

Privatización de servicios esenciales, responsabilidad internacional del Estado y derechos humanos

Privatization of essential services, State's international services and human rights

Juan Bautista Justo*

Uno de los argumentos centrales para justificar la privatización de servicios esenciales -como agua, electricidad, gas, salud o educación- es que, al hacerlo, el Estado se libera de las cargas y obligaciones ligadas a esas actividades y las transfiere al sector privado. Eso no es correcto. La prestación de servicios esenciales es una actividad regida por el derecho internacional y, bajo ese régimen, el obrar del prestador privado también se atribuye -directamente- al Estado. Esto significa que el Estado sigue siendo responsable por la actividad privatizada. Si el prestador privado vulnera algún derecho humano, esa violación es imputable al Estado, quien debe arbitrar los medios para cesar y reparar la misma. En consecuencia, el Estado no se libera de ninguna obligación cuando privatiza actividades relacionadas con derechos humanos. Ese factor debe ser computado por los gobiernos al momento de analizar iniciativas de este tipo.

Palabras Clave: servicios públicos; privatización; responsabilidad internacional del estado; imputabilidad; derechos humanos

Abstract: One of the main reasons employed to justify the privatization of essential services -such as water, electricity, gas, health or education- is that, by doing so, the State frees itself of the burdens and duties linked to these activities, and shifts them to the private sector. This is not true. The provision of essential services is an activity governed by international law and, under this regime, the actions of the utility company are directly attributed to the State. This means that the State remains responsible for the privatized activity. If the private firm violates any human right, this violation is imputable to the State, which must cease and repair it. Consequently, the State is not freed from any liability when it privatizes activities related to human rights. This factor must be taken into account by governments when analyzing this kind of initiatives.

Keywords: public utility ; privatization ; international responsibility ; attribution ; human rights.

* Profesor de Derecho Administrativo, Universidad Nacional del Comahue, Argentina.

1. Introducción

Generalmente, la decisión de entregar al sector privado la gestión de servicios esenciales -como agua, electricidad, gas, salud o educación- parte de la siguiente premisa: cuando privatiza una actividad, el Estado se libera de las cargas y obligaciones ligadas a ella y las transfiere a un privado, quien las va a cumplir de mejor manera porque es más eficiente.¹ De ese modo, el beneficio de la estrategia privatizadora consiste en emancipar al Estado del peso, sobre todo presupuestario, de esos sectores y, a la vez, alcanzar una mayor eficiencia en el servicio.

Como veremos en este trabajo, esa premisa de liberación de responsabilidad es falsa. La prestación de servicios esenciales es una actividad regida por el derecho internacional y, bajo ese régimen, el obrar del prestador privado se atribuye directamente al Estado. Esto significa que el Estado sigue siendo responsable por la actividad privatizada.

En una privatización, el Estado pierde el control de la operación, pero mantiene su responsabilidad internacional, que lo obliga a subsidiar a quien no accede al servicio, afrontar el costo de expansión de infraestructura y/o fiscalizar a su delegado. Privatizar no lo exime de nada de eso. Si hay personas sin servicio, el gobierno va a ser condenado, tarde o temprano, a proveerlo, o a financiar esa provisión.

Lo anterior genera interrogantes obvios: ¿Qué utilidad tiene privatizar? ¿De qué sirve ceder el control si mantengo la responsabilidad? ¿Es válido ceder ese control si sigo siendo responsable? Los gobiernos deberían empezar a hacerse esas preguntas.

Cuando el ruido se acalla, vemos que la prédica privatizadora involucra una omisión crucial: el Estado no se desliga de la suerte de la actividad. Por el contrario, al mantener su responsabilidad, queda sumido en la encerrona de financiar subsidios e inversiones que no son afrontados por el prestador privado ni por la tarifa, o verse incurso en responsabilidad internacional por violación de los derechos humanos, de los cuales es garante.

Con miras a poner de manifiesto ese dilema, en este trabajo se analizarán los presupuestos bajos los cuales se configura responsabilidad internacional del Estado en el contexto de prestación privada de actividades relacionadas con el ejercicio de derechos humanos.

¹ El argumento relacionado con la mayor eficiencia del sector privado para la realización de actividades ligadas a servicios esenciales es objeto de una importante controversia, que excede los alcances del presente trabajo. Véase, ONU, Informe del Relator Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, Philip Alston, 26/9/2018, A/73/396; Megginson & Netter 2001; Vergés 2014.

2. Argentina 2024. La vuelta “recargada” a la experiencia privatizadora de los 90’

Desde principios de los años 70’ y, especialmente, a partir de finales de la década del 80’, el agotamiento del modelo intervencionista y la crisis de endeudamiento externo derivaron en Argentina en el desplazamiento de la Administración como agente económico y la postulación del principio de subsidiariedad como directriz de su actuación. Conforme a él, el Estado solo debe actuar en aquellos ámbitos que no pueden ser satisfactoriamente cubiertos por la actividad privada.

A través de un profundo proceso de reforma del Estado –cuyos pilares fueron las leyes 23.696 y 23.697 de 1989- se produjo la retirada del Estado de la faz económica, la privatización de las empresas públicas,² la apertura económica a las inversiones externas, la implantación de mecanismos de desregulación comercial³ y la imposición de reglas de equilibrio fiscal que predominaron durante toda la década del 90’. La sumatoria de esos factores derivó en el desmantelamiento de la Administración pública construida desde principios del siglo XX.

El proceso de Reforma del Estado diagramado en la Ley 23.696 -que fue entendida por la propia Corte Federal como “un estatuto para las privatizaciones con el fin de reubicar al Estado en el lugar que le reserva su competencia subsidiaria”-⁴ estableció diferentes mecanismos tendientes a

² Como uno de los puntos centrales del llamado “Consenso de Washington”, durante los 90’ se buscó implementar en numerosos países en desarrollo -junto a la liberalización de los mercados y la estabilidad macroeconómica- un esquema de inversiones extranjeras directas (IED) que aportara el capital y tecnología necesarios para producir bienes y servicios, tanto para el mercado nacional como para ser exportados. Este esquema fue facilitado y potenciado por la necesidad de reducir la deuda externa de los países fundamentalmente latinoamericanos, con lo que se llevó adelante un esquema de privatizaciones masivas de empresas públicas, particularmente a través del canje de deudas por acciones en esas corporaciones (Zafra Espinosa de los Monteros 2001). Uno de los instrumentos utilizados más importantes fue el *debt-for-equity swap*, que, aunque ya se encontraba previsto en el Plan Baker, fue con el Brady que se implementó ampliamente (Monteagudo Valdez 1994). Los Planes Baker y Brady fueron programas desarrollados e implementados por el gobierno de Estados Unidos tendientes a recomponer la situación de extrema exposición de los bancos norteamericanos luego de los masivos préstamos que habían concedido a numerosos países en desarrollo, sobre todo de América Latina, que a partir de 1982 demostraron que no presentaban la capacidad de reembolso esperada. Los bancos acreedores accedían a cambiar sus créditos por moneda local u otros instrumentos financieros, con un descuento, que eran luego utilizados por los inversores interesados para adquirir bienes o empresas en el país deudor. Esta capitalización de deuda viabilizó la inversión directa en los países deudores, fundamentalmente a través de la privatización de importantes sectores de la economía, especialmente de los servicios públicos.

³ La principal expresión de esa nueva tendencia global fue la creación de la Organización Mundial del Comercio (OMC), a la cual Argentina adhirió en 1995, con la Ley 24.425.

⁴ CSJN, “Cocchia”, 1993, *Fallos*, 316:2624. Aclara la Corte allí que “no existen dudas acerca de la filosofía que inspiró a las políticas después implementadas por el mismo legislador o, en su caso, por el Ejecutivo, tendientes a proteger y estimular el marco de libertad indispensable para el funcionamiento de una economía de mercado en la cual el Estado asume un papel exclusivamente subsidiario”.

la transferencia al sector privado de las empresas estatales que prestaban servicios públicos o desarrollaban funciones comerciales o industriales.

La Ley 23.696 replicó casi textualmente las previsiones de la “Ley” 22.177, dictada en 1980 por el Presidente de la Nación en ejercicio de las facultades conferidas por el Estatuto para el Proceso de Reorganización Nacional. Básicamente, facultó al Poder Ejecutivo para proceder a la privatización total o parcial y a la liquidación de las empresas y activos del Estado.

A esos fines, se encomendó la previa transformación de la tipicidad jurídica de todos los entes, empresas y sociedades de propiedad del Estado Nacional y/o de otras entidades del sector público nacional de carácter productivo, comercial, industrial o de servicios públicos, permitiendo también la creación de nuevas empresas sobre la base de la escisión, fusión, extinción o transformación de las existentes, reorganizando, redistribuyendo y reestructurando cometidos, organización y funciones u objetos sociales de las empresas y sociedades, todo con miras a facilitar su privatización y/o liquidación.

A renglón seguido se estableció el procedimiento de privatización, consistente en una declaración de la firma como “sujeta a privatización” y la ulterior aplicación de diferentes mecanismos, que incluían desde la transferencia de paquetes accionarios, reforma de estatutos, constitución, fusión y escisión de sociedades, enajenación de activos y establecimientos, disolución de entes, y otorgamiento de permisos, licencias o concesiones, para la explotación de los servicios públicos o de interés público a que estuvieren afectados los activos, empresas o establecimientos que se privaticen (Mertehikian 1991).

En cuanto a las modalidades de implementación de las privatizaciones, el art. 17 de la Ley 23.696 contempla la venta de los activos de las empresas, como unidad o en forma separada o bien de sus acciones, la locación, administración y el otorgamiento de concesión, licencia o permiso.⁵

⁵ Las privatizaciones trajeron aparejado el desembarco de nuevos inversores extranjeros, muchos de los cuales no desarrollaban actividades económicas en el país y rápidamente asumieron un papel central. También dieron lugar al surgimiento de una nueva forma empresaria, hasta entonces muy poco difundida en la economía local, que tuvo un significativo protagonismo en el mapa de grandes empresas hasta fines de la década: las asociaciones entre grupos locales y operadores transnacionales. En este sentido, los principales pliegos privatizadores establecieron como obligatoria la participación de operadores extranjeros en los consorcios. Finalmente, también fue significativa la presencia de bancos extranjeros en los consorcios privatizados, particularmente en los casos de ENTEL y Aerolíneas Argentinas, es decir, en las empresas pioneras del proceso de privatizaciones. Tal presencia estuvo asociada al hecho de que las ventas concretadas en los primeros dos años incluyeron un programa de capitalización de la deuda externa. De este modo, parte de la adquisición debía ser cancelada mediante el aporte de bonos de la deuda argentina, muchos de los cuales estaban en manos de bancos extranjeros (Gerchunoff & Canovas 1995).

Durante los primeros años de la década de los noventa se concretó el traspaso de la mayor parte de los activos públicos. Entre los hitos fundamentales de ese proceso cabe destacar la privatización de las empresas de telecomunicaciones, ENTEL (1990), de aeronavegación, Aerolíneas Argentinas (1990), Gas del Estado (1992), del sistema eléctrico en sus fases de generación, transporte y distribución (1992-1997), la siderúrgica SOMISA (1992), Obras Sanitarias de la Nación (1993), la concesión de áreas para exploración y explotación de hidrocarburos (1990-1992) y la transferencia de YPF mediante la colocación de acciones en la Bolsa de valores (1993), entre muchos otros (Azpiazu & Vispo 1994).

En 2001, el agotamiento del modelo de convertibilidad monetaria derivó en una fuerte crisis económica y social. En el contexto de dicha crisis, y tras la devaluación de la moneda local en el año 2002, las empresas privatizadas pretendieron mantener el valor de sus tarifas en dólares. La negativa del Estado argentino convirtió a nuestro país en uno de los más demandados en los foros internacionales de protección de inversiones extranjeras, en especial, el CIADI (Alvarez & Khamsi 2009).

El inicio del siglo XXI vino acompañado del agotamiento del modelo imperante en la década de los 90'. En un contexto mundial de aumento del precio internacional de los *commodities* producidos por los países de América Latina, la reacción contra las políticas de la década anterior se propagó. En el caso argentino, ello se tradujo en una reversión parcial del proceso de privatizaciones, como ocurrió con AySA, Aerolíneas Argentinas, Correo Argentino, YPF, AFJPs, entre otros, a lo que se adicionó la creación de varias empresas públicas, a través de las cuales el Estado decidió reasumir un rol activo como agente económico industrial y comercial.

A partir de diciembre de 2023, la administración del Presidente Milei explicitó su voluntad no solo de retomar la experiencia privatizadora de los 90', sino de profundizarla a niveles desconocidos para la historia argentina. Hasta ahora, el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 70/2023 derogó las Leyes 15.349 de Sociedades de Economía Mixta, 13.653 de Empresas del Estado, 20.705 de Sociedades del Estado y la figura de la Sociedad Anónima con Participación Estatal Mayoritaria, a la vez que habilitó la privatización del Banco de la Nación Argentina. A su turno, la Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos, contempla la privatización de varias firmas.

Esa estrategia gubernamental brinda nueva y dramática actualidad al debate sobre la utilidad de las privatizaciones, al cual este trabajo pretende contribuir desde la faz del derecho internacional.

3. Servicios esenciales y derecho internacional

El derecho internacional clásico se limitaba a regular las relaciones entre los entes soberanos, condicionando así el comportamiento del Estado en el plano *externo*, pero jamás en el interno.

Ello no es más así. En la actualidad los tratados se usan para disciplinar el funcionamiento de las autoridades *dentro de su propia jurisdicción* (Tzanakopoulos 2011; d' Aspremont 2012). Los tratados se alejaron, así, de la regulación de las relaciones entre Estados para intervenir de lleno en la vinculación de éstos con los individuos.⁶ Como resultado de ello, una cantidad creciente de asuntos que antes eran regulados por el ordenamiento doméstico se ven ahora alcanzados por disposiciones internacionales. Pasamos del derecho internacional “hacia afuera” al derecho internacional “hacia adentro” (Justo 2023).

El fenómeno de las privatizaciones no escapa a esta evolución. En la actualidad, la provisión de servicios energéticos, agua, salud o educación, se encuentra alcanzada por el régimen internacional de los derechos humanos, especialmente de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), que disciplinan detalladamente los condicionantes del desempeño, tanto estatal como privado, en relación a esos bienes jurídicos.

Lo anterior implica que los Estados han visto significativamente reducida su discrecionalidad en este ámbito. Las privatizaciones ya no son un asunto puramente doméstico, librado a los criterios del gobierno de turno, sino que se encuentran condicionadas por el marco jurídico internacional. En este trabajo, veremos algunos de esos límites.

4. La responsabilidad internacional del Estado en contextos de privatización de servicios públicos

Uno de los principios más arraigados de la práctica global moderna es que todo comportamiento de un Estado calificado por el derecho internacional como hecho ilícito engendra su

⁶ Corte Internacional de Justicia, Opinión Consultiva, “Reservas a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio”, 28/5/1951, ¶ 23.

responsabilidad.⁷ Desentrañar el concepto de hecho ilícito internacional es, así, el punto de partida de todo el edificio de la responsabilidad

La figura es definida por el art. 2° del “Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad Internacional del Estado” de la Comisión de Derecho Internacional (CDI)⁸ como todo comportamiento que sea atribuible al Estado según el derecho internacional y constituya, a su vez, la violación de una obligación internacional del Estado.⁹ La noción presupone, entonces, un obrar adjudicable al ente estatal y una incompatibilidad con sus obligaciones internacionales, es decir, primero la *imputabilidad* y luego la *antijuridicidad*.

De ese modo, bajo el derecho internacional, la responsabilidad surge cuando se ha producido una violación a las obligaciones convencionales que resulta atribuible al Estado. Los presupuestos son: a) imputabilidad; b) antijuridicidad, y c) causalidad.

4 a). Imputabilidad. El talón de Aquiles de las privatizaciones. El prestador privado como delegado estatal

En primer lugar, para hablar de responsabilidad internacional del Estado, el comportamiento debe ser atribuible a él. En este aspecto inicial reside la debilidad del discurso privatizador pues, como veremos, bajo el derecho internacional, el obrar del prestador se atribuye al Estado, por lo que éste último mantiene intacta su responsabilidad, pese a haber perdido el control de la gestión del servicio.

⁷ ONU, Comisión de Derecho Internacional, *Segundo informe sobre la responsabilidad de los Estados, por el Sr. Roberto Ago, Relator Especial. Origen de la responsabilidad internacional*, 20/4/1970, A/CN.4/233, ¶ 12 y ss.

⁸ La responsabilidad del Estado por incumplimiento a sus obligaciones internacionales se rige básicamente por normas consuetudinarias. Esas normas han sido sintetizadas a lo largo de cincuenta años por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en el Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad Internacional del Estado (ONU, AG, A/RES/56/83, 2002). Ese instrumento, pese a carecer por sí mismo de efecto vinculante, refleja la costumbre internacional predominante en la materia, que constituye una fuente directa de obligaciones internacionales a la luz del art. 38.1.b) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Como resultado de lo anterior, el Proyecto de la Comisión es considerado como el documento más autoritativo sobre responsabilidad internacional del Estado (“*Corn Products International Inc., vs. México*”, Caso CIADI N° ARB(AF)/04/01, 2008, ¶ 76).

⁹ “La expresión “hecho ilícito” ha sido preferida por sobre la de “acto ilícito”, por la razón material de que la ilicitud se manifiesta frecuentemente en una inacción, lo que no queda bien indicado por el término “acto”, que por su etimología evoca precisamente la idea de acción (ONU, Comisión de Derecho Internacional, *Segundo informe sobre la responsabilidad de los Estados, por el Sr. Roberto Ago, Relator Especial. Origen de la responsabilidad internacional*, 20/4/1970, A/CN.4/233, ¶ 13).

La imputabilidad es la operación jurídica a través de la cual se adscribe una determinada acción u omisión a una persona (Bahrami 2014). En lo que aquí concierne, refiere a las condiciones requeridas por el derecho internacional para poder afirmar que un comportamiento determinado es considerado comportamiento *del Estado*.¹⁰ Explicar si, cómo y cuándo el obrar lesivo se atribuye al sujeto estatal es el primer punto de un caso de responsabilidad pública. Si no hay imputabilidad, la discusión se termina ahí. Estaremos fuera de las fronteras de la responsabilidad estatal.¹¹

El comportamiento imputable puede consistir tanto en acciones como en omisiones. Toda hipótesis en que –por un *hacer* o un *no hacer*- exista un obrar atribuible al Estado bajo el derecho internacional permitirá dar por probado este primer requisito del hecho ilícito internacional.

La referencia inicial en materia de imputabilidad es que *se atribuye al Estado todo comportamiento de sus órganos*, es decir, de los individuos o entes colectivos que componen la organización del Estado y actúan en su nombre, cualquiera sea su ubicación dentro del reparto territorial o competencial. Esta pauta, plasmada en el art. 4° del Proyecto de la CDI,¹² constituye una regla básica del derecho internacional consuetudinario.¹³

Ahora bien, adicionalmente al principio general precitado, el art. 5° del Proyecto de la CDI refiere a la atribución al Estado de la conducta de entidades que no revisten la calidad de órganos del Estado en el sentido del art. 4°, pero que –no obstante ello- se encuentran autorizadas para el ejercicio de ciertas atribuciones del poder público, siempre que actúen en esa capacidad. La norma procura dar cuenta del fenómeno de las *entidades paraestatales*, que ejercitan ciertas facetas de la autoridad pública en lugar del clásico órgano estatal, así como el fenómeno de privatización de empresas estatales que conservan ciertas funciones regulatorias. Es justamente ese apoderamiento para el ejercicio de prerrogativas públicas lo que justifica la imputabilidad de sus conductas al

¹⁰ ONU, Comisión de Derecho Internacional, *Primer informe sobre la responsabilidad de los Estados, del Sr. James Crawford, Relator Especial*, 24/4/1998, A/CN.4/490 y Add.1 a 7, ¶ 146.

¹¹ “The question of “attribution” does not, by itself, dictate whether there has been a violation of international law. Rather, it is only a means to ascertain whether the State is involved” (“Electrabel S.A. v. Republic of Hungary”, Caso CIADI N° ARB/07/19, 30/11/2012, ¶ 7.61; “Gustav F W Hamster GmbH & Co KG v. Republic of Ghana”, Caso CIADI N° ARB/07/24, 18/6/2010, ¶ 143). Véase, Caligara 2018.

¹² El art. 4° del Proyecto establece que “1. Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado. 2. Se entenderá que órgano incluye toda persona o entidad que tenga esa condición según el derecho interno del Estado”.

¹³ Corte Internacional de Justicia, Advisory Opinion, “Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights”, 24/4/1999, ICJ Reports 1999, ¶ 62.

Estado, por lo que ella solamente opera cuando la conducta se refiere a una actividad gubernamental y no a aspectos comerciales o puramente privados de su funcionamiento.

El art. 5° del Proyecto de la Comisión establece –bajo el título de “Comportamiento de una persona o entidad que ejerce atribuciones del poder público”- que “Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o entidad que no sea órgano del Estado según el artículo 4, pero esté facultada por el derecho de ese Estado para ejercer atribuciones del poder público, siempre que, en el caso de que se trate, la persona o entidad actúe en esa capacidad”.

Para este criterio, el factor central de la imputabilidad es, como vemos, el ejercicio de competencias públicas. El requisito determinante para la aplicación de esta regla es la existencia de una facultad jurídica que habilite a la entidad para el ejercicio de esas atribuciones. Es necesaria la delegación formal de una prerrogativa por parte del Estado, con independencia de que se trate de una acción específica o de cierta autonomía funcional. Además, la naturaleza de la función debe ser pública, noción cuyo contenido es cada vez más difuso debido a la tendencia contemporánea de externalizar funciones que tradicionalmente se consideran estatales. Otros criterios internos, como la existencia de participación estatal o la propiedad de los activos, no resultan decisivos. Lo que verdaderamente importa es que la entidad haya sido facultada -aunque sólo sea de forma limitada o en un contexto específico- para ejercer potestades públicas.

De esa manera, en este tipo de nexo funcional, el eje es la delegación y ejercicio de autoridad gubernamental y no el control estatal. La delegación de competencias regulatorias o fiscalizadoras puede implicar un control, pero no necesariamente. Por ello, la atribución no requiere probar que la conducta fue llevada adelante bajo control del Estado (ONU 2012).

Como vemos, bajo el derecho internacional consuetudinario, el obrar del delegado estatal, tal el caso de una empresa privada a la cual se ha encomendado la gestión de un servicio público, se atribuye al Estado.

Ese principio también rige en materia de derechos humanos. Por caso, la Corte Interamericana se ha hecho eco de la figura del delegado como fuente de imputabilidad, al explicar que “Los supuestos de responsabilidad estatal por violación a los derechos consagrados en la Convención, pueden ser tanto las acciones u omisiones atribuibles a órganos o funcionarios del Estado, como la omisión del Estado en prevenir que terceros vulneren los bienes jurídicos que protegen los derechos humanos. No obstante, entre esos dos extremos de responsabilidad, se encuentra la

conducta descrita en la Resolución de la Comisión de Derecho Internacional, de una persona o entidad, que, si bien no es un órgano estatal, está autorizada por la legislación del Estado para ejercer atribuciones de autoridad gubernamental. Dicha conducta, ya sea de persona física o jurídica, debe ser considerada un acto del Estado, siempre y cuando estuviere actuando en dicha capacidad”.¹⁴

Lo anterior implica que “la acción de toda entidad, pública o privada, que está autorizada a actuar con capacidad estatal, se encuadra en el supuesto de responsabilidad por hechos directamente imputables al Estado, tal como ocurre cuando se prestan servicios en nombre del Estado”.¹⁵

En una línea similar, ha afirmado también que, si el Estado permite la colaboración y participación de particulares en la realización de ciertas funciones propias, eso lo posiciona en una “especial función de garante”. En consecuencia, “el Estado es directamente responsable, tanto por acción como por omisión, de todo lo que hagan estos particulares en ejercicio de dichas funciones”.¹⁶

De ese modo, bajo la Convención Americana los supuestos de responsabilidad internacional comprenden los actos de las entidades privadas que actúen “con capacidad estatal”.¹⁷

Se insiste: “La prestación de servicios públicos implica la protección de bienes públicos, la cual es una de las finalidades de los Estados. Si bien los Estados pueden delegar su prestación, a través de la llamada tercerización, mantienen la titularidad de la obligación de proveer los servicios públicos y de proteger el bien público respectivo. La delegación a la iniciativa privada de proveer esos servicios, exige como elemento fundamental la responsabilidad de los Estados en fiscalizar

¹⁴ Corte IDH, “Ximenes Lopes v. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas”, 4/7/2006, ¶ 86.

¹⁵ Corte IDH, “Ximenes Lopes v. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas”, cit., ¶ 87.

¹⁶ Corte IDH, “Masacre de la Rochela v. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas”, 11/5/2007, ¶ 102. El juez García Ramírez precisa en “Ximenes Lopes” que “cuando el Estado resuelve trasladar a otras manos la prestación de un servicio que naturalmente le corresponde -porque forma parte del acervo de derechos sociales a los que corresponden deberes estatales-, no queda desvinculado en absoluto -es decir, “excluido de su responsabilidad estricta”- de la atención que se brinda a la persona cuyo cuidado confía a un tercero. La encomienda es pública y la relación entre el Estado que delega y el tratante delegado existe en el marco del orden público. El tratante privado sólo es el brazo del Estado para llevar adelante una acción que corresponde a éste y por la que el propio Estado conserva íntegra responsabilidad; es decir, “responde por ella”, sin perjuicio de que la entidad o el sujeto delegados también responden ante el Estado” (Corte IDH, “Ximenes Lopes v. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas”, cit., voto razonado del juez Sergio García Ramírez, ¶ 27).

¹⁷ Corte IDH, “Ximenes Lopes v. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas”, cit., ¶ 90; “González Lluy y otros v. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, 1/9/2015, ¶ 184; “Suárez Peralta v. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, 21/5/2013, ¶ 149; “Albán Cornejo y otros v. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas”, 22/11/2007, ¶ 119. STEDH, “Storck v. Alemania”, 16/6/2005, ¶ 103.

su ejecución, para garantizar una efectiva protección de los derechos humanos de las personas bajo su jurisdicción y para que los servicios públicos sean provistos a la colectividad sin cualquier tipo de discriminación, y de la forma más efectiva posible”.¹⁸

Es que “Los Estados están obligados a respetar los derechos reconocidos en la Convención y a organizar el poder público para garantizar a las personas bajo su jurisdicción el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos, extendiéndose esa obligación a todos los niveles de la administración, así como a otras instituciones a las que los Estados delegan su autoridad”.¹⁹

Al igual que en el caso del art. 5° del Proyecto de la CDI, el factor central a los efectos de la imputabilidad es el ejercicio de competencias públicas por parte de la entidad, por lo que no es necesario acreditar una omisión de control para activarla. Paralelamente, desde una perspectiva negativa, corresponderá atribuir al Estado solamente aquello que forma parte de la materia delegada, quedando afuera de la regla aquellos comportamientos estrictamente privados de la entidad.

La diferencia esencial entre los órganos estatales (art. 4°) y las entidades paraestatales (art. 5°) es que, por vía de principio, todos los actos de un órgano estatal son atribuibles al Estado. La única exclusión son aquellos comportamientos puramente privados del agente. Por el contrario, bajo el art. 5° se asume que una entidad solo puede ejercer parcialmente elementos de autoridad gubernamental. En consecuencia, el Estado responde solo en relación a los actos de carácter gubernamental para los cuales la entidad ha sido facultada, pero no respecto de aquellas actividades privadas o comerciales en las que la entidad puede comprometerse por su propia cuenta. Dentro del ámbito de esas actividades autorizadas no es necesario que el acto haya sido ejecutado bajo el control o de acuerdo a instrucciones expresas del Estado. El art. 4° establece la imputabilidad orgánica genérica, el art. 5° la imputabilidad funcional solo para el ámbito de lo autorizado.²⁰

4 b). Antijuridicidad. Violación a las obligaciones de respeto, garantía o protección de los DESCAs

¹⁸ Corte IDH, “Ximenes Lopes v. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas”, cit., ¶ 96.

¹⁹ Corte IDH, “Ximenes Lopes v. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas”, cit., ¶ 97.

²⁰ “El criterio en que se inspira el derecho internacional exige que se tenga en cuenta el carácter público de la *función* o de la misión en cuyo ejercicio se haya cometido la acción u omisión contraria al derecho internacional, más que la vinculación formal a la organización estatal de la persona responsable de comportamiento en cuestión” (ONU, Comisión de Derecho Internacional, *Tercer informe sobre la responsabilidad de los Estados, por el Sr. Roberto Ago, Relator Especial. El hecho internacionalmente ilícito del Estado como fuente de responsabilidad internacional*, 5/3/1971, A/CN.4/246 Y ADD.1 A 3, ¶ 191). El criterio de adjudicación es funcional (art. 5°) y no orgánico (art. 4°). Véase, Tribunal Arbitral Estados Unidos - Reino Unido, “Ernshaw y otros” (Asunto del “Zafiro”), 1925.

Como vimos antes, el hecho ilícito internacional se configura cuando un obrar –activo u omisivo- que es imputable al Estado resulta violatorio de una obligación internacional del aquel. Para declarar la responsabilidad, primero debe dilucidarse el aspecto relativo a la imputabilidad, cuyos contornos vimos en el punto anterior, con especial referencia a la actuación del delegado gubernamental. Una vez superado ese primer test, habremos de verificar si ese obrar es contrario a compromisos internacionales del Estado. Se trata de dos análisis diferentes y sucesivos: la atribución del comportamiento al Estado (imputabilidad) y, en caso de ser atribuible, su compatibilidad con las obligaciones internacionales (antijuridicidad).

De ese modo, cuando el obrar del Estado, sea de un órgano suyo o de un delegado, involucra la violación a una obligación internacional, se configura el segundo requisito para el surgimiento de la responsabilidad: la antijuridicidad.

¿Cuáles son, en este campo, las obligaciones cuya violación acarrea esa antijuridicidad? Las convenciones de derechos humanos imponen al Estado tres tipos de obligaciones en relación a los derechos que ellas consagran: *respeto*, *garantía* y *protección*. Su inobservancia conlleva responsabilidad internacional.

Primero, la *obligación de respeto* demanda de los Estados que se abstengan de interferir directa o indirectamente con el disfrute del derecho de que se trate. Es decir, que no incurran por sí mismos en prácticas que impliquen lesionar el derecho. Para asegurar el deber de respeto, el Estado debe evitar tomar iniciativas que limiten o conculquen un derecho fundamental, y suprimir las medidas y prácticas que lo vulneren.²¹

En segundo lugar, existe una *obligación de garantía*, asociada a la remoción de los obstáculos al ejercicio efectivo de los derechos, esto es, la provisión de los recursos y la facilitación de las actividades necesarias para un acceso igualitario a ese ejercicio. Con este propósito, las autoridades deben adoptar medidas positivas. Para la Corte Interamericana “garantizar implica la obligación del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce”.²² Por consiguiente, no sólo es ilícita toda forma de ejercicio del poder público que viole por sí misma

²¹ Corte IDH, OC-18/03, “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”, 17/9/2003, ¶ 81 y 173.

²² Corte IDH, OC-11/90, “Excepciones al Agotamiento de los recursos internos (artículo 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, 10/8/1990, ¶ 34.

los derechos reconocidos por el pacto,²³ sino también la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a su goce.²⁴ Cuando el ejercicio de un derecho no se encuentre todavía garantizado, el Estado debe adecuar su ordenamiento jurídico –en el plano normativo o de cualquier otro tipo, es decir, incluyendo leyes, sentencias, reglamentos, actos o hechos- para permitir tal ejercicio.²⁵

La obligación de garantía se traduce en la obligación que asume el Estado de promover, a través de sus órganos, la posibilidad real y efectiva de que sus ciudadanos ejerzan los derechos y disfruten las libertades que se les reconocen. Es decir, el Estado está obligado a crear condiciones efectivas que permitan el goce y ejercicio de los derechos consagrados en la Convención, cualquiera sea su contenido normativo. Esta es una obligación complementaria a la de respetar, ya que no sólo implica el cumplimiento estricto del mandato normativo que establece cada derecho, sino que conlleva una obligación positiva de crear condiciones institucionales, organizativas y procedimentales para que las personas puedan ejercer plenamente los derechos y libertades consagrados internacionalmente (Nash Rojas 2009).

Por último, la *obligación de protección* requiere que el Estado prevenga la interferencia de terceros en el disfrute de cada derecho. El concepto de terceros incluye a individuos, grupos, empresas, corporaciones y otras entidades, por lo que proteger implica diseñar y poner en práctica medidas regulatorias tendientes a impedir a cualquier sujeto privado la realización de conductas lesivas. El Estado no sólo debe observar por sí mismo las reglas de los pactos, sino que también tiene a cargo asegurar que los particulares hagan lo mismo en sus relaciones privadas. De ese modo, este compromiso de protección viene a reforzar la responsabilidad del Estado en contextos de privatización. Esa responsabilidad no sólo proviene de la imputabilidad de los actos de sus delegados, sino también del deber de actuar con la debida diligencia para prevenir comportamientos lesivos por parte de los particulares –por caso, empresas privadas- bajo la llamada “doctrina del riesgo” (Justo 2023).

Estas obligaciones generales de respeto, garantía y protección deben ser cumplidas respecto de cada derecho o libertad consagrado internacionalmente. En lo que aquí nos ocupa, las actividades

²³ Corte IDH, “Velásquez Rodríguez v. Honduras. Fondo”, 29/7/1988, ¶ 169.

²⁴ Corte IDH, “Caso “Cinco Pensionistas” v. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas”, 28/2/2003, ¶ 163.

²⁵ Corte IDH, OC-18/03, “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”, cit., ¶ 81 y 173.

relacionadas con los llamados servicios esenciales, como la provisión de electricidad, agua, salud o educación, están actualmente bajo la órbita del régimen internacional de los DESC, disciplinados en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Protocolo de San Salvador y el art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El régimen de los DESC se estructura del siguiente modo: primero fija el contenido de cada uno de los derechos que reconoce, para establecer luego el alcance de las obligaciones que aquéllos engendran en cabeza de los Estados. Desde el primer aspecto, el contenido de los derechos viene dado por los componentes de *disponibilidad, calidad y accesibilidad* -factor que se desagrega en accesibilidad física y económica, directiva de no discriminación y acceso a la información.²⁶

Una vez que se fija el alcance del derecho de que se trate, corresponde delinear los rasgos centrales de las obligaciones que correlativamente asumen los Estados. La clasificación en esta materia atiende, en primer término, al *contenido de la conducta debida* por el Estado, que nos permite identificar a las obligaciones de respeto, protección y garantía, la cual se desagrega en los deberes de facilitar, promover y proveer.

De forma paralela, el segundo criterio de clasificación atiende al *grado de satisfacción del derecho que resulta exigible*. Ello permite identificar a las *obligaciones básicas*, que son aquellas de exigibilidad inmediata y procuran asegurar un grado mínimo de disfrute de derechos elementales,²⁷ frente a las *obligaciones progresivas*, que se cumplen demostrando la adopción de medidas eficaces tendientes al logro gradual del objetivo convencional.²⁸ Para acreditar el cumplimiento de las obligaciones progresivas los Estados deben demostrar que han tomado de

²⁶ Véase, Corte IDH, “Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) v. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas”, 1/7/2009, ¶ 16, 17 y 97; “Lagos del Campo v. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, 31/8/2017, ¶ 142; “Trabajadores Cesados de Petroperú y otros v. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, 23/11/2017, ¶ 192; “San Miguel Sosa y otras v. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas”, 8/2/2018, ¶ 220; “Poblete Vilches y otros v. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas”, 8/3/2018, ¶ 100; “Cuscul Pivaral y otros v. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas”, 23/8/2018, ¶ 97; “Muelle Flores vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, 6/3/2019, ¶ 170 a 208; “Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) v. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, 21/11/2019, ¶ 155; “Hernández v. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas”, 22/11/2019, ¶ 54; “Comunidades Indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) v. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas”, 6/2/2020, ¶ 199.

²⁷ La existencia de un contenido básico en los DESC es una consecuencia lógica del uso de la terminología de los derechos. No habría justificación para elevar un “reclamo” a la condición de “derecho” (con todas las connotaciones que este concepto presuntamente tiene) si su contenido normativo pudiera ser tan indeterminado que permitiera la posibilidad de que sus titulares no puedan exigir nada en concreto. Cada derecho debe dar lugar a un derecho mínimo absoluto, en ausencia del cual debe considerarse que un Estado viola sus obligaciones (Alston 1987).

²⁸ Skogly 2012.

buena fe las medidas necesarias y factibles encaminadas a la plena realización del derecho en juego. Esto significa que esas obligaciones son *de medios*. Por el contrario, las obligaciones básicas son *de resultado*: el Estado no puede justificar en ninguna circunstancia su falta de acatamiento y por ende toda situación que implique ausencia de disfrute mínimo de esos derechos configura una violación al tratado.²⁹

Esta estructura se plasma en el régimen específico de cada derecho protegido: derecho humano al agua y el saneamiento; derecho a la vivienda –que involucra acceso a servicios energéticos; derecho a la salud o derecho a la educación, etc.

Cuando el desempeño del prestador privado deriva en la lesión de alguno de esos derechos, se genera responsabilidad internacional del Estado, quien debe cesar la misma y disponer su reparación, a través de los mecanismos de restitución, indemnización, satisfacción y garantías de no repetición.

4 c). Relación de causalidad

Por último, para el surgimiento de responsabilidad debe existir un nexo causal entre el obrar estatal –comisivo u omisivo- y la violación del tratado respectivo, sea que se manifieste en la lesión a un derecho específico, o en la violación de las obligaciones genéricas de respeto, garantía y protección.³⁰

A efectos de determinar el nexo causal entre el obrar estatal y las consecuencias lesivas, debe evaluarse “si las mismas no se hubieran producido de no haber mediado la acción estatal”.³¹ Esto implica que en el contencioso internacional se aplica la teoría de la “causalidad adecuada”.

Esa corriente aborda la cuestión causal a partir de una noción de “regularidad” o “normalidad”, que toma en consideración lo que acostumbra suceder en el curso ordinario de los acontecimientos. Esa ponderación se materializa en un juicio retrospectivo de probabilidad que lleva a indagar si la acción u omisión que se juzga era *per se* apta para provocar normalmente esa consecuencia. Se

²⁹ ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 3, “La índole de las obligaciones de los Estados parte (¶ 1 del artículo 2 del Pacto)”, 1990, ¶ 10; Chowdhury 2009; Landau 2012. Esta línea es seguida por la Corte Suprema argentina en el fallo “Q”, al postular que “Hay una garantía mínima del derecho fundamental que constituye una frontera a la discrecionalidad de los poderes públicos” (CSJN, “Q.C.,S.Y”, *Fallos*, 335:452, 2012, ¶ 12).

³⁰ Corte IDH, “Comunidad Indígena Xákmok Kásek. v. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas”, 24/8/2010, ¶ 227.

³¹ Corte IDH, “Bueno Alves v. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas”, 11/5/2007, ¶ 157.

trata, así, de una concepción superadora de la teoría de la “equivalencia de las condiciones”, que –al postular como causa de un daño a cada uno de los hechos antecedentes, aun los más insignificantes, que concurren a un desenlace– implicaba extender ilimitadamente las consecuencias que derivan del encadenamiento causal (Aberastury 2008).

Conforme a la teoría de la causalidad adecuada, la causa de un resultado dañoso es una condición *sine qua non*, vale decir aquella que, entre todas las que concurren, ha influido decisivamente en la dirección del resultado operado. No todas las condiciones necesarias son equivalentes, sino de eficacia distinta, de modo que sólo cabe calificar como “causa” a la más eficaz o activa dotada de la mayor fuerza productiva (Llambias 1995; Goldenberg 2000).

5. Problemáticas usuales en contextos de privatización de servicios esenciales

Según hemos visto, el Estado responde por lesiones a derechos ocurridas en contextos de privatización de servicios esenciales. Como dijimos, el contenido de los DESCAs se vincula con el aseguramiento, sin discriminación, de condiciones básicas de *disponibilidad, calidad y accesibilidad*, tanto física como económica, de esos bienes y prestaciones.³²

Sobre esas bases, el régimen internacional consagra el derecho operativo de acceso a servicios básicos, como agua potable, saneamiento, electricidad o calefacción.³³

En efecto, de acuerdo a la interpretación de los órganos internacionales de aplicación, a la que adscribe la Corte Suprema argentina,³⁴ “Todos los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada deberían tener acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia”.³⁵

³² ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 15, “El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto)”, 20/1/2003, Doc. ONU E/C.12/2002/11, ¶ 12; Observación General N° 14, “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, (artículo 12 del Pacto)”, 11/8/2000, E/C.12/2000/4, ¶ 12; Observación General N° 13, “El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto)”, 1999; Observación General N° 11, “Planes de acción para la educación primaria (artículo 14 del Pacto)”, 1999, ¶ 11; Observación General N° 4, “El derecho a una vivienda adecuada (artículo 11 del Pacto)”, 1991, entre otras.

³³ Lo mismo ocurre con salud, educación o seguridad social.

³⁴ CSJN, “CEPIS”, 2016, *Fallos*, 339:1077.

³⁵ ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 4, “El derecho a una vivienda adecuada (artículo 11 del Pacto)”, cit., ¶ 8.b.

De igual manera, “Los gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deberían ser de un nivel que no impidiera ni comprometiera el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas. Los Estados Partes deberían adoptar medidas para garantizar que el porcentaje de los gastos de vivienda sean, en general, conmensurados con los niveles de ingreso”.³⁶

A su vez, bajo el marco de los DESCAs, “corresponde a cada Estado parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos”,³⁷ lo cual permite afirmar la exigibilidad de condiciones mínimas de acceso a servicios como electricidad, gas y agua en el hogar, a precios accesibles.

Teniendo en miras ese ordenamiento, reseñaremos a continuación algunas problemáticas recurrentes en materia de servicios privatizados. En ellos se confirma que el Estado no hace ningún negocio al privatizar, pues mantiene las cargas, pero pierde capacidad decisoria y operativa.

5 a). Desregulación y fiscalización

En primer lugar, la desregulación total de actividades esenciales es incompatible con el deber de fiscalización que pesa sobre el Estado.

El deber de regular y fiscalizar las actividades privadas de manera que ellas no deriven en afectaciones a los derechos humanos es la principal consecuencia del carácter *erga omnes* de las obligaciones convencionales y del deber de protección.³⁸ El Estado no solo responde por los actos

³⁶ ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 4, “El derecho a una vivienda adecuada (artículo 11 del Pacto)”, cit., ¶ 8.c.

³⁷ ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 3, “La índole de las obligaciones de los Estados parte (¶ 1 del artículo 2 del Pacto)”, cit., ¶ 10.

³⁸ La Corte Interamericana tiene dicho que “los Estados, al adoptar medidas necesarias para hacer efectivos los derechos humanos, lo deben hacer también con respecto de personas jurídicas que se encuentren bajo su jurisdicción, a fin de evitar que eventuales acciones de ellas puedan comprometer su responsabilidad internacional en esta materia. De modo que las personas jurídicas están, en todo caso, obligadas a respetar, en el correspondiente orden interno o nacional, los derechos humanos y, en el evento de que ello no acontezca, los pertinentes Estados pueden ver comprometida su responsabilidad internacional en la medida que no garanticen su libre y pleno ejercicio por toda persona natural sujeta a su jurisdicción” (Corte IDH, OC-22/16, “Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos -Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador”, 26/2/2016, ¶ 31). Esa obligación estatal de regulación de las actividades privadas “es reforzada por los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos” (Corte IDH, “Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesús y sus familiares v. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, 15/7/2020, ¶ 149 y 150; “Caso Habitantes de La Oroya v. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, 27/11/2023, ¶ 114). Véase, Justo 2021.

de sus delegados, sino también por los de terceros cuando “falta a su deber de regularlos y fiscalizarlos”.³⁹

De ese modo, “la obligación de fiscalización estatal comprende tanto a servicios prestados por el Estado, directa o indirectamente, como a los ofrecidos por particulares. Abarca, por tanto, las situaciones en las que se ha delegado el servicio, en las que los particulares brindan el mismo por cuenta y orden del Estado, como también la supervisión de servicios privados relativos a bienes del más alto interés social, cuya vigilancia también compete al poder público”.⁴⁰

Corresponde al Estado acreditar esos extremos –regulación y fiscalización adecuadas- para liberarse de responsabilidad.⁴¹ Esto significa que el Estado tiene la carga de la prueba sobre el cumplimiento de sus deberes de supervisión.

5 b).Accesibilidad económica y tarifas

La accesibilidad económica es una de las principales reglas en materia de DESCA. Históricamente, este requerimiento adquirió gravitación como contrapeso frente a la aplicación irrestricta del principio de recuperación total de costos por medio de la tarifa (*full cost recovery*), propugnado como eje rector de la prestación privada de servicios públicos (Justo 2015).

Los servicios básicos deben ser asequibles para toda/os. Esto implica que los costos directos e indirectos y los cargos para asegurar el servicio -incluidos los gastos de conexión- no deben impedir que una persona tenga acceso a ellos, ni deben representar una amenaza a su capacidad para el disfrute de otros derechos, tales como alimentación, vivienda, salud o educación.

El requisito de asequibilidad no es incompatible con la decisión de recuperar los costos de la prestación ni significa que ellos deban prestarse de modo gratuito. La asequibilidad supone límites a la recuperación de costos para que su logro no se convierta en un obstáculo al acceso de los sectores más vulnerables, pero está lejos de significar un beneficio indiscriminado de gratuidad para todos los sectores sociales, solución que conspiraría gravemente contra la igualdad y la sustentabilidad del sistema. Una cosa es decir que los servicios deben ser gratuitos sin más y otra

³⁹ Corte IDH, “Ximenes Lopes v. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas”, cit., ¶ 90; “González Lluy y otros v. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, cit., ¶ 77; “Rechazo de la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, 27/1/2009, ¶ 13.

⁴⁰ Corte IDH, “Suárez Peralta v. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, cit., ¶ 149.

⁴¹ Corte IDH, “Albán Cornejo y otros v. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas.”, cit., ¶ 119.

muy diferente es postular que nadie debería estar privado del acceso a ellos por no poder pagarlos. En este último caso adquieren relevancia pautas de equidad que marcan un distingo fundamental con la gratuidad, pues aquellos usuarios con capacidad de pago deberán hacerlo a fin de garantizar su sostenibilidad.

5 c). Disponibilidad y expansión de redes

Los servicios deben estar disponibles para todos, incluidos los sectores más vulnerables o marginados de la población, sin discriminación basada en factores prohibidos como raza, sexo, edad, origen nacional o social, posición económica, o cualquier otra condición que tenga por efecto anular o menoscabar el igual disfrute del derecho.

Una asignación adecuada de los recursos resulta esencial para cumplir con este recaudo, evitando —por ejemplo— la realización de inversiones que favorezcan un suministro a una pequeña y privilegiada fracción de la población y desatiendan a grupos mayoritarios en situación de desamparo.

Para la Corte Interamericana, “los Estados deben tomar en cuenta que los grupos de personas que viven en circunstancias adversas y con menos recursos, tales como las personas que viven en condiciones de pobreza, enfrentan un incremento en el grado de afectación a sus derechos precisamente por su situación de mayor vulnerabilidad”.⁴² Por ende, “toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos”.⁴³ Dicho de otro modo, esa

⁴² Corte IDH, “Uzcátegui y otros v. Venezuela. Fondo y Reparaciones”, 3/9/2012, ¶ 204; “Masacre de Santo Domingo v. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones”, 30/11/2012, ¶ 273.

⁴³ Corte IDH, “Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde v. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, 20/10/2016, ¶ 337; “Cuscul Pivaral y otros v. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas”, cit., ¶ 130 y 131; “Comunidad Indígena Xákmok Kásek v. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas”, cit., ¶ 233; “Masacre de Mapiripán v. Colombia”, 15/9/2005, ¶ 179; “Chinchilla Sandoval v. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas”, 29/2/2016, ¶ 168; “Comunidad Indígena Sawhoyamaxa v. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas”, 29/3/2006, ¶ 154; “Ximenes Lopes v. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas”, cit., ¶ 104.

especial situación de vulnerabilidad acentúa las obligaciones de respeto y garantía a cargo del Estado y agrava su deber de debida diligencia.⁴⁴

Conclusiones

Al momento de analizar las implicancias de la privatización de actividades esenciales, debemos tener en cuenta que:

1. Bajo el derecho internacional, el desempeño del prestador privado se atribuye al Estado.
2. Si el prestador privado vulnera algún derecho humano, esa violación es imputable al Estado,⁴⁵ quien debe arbitrar los medios para cesar y reparar la misma.
3. En consecuencia, el Estado no se libera de ninguna obligación cuando privatiza actividades relacionadas con derechos humanos.

Si lo anterior es así, ¿Qué utilidad tiene privatizar? ¿De qué sirve ceder el control si se mantiene la responsabilidad? ¿Es válido ceder ese control si sigue siendo responsable? Los gobiernos deberían empezar a hacerse esas preguntas.

Referencias

Aberastury, P. (2008). La relación de causalidad en la responsabilidad del Estado. En AA.VV, *Responsabilidad del Estado* (pp. 221-238). Rubinzal Culzoni.

Alston, P. (1987). Out of the Abyss: The Challenges Confronting the New UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights. *Human Rights Quarterly*, 9(3), 332–381. <https://doi.org/10.2307/761879>

Alvarez, J. y Kathryn, K. (2009). The Argentine Crisis and Foreign Investors. En P. Karl Sauvant (Ed.), *Yearbook on International Investment Law and Policy 2008– 2009* (pp. 379-479). Oxford University Press.

⁴⁴ Corte IDH, “Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus y sus familiares v. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, cit., ¶ 198. Bajo el sistema interamericano, la “posición económica” de la persona es una de las causales de discriminación prohibidas por el art. 1.1 de la Convención, por lo que la eventual restricción de un derecho, con base en esa circunstancia “exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso con razones sustentadas en una argumentación exhaustiva” y “cualquier diferenciación con base en dichas categorías invierte la carga de la prueba, por lo cual corresponderá a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio” (Corte IDH, “Ramírez Escobar y otros v. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas, 9/3/2018, ¶ 278).

⁴⁵ Sobre la responsabilidad adicional del particular (privado) en ese tipo de casos, véase Justo 2021.

Azpiazu, D. y Vispo, A. (1994). Algunas enseñanzas de las privatizaciones en Argentina. *Revista de la Comisión Económica Para América Latina y el Caribe*, 54, 129-147. <https://hdl.handle.net/11362/11966>

Bahrami, F. (2014). *Attribution of conduct to international organisations* [Tesis de Maestría, Universidad de Glasgow]. <https://theses.gla.ac.uk/id/eprint/5545>

Caligara, S. (2018). Attribution of Lawful Conduct in Investment Treaty Arbitration - The "It" Problem Solved?". *SSRN*. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3390563>

Chowdhury, J. (2009). Judicial Adherence to a Minimum Core Approach to Socio-Economic Rights – A Comparative Perspective. *Cornell Law School Inter-University Graduate Student Conference Papers*, 27.

d' Aspremont, J. (2012). The systemic integration of international law by domestic courts: domestic judges as architects of the consistency of the international legal order. En O. Fauchald y A. Nollkaemper (Eds.), *The practice of international and national courts and the (de)fragmentation of international law* (pp.141-166). Hart Publishing.

Gerchunoff, P. y Canovas, G. (1995). Privatizaciones en un contexto de emergencia económica. *Desarrollo Económico*, 34(136), 483–512. <https://doi.org/10.2307/3467281>

Goldenberg, I. (2000). *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*. La Ley.

Justo, J. (2015). Derecho humano al agua y al saneamiento. Historia, contenido y desafíos. *Revista Patagónica de Bioética*, (2), 8-44.

Justo, J. (2021). La legitimación pasiva de los particulares ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Integración Regional y Derechos Humanos*, IX(1), 221-244.

Justo, J. (2023). *La transformación de la responsabilidad del Estado*. Ábaco.

Landau, D. (2012). The Reality of Social Rights Enforcement. *Harvard International Law Journal*, 53(1), 319-378.

Llambias, J. (1995). *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones, t.I*. Perrot.

Megginson, W. y Netter, J. (2001). From State to Market: A Survey of Empirical Studies on Privatization. *Journal of Economic Literature*, 39(2), 321–389.

Mertehikian, E. (1991). Reforma del Estado. El proceso de traspaso a la actividad privada de cometidos estatales (Peaje. Licitación de corredores viales. Marco jurídico). *La Ley*.

Monteagudo Valdez, M. (1994). The Debt Problem: The Baker Plan and the Brady Initiative: A Latin American Perspective. *The International Lawyer*, 28(1), 59-81 .

Nash Rojas, C. (2009). *Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988 - 2007)*. Universidad de Chile.

Organización de Naciones Unidas. (2012). Materials on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts. *United Nations Legislative Series*, ST/LEG/SER B/25.

Skogly, S. (2012). The Requirement of Using the "Maximum of Available Resources" for Human Rights Realisation: A Question of Quality as Well as Quantity?. *Human Rights Law Review*, 12(3), 393-420. <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngs022>

Tzanakopoulos, A. (2011). Domestic Courts in International Law: The International Judicial Function of National Courts. *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, 34(1), 133-168.

Vergés, J. (2014). *Eficiencia comparativa Empresa Pública vs. Empresa Privada: La evidencia empírica*. Munich Personal RePEc Archive. <https://mpra.ub.uni-muenchen.de/id/eprint/58816>

Zafra Espinosa de los Monteros, R. (2001). *La deuda externa. Aspectos jurídicos del endeudamiento internacional*. Universidad de Sevilla.