contra la población civil perpetrados por el Estado Islámico en el Iraq y el Levante han causado la muerte de miles de civiles, entre ellos muchos niños. Resulta de suma importancia dar respuesta a tan alarmante panorama desde múltiples vías, por lo que se han tomado las siguientes medidas el Objetivo 3 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible en la resolución 70/1 de la Asamblea General establece que las iniciativas destinadas a cumplir los Objetivos deben incluir disposiciones específicas para los niños afectados por los conflictos armados, la Representante Especial acoge con satisfacción la Carta sobre la Inclusión de las Personas con Discapacidad en la Acción Humanitaria aprobada en la Cumbre Humanitaria Mundial, va que la iniciativa ayudará a evitar que caigan en el olvido los numerosos niños que durante un conflicto quedan discapacitados de forma permanente, y a veces simplemente como consecuencia de la falta de servicios médicos básicos para tratar afecciones menores. (Informe de la Representante Especial del Secretario General para la Cuestión de los Niños y los Conflictos Armados, 2016). En la Cumbre Humanitaria Mundial seda la puesta en marcha del fondo "La educación no puede esperar". El 23 de mayo de 2016, la Representante Especial asistió a un acto de la Global Business Coalition for Education durante el cual el sector privado anunció su intención de movilizar 100 millones de dólares para ese fondo, en contribuciones financieras y en especie. La Representante Especial alienta a los Estados Miembros y otros asociados a que sigan apoyando las iniciativas encaminadas a ayudar a los niños desplazados a reconstruir sus vidas (Informe de la Representante Especial del Secretario General para la Cuestión de los Niños y los Conflictos Armados, 2016). "A su regreso, estos niños a menudo son estigmatizados, y se deberían asignar recursos suficientes para su reintegración. También se debe proporcionar recursos y asistencia a las comunidades receptoras para apoyar las actividades de reintegración" (Informe de la Representante Especial del Secretario General para la Cuestión de los Niños y los Conflictos Armados, 2016).

#### XI. Conclusiones

El flagelo que vive la humanidad, con respecto a su niñez que participa en hostilidades o es víctima de los conflictos armados, es una realidad aterrorizadora, por la que el Derecho Humanitario Internacional está luchando y ha hecho grandes esfuerzos por proteger, el "Aplicar las disposiciones existentes al respecto es una responsabilidad moral colectiva y de los Estados Parte en los Convenios de Ginebra, deben no

sólo respetar sino hacer respetar las normas de ese derecho" (Revista internacional de la Cruz Roja, 2001). Es de vital importancia dar respuesta a las medidas acordadas y establecidas en los Instrumentos de Derecho Internacional y de protección del Derecho Humanitario Internacional, por los Estados, ejemplos de ello la prohibición de del reclutamiento para la participación directa en las hostilidades puntualizando en su art. 2 que sean menores de 18 años y exhorta a los Estados en su art. 3, a elevar la edad mínima de reclutamiento voluntario en las fuerzas armadas a más de 15 años, como también lo reitera el Protocolo II de las Convenciones de Ginebra, pero estas disposiciones no serán aplicables a Escuelas militares, el art. 4 prohíbe tajantemente a los grupos armados que no sean fuerzas armadas nacionales, a reclutar voluntaria u obligatoriamente a niños de menos de 18 años, ni hacer que participen en las hostilidades comprometiéndose los Estados a sancionar penalmente dichas prácticas o la obligación de los Estados partes de la Cuarta Convención de Ginebra articulo 68, párrafo 4, de establecer medidas legislativas, penales o militares para prohibir que se dicte o ejecute una condena contra una persona de menos de 18 años de edad. Los Estados comprometidos con el respeto del Derecho Humanitario Internacional en situación de paz se deberá fortalecer y tomar las medidas necesarias para integrar la noción de protección especial a los niños en políticas públicas como los programas de formación e instrucción de las fuerzas armadas y fuerzas de seguridad, nacionales en todos los niveles.

# XII. Bibliografía

RODRÍGUEZ-VILLASANTE, José Luis, 2011. La protección del niño en los conflictos armados por el derecho internacional humanitario, los niños soldados. Recuperado de http://www.uam.es/otros/afduam/pdf/15/Jose%2 OLuis%20Rgez.pdf

SWINARSKI Christophe, Cátedra Jean Pictet, "Principales nociones e institutos del Derecho Internacional Humanitario como sistema internacional de protección de la persona humana" Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1990.

Revista internacional de la Cruz Roja, junio de 2001, Volumen 83, nº 842.

Pronunciado en el periodo extraordinario de la Asamblea General de Naciones Unidas centrada en el seguimiento de la Cima Mundial para los niños en el mundo, en Nueva York, del 8 al 10 de mayo de 2002.

XXVI Conferencia Internacional en Ginebra, diciembre de 1995, Resolución 2.C.d y 2 C. g.

La Protección Jurídica de los niños en conflictos armados Comité Internacional de la Cruz Roja. www.cicr.org/spa/niños. Febrero 2003.

Comité Internacional de la Cruz Roja "La Asistencia debida a los Niños en la Guerra" (actualización enero 2003).

Oficina del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los niños y los conflictos armados. https://childrenandarmedconflict.un.org/

\* Licenciada en Derecho egresada de la Universidad Nacional Autónoma de México, FES Aragón, Maestranda por el Instituto de Derechos Humanos de la UNLP en Argentina, Nombrada Inmigrante destacada 2016 para la Comunidad Platense en Argentina, Docente en la UACM.

# <u>El derecho a Consulta y Consentimiento Previo Libre e Informado en comunidades no aborígenes</u>

### El caso de pastores trashumantes

Raúl G. Sillero [1]

### Capítulo I - Planteamiento del tema

#### 1. Introducción

Los Derechos Humanos (DDHH), entendidos como facultades o prerrogativas de las personas o grupos que, enmarcas dentro del contexto del Estado de Derecho, regulan la dignidad y existencia misma de la persona, permitiendo a sus titulares exigir de las autoridades respectivas, la satisfacción de las necesidades básicas en ellas incluidas[2]. Los DDHH son facultades o prerrogativas, no sólo individuales, sino también grupales.

Entre las principales características de los DD HH se encuentra la de que son "Indivisibles", esto es, que deben ser aplicados en forma conjunta. Resultando inadmisible que un grupo de derechos humanos sean plenamente aplicables, como lo serían por ejemplo los derechos civiles y políticos, pero no así los derechos económicos, sociales y culturales.

Los DDHH se aplican integramente, sin que sea legitimo admitir una división entre unos y otros derechos humanos.

La indivisibilidad nos lleva a hablar, necesariamente, de otra de las características de los DDHH que es la "interdependencia". La interdependencia nos muestra la mutua vinculación que tienen los derechos humanos entre sí, de manera que no podemos hablar del respeto al derecho a la "libertad", cuando no se satisfacen requisitos mínimos de otros derechos como la seguridad alimentaria o de otras necesidades básicas.

Lo dicho nos permite afirmar que los Derechos Económicos Sociales y Culturales (DESC) son irrealizables si no cuentan como presupuesto básico la existencia misma del ser humano. Pero, no alcanza con ello solo. Se hace necesario que se respete también el derecho a la propiedad y uso de los recursos naturales; se permita y garantice el

ejercicio del desarrollo a la participación dentro de un ambiente saludable, etc.

Resulta claro que el derecho al desarrollo económico, social y cultural; el derecho a un ambiente sano; el derecho a la alimentación adecuada requieren la concreción de de otros DDHH que obran como una suerte de plataforma de los mismos.

Para mostrar esta indivisibilidad e interdependencia entre los DESC y otros DDHH se ha tomado el caso de los pastores chilenos que realizan la práctica de la trashumancia en los altos valles de la cordillera sanjuanina y su relación con la actividad minera.

En este trabajo se pretende concluir que para la realización de los DESC de estos pastores se hace necesario el reconocimiento del Derecho a la Consulta (D.C.) y al Consentimiento Previo Libre e Informado (C.P.L.I.), aún en ausencia de instrumento internacional que así lo normativice.

#### 2. El caso en análisis

Desde la época hispana, antes de la configuración de los límites políticos entre Argentina y Chile, pobladores asentados en la parte occidental de la cordillera de los Andes, trasladan su ganado, mayoritariamente caprino, en la época estival (septiembre/octubre a marzo/abril del año siguiente) a pastar y engordar en los altos valles cordilleranos de Calingasta (Suroeste de la Provincia de San Juan).

La ganadería trashumante en los valles cordilleranos reconoce antecedentes desde el Siglo XVII, lo que constituye una práctica ancestral y el medio de vida de numerosas personas radicadas al oeste del cordón montañoso andino. Estos pastores, llamados crianceros o cabreros[3], se dedican a la producción caprina y a la elaboración de quesos artesanales de cabra[4].

El criancero moviliza su ganado en la temporada estival, práctica trashumante tradicional que tiene lugar en la frontera argentino chilena de los Andes Centrales, correspondiendo a los Departamentos de Iglesia y Calingasta en la Provincia de San Juan y en Chile el sur de la III Región de Atacama (provincia de Huasco) y la IV Región de Coquimbo (provincias de Elqui, Limari y Choapa) y el norte de la V región de Valparaíso (provincia de Aconcagua)[5], actividad que se denomina veranada, en la búsqueda

de zonas ricas en agua y pasturas con la finalidad de realizar allí el engorde del mismo[6].

La Provincia de San Juan, aprovechando el contexto internacional favorable, viene desarrollando desde hace unos veinte años una política de promoción de la actividad minera. Actualmente en los valles cordilleranos del Departamento Calingasta existen en marcha numerosos proyectos mineros en etapa de exploración y estudio de factibilidad. Estos proyectos comprenden la extracción de oro, cobre, etc. Incluso, algunos de estos proyectos son de características binacionales, como es el caso de la mina Pachón. Los ejecutores de los proyectos mineros son empresas privadas, de carácter global, que han obtenido la concesión de la explotación por parte de la Provincia de San Juan.[7]

La actividad minera a gran escala, especialmente a cielo abierto, lleva consigo la construcción de campamentos, plantas de tratamiento de mineral, construcción de caminos, voladoras, uso de explosivos, manipulación de sustancias peligrosas, traslado de rocas, etc.[8] Estas actividades podrían llevarse a cabo en el territorio que es usado por los crianceros como tránsito de sus majadas, o bien como asientos de sus refugios de temporada (rucos); incluso estas instalaciones pueden llegar a hacerse en las zonas mismas de pastaje y engorde de los animales. Se aprecia así un potencial conflicto por la competencia del uso del territorio entre los crianceros y las empresas mineras.

Los ganaderos trashumantes en la actualidad no se encuentran comprendidos, como tales, por normas específicas del derecho internacional de los derechos humanos, siendo los pueblos indígenas el grupo humano con características similares. Por ello se explorará y describirá cuáles son los principios y estándares internacionales en materia de Consulta Previa (CP) y Consentimiento Previo Libre e Informado (CPLI) de los pueblos indígenas y si los mismos son aplicables, y con qué extensión, a los ganaderos trashumantes (crianceros chilenos) que se asientan en los valles de Calingasta en la Provincia de San Juan actualmente utilizado para exploraciones y explotaciones mineras.

- 3. El Derecho Humano a la Consulta Previa (C.P.) y al Consentimiento Previo Libre e Informado (C.P.L.I.)
- 3.1. La consulta consiste en solicitar a un organismo, persona o grupo de personas una opinión respecto a una consideración de su competencia o calificación frente a la cual no existe obligación de cumplimiento,

incluyendo aquellos casos en que se está obligado a solicitar esta opinión (casos de consulta obligatoria). La finalidad de la consulta es conocer la opinión del destinatario de la consulta para otorgarle elementos a quien deba tomar una decisión.

Numerosos instrumentos internacionales reconocen el derecho a la consulta de los pueblos indígenas acerca de las decisiones que son susceptibles de afectarles, asignando un espacio privilegiado a la participación.

El Convenio 169 de la OIT establece que la consulta debe realizarse cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, disponiendo en su art. 6:

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; [...] 2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

El señalado derecho a la consulta no está contemplado en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), pero ha sido reconocida la importancia del mismo como garantía de la participación de los pueblos y comunidades indígenas en las decisiones relativas a medidas que afecten sus derechos, y en particular su derecho a la propiedad comunal[9].

El objeto de la consulta es asegurar la efectiva participación de las comunidades posiblemente afectadas directa o indirectamente en la toma de decisiones que le atañen.

La consulta como verdadero instrumento de participación, debe responder al objetivo último de establecer un diálogo entre las partes basado en principios de confianza y respeto mutuos y con miras a alcanzar un consenso entre las mismas[10].

En la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI) de septiembre de 2007, la consulta previa,

como mecanismo de participación, está prevista para los casos de adopción de medidas eficaces para combatir los prejuicios y la discriminación (art. 15.2), toma de medidas para la protección de los niños indígenas (art. 17.1), el desarrollo de actividades militares (art. 30).

La DNUPDI marca una diferencia respecto del convenio OIT 169, ya que reconoce que como objetivo de la consulta la obtención del "consentimiento previo libre e informado" (CPLI).

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales si bien no contiene una norma concreta sobre el derecho a la consulta y al consentimiento previo libre e informado, no debe dejarse de lado que el instrumento reconoce el derecho de los pueblos a la libre determinación y el derecho a disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales (art. 1 PIDESC).

Por otro lado el PIDESC al reconocer el derecho a un nivel de vida adeudado, incluso alimentación, admitiendo la importancia de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento (art. 11, numeral 1).

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) ha realizado observaciones en las que señala la necesidad de una "auténtica consulta" a los afectados como condición previa a la realización de actos que afecten el derecho al agua.[11]

En igual sentido, sobre el derecho a la vivienda el Comité tiene dicho que debe consultarse verdaderamente a las personas y grupos afectados.[12]

Debe destacarse que el Comité también ha formulado observaciones y expresado su preocupación en casos de no observancia del derecho de consulta de los pueblos indígenas en caso de explotación de recursos naturales.[13]

Pero la consulta, como sostiene la Corte IDH, no solo se refiere a la explotación de los recursos naturales. La intervención y destrucción del patrimonio cultural implica una falta grave al respeto debido a la identidad social y cultural, a sus costumbres, tradiciones, cosmovisión y a su modo de vivir, produciendo naturalmente gran preocupación, tristeza y sufrimiento entre los pueblos indígenas.[14]

3.2. Por otro lado, el consentimiento previo, libre e informado (CPLI), al que se refieren algunos instrumentos internacionales relativos a los pueblos indígenas se refiere al derecho de estos pueblos afectados por medidas gubernamentales y actividades de desarrollo, de participar en el proceso de toma de decisiones y expresar su voluntad respecto de las políticas concertadas, antes de los planes o proyectos que puedan afectarles. Se trataría de un deber de los Estados de buscar el consentimiento de los pueblos indígenas.

El Convenio 169 de la OIT presenta al consentimiento como una finalidad en el enunciado general de la consulta, pero no como un derecho. Excepcionalmente el Convenio requiere consentimiento solo para los casos de traslado y reubicaciones de los pueblos indígenas.

Por su parte, la Declaración de Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas contempla el derecho al consentimiento que debe ser previo, libre e informado, relacionado a casos de traslado de los pueblos de sus tierras y territorios, la adopción y aplicación de medidas legislativas y administrativas que afecten a los pueblos indígenas, la aprobación de proyectos de desarrollo que afecten a sus territorios u otros recurso y en lo que atañe al resarcimiento respecto a la privación de sus bienes o de las tierras, territorios o recursos que hayan sido tomados sin su consentimiento.

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), el derecho a la consulta previa, libre e informada está reconocido en la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (14-Jun-2016) que en su art. XXIX. Derecho al Desarrollo, numeral 4 dice:

Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha diferenciado la consulta del consentimiento, reservando este último para casos en los que los planes de desarrollo o de inversión sean a gran escala que podrían afectar la integridad de las tierras y recursos

naturales del pueblo indígena afectado, el Estado tiene la obligación, no solo de consultar, sino también de obtener su consentimiento libre, informado y previo, según sus costumbres y tradiciones[15].

También se exige el consentimiento en casos en los que el desarrollo del plan de inversión implique un reubicamiento permanente de la comunidad afectada o se almacenen materiales peligrosos en tierras o territorios indígenas[16].

## Capítulo II - Los pastores trashumantes y los pueblos aborígenes

# 1. Los crianceros y los pueblos indígenas. Similitudes y diferencias

La situación de los crianceros guarda cierta similitud a la de los pueblos indígenas en lo que hace a ciertas temáticas en materia de derechos humanos[17]. Esta semejanza se evidencia especialmente a lo que hace al derecho a la libre determinación en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales[18].

Los campesinos (y los ganaderos trashumantes en especial) mantienen un modo de producir y estilo de vida tradicional que no es equiparable a la de la sociedad mayoritaria; por ende sus horizontes de significado y sentido de la vida son igualmente diversos y en esa diversidad son incomprendidos y reducidos por el derecho mayoritario[19].

### 1.1. Criterios subjetivos de conceptualización de pueblo indígena

La diferenciación entre crianceros de los pueblos indígenas se sustenta, en primer lugar en un criterio subjetivo de autoidentificación. Los crianceros no se reconocen como indígenas.

Sobre este criterio la Comisión Interamericana de Derechos Humanos tiene dicho que:

El Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, establece en el artículo 1.2 los criterios de aplicación en los siguientes términos: "La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio" [20].

Desde este punto de vista las crianceros no se autoidentifican como indígenas. Los crianceros chilenos se consideran a sí mismo como "criollos", sin perjuicio de algún componente de mestizaje.

#### 1.2. Criterios objetivos de conceptualización de pueblo indígena

El criterio subjetivo señalada precedentemente se complementa con los siguientes criterios objetivos para establecer la existencia de un pueblo indígena:

- a) Continuidad histórica, es decir que se trate de sociedades anteriores a la conquista o la colonización;
- b) Conexión territorial (los ancestros habitaban el país o la región);
- c) Instituciones políticas, culturales, económicas y sociales distintivas (retienen algunas o todas sus instituciones propias);
- d) Conciencia de su identidad indígena (art. 1.2 del Convenio  $N^{\circ}$  169 de la OIT).

Los crianceros no cuentan con instituciones políticas y jurídicas diversas de la comunidad chilena. Por el contrario, son presentados como un prototipo de chilenidad y reconocen en otros la propiedad de los campos donde pasta su ganado.

#### 2. La trashumancia como identidad cultural

La ganadería caprina trashumante practicada por los crianceros chilenos en los altos valles de Calingasta es, como se dijo, una tradición histórica que se remonta al Siglo XVII y tiene un fuerte arraigo cultural en las comunidades chilenas de la Región de Coquimbo y la zona norte de Valparaíso, Chile.

Se trata de una actividad que ha subsistido a pesar de las dificultades políticas, administrativas, sanitarias y geográficas, manteniendo la identidad de sus actores.[21] Los crianceros se reconocen como tales y son reconocidos en las comunidades dónde viven en Chile.

El criancero o cabrero tiene su idiosincrasia propia, con una vinculación especial con el territorio, representando una tradición rural,

especialmente de las III y IV Región de Chile. Hacen a la identidad de estas regiones, cuyos pobladores consideran a los ganaderos trashumantes como ejemplo de laboriosidad y constancia frente a las adversidades climáticas, además de ser fuente de inspiración para festividades populares como el Día de la Trashumancia y el Criancero Caprino[22].

La práctica de la trashumancia en los valles calingastinos constituye la cultura de los crianceros, entendiendo por cultura la respuesta a los retos que las condiciones geográfico-naturales, económicas y sociales imponen a determinada sociedad, etnia o pueblo, respuestas posibles que van creando y cimentando modos específicos de vida, pensamiento y práctica, es decir, formas de ser, hacer y conocer[23].

La trashumancia es una actividad que representa el patrimonio cultural de las regiones chilenas que limitan con Calingasta, en cuya preservación están interesados numerosos actores.[24]

La actividad pastoril trashumante es una herencia familiar que constituye parte del capital cultural que se trasmite de generación en generación, que puede llegar a reunir a tres generaciones en las veranadas en la cordillera (abuelo, padre y nieto) y que tiene también una incidencia económica relevante, muestra de lo cual en el período 2008-2009, el 80 % del ganado de la Región de Coquimbo en Chile cruzó la cordillera para la veranada.[25]

Los crianceros, como conjunto humano, tienen una vida ligada al mundo rural así como a la producción artesanal. Esta forma de vida y producción es la que le da sentido y significado a su existencia, a "su mundo". De tal suerte que la idea de dignidad humana en concreto debe tener en cuenta aquellas actividades que pueden importar una modificación de su estilo de vida, de su "cultura".

Los crianceros conforman una comunidad local, en razón que su estilo de vida está vinculado con tradiciones relacionadas con los ciclos naturales, el uso y dependencia de recursos biológicos; utilizan un territorio tradicionalmente; poseen tradiciones referidas a una historia, cultura, costumbres comunes y mantienen esa actividad para su subsistencia. [26]

## 3. Los crianceros son una comunidad campesina

Los crianceros pueden ser considerados alcanzados por la definición de campesinos que integra el proyecto de declaración sobre los derechos de los campesinos y de otras personas que trabajan en las zonas rurales presentada por el Consejo de Derechos Humanos a la Asamblea General de Naciones Unidas en mayo 2017[27] que dice:

- 2. La presente Declaración se aplica a toda persona que se dedique a la agricultura artesanal o en pequeña escala, la ganadería, el pastoreo, la pesca, la silvicultura, la caza o la recolección, así como a las artesanías relacionadas con la agricultura u otras ocupaciones similares en una zona rural.
- 3. La presente Declaración se aplica también a los pueblos indígenas que trabajan la tierra, a las comunidades trashumantes y nómadas y a las personas sin tierra.

Los crianceros se caracterizan por:

- a) Poseer una identidad cultural en la que se reconocen como miembros de un grupo humano dedicado a una actividad tradicional que se transmite de generación en generación;
- b) Tienen una especial relación con el territorio dónde llevan a cabo la trashumancia. La dureza del clima y las dificultades geográficas moldean el hacer de los crianceros, además que solo ellos pueden practicar esta actividad en los altos valles calingastinos;
- c) El modo de producción es netamente artesanal, permaneciendo prácticamente invariable desde hace siglos, habiendo fracasado los intentos de tecnificar la producción de quesos por ejemplo;
- d) El estilo de vida y la ocupación de los altos valles calingastinos es reconocida como ancestral, desde antes que existieran los estados de Argentina y Chile;
- e) No pueden ser considerados pueblos indígenas en razón que les falta conciencia de identidad como tales y la existencia de un sistema social propio diferenciado de las otras comunidades;
- f) Pueden ser comprendidos conceptualmente en la definición de campesinos que contempla el proyecto de Declaración sobre los

Derechos de los campesinos y de otras personas que trabajan en zonas rurales. Pero esta declaración no ha pasado del estado de preparación en el seno del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

## Capitulo III - Aplicación a crianceros de los estándars de C.P. y C.P.L.I

### 1. Igualdad de bienes jurídicamente protegidos

La violación masiva y sistemática al derecho a la alimentación, sumado a otras múltiples violaciones a los derechos humanos de los campesinos y otras personas que trabajan aéreas rurales, entre los que se incluyen los crianceros, permite identificarlos como un grupo social que necesita una protección especial.[28]

Si bien los derechos de los campesinos no cuentan con un instrumento de protección específica en el derecho internacional, ellos, como todos los seres humanos, gozan de la protección de los instrumentos de Derechos Humanos.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) en sus arts. 11, 12 y 13 protegen a) el derecho a una alimentación adecuada, b) el derecho a una vivienda adecuada; c) el derecho a la salud; d) el derecho al agua y e) el derecho a la educación.

Por su parte el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) protegen los derechos a la vida, el derecho a no ser sometido a detenciones arbitrarias, el derecho al juicio imparcial y las libertades de expresión y asociación.

También es aplicable a las campesinas la Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, entre cuyos objetivos es la de poner fin a las discriminación de las mujeres en zonas rurales.

El Convenio 169 de la OIT también es pertinente en tanto obliga a los Estados a respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios (art. 13).

Las Directrices voluntarias sobre la gobernanza responsable de la tenencia de la tierra, las pesquerías y los bosques adoptadas por el Comité de Seguridad Alimentaria establecen un nuevo estándar con respecto a la consulta y la participación de grupos no indígenas en procesos de toma de decisión que puedan afectar sus derechos de tenencia.[29]

A nivel continental la Convención Americana sobre Derechos Humanos resulta ser un plexo de aplicación ineludible a los campesinos. El derecho a la igualdad (art. 1), el reconocimiento a la personalidad jurídica (art. 3), derecho a la vida y a la integridad personal (arts. 4 y 5); el derecho a la propiedad (art. 21), el derecho a la participación (art. 23), por solo nombrar aquellos que han sido tratados en el presente trabajo, son derechos que amparan a los campesinos.

Se aprecia que los bienes jurídicamente protegidos en los pueblos indígenas son de la misma envergadura que en el caso de los campesinos.

2. Tendencia jurisprudencial actual: hacia el reconocimiento de un nuevo sujeto de derecho

Las problemáticas de campesinos que han merecido mayor atención están referidas al derecho a la vida, a la integridad física y a la libertad personal de los líderes campesinos defensores de los derechos humanos, y de los miembros de comunidades campesinas víctimas de violencia u hostigamientos.

En este sentido la Corte IDH ha responsabilizado a los Estados por la detención ilegal y torturas de quienes participaron en la organización de entidades campesinas que denunciaban actos que afectaban el acceso a la tierra y el libre cultivo.[30]

Igualmente la Corte IDH declaró responsables los estados por violación a los derechos humanos a los miembros de comunidades campesinas por miembros de las Fuerzas Armadas en períodos de conflictos internos[31]; incluso en casos de masacre de los integrantes de una comunidad campesina por fuerzas paramilitares.[32]

Otro antecedente relevante del paulatino reconocimiento de los derechos de los campesinos lo constituye el caso comunidad de San Mateo de Huanchor y sus miembros vs. Perú, de 2004, donde la Comisión IDH dictó una medida cautelar por violación a los derechos a la vida, a la

integridad personal, a las garantías judiciales, a la protección a la familia, del niño, a la propiedad, protección judicial y al desarrollo progresivo de los derechos económicos sociales y culturales consagrados en los arts. 4, 5, 8, 17, 19, 21, 25 y 26 de la Convención Americana, de los miembros de una comunidad campesina, integrada también por indígenas que sufrían los efectos contaminantes de la actividad minera sobre comunidades de agricultores y ganaderos.[33]

3. Aplicación a crianceros de los estándares de consulta previa. Antecedentes jurisprudenciales y razones de aplicación

El derecho a la consulta previa, como derecho de los campesinos entre los que, como ya se dijo, debemos incluir a los crianceros, ha sido reconocido, aún en ausencia de normativa que consagra expresamente dicho derecho.

En esta línea de pensamiento el Tribunal Constitucional de Colombia tiene dicho que:

Cada vez que se vaya a realizar la ejecución de una obra que implica la intervención de recursos naturales -tomando el caso concreto-, los agentes responsables deben determinar qué espacios de participación garantizar según los sujetos que vayan a verse afectados; si se trata de comunidades indígenas o afrodescendientes, o si se trata de una comunidad, que a pesar de que no entra en dichas categorías, su subsistencia depende del recurso natural que se pretende intervenir, y en esa medida, también será obligatoria la realización de espacios de participación, información y concertación, que implican el consentimiento libre e informado[34].

El Constitucional colombiano sostiene que por tratarse de obras que pueden afectar el medio ambiente y las prácticas productivas, se debe garantizar que la comunidad en general y sobretodo del grupo de personas que depende del espacio hídrico para acceder a un ingreso mínimo, tengan conocimiento claro e integral de la obra que se realizará, así como de los efectos positivos y negativos que se prevén, y participen en el diseño de las medidas de mitigación y compensación correspondientes.[35]

Es decir, aquellas comunidades que realizan una actividad artesanal, de subsistencia, transforman donde desarrollan dicha actividad en su espacio vital, íntimamente vinculado con la soberanía alimentaria, razón

suficiente para asegurar su participación en la toma de decisiones y en el diseño de medidas de compensación.

El reconocimiento del derecho a la consulta a las comunidades no indígenas ha sido también plasmado por la Corte Constitucional de Guatemala[36] y otros tribunales nacionales en caso de obras que implicarían el desalojo de comunidades afectadas.[37]

Toda actividad minera en alta montaña que pudiera impedir o dificultar el acceso a las zonas de pastoreo, o bien impedir o dificultar el acceso a los cursos de agua esenciales para el ganado o los pastores, afectaría el derecho a la alimentación y a la integridad física de los crianceros, poniendo en riesgo la subsistencia de este modo tradicional y ancestral de producción.

De igual modo, si la actividad minera genera impactos ambientales que afecten la salud del ganado o de las personas que los cuidan se estará violando el derecho a la vida, a la salud y al desarrollo de los crianceros.

La obligación del Estado a la consulta previa, de buena fe, con los campesinos, por medio de sus propias instituciones representativas, a fin de obtener el consentimiento libre, previo e informado en materia legislativa y de políticas que los pudiera afectar se encuentra establecido en el art. 2.3. del Proyecto de Declaración de la ONU de los Derechos de los Campesinos y Personas que trabajan en zonas rurales.[38]

En el mencionado Proyecto de Declaración de los Derechos de los Campesinos y personas que trabajan en la zona rural (art. 5.3.), impone a los Estados, en caso de explotación de recursos naturales, la realización de una evaluación del impacto social y ambiental debidamente realizada por entidades independientes y con capacidad técnica, con la participación individual y colectiva de los campesinos y de otras personas que trabajan en las zonas rurales; la celebración de consultas de buena fe para obtener el consentimiento libre, previo e informado de los campesinos y de otras personas que trabajan en las zonas rurales; y la participación en los beneficios de la explotación.

4. Aplicación a crianceros de los estándares de consentimiento previo libre e informado. Antecedentes y razones de su aplicación

A los campesinos se les aplican los mismos estándares que a los pueblos indígenas, por las siguientes razones:

- a) una diferenciación entre campesinos y pueblos indígenas por cuestiones exclusivamente étnicas es contraria a la no discriminación e igualdad de todas las personas.
- b) la igualdad de los bienes jurídicamente protegidos. El derecho a la vida, el derecho a la persistencia de un modo de vida ancestral, la estrecha relación con el territorio donde desenvuelven su actividad que es culturalmente diferenciada, merecen el respeto y la defensa, sean sus titulares indígenas o crianceros.
- c) El innegable derecho que tienen todos los habitantes de América a la participación en los asuntos públicos que les afecten.
- d) La progresiva realización de los derechos humanos, incluidos los DESC, hace necesaria permitir la participación para que las personas afectadas por los proyectos sean tenidas en cuenta.
- e) Una sociedad democrática no puede tolerar que se tomen decisiones donde esté en juego la vida, la integridad, el derecho a la alimentación, el derecho a trabajar, el derecho a un ambiente saludable, sin permitir la participación mediante una consulta previa de las personas afectadas.
- La Comisión IDH establece la interdependencia entre el respeto y garantía del derecho de los individuos y los colectivos a vivir en un medio ambiente seguro con el ejercicio del derecho a la vida y a la seguridad e integridad física. Asimismo, el respeto de estos tres derechos es inherente al principio de dignidad de la persona y a su bienestar físico.[39]

Según la CIDH existiría el deber de obtener el consentimiento cuando[40]:

- a. El desarrollo de planes de inversión implique un reubicamiento permanente de las comunidades afectadas.
- b. Se ejecuten planes de inversión o desarrollo o de concesiones de explotación de los recursos naturales que priven a los pueblos indígenas

de la capacidad de usar y gozar de sus tierras y de otros recursos naturales necesarios para su subsistencia.

c. Se almacenen materiales peligrosos en tierras o territorios indígenas.

Una interpretación adecuada de la totalidad del plexo lleva a concluir que, en razón de los derechos humanos en juego, le son aplicables a los crianceros los estándares en materia de consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas.

Es preciso acudir a la interpretación de los principios y postulados que reinan en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Existe por lo menos una vincularidad moral y también jurídica de acatamiento ya que el incumplimiento de los Tratados y de las directivas del Tribunal de San José impone la responsabilidad internacional del Estado en cualquiera de sus tres poderes (art. 1.1 y 2 del Pacto de San José). Cuando la CSJN sostiene que los pronunciamientos de la Corte IDH y de la Comisión IDH "deben servir de guía" o que "constituyen una imprescindible pauta de interpretación", está diciendo -desde la perspectiva del derecho interno-, que los mismos tienen valor de doctrina legal.[41]

En Latinoamérica se ha consolidado constitucional y convencionalmente un estándar mínimo común en materia de protección efectiva de los derechos humanos, a través de la influencia integradora de la Convención Americana y la jurisprudencia de los órganos del sistema interamericano, con la jurisprudencia constitucional.

Los órganos y procedimientos de los sistemas de derechos humanos han interpretado los derechos inherentes de las personas a la luz del principio pro homine. El principio pro homine o favor persona emana del objeto y fin de los tratados internacionales que aseguran y garantizan derechos humanos, determinando una interpretación que optimice el aseguramiento, garantía y efectivo ejercicio y goce de tales derechos en su conjunto, dando preferencia siempre a la interpretación que más fuertemente despliegue la eficacia jurídica del o de tales derechos, como asimismo la aplicación preferente de aquella norma que mejor protege los atributos que integran los derechos que los garantiza más ampliamente.[42]

El principio pro homine abrió el camino de la construcción de nuevos derechos sustantivos y procesales, en calidad de eje dinamizador de todo

el sistema de protección de los derechos humanos, alejándose cada vez más de la voluntad de los Estados y el derecho positivo construido por ellos. Se trataría de una regla general del derecho de los derechos humanos (subyacente a todo el derecho de los derechos humanos) mediante la cual, vía interpretación o adecuación normativa, se busca asegurar que en toda decisión se alcance el resultado que mejor proteja a la persona humana.[43]

### Capítulo IV - Conclusión

Los crianceros pueden ser considerados como campesinos que conforman una colectividad que posee lazos culturales propios que se desenvuelven alrededor de su relación con la tierra y el territorio.

La igualdad de los bienes jurídicos protegidos en el caso de los pueblos indígenas y de los crianceros y la tendencia jurisprudencial actual asentada en el principio pro homine y en la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, llevan a concluir que los estándares en materia de consulta y consentimiento previo libre e informado que los instrumento internacionales reconocen a los pueblos indígenas, son de aplicación a los crianceros.

La actividad minera en la alta montaña puede afectar "la continuidad de las actividades básicas de subsistencia y la salud de los miembros de los pueblos indígenas y comunidades campesinas que se encuentran en los territorios en los que se llevan a cabo dichos proyectos."[44]

Es deber del Estado garantizar "la participación de los pueblos indígenas y las comunidades afectadas en los proyectos de exploración y explotación de los recursos naturales, mediante consultas previas e informadas con miras a la obtención del consentimiento libre de los mismos en el diseño, ejecución y evaluación de dichos proyectos, así como la determinación de los beneficios y la indemnización por los daños, según sus propias prioridades de desarrollo.[45]

El derecho a la participación se convierte así en una vía para permitir que las comunidades campesinas puedan participar en la toma de decisiones sobre y políticas que inciden o pueden incidir en sus derechos y desarrollo (art. 23 CADH), especialmente los Derechos Económicos Sociales y Culturales (DESC). El progreso social y la prosperidad

económica solo pueden ser sostenibles si los derechos humanos son respetados y garantizados para todas las personas.[46]

El derecho a la vida de los crianceros, el mantenimiento de su cultura y tradición, la subsistencia misma de este grupo humano impone que deban ser escuchados al momento de planificarse y ejecutarse proyectos que afecten las zonas de pastoreo.

En definitiva, deben respetarse los estándares internacionales en materia de derechos humanos referidos a consulta y consentimiento previo libre e informado con el mismo alcance aplicado a los pueblos indígenas, aun en ausencia de normativa específica que ampare a los pastores trashumantes, de esta manera se garantiza la realización de los DESC de este grupo humano.

#### **Notas**

[1] Raúl Gustavo Sillero, Coordinador para la Segunda Circunscripción Judicial, Fiscalía de Estado, Provincia de San Juan, Argentina, abogadosillero@hotmail.com.

Abogado, Universidad Católica de Cuyo, San Juan, 1993; Diplomado en Protección Internacional en Derechos Humanos, Universidad de Zaragoza, 2016; Maestrando en fase de titulación en Maestría en Gestión del Negocio Minero, Universidad Católica de Cuyo; integrante del Cuerpo de Abogados de Fiscalía de Estado, Provincia de San Juan, desde 2012; Asesor Letrado de la Municipalidad de Ullum, San Juan, 2003-2011; Ejercicio libre de la profesión desde 1994; Profesor adjunto de Constitución y Derecho Humanos, Diplomatura en Seguridad Ciudadana, Escuela de Seguridad, Universidad Católica de Cuyo; coautor con Juan Carlos Pandiella Molina de "Multas Administrativas y Prescripción", La Ley Gran Cuyo 2013 (octubre), 930.

- [2] JIMENEZ, E. (1997) Los derechos humanos de la tercera generación, Ediar, Buenos Aires, pág. 62, en RODRIGUEZ, C. (2012) El derecho humano al ambiente sano, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2012, pág. 24.
- [3] CIALDELLA, N. y DUBROEUCQ, D. La trashumancia de cabras en Chile: Un modo de gestión adaptado a las zonas áridas, págs. 327-340. Disponible en http://ho riz on.docu mentation .ird.fr /exl-doc/p eins\_textes/ divers1 1-03/01003 386 6.pdf, última visita 20/5/2016.
- [4] GASCO, A., DURÁN V. y otros. (2015). Veranadas sin frontera. Etnografía de pastores en el Centro-Oeste argentino, Revista del Museo de Antropología 8 (2): págs. 133-146, 2015 / ISSN 1852-060X (impreso) / ISSN 1852-4826 (electrónico), IDACOR-CONICET, Facultad de Filosofía y

- Humanidades, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Disponible en http://revistas.unc.edu.ar /index.php/antropologia/article/viewFile/13061/13459. última visita 22/5/2016.
- [5] HEVILLA, M. y MOLINA, M. (2010). Trashumancia y nuevas movilidades en la frontera argentino-chilena de los andes centrales. Revista Transporte y Territo rio, N° 3, Universidad de Buenos Aires, págs. 40-58. Disponible en file:///D:/Down loads/Dialn et-Tras h umanci aYNu evasM ovilida des EnLaFronteraArgentin -3675868. pdf, última visita 9/1/2017.
- [6] GASCO, A., DURÁN V. y otros. (2015), op. cit.
- [7] La promoción de la actividad minera posicionó a San Juan como una de las Provincias de mayor presencia en el rubro. Según el informe productivo de Provincias argentinas elaborado por la Subsecretaría de Planificación Económica del Ministerio de Hacienda y Finanzas Públicas de la Nación las exportaciones mineras de la Provincia de San Juan alcanzaron en el año 2015 la suma de 1.059 millones de dólares, lo que representó el 30,4% de las exportaciones totales a nivel país del sector, siendo el oro y la plata sus principales componentes. San Juan aporta el 50% del oro extraído del país y el 14 % de la plata y empleándose a unas 2.690 personas.
- [8] En los últimos años se ha reconocido institucionalmente a los crianceros mediante la celebración de convenios interestatales, en cuales se admite el ingreso de los pastores chilenos a los altos valles calingastinos. En estos convenios se le imponen a los crianceros el cumplimiento de ciertas condiciones como la suscripción de un contrato de arriendo con el propietario del campo de pastoreo, el pago de una tasa al estado argentino por el pastaje, el respeto de normas ambientales, límite en la cantidad de animales a ingresar, etc.
- [9] CORTE IDH, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Fondo y Reparaciones, sentencia 27 de Junio de 2012, párr. 159, 160. Disponible en http://cortei dh.or.cr/docs/ casos/arti culos/se riec\_245\_esp.pdf.
- [10] CORTE IDH, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Fondo y Reparaciones, sentencia 27 de Junio de 2012, párr. 186. Disponible en http://corteidh. or.cr/do cs/cas os/articulos/s eriec\_245\_esp.pdf.
- [11] COMITÉ DESC. Observación general N° 15: El derecho al agua (arts. 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), disponible en https://www.e scr-net. org/es/recursos/obser vacion-ge neral -no-15-d erecho-al-agu a-articulos -11-y-12- del-pa o-internaci onal, última visita 15/03/2018.
- [12] COMITÉ DESC. Observación general N° 4: El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del art. 11 del Pacto), disponible en

- https://www.escr-net.org/es/ recursos/observacion-general- no-4-derecho-una-vivienda-adecuada- parrafo-1-del-articulo -11-del-pacto, última visita 15/03/2018.
- [13] Compilación de observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre países de América Latina y el Caribe (1989 2004), disponible en http://www.oh ch r.org/Do cu ments/HR Bodies CESCR /CES CR Com pilaci on GC\_sp. pdf, última visita 15/03/2018.
- [14]CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Sentencia de 27 de Junio de 2012 (Fondo y Reparaciones), párr. 220. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\_245\_esp.pdf, última visita 16/2/2018.
- [15] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, sentencia de 12 de agosto de 2008 (interpretación de la sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), Párr. 17. Disponible en http://www.politicasp ublicas.net/panel/est andares/cidh/doc\_vie w/54-2008-caso-sara maka-vs-surina m-sentencia -interpretativa.r aw?tmpl=co mpo nent. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Fondo y Reparaciones, sentencia 27 de Junio de 2012, párr. 157. Disponible en http://corte idh.or.cr/docs/ casos/articulos/seriec\_245\_esp.pdf.
- [16] OEA. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2010). Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Disponible en http://www.oa s.or /es/cidh/ind igenas/doc /pdf/tie rras-ancestrales.esp.pdf, última visita 15/5/2016.
- [17] CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES (CELS). (2013). Audiencia sobre la situación de los DESC en las comunidades campesinas en América Latina y el Caribe. Disponible enhttp://www.cels.org.ar/common/documentos/InformeDESC CampesinosCIDH.pdf, última visita 15/5/2016.
- [18] NACIONES UNIDAS. Consejo de Derechos Humanos Grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre los derechos de los campesinos y de otras personas que trabajan en las zonas rurales (2017). Proyecto de declaración sobre los derechos de los campesinos y de otras personas que trabajan en las zonas rurales presentado por la Presidenta-Relatora del Grupo de Trabajo.
- [19] QUESADA TOVAR, C. (2013). Derecho a la Consulta Previa para comunidades campesinas. Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Bogotá, Colombia. Disponible

en http://www.bdigital.u nal.edu.co/9 859/1 /70168 3.20 13.pdf, última visita 20/5/2016.

[20] COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2007) Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El Camino Hacia el Fortalecimiento de la Democracia en Bolivia. Disponible en http://www.cidh.org/countryrep/ Bolivia2007s p/Bolivia07 indice. sp.htm, última visita 29/10/2017.

[21] GASCO, A., DURÁN V. y otros (2015) Veranadas sin frontera. Etnografía de pastores en el Centro-Oeste argentino, Revista del Museo de Antropología 8 (2): págs. 133-146, 2015 / ISSN 1852-060X (impreso) / ISSN 1852-4826 (electrónico), IDACOR-CONICET, Facultad de Filosofía y Humanidades, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina, disponible en http://r evistas.unc.edu .ar/ inde x.php/a ntrop lo gia/article /viewFile/13 061/13 459, última visita 22/5/2016.

[22]HEVILLA, M. (2014) Instituciones de control, familias y trashumancia en las fronteras andinas argentino-chilenas (1996-2013), XIII Coloquio Internacional de Geocrítica, el control del espacio y los espacios de control, Barcelona, 5-10 de mayo de 2014, disponible en http://w ww.u b.edu/geocrit /coloquio2014 /Cristin a%20 Hevill a.pdf. última visita el 20/5/2016. HEVILLA, M. en BORSDORF, A., SÁNCHEZ, R. y otros Editores (2014) Los riesgos traen oportunidades. Transformaciones globales en Los Andes sudamericanos, Instituto de Geografía - Pontificia Universidad Católica de Chile / Instituto Interdisciplinario para Estudios de la Montaña (IGF) - Academia de Ciencias Austriaca / Instituto de Geografía-Universidad de Innsbruck / Universidad de La Frontera, Santiago, Chile, disponible en https://www.uibk.a c.at/ geogra phie/person al/bors dorf/ pdfs/libro\_geo grafiauc \_los-ries gos- traen-oportunid ades.pdf, última visita 6/5/2017. IDENTIDAD Y FUTURO (2016) Día de la Trashumancia y el Criancero Caprino en Illapel, disponible https://identi dadyfuturo.cl/ 201 5/12/17/ dia-de-la-tr ashumanc ia -yel-cri ancero-cap rino-e n-ill apel/, última visita 20/11/2017.

[23] LÓPEZ MURCIA, J. y MALDONADO COLMENARES, G. (2009) La protección de la propiedad de la tierra en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su aplicación al caso de las comunidades campesinas en Colombia. International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional, págs. 71-105, disponible en http://www.corteidh.or.cr/tablas/r24244.pdf, última visita 22/5/2016.

[24] Entre ellos la Universidad Tecnológica Metropolitana de Chile, ver http://uestatales.cl/cue/?q=node/5606

[25] GASCO, A., DURÁN V. y otros (2015) Veranadas sin frontera. Etnografía de pastores en el Centro-Oeste argentino, Revista del Museo de Antropología 8 (2): págs. 133-146, 2015 / ISSN 1852-060X (impreso) /

- ISSN 1852-4826 (electrónico), IDACOR-CONICET, Facultad de Filosofía y Humanidades, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina, disponible en http://revistas.unc.edu.ar/ index.php/antropologia/article/viewFile/13061/13459, última visita 22/5/2016.
- [26] Para conceptualizar a una comunidad local se ha seguido el Informe de la reunión del grupo de expertos que representen a las comunidades locales dentro del contexto del art. 8 J) y disposiciones conexas del convenio sobre la diversidad biológica, UNEP/CBD/WG8J/7/8/Add.1, anexo, I. Disponible en https://www.cb d.int/doc/meet ings /tk/wg8 j-07/official/wg 8 j-07-08-a dd1-es.pdf.
- [27] https://docu ments-dds-ny .un.org /do c/UNDOC/GE N/G17/051/65 /PDF /G1705 165.pdf ?OpenE lement.
- [28] Final Study of the Human Rights Council Advisory Committee on the Advancement of the Rights of Peasants and other People Working in Rural Areas. Human Rights Council, nineteenth session, 24th of February 2012, A/HRC/19/75, citado EMANUELLI, M. y GUTIÉRREZ RIVAS, R. coordinadores (2013) Manual para Juezas y Jueces sobre la Protección de los Derechos de las Campesinas y Campesinos, Oficina para América Latina de la Coalición Internacional para el Hábitat (HIC-AL) México D.F., México, disponible en https://sjlatinoamerica.files.wordpress.com/2014/01/emanuelli-marc3ada-silvia-y- gutic3a9rrez-rodrigo-coords-2013-manual -para-juezas-y-jueves-sobre-proteccic3b3n -de-los-derechos-de-las-campesinas -y-campesinos.pdf, última visita 12/6/2016.
- [29] EMANUELLI, M. y GUTIÉRREZ RIVAS, R. coordinadores (2013) Manual para Juezas y Jueces sobre la Protección de los Derechos de las Campesinas y Campesinos, Oficina para América Latina de la Coalición Internacional para el Hábitat (HIC-AL) México D.F., México, disponible en https:// sjlatin oamerica.files.wordpr ess.com /2014/01/emanuelli-m arc3ada-s ilvia-y- gutic 3a9rrez-r odrigo-c oords-2013- m anual-para-ju ezas-y-jue ves- so bre- protec cic3b3n- de-los-dere chos- de-las-ca mpesinas -y-cam pesinos.pdf, última visita 12/6/2016.
- [30] CORTE IDH en el Caso Cabrera García y Montiel Flores c. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 Serie C No. 220. Disponible en http://www.ordenjuridico.gob. mx /JurInt/S TCID HM1.pdf.
- [31] CORTE IDH, caso Baldeón García v. Perú, Sentencia de 6 de Abril de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas). Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\_147\_esp1.pdf.
- [32] http://www.cort eidh.or.cr/docs/ c asos/artic ulos/ser iec\_140\_esp.pdf.

- [33] CIDH, caso comunidad de San Mateo de Huanchor y sus miembros vs. Perú, 15 de octubre de 2004. Disponible en https://www.cidh.oas.org/annualrep/ 2004sp/Peru.504.03.htm.
- [34] CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-348/12, 2012. Disponible en www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-348-12.htm, párr. 2.3.2.4., última visita 22/01/2018. Este caso trataba de una comunidad de pescadores artesanales que verían afectada su actividad artesanal por una gran obra vial costera. Pese a que se consideró que no es aplicable la consulta previa por no ser una comunidad indígena o afrodescendiente, ello no impide que en las negociaciones previas y estudio de impacto del proyecto se tengan en cuenta las opiniones de la comunidad de pescadores que trabajan en las playas afectadas.
- [35] CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-348/12, 2012, www.corteconstitucional.gov.co/ relatoria/2012/T-348-12.htm, párr.2.6.3.2, última visita 22/01/2018.
- [36] Corte Constitucional. Expediente: 3878-2007, 21 de diciembre de 2009 en EMANUELLI, M. y GUTIÉRREZ RIVAS, R. coordinadores (2013). Op. cit. pág. 93.
- [37] Recurso de apelación, juicio administrativo, número de expediente 842/2010, sala de origen: Cuarta Sala Unitaria, Guadalajara, Jalisco; actores: Liboria Jáuregui Guzmán y otros; demandados: H. Ayuntamiento de Cañadas de Obregón, Jalisco y otros, 16 de febrero de 2011. Recurso de apelación; citado en EMANUELLI, M. y GUTIÉRREZ RIVAS, R. coordinadores (2013). Op. cit. pág. 85 y ss.
- [38] El Proyecto, que en este aspecto reconoce como antecedente el art. 19 DNUDPI y el art. 6 del Convenio 169 OIT y cuenta con fundamento, entre otros el principio 3B.6 de las Directrices voluntarias sobre la Gobernanza Responsable de la Tenencia de la Tierra. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2017). normativas y fundamentos subyacentes al provecto declaración sobre los derechos de los campesinos y otras personas que rurales. Párr. trabajan en las zonas 63, disponible en: www.ohchr.org/Documents/ HRBodies/HRCouncil/.../A-HRC-WG- 15-4-3 sp.docx, último acceso 17/12/2017.
- [39] EMANUELLI, M. y GUTIÉRREZ RIVAS, R. coordinadores (2013). Op. cit.
- [40] GÓMEZ, L. BOULIN VICTORIA, I. y DE CASAS, C. (2016) Las industrias extractivas frente al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería, Año 2, N° 8, Ed. Ábaco, Buenos Aires, Argentina.

- [41] HITTERS, J. (2008) ¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad), Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional núm. 10, julio-diciembre 2008, págs. 131-156, disponible en http://www. corteidh.or.cr/tablas/ usuario/mxrce lo/r25295. pdf, última visita 20/5/2016. [42] NOGUEIRA ALCALÁ, H. (2015) El principio pro homine o favor persona en el Derecho Internacional y en el Derecho Interno como regla
- persona en el Derecho Internacional y en el Derecho Interno como regla de interpretación y regla de preferencia normativa, disponible en http://cmjusticiaconstitucional.com/ wp-content/uploa ds/2015 8/ Principi o-favor-p ersona-o -pro- homi ne-2015\_-13-a gosto- 2015.-Humberto-Nogueira-Alcala-.pdf, última visita 22/5/2016.
- [43] DRNAS de CLEMENT, Z. (2015) La complejidad del principio pro homine, disponible en http://www.co rteidh.or .cr/tab las/ r334 96.pdf, última visita 12/6/2016.
- [44] OEA. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2007) Acceso a La Justicia e Inclusión Social: El Camino hacia el Fortalecimiento de la Democracia en Bolivia, disponible en http://www.cid h.org/coun tryrep/Boliv ia2007sp/Bolivia07 indice.s p.htm última visita 29/10/2017.
- [45] OEA. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2007) op. cit, párr. 297, Recomendación 5.
- [46] ANICAMA, C. (2007) Las responsabilidades del Estado para regular y judicializar las actividades empresariales en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Informe sobre la Convención Americana sobre Derechos Humanos, págs. 283-332, disponible en file:///D:/Downloads/Dialnet-LasResponsabilidadesDel Estado Para Regular Y Judiciali -5085241.pdf, última visita 9/1/2017.

La Revista de Derechos Humanos y Humanitario es una publicación especializada en los diversos temas del derecho internacional e interamericano de los DDHH y DIH, y está coordinado por la Red Latinoamericana de Derechos Humanos y Humanitario, y los Capítulos Nacionales que la componen. Ofrece al lector la posibilidad de acceder a un análisis profundo sobre los temas más importantes del DIDH y DIH. El objetivo es publicar una producción de alto valor científico que sea de utilidad para la comunidad académica, jurídica y universitaria, desde la mirada de académicos, investigadores e integrantes de la rama judicial de distinto países de América y demás continentes, con publicaciones semestrales de la Revista y de un Anuario. Adaptada a los nuevos formatos tecnológicos digitales con actualizaciones constantes en la temática que aborda. La publicación consta de tres Secciones: Doctrina, Jurisprudencia Comentada y Jurisprudencia.

La Revista está dirigida por Eduardo J. R. Llugdar (Argentina) y Andrés M. Briceño Chaves (Colombia), y en sus secciones abordan temas inherente al amplio abanico de materias que comprende el delicado sistema de protección de la dignidad humana, desde la mirada de la doctrina especializa, las sentencias y resoluciones de tribunales y organismos internacionales y regionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitarios, anotada y las últimas novedades sobre Normativas jurisprudencia y estándares de protección.

