

Comité Jurídico Interamericano

**Curso de
Derecho Internacional**

**47°
2022**



OEA

Más derechos para más gente

Secretaría General
Secretaría de Asuntos Jurídicos
Departamento de Derecho Internacional

Carta de la Organización de los Estados Americanos

Capítulo XIV

El Comité Jurídico Interamericano

Artículo 99

El Comité Jurídico Interamericano tiene como finalidad servir de cuerpo consultivo de la Organización en asuntos jurídicos; promover el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional, y estudiar los problemas jurídicos referentes a la integración de los países en desarrollo del Continente y la posibilidad de uniformar sus legislaciones en cuanto parezca conveniente.

Artículo 100

El Comité Jurídico Interamericano emprenderá los estudios y trabajos preparatorios que le encomienden la Asamblea General, la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores o los consejos de la Organización. Además, puede realizar, a iniciativa propia, los que considere conveniente, y sugerir la celebración de conferencias jurídicas especializadas.

Artículo 101

El Comité Jurídico Interamericano estará integrado por once juristas nacionales de los Estados miembros, elegidos por un período de cuatro años, de ternas presentadas por dichos Estados. La Asamblea General hará la elección mediante un régimen que tenga en cuenta la renovación parcial y procure, en lo posible, una equitativa representación geográfica. En el Comité no podrá haber más de un miembro de la misma nacionalidad.

Las vacantes producidas por causas distintas de la expiración normal de los mandatos de los miembros del Comité, se llenarán por el Consejo Permanente de la Organización siguiendo los mismos criterios establecidos en el párrafo anterior.

Artículo 102

El Comité Jurídico Interamericano representa al conjunto de los Estados miembros de la Organización, y tiene la más amplia autonomía técnica.

Artículo 103

El Comité Jurídico Interamericano establecerá relaciones de cooperación con las universidades, institutos y otros centros docentes, así como con las comisiones y entidades nacionales e internacionales dedicadas al estudio, investigación, enseñanza o divulgación de los asuntos jurídicos de interés internacional.

Artículo 104

El Comité Jurídico Interamericano redactará su estatuto, el cual será sometido a la aprobación de la Asamblea General.

El Comité adoptará su propio reglamento.

Artículo 105

El Comité Jurídico Interamericano tendrá su sede en la ciudad de Río de Janeiro, pero en casos especiales podrá celebrar reuniones en cualquier otro lugar que oportunamente se designe, previa consulta con el Estado miembro correspondiente.

Las opiniones expresadas en esta publicación son responsabilidad de cada uno de los autores y no necesariamente reflejan la postura de la Organización de los Estados Americanos.

Comité Jurídico Interamericano



Curso de Derecho Internacional

**47°
2022**

Organización de los Estados Americanos
Secretaría General
Secretaría de Asuntos Jurídicos
Departamento de Derecho Internacional

OAS Cataloging-in-Publication Data

Curso de Derecho Internacional (47th: 2022 : Río de Janeiro, Brasil)

XLVII Curso de Derecho Internacional / organizado por el Comité Jurídico Interamericano y el Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la Organización de los Estados Americanos, del 1 al 12 de agosto de 2022.

p. ; cm. Includes bibliographical references. (OAS. Documentos oficiales; OEA/Ser.Q)

ISBN 978-0-8270-7636-5

1. International law--Study and teaching--Congresses. 2. International relations--Study and teaching--Congresses. 3. Conflict of laws--Study and teaching--Congresses. 4. Pan-Americanism. I. Organization of American States. Secretariat for Legal Affairs. Department of International Law. II. Inter-American Juridical Committee. III. Title. IV. Series. JX3091.C8 2023
OEA/Ser.Q/V.C-47



47º Curso de Derecho Internacional
Río de Janeiro, Brasil, 1 al 12 de agosto de 2022

Esta publicación ha sido preparada y editada por el Departamento de Derecho Internacional, Secretaría de Asuntos Jurídicos de la OEA, bajo la supervisión de Eduardo Parada Deutsch, Oficial Jurídico. Copyright © 2023. Queda prohibida cualquier reproducción parcial o total, por cualquier medio, sin autorización del Departamento de Derecho Internacional.

Organización de los Estados Americanos
Autoridades al 1° de marzo de 2022

Comité Jurídico Interamericano

Luis García Corrochano Moyano (Presidente)
José Antonio Moreno Rodríguez (Vice-presidente)
George Rodrigo Bandeira Galindo
Eric P. Rudge
Mariana Salazar Albornoz
Ruth Stella Correa Palacio
Luis Moreno Guerra
Cecilia Fresnedo de Aguirre
Stephen G. Larson
Ramiro Gastón Orias Arredondo
Luis Moreno Guerra
Martha Luna Véliz

Secretaría General

Luis Almagro Lemes (Secretario General)
Néstor Méndez (Secretario General Adjunto)
Jean Michel Arrighi (Secretario de Asuntos Jurídicos)
Dante Negro (Director, Departamento de Derecho Internacional)

Comité Jurídico Interamericano
Organización de los Estados Americanos
Secretaría General
Secretaría de Asuntos Jurídicos
Departamento de Derecho Internacional

Tabla de Contenidos

Presentación	11
Homenaje al Profesor Antonio Augusto Cançado Trindade	13
Jean Michel Arrighi	

Parte I

El Sistema Jurídico Interamericano

El Comité Jurídico Interamericano a través de sus antecedentes históricos	21
Luis Toro Utillano, Oficial Jurídico Principal, Departamento de Derecho Internacional OEA	
El Derecho Internacional aplicable al Ciberespacio	69
Mariana Salazar Albornoz, Miembro del Comité Jurídico Interamericano	
Los neuroderechos: Hacia un nuevo régimen jurídico internacional	119
Ramiro Gastón Orias Arredondo, Miembro del Comité Jurídico Interamericano	
La inviolabilidad de las sedes diplomáticas como principio de las relaciones internacionales y su relación con la figura del Asilo Diplomático	145
George Rodrigo Bandeira Galindo, Miembro del Comité Jurídico Interamericano	
The right to (free) compulsory primary education	161
Eric Rudge, Member of the Interamerican Juridical Committee	

El derecho aplicable al fondo: Un debate ausente en las propuestas de Reforma al Mecanismo de Resolución de Disputas de las Inversiones Extranjeras	205
José Antonio Moreno Rodríguez, Miembro del Comité Jurídico Interamericano	
La Ley General de Derecho Internacional Privado uruguayo. Alguna de sus novedades principales	225
Cecilia Fresnedo, Miembro del Comité Jurídico Interamericano	
El derecho internacional en las situaciones de conflicto armado internacional	257
Luis García Corrochano Moyano, Miembro del Comité Jurídico Interamericano	
Saber es Poder: La Ley Modelo Interamericana 2.0 sobre Acceso a la Información Pública y su potencial como ecualizador social	273
Jaime Moreno-Valle, Oficial Jurídico Principal, Departamento de Derecho Internacional OEA	
La adopción de medidas nacionales de implementación del Derecho Internacional Humanitario (DIH) en los países de América y el Caribe y la contribución del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR)	299
Gabriel Valladares, Asesor Legal en la Delegación Regional para Brasil - CICR	
Arbitraje y Estado	337
María Inés Corrá, Socia y co-directora de las áreas de Arbitraje Internacional, Derecho Administrativo y Regulación Económica del estudio Bomchil	

En busca del tiempo perdido para las personas mayores en América Latina **361**

Eduardo Manuel Val,
Profesor de la Universidade Federal Fluminense

Emerging Caribbean Jurisprudence **377**

Jacob Wit,
Judge of the Caribbean Court of Justice

Parte II

Justicia Internacional

Participation of State and Non-State Actors in Contentious cases before the International Court of Justice: An empirical analysis **405**

Paula Wojcikiewicz Almeida,
Professor of International Law and EU Law,
Getulio Vargas Foundation Law School in Río de Janeiro

Luis Toro Utillano
Mariana Salazar
Albornoz
Ramiro Gastón
Orias Arredondo
George Rodrigo
Bandeira Galindo
Eric Rudge
José Antonio
Moreno Rodríguez
CECILIA FRESNEDO
Luis García
Corrochano Moyano
Jaime Moreno-Valle
Gabriel Valladares
María Inés Corráz
Eduardo Manuel Val
Jacob Wit
Paula Wojcikiewicz
Almelmida

Presentación

El Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la Organización de los Estados Americanos (OEA) tiene el honor de presentar esta publicación que recoge, a manera de artículos, las clases impartidas durante el 47° Curso de Derecho Internacional que tuvo lugar del 1 al 12 de agosto de 2022 en Río de Janeiro, Brasil, sede del Comité Jurídico Interamericano.

A lo largo de sus 46 años de existencia, el Curso de Derecho Internacional ha ofrecido a los abogados de las Américas un espacio para estudiar y abordar, desde una perspectiva jurídica, los temas más relevantes de la agenda interamericana.

En esta ocasión, se abordaron temas sobre los antecedentes históricos del Comité Jurídico Interamericano, el derecho internacional aplicable al ciberespacio, los neuroderechos, el derecho a la enseñanza primaria obligatoria (gratuita), el derecho internacional en las situaciones de conflicto armado internacional y la Ley Modelo Interamericana 2.0 sobre Acceso a la Información Pública.

Asimismo, esta edición del Curso buscó también ampliar la cultura jurídica de los estudiantes, incorporando temas vanguardistas de derecho internacional privado como propuestas de reforma al mecanismo de resolución de disputas de las inversiones extranjeras, la nueva Ley General de Derecho Internacional Privado uruguayo y temas sobre arbitraje y Estado.

No podían faltar temas de derecho internacional público, entre ellos, la inviolabilidad de las sedes diplomáticas como principio de las relaciones internacionales y su relación con la figura del asilo diplomático; y la adopción de medidas

nacionales de implementación del derecho internacional humanitario en los países de América y el Caribe y la contribución del Comité Internacional de la Cruz Roja.

Finalmente, el temario se enriqueció con el estudio de temas técnicos de derecho internacional como la participación de actores estatales y no estatales en casos contenciosos ante la Corte Internacional de Justicia, además de un análisis sobre la jurisprudencia emergente en el Caribe y un análisis sobre las personas mayores en América Latina.

Lo anterior sirve para ilustrar la riqueza del temario del 47° Curso, pero será la lectura de este ejemplar la que dé testimonio del altísimo nivel técnico y profesional de la plantilla de los reconocidos profesores - diplomáticos, funcionarios internacionales, jueces, exministros, académicos, y expertos internacionales, que, en combinación con el talento y la participación del grupo de alumnos, lograron que el 47° Curso de Derecho Internacional se desarrollara exitosamente, cumpliendo su misión de contribuir a la difusión y el desarrollo del derecho internacional entre los Estados miembros de la OEA.

Esperamos que esta publicación sea una herramienta útil y accesible para quienes buscan entender mejor el derecho internacional tanto público como privado y su valioso aporte al desarrollo de las Américas.

Homenaje al Profesor Antonio Augusto Cançado Trindade

Jean Michel Arrighi

El 29 de mayo de 2022 nos dejó el Profesor Antonio Augusto Cançado Trindade. No podemos empezar una sesión de este Curso sin un homenaje a quien fuera uno de los más importantes juristas que tuvo nuestro continente y un colaborador permanente y amigo fiel de esta actividad de la que hoy ustedes participan.

En lo personal me unió a él una amistad de más de cuarenta años en las que pude admirar al profesor, respetar al juez, querer al amigo. Lo conocí a principios de los años ochenta a instancias del Profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga que ya veía en ese joven profesor brasileño el futuro gran jurista que fuera luego.

Nacido en Belo Horizonte, en 1947, cursó sus estudios en la Universidad de Minas Gerais y luego obtuvo su Doctorado en la Universidad de Cambridge con una tesis ya clásica sobre el “Agotamiento de los Recursos Internos en el Derecho Internacional”. Fue Consultor Jurídico del Ministerio de Relaciones Exteriores de Brasil de 1985 a 1990 donde dirigió la publicación del Repertorio de la Práctica de Brasil en Derecho Internacional, obra magistral que orienta sin duda la labor diplomática brasileña. Docente del Instituto Barón de Río Branco, formó en derecho internacional a buena parte del cuerpo diplomático de su país. Fue Director del Instituto Interamericano de Derechos Humanos en Costa Rica en 1994 hasta su elección como Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 1995, la que presidió de 1999 a 2003. Marcó fuertemente su jurisprudencia al punto que muchos de sus aportes fueron no sólo reconocidos en nuestro continente sino por la Corte Europea. En lo personal me ha tocado integrar tribunales de doctorado de Estado en Francia en que varias tesis trataban el tema de la protección de los derechos humanos

y las posiciones del profesor Cançado eran cita obligatoria. En ese tiempo también propuso nuevas normas tendientes a fortalecer la protección de los derechos humanos; en particular propuso reformas al reglamento de la Corte, así como, también, redactó un proyecto de nuevo protocolo a la Convención Americana de Derechos Humanos para favorecer el acceso directo del individuo al tribunal. No fue adoptado, pero allí está su texto. No era el momento. El futuro dirá si es necesario, como él lo quería, abrir nuevas puertas para el acceso de las víctimas al tribunal regional. En ese caso ahí estarán sus ideas.

En el año 2009 fue electo juez de la Corte Internacional de Justicia, siendo reelecto en 2017. También allí sus opiniones señalaron caminos novedosos al derecho internacional, aportándole una visión humanitaria, centrada en el individuo. La muerte le impidió concluir su segundo mandato.

Como académico son particularmente importantes los cursos que dictó en la Academia de La Haya, muy especialmente su Curso General en 2005, cuyo título ya es por demás ilustrativo de su pensamiento: “Un derecho internacional para la humanidad: hacia un nuevo *Jus Gentium*”.

Era un escritor inagotable. Era raro no verlo con una libreta de apuntes cerca y tomar allí notas con una letra pequeña y clara, con lápices de distintos colores que indicaban cada uno de ellos su opinión favorable o contraria. Desde su tesis de Cambridge hasta su muerte publicó, cerca de cien libros y una infinidad de artículos sobre todo el derecho internacional público, y muy particularmente sobre el aporte latinoamericano al derecho internacional general. La difusión del derecho y de la doctrina elaborados en nuestra región era una constante en su obra que reflejó más recientemente en sus opiniones como juez de la Corte de La Haya. Confieso que, en lo personal, me gustó siempre uno de sus primeros libros, “Principios del Derecho Internacional Contemporáneo” de 1981 y que reeditó actualizado en 2017, edición para la que tuve el privilegio de escribirle el Prólogo.

Pero estamos aquí reunidos hoy en el inicio de un nuevo Curso de Derecho Internacional de Río de Janeiro. Este fue uno de los espacios de docencia que

más quería. Sé que hasta el último momento no perdió la esperanza de una cura que le permitiese estar con nosotros una vez más. Estuviese donde estuviese y fuese cual fuese su función, en el mes de agosto siempre conseguía venir a Río de Janeiro. Es el profesor que más conferencias ha dictado en este Curso. Su primera clase fue en 1981 y su tema “El impacto de los tratados y las resoluciones en las relaciones internacionales en América Latina”; su última clase fue en 2019 sobre “El derecho a la libre determinación de los pueblos y el jus cogens”. Todos los años nos acompañó; todas sus clases están publicadas en los tomos anuales. Son más de mil quinientas páginas que conforman un verdadero tratado de derecho internacional público.

Hay algo que no está en los libros y que nada puede reemplazar: era su presencia en el curso. Las muchas generaciones de alumnos pueden atestiguar de ello: Antonio continuaba al finalizar sus clases un diálogo que se prolongaba largo rato con los asistentes, discutiendo, asesorándolos, dándoles material, y en más de un caso, hasta terminar guiándolos en sus estudios. Más de un alumno lo tuvo luego como supervisor de tesis. Tanto prolongaba estos intercambios sin preocuparse del tiempo, escuchando a todos, que debíamos poner sus clases como última del día para no afectar a ningún docente que viniese después. Lo del derecho internacional como un derecho directamente dirigido a la persona era algo que no sólo escribía, sino que lo practicaba con cada uno de sus interlocutores.

Al anunciarnos su fallecimiento a los miembros del “Institut de Droit International”, su Secretario General, Marcelo Kohen nos decía que *“su ejemplo será una fuente de inspiración para las generaciones presentes y futuras de internacionalistas. Su espíritu jovial y cálido, su pasión por todo lo que hacía y defendía nos van a faltar enormemente”*. Y es cierto. No se imaginan cuánto lamento que su desaparición no les permita a ustedes y a mí compartir sus charlas una vez más.

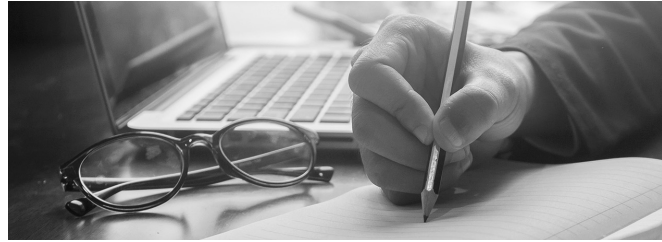
Pero no puedo terminar este homenaje sin recordar a quien lo acompañara siempre, su inseparable compañera, Carmela, su esposa. Abogada como él, internacionalista, era la primera con quien compartía sus ideas, los borradores de sus cursos, las propuestas de opiniones en los tribunales. Creo que asistió a

todas sus conferencias en este Curso. Estoy seguro que el pensamiento de Antonio, la fuerza y convicción con la que lo defendía, debe mucho a la sabiduría de Carmela.

Muchas de sus propuestas generaron polémica y, cuando no, rechazo; algunos las consideraron que iban más allá del estado actual del derecho, otros que excedían sus competencias cuando las daba desde su posición de juez. Sin embargo, nunca claudicó en sus convicciones. Nunca improvisó sus argumentos; los fundamentó rigurosamente; difícil era la tarea de discrepar con él; había que saber mucho derecho internacional, filosofía y moral para poder hacerlo. Nunca rehusó el debate, prueba son sus opiniones en los dos tribunales que integró. Esa es otra de sus lecciones que espero nos guíen a todos en este Curso: saber defender sus ideas con convicción, pero con riguroso conocimiento del derecho.

Sobre el autor

Jean Michel Arrighi

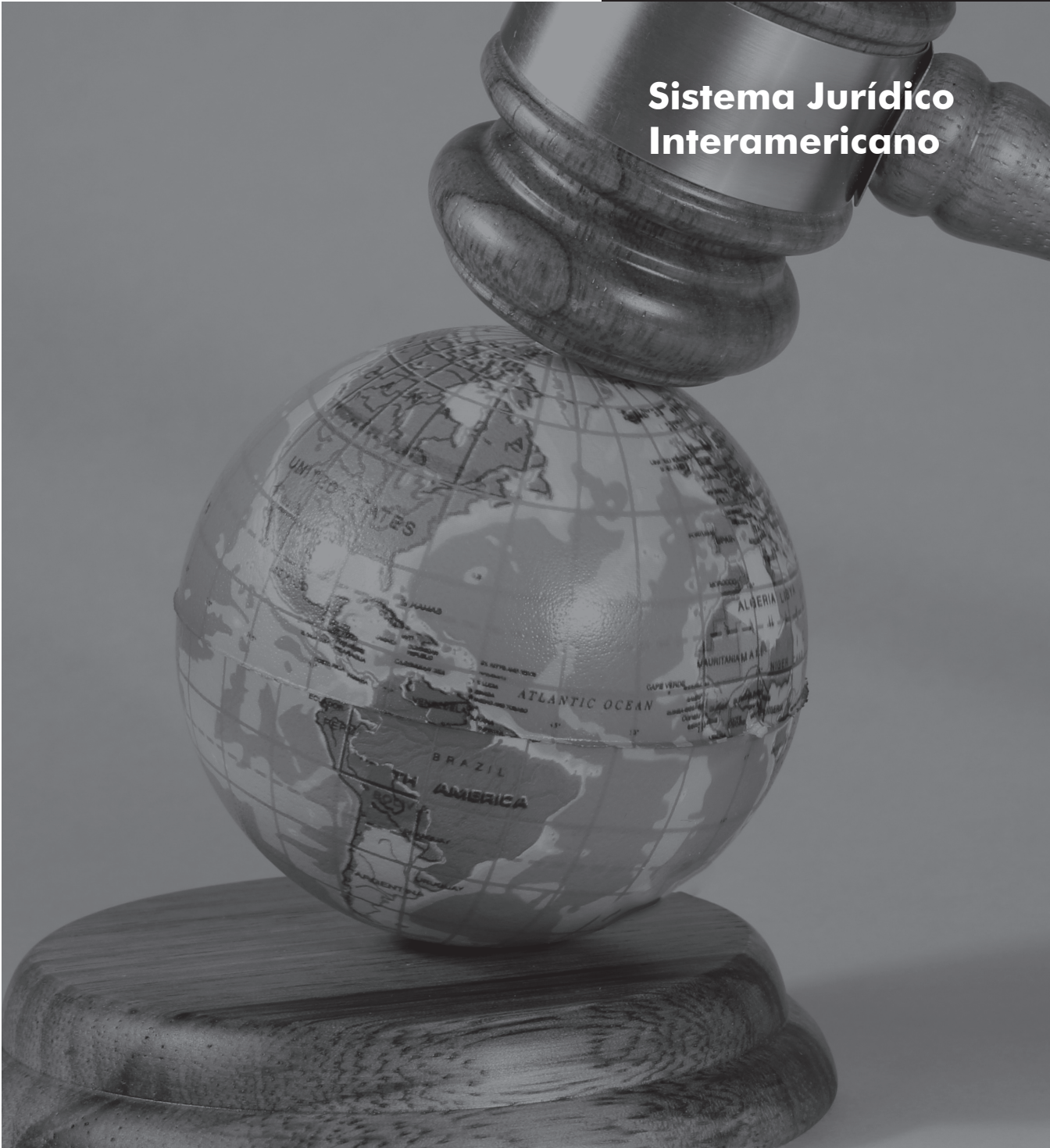


Jean Michel Arrighi, uruguayo, Doctor en Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad del Uruguay y Profesor de Derecho Internacional Público. Ha dictado clases en numerosas universidades incluida la Academia de La Haya. Es autor de libros y artículos de derecho internacional, el

último de estos libros, “la OEA y el derecho internacional” publicado en México. Es miembro del “Institut de Droit International”. Ingresó a la OEA en 1993 donde ocupa el cargo de Secretario de Asuntos Jurídicos de la Secretaría General de la OEA.

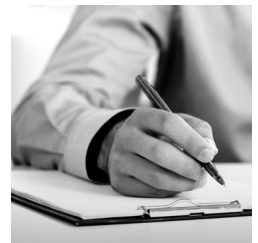
Parte I

Sistema Jurídico Interamericano



Sumario

- I.** *Los primeros antecedentes (1906 a 1938);*
- II.** *Del Comité de Neutralidad al Comité Jurídico Interamericano (1939-1948);*
- III.** *El Comité Jurídico Interamericano: de 1948 a nuestros días;*
- IV.** *Conclusión*



**Luis Humberto
Toro Utillano¹**

El Comité Jurídico Interamericano a través de sus antecedentes históricos

El presente análisis de la evolución del Comité Jurídico Interamericano identifica las prerrogativas que ha ostentado el CJI a lo largo de su existencia, incluyendo las instancias que le han antecedido dentro del sistema interamericano. Espero que ello pueda aportar luces sobre su evolución e identificar algunos de los aportes más significativos que el Comité ha realizado al derecho internacional en general y al derecho interamericano en particular, en diversos momentos de su trayectoria.

El Comité Jurídico Interamericano es uno de los ocho órganos por medio de los cuales la Organización de los Estados Americanos (OEA) realiza sus fines², y está integrado por “once juristas nacionales de los Estados miembros”³, quienes son elegidos por la Asamblea General, órgano de mayor jerarquía de la Organización, en el que se congregan sus Estados miembros⁴.

Desde el punto de vista formal, los candidatos deben ser ciudadanos de un Estado miembro de la Organización (en la mayoría de los casos las postulaciones se efectúan por el Estado de la nacionalidad del candidato), “gozar de alta autoridad moral”, además de contar con conocimientos científicos y experiencia⁵. Adicionalmente, se busca una representación geográfica equitativa (evitando que haya más de un miembro de la misma nacionalidad)⁶ y paridad de género, en consonancia con una reciente norma adoptada en noviembre de 2021 por la Asamblea General⁷. Asimismo, en la práctica se ha procurado la presencia de miembros provenientes ambos sistemas jurídicos presentes en la región: Common Law y Derecho Civil⁸.

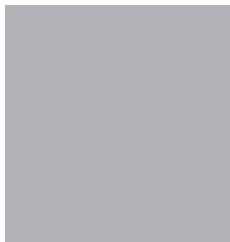
Los miembros del Comité se desempeñan profesionalmente en sus respectivos países, cuenta tenida que el pleno se reúne dos veces al año, de preferencia en su sede situada en la

“Cabe señalar que la estructura, propósito y funciones del Comité se definen principalmente en tres fuentes normativas: la Carta de la OEA, cuyos desarrollos sobre el Comité se encuentran en el capítulo XIV, artículos 99 a 105; el Estatuto, documento OEA/Ser. Q/I rev.3 y el Reglamento, documento OEA/Ser. Q/I rev.1.”

ciudad de Río de Janeiro, Brasil.⁹ La norma solicita dedicación exclusiva durante las reuniones de trabajo del Comité.¹⁰ No perciben un salario sino un estipendio por su presencia en las sesiones y un per diem para mantenerse mientras trabajan durante dichas sesiones, además del boleto aéreo.¹¹ Actualmente, de los once miembros del Comité, cuatro se desempeñan en el sector privado, dos son profesores de Derecho Internacional a tiempo completo (cuatro lo son a tiempo parcial), uno es asesor jurídico de cancillería, uno es juez, uno proviene de la sociedad civil, mientras que dos son diplomáticos de carrera, uno en ejercicio y el otro jubilado.

En concreto, los miembros del Comité gozan de privilegios e inmunidades similares a los de los Representantes Permanentes de los Estados miembros de la Organización, elemento que contribuye a la autonomía e independencia en el ejercicio de sus funciones.¹² Una característica esencial respecto de la conformación del Comité es que sus miembros son elegidos a título individual¹³, y por ende no trabajan en función del interés del Estado que propone su candidatura. En la práctica, los miembros del Comité disponen de autonomía técnica e independencia al emitir sus opiniones, sin interferencia por parte de los Estados que controlan su presupuesto, los órganos políticos que le otorgan sus mandatos o de la misma Secretaría General que le asiste en su desempeño, tal como lo he podido observar a lo largo de los años¹⁴.

Cabe señalar que la estructura, propósito y funciones del Comité se definen principalmente en tres fuentes normativas: la Carta de la OEA, cuyos desarrollos sobre el Comité se encuentran en el capítulo XIV, artículos 99 a 105; el Estatuto, documento OEA/Ser. Q/I rev.3 y el Reglamento, documento OEA/Ser. Q/I rev.1.



El análisis histórico se divide en tres partes, la primera refiere a los antecedentes sobre el origen del sistema y cubre el período entre 1906 y 1938; la segunda parte describe las acciones que tienen lugar como reacción a la Segunda Guerra Mundial y sus efectos en los desarrollos jurídicos en la región y en las instituciones encargadas del Derecho Internacional en el seno de la Unión Panamericana; finalmente, la tercera parte presenta la evolución del Comité desde la adopción de la Carta de la OEA hasta la adopción del Protocolo de Buenos Aires, que establece las bases de la estructura, funcionamiento y mandatos del Comité en la actualidad.

I. Los primeros antecedentes (1906 a 1938)

El primer antecedente del Comité Jurídico Interamericano data del 23 de agosto de 1906, ocasión en que

la Tercera Conferencia Internacional Americana adopta la “Convención de Derecho Internacional”¹⁵, la que establece la **Junta Internacional de Jurisconsultos Americanos**. Hecho significativo puesto que será el único instrumento convencional que participa en el establecimiento del marco jurídico institucional durante esta

“El primer antecedente del Comité Jurídico Interamericano data del 23 de agosto de 1906, ocasión en que la Tercera Conferencia Internacional Americana adopta la “Convención de Derecho Internacional”¹⁵, la que establece la Junta Internacional de Jurisconsultos Americanos.”

“La Junta de 1906 pasó a ser denominada en 1923 Comisión de Jurisconsultos, por medio de una resolución adoptada por la Quinta Conferencia Internacional Americana (reunida en Chile en 1923), resolución titulada “Codificación del Derecho Interamericano”¹⁹ .”

primera etapa, considerando que todas las decisiones posteriores tienen por fuente normativa resoluciones principalmente¹⁶ .

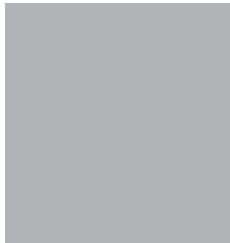
Cabe recordar que en este período la normativa que elabora la Unión de las Repúblicas Americanas, organización compuesta de 21 Estados independientes, cuyo órgano central es la Unión Panamericana (hoy la Secretaría General)¹⁷ , tiene lugar de preferencia en el seno de las Conferencias Internacionales Americanas.

Los miembros de la Junta se reunieron en sesión plenaria por primera vez en 1912, y a pesar de no poder realizar encuentros formales en persona

durante varios años, fueron capaz de organizar sus trabajos en torno a seis Comisiones, establecidas en seis capitales diferentes, en seguimiento al mandato original de la Convención de 1906 que consistía en la elaboración de un proyecto de Código de Derecho Internacional Privado y otro de Derecho Internacional Público¹⁸ .

Las cuatro Comisiones dedicadas al estudio del Derecho Internacional Público dividieron sus trabajos de la siguiente manera:

- La Comisión de Washington temas relativos a la guerra marítima y los derechos y deberes de los neutrales;
- La Comisión de Río de Janeiro temas referentes a la guerra terrestre, guerra civil y reclamaciones provenientes de tales guerras.
- La Comisión de Santiago de Chile temas relacionados con el estado de paz.
- La Comisión de Buenos Aires temas sobre la solución pacífica de conflictos y los tribunales internacionales.



Por su parte, el trabajo en torno al Derecho Internacional Privado se concentró en dos Comisiones:

- La Comisión de Montevideo a cargo de temas de capacidad, condición de los extranjeros, derecho de familia y sucesiones.
- La Comisión de Lima asumió temas residuales que no habían sido descritos en el actuar de las otras Comisiones, además de materias en torno al derecho penal.

La Junta de 1906 pasó a ser denominada en 1923 Comisión de Jurisconsultos, por medio de una resolución adoptada por la Quinta Conferencia Internacional Americana (reunida en Chile en 1923), resolución titulada “Codificación del Derecho Interamericano”¹⁹.

El espíritu que motiva el actuar de los Estados en este período es lanzar el proceso de la codificación del

Derecho Internacional en torno a una institución que congrega a todos los Estados de la Unión.

En su membresía, la Comisión de Jurisconsultos podía designar hasta dos delegados por país, manteniendo así la conformación de la Convención de Derecho Internacional de 1906, al contar con miembros de todos los Estados de la Unión²⁰.

Un elemento novedoso en el sistema lo constituyó el llamado a la asistencia de Sociedades Nacionales de Derecho Internacional en cada país para apoyar los trabajos de la Comisión, por medio de opiniones científicas.²¹ En la práctica, uno de los grandes aliados de la Comisión será el Instituto Americano de Derecho Internacional, sociedad científica fundada en Washington, D.C en 1912 por el jurista estadounidense James Brown Scott y el jurista chileno Alejandro Alvarez, colectividad que agrupaba a publicistas

de las Sociedades Nacionales de Derecho Internacional²².

Desde el punto de vista del fondo, el mandato que recibe la Comisión difiere del otorgado a la Junta puesto que si bien se conserva la codificación como un objetivo, se hace una distinción por materias: en el ámbito del Derecho Internacional Privado se requiere elaborar un código “americano”²³, por consiguiente se mantenía el espíritu de una codificación completa; mientras que en materia de Derecho Internacional Público se instó a proceder a una codificación gradual y progresiva, por medio de convenciones particulares, habiendo constatado los desafíos que imponía “concurrir en principios comunes” respecto de la codificación completa²⁴.

Resulta interesante constatar que la Conferencia en 1923 recomendó utilizar como referencia el texto del jurista chileno Alejandro Alvarez sobre la “Codificación Internacional en América”, que valoraba e instaba a servirse de la experiencia y la contribución de las repúblicas de las Américas²⁵.

La Comisión se reunió por primera vez entre el 18 de abril y 20 de mayo de 1927 en Río de Janeiro, con el fin de organizar los trabajos que debían

ser presentados ante la Sexta Conferencia Internacional Americana, que tendría lugar en enero de 1928, en La Habana, Cuba, ocasión en que la Comisión presentó el Código Americano de Derecho Internacional Privado (conocido también como el Código Bustamante) y considerado por algunos como la obra más acabada de la instancia codificadora en este primer período²⁶.

En la ocasión, se adoptaron además siete convenciones en los temas que aparecen a continuación de un total de doce instrumentos que le fueron presentados:

Condiciones de los extranjeros; Deberes y derechos de los Estados en caso de luchas sociales; Tratados; Funcionarios diplomáticos; Agentes consulares; Neutralidad marítima; y Asilo.

La Sexta Conferencia Internacional Americana, reunida en La Habana, Cuba en 1928, adopta además la resolución “Codificación futura del Derecho Internacional”²⁷, la cual confiere a la Comisión un nuevo sustento institucional por medio de la creación de tres Comités Permanentes encargados del estudio de áreas específicas de trabajo:

- Derecho Internacional Público (ubicado en Río de Janeiro, Brasil),
- Derecho Internacional Privado (ubicado en Montevideo, Uruguay), y
- Legislación comparada y unificación de legislación (ubicado en La Habana, Cuba).

En un comienzo dichos Comités estarían conformados únicamente de juristas nacionales, miembros de las respectivas Sociedades Nacionales de Derecho Internacional, designados al efecto por sus propios gobiernos²⁸.

La citada resolución sobre la “Codificación futura del Derecho Internacional” representa un verdadero tesoro respecto de la distinción formal entre desarrollo progresivo (aquellas materias “en que la experiencia internacional y los nuevos principios y aspiraciones de justicia induzcan a promover prudentes desarrollos jurídicos”) y codificación (“materias susceptibles de codificación y uniformidad de legislaciones”). Esta distinción ya no se sustenta en el carácter público o privado del tema sino en el grado de madurez del mismo.²⁹ En este sentido, la responsabilidad de identificarla y clasificarla queda en manos de los tres Comités Permanentes recientemente

creados, mientras que la determinación final de si las materias estaban en condiciones de ser objetos de codificación recae en los Estados³⁰.

Otro elemento importante en los esfuerzos de codificación de la época responde al interés en conocer las legislaciones nacionales por medio del Comité que se establece en La Habana y cuyo mandato consistía en la redacción de un “proyecto de legislación civil uniforme”,³¹ motivación que es posible percibir en el art.5 de Convención de Derecho Internacional en 1906 que instaba a revisar la conformidad de las legislaciones nacionales con los tratados y convenciones. De hecho, desde 1910, la comisión permanente de las Conferencias Internacionales, la Unión Panamericana, que se perfila como secretaría en el área de tratados, tiene por función compilar y clasificar “todo lo referente a tratados y convenciones entre las repúblicas americanas y entre estas y los demás Estados”, debiendo además integrar la legislación vigente en ellas³².

El éxito en la adopción de múltiples instrumentos jurídicos impuso importantes desafíos respecto de la coordinación de los procedimientos para facilitar su adopción, pero también respecto de la revisión del acervo

“En diciembre de 1933, la Séptima Conferencia Internacional Americana, reunida en Montevideo, Uruguay, incorpora una nueva dependencia al servicio de la Comisión de Jurisconsultos; por medio de la resolución “Métodos de codificación del Derecho Internacional” (resolución LXX) se crea la “Comisión de Expertos”, que en los primeros años de su vida sustituye el rol de los Comités Permanentes.”

jurídico que se estaba conformando. La resolución sobre “Codificación futura del Derecho Internacional” de 1928 obligaba a los Comités a presentar nuevas propuestas con un año de antelación para permitir a los gobiernos el tiempo suficiente de conocer los anteproyectos y antecedentes (párrafo sexto). En concordancia con ello, la Conferencia Internacional en 1928 adoptó una resolución titulada “Revisión de tratados” que instaba a la Unión Panamericana a incluir

estudios técnicos previo a su discusión en el seno de las Conferencias Internacionales³³.

En diciembre de 1933, la **Séptima Conferencia Internacional Americana**, reunida en Montevideo, Uruguay, incorpora una nueva dependencia al servicio de la Comisión de Jurisconsultos; por medio de la resolución “Métodos de codificación del Derecho Internacional” (resolución LXX) se crea la **“Comisión de Expertos”**, que en los primeros años de su vida sustituye el rol de los Comités Permanentes.

Hecho notable de la composición de esta Comisión fue haberla limitado a siete personas, otorgando la prerrogativa de presentar ternas a todos los Estados de la Unión Panamericana, siendo electas quienes tuvieran el mayor número de votos³⁴. Además, los candidatos debían ser personas con conocimientos de Derecho Internacional y experiencia como funcionarios en ejercicio o exfuncionarios de las cancillerías, o como profesores o juristas especializados. Hubo una preocupación particular por procurar la representatividad de los dos sistemas jurídicos de la región en su membresía³⁵.

La Comisión de Expertos tenía por misión organizar la obra de la codificación y para ello debía examinar “todos los problemas de Derecho Internacional Público y Privado”, y en función de las observaciones de los Estados, debía proceder a la identificación de las materias susceptibles de codificación (distinguir las materias o puntos que permitían formular bases concretas de discusión), labor que hasta entonces le correspondían a los Comités Permanentes³⁶.

Los antecedentes preparados por dicha Comisión de Expertos, al igual que los trabajos remitidos por los Gobiernos servían de base para la Comisión Internacional de Jurisconsultos Americanos, que por lo demás permitía a la Comisión de Expertos participar en su seno, como una subcomisión³⁷. Este relacionamiento será reflejado en la Carta de 1948 entre el Comité Jurídico Interamericano y el Consejo de jurisperitos.

Desde el punto de vista substantivo, la nueva resolución opta por una codificación gradual y progresiva del Derecho Internacional, función que se le atribuye directamente a la Comisión Internacional de Jurisconsultos Americanos³⁸. Adicionalmente, los Miembros de dicha Comisión debían

tener el carácter de “Delegados Plenipotenciarios”, lo cual es lógico puesto que eran quienes debían contar con las prerrogativas para adoptar los instrumentos que se elaboraban³⁹.

Conjuntamente, se pone de relieve un importante esfuerzo de coordinación en materia de codificación que tiene tres vertientes:

- Por una parte, se prohíbe a las dependencias encargadas de la codificación alterar los principios fundamentales del Derecho Internacional Positivo, “ya consagrados convencionalmente entre los Estados Americanos”⁴⁰.
- Por otra parte, se insta a coordinar los trabajos de codificación con los esfuerzos de la Sociedad de las Naciones, cuenta tenida la tendencia a la universalización del Derecho Internacional⁴¹.
- Finalmente, se crea una División Jurídica en la Unión Panamericana con mandato “puramente administrativo”, que debía asumir las tareas que le encomendase la Comisión de Expertos tal como la distribución de cuestionarios y la compilación de respuestas y observaciones que pudiesen remitir las Sociedades Nacionales de

Derecho Internacional – que esta nueva resolución alienta a crear en cada Estado⁴². Esta División es el antecedente del Departamento de Derecho Internacional de nuestros días que funge como Secretaría Técnica del Comité Jurídico Interamericano.

Ciertos rasgos de la Comisión de Expertos sirven de antecedentes al CJI en su forma actual en lo que respecta a la elección de sus miembros, abierta a todos los Estados de la Unión, y a los mandatos que se le asignan, guardando evidentemente las distancias respecto a varias diferencias de orden práctico, como por ejemplo, la responsabilidad financiera que los gobiernos debían asumir con relación a los gastos de “sus” delegados y expertos⁴³.

En 1936, previo al primer encuentro de la Comisión de Expertos, la Conferencia Interamericana de Consolidación de la Paz, celebrada en Argentina, adopta la Resolución VI titulada “Codificación sobre Derecho Internacional” que reactiva los Comités Permanentes de codificación creados en 1928 por la VI Conferencia y por ende modifica nuevamente la metodología de trabajo de la Comisión Internacional de Jurisconsultos,

aliviando la carga de trabajo que se le había atribuido a la Comisión de Expertos⁴⁴.

Siguiendo este nuevo modelo, se impone la siguiente metodología de trabajo entre las cuatro instancias principales en los asuntos relativos a la codificación y desarrollo del Derecho Internacional:

- Las **Comisiones Nacionales de Codificación** llevarían adelante los estudios doctrinarios que debían remitir a los Comités Permanentes;
- Los **Comités Permanentes elaborarían** proyectos de convenciones y de resolución en base a lo solicitado por las Conferencias Internacionales;
- La **Comisión de Expertos** se ocuparía de la coordinación y revisaría los trabajos de los Comités Permanentes, y además estaría a cargo de elaborar informes detallados para la discusión los Estados;
- La **Comisión Internacional de Jurisconsultos Americanos** tendría el rol final en la toma de decisiones⁴⁵.

La Conferencia Interamericana de Consolidación de la Paz solicitó a la Comisión de Expertos el estudio de seis temas en particular: definición del agresor, sanciones y prevención de la guerra; investigación, conciliación y arbitraje; nacionalidad; Código de Paz; inmunidad de navíos de Estado; y reclamaciones pecuniarias.

Asimismo, la citada Conferencia hizo un llamado a reforzar la universalidad del sistema por medio de la adopción de la V resolución que recomienda ratificar los instrumentos vinculantes aprobados en las Conferencias Interamericanas⁴⁶.

La Comisión de Expertos se reúne por primera vez entre el 5 y el 19 de abril de 1937 en las instalaciones de la Unión Panamericana, en Washington, D.C., ocasión que le permitió trabajar los encargos de 1933 y pedir a las Comisiones Nacionales la asistencia en la redacción de un tratado que consolide la codificación del Derecho Internacional a la luz de las Conferencias Panamericanas⁴⁷.

En 1938, la Octava Conferencia Internacional Americana (reunida en Lima) adopta la resolución “Métodos para la Codificación del Derecho Internacional” (Resolución XVII) que cambia

el nombre de la Comisión Internacional de Jurisconsultos Americanos por **Conferencia Internacional de Jurisconsultos**, aunque mantiene el modelo con las tres instancias que le venían asistiendo por entonces, pero instándoles a actuar de manera más coordinada que en el pasado⁴⁸:

- Las **Comisiones Nacionales** estarían encargadas de la preparación de “estudios doctrinarios de Derecho Internacional y de legislación comparada”, sus trabajos debían ser remitidos a las Comisiones Permanentes correspondientes⁴⁹;
- Las **Comisiones Permanentes** de Río de Janeiro (Derecho Internacional Público), Montevideo (Derecho Internacional Privado) y La Habana (legislación comparada y unificación de legislación), deberían incluir en su composición a seis miembros adicionales designados en cada caso por otros Estados, independientemente del número de miembros nacionales. Entre sus prerrogativas, debían proponer a los Gobiernos “temas que les parecieren adecuados para nuevos intentos de codificación en el hemisferio o que puedan servir de fundamento de uniformidad”⁵⁰. De hecho, las

Comisiones Nacionales o los Gobiernos podían proponer la consideración de materias con miras a la codificación y cuya coordinación estaba en las manos de las Comisiones Permanentes⁵¹.

- La **Comisión de Expertos** pasa de siete a nueve miembros, siguiendo los criterios establecidos en sus inicios en 1933: profesores o juristas especializados en Derecho Internacional; electos por cinco años, y que a partir de ahora debían reunirse cada dos años de manera ordinaria, adquiriendo así carácter permanente⁵². Desde el punto de vista sustantivo, tendría la función de realizar exámenes técnicos de los temas sometidos por las Comisiones Permanentes y elaborar proyectos adecuados a ser presentados a los Gobiernos por medio de la Unión Panamericana⁵³.
- La **Conferencia Internacional de Jurisconsultos** estaría compuesta de “Delegados Plenipotenciarios Juristas”, nombrados por los Gobiernos, manteniendo su composición de hasta dos miembros y con derecho a un voto por delegación, tal como se hacía desde el Protocolo Suplementario de 1912. En la estructura de

los entes de codificación sería la entidad de mayor jerarquía, encontrándose a cargo de “revisar, coordinar, aprobar, modificar o rechazar los proyectos” preparados por la Comisión de Expertos. Las convenciones y actos aprobados por dicha Conferencia de Jurisconsultos serían depositado en la Unión Panamericana⁵⁴.

La Octava Conferencia conserva como principio de base la codificación gradual y progresiva del Derecho Internacional, haciendo énfasis en la necesidad de obtener resultados prácticos. Recordemos que es durante la Segunda Conferencia Americana que se reconoce la relación entre lo jurídico y lo político en el estudio del Derecho Internacional, ya en 1933 la resolución LXX instaba a buscar un equilibrio entre lo jurídico, “por esencia teóricos y universales” con lo político, “por naturaleza positivos y localistas”⁵⁵.

La Octava Conferencia Americana revisa la mayor parte de temas de codificación que le fueron asignados, sometiendo el seguimiento de los estudios ligados a la investigación, conciliación y arbitraje a diversos actores.

Adicionalmente, la Octava Conferencia adopta tres nuevos mandatos destinados a las dependencias encargadas de la codificación y el desarrollo del Derecho Internacional:

- Dos encargos a la Comisión Permanente de Río de Janeiro: Reconocimiento de la beligerancia (XXXI) que implicaba un proyecto de legislación interamericana; Métodos de Preparación de los tratados multilaterales (XXIX)⁵⁶; y
- Una solicitud a la Comisión Permanente de Paraguay que consistía en la armonización de principios jurídicos sobre “el problema de la nacionalidad de las personas jurídicas” (XXX).

II. Del Comité de Neutralidad al Comité Jurídico Interamericano (1939-1948)

La Segunda Guerra Mundial, como era de esperarse, altera las prioridades de las Repúblicas de las Américas. Tan pronto se declara la Guerra en 1939, las Repúblicas manifiestan su posición por medio de un nuevo mecanismo, la **Reunión de Consulta**, cuyos principios fueron instaurados por la Conferencia Interamericana de

Consolidación de la Paz de Buenos Aires de 1936⁵⁷ y la Octava Conferencia Americana de 1938. Esta última encarga a los Estados la coordinación de consultas en aquellos casos en que “la paz, seguridad o integridad territorial de cualquiera de las Repúblicas Americanas se vea así amenazada por actos de cualquiera naturaleza que puedan menoscabarlas”⁵⁸.

La Primera Reunión de Consulta, celebrada en Panamá entre el 23 de septiembre al 3 de octubre de 1939, se abocó al análisis de tres elementos en particular: la preservación de una política de neutralidad, el establecimiento de una zona de seguridad que permitiese proteger en lo posible al continente de los efectos de la guerra en Europa, y el establecimiento de medidas de cooperación económicas y comerciales con Europa⁵⁹. En la ocasión se “afirma la posición de neutralidad” de las Repúblicas Americanas ante las amenazas a la seguridad y a los derechos soberanos y su intención de mantenerse ajenas del conflicto europeo, haciendo prevalecer motivaciones o actitudes de índole solidario y desde un punto de vista jurídico, el respeto de la normativa interna⁶⁰.

En la práctica, las Reuniones de Consultas toman medidas de índole

“En el campo del Derecho Internacional se establece un nuevo organismo: el Comité Interamericano de Neutralidad, el cual debía tener una duración temporal “mientras dure la guerra europea” y que estaría conformado de siete expertos en Derecho Internacional y con sede en Río de Janeiro, Brasil. Los miembros del Comité de Neutralidad serían designados por el Consejo Directivo de la Unión Panamericana y su función principal sería “estudiar y formular recomendaciones respecto de los problemas de neutralidad”⁶⁴. ”

diverso sin limitarse a temas de paz o seguridad, y que de alguna manera entraban en conflicto con el rol de las Conferencias Internacionales Interamericanas. La Primera Reunión de Consulta invitaba, por ejemplo, a la Conferencia Internacional de Jurisconsultos a estudiar un proyecto de “Creación de una Sociedad de

Naciones Americanas”⁶¹. Esta situación fue criticada en 1942 por el Director de la Unión Panamericana, Leo S. Rowe, quien invitaba a evitar confundir los roles de cada entidad. Esto sería subsanado años más tarde por la Carta de la OEA, instrumento que circunscribió el mandato de las Reuniones de Consulta a la atención de “un número determinado de asuntos”⁶².

A pesar de las críticas al exceso de competencias, algunos historiadores opinan que el mecanismo de las Reuniones de Consulta permitía a la República actuar como bloque para confrontar los “peligros extra americanos” y a América Latina en particular consolidar su independencia en el continente frente a Estados Unidos⁶³.

En el campo del Derecho Internacional se establece un nuevo organismo: el **Comité Interamericano de Neutralidad**, el cual debía tener una duración temporal “mientras dure la guerra europea” y que estaría conformado de siete expertos en Derecho Internacional y con sede en Río de Janeiro, Brasil. Los miembros del Comité de Neutralidad serían designados por el Consejo Directivo de la Unión Panamericana y su función principal sería “estudiar y formular

recomendaciones respecto de los problemas de neutralidad⁶⁴.

Consecuentemente, se suspende el rico sistema perfeccionado a través de los años que había consolidado la Octava Conferencia Internacional Americana, compuesto de diversas comisiones que apoyaban el actuar de la Conferencia Internacional de Jurisconsultos. Un sistema que llegó a contar con cerca de 225 miembros que participaban en la promoción de la codificación y desarrollo del Derecho Internacional a nivel hemisférico, así como en la armonización de las legislaciones nacionales, abarcando a órganos y entidades regionales y nacionales⁶⁵.

El Comité quedó compuesto de siete prestigiosos juristas, e incluía a internacionistas, profesores y funcionarios de Ministerios de Relaciones Exteriores, restringiendo su designación a los siguientes Estados: Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica, Estados Unidos, México, y Venezuela. Cabe destacar sin embargo que su actuar debía ejecutarse en representación del conjunto de las repúblicas y “satisfacer las necesidades de toda la comunidad americana”; misión que comprendía la elaboración de recomendaciones de carácter jurídico⁶⁶.

El nuevo Comité se reunió por primera vez el 15 de enero de 1940 y consideró los siguientes temas⁶⁷: internación; naves auxiliares de flotas beligerantes; admisión de submarinos en los puertos y aguas territoriales de las Repúblicas Americanas; inviolabilidad de la correspondencia; telecomunicaciones; zonas de seguridad.

Aun en contexto de guerra, las Repúblicas se reúnen por segunda vez bajo la fórmula de la “Reunión de Consulta” del 21 de junio al 20 de julio de 1940, en La Habana, Cuba, foro que, junto con precisar que su sede estaría en Río de Janeiro, Brasil, encarga al Comité Interamericano de Neutralidad la elaboración de dos instrumentos vinculantes⁶⁸:

- Formular un anteproyecto de convención sobre los efectos jurídicos de la zona de seguridad y mecanismos de cooperación. Ello surge a la luz del hundimiento en el puerto de Montevideo del barco de guerra alemán “Graf Spee”, y mediante este instrumento se buscaba determinar las implicaciones de dicho incidente, tales como, por ejemplo, la situación jurídica del internamiento de oficiales y tripulantes, la norma de conducta de los submarinos, las

actividades de los navíos mercantes beligerantes, las consecuencias de las violaciones a la neutralidad en Europa, el principio de la inviolabilidad de la correspondencia epistolar⁶⁹.

- Preparar un proyecto de Convención Interamericana en materia de neutralidad.

En mayo de 1941, el primer proyecto fue transmitido a los Gobiernos. Para entonces, el Comité de Neutralidad también respondió a la solicitud de extensión del mar territorial de Uruguay (a favor de la extensión de las 12 millas). Asimismo, en septiembre de 1941, el Comité de Neutralidad remite una recomendación sobre el tratamiento de las “Tripulaciones de barcos mercantes sospechosas de actos de sabotaje”⁷⁰.

La Segunda Reunión de Consulta rehabilita los mandatos que le fueran exigidos a los diferentes organismos que participaban del proceso de codificación previo a la Segunda Guerra Mundial, por medio de una resolución que les llama a “presentar tan pronto como les sea posible sus recomendaciones y observaciones” y recomienda a los Gobiernos dar cumplimiento a las resoluciones sobre la

Codificación del Derecho Internacional establecidas por la Octava Conferencia Internacional Americana⁷¹.

Si bien existe constancia de que la Unión sometió a los Gobiernos consultas dirigidas a los organismos encargados de la codificación, no todos respondieron; circunstancialmente, la Conferencia Internacional de Jurisconsultos Americanos prevista para 1940 no llegó a celebrarse⁷².

Un hecho notable fue la adopción por parte de la Segunda Reunión de Consulta de una declaración que permitiría convocar al foro de la Consulta en caso de un “acto de agresión o de que haya razones para creer que se prepare una agresión por parte de un Estado no americano contra la integridad e inviolabilidad del territorio, contra su soberanía o la independencia política de un Estado Americano”⁷³.

En el corto plazo, la citada declaración de asistencia recíproca y cooperación defensiva es implementada dos años más tardes, pues servirá de base para la convocatoria a la Tercera Reunión de Consulta que fuera solicitada por los Estados Unidos a la luz del ataque perpetrado por Japón contra su base naval en Pearl Harbor (Hawái). La Tercera Reunión que tuvo lugar del

15 al 28 de enero de 1942 en Río de Janeiro, Brasil. Si bien la mayor parte de Estados abandonan la neutralidad, y apoyan una forma de “ruptura solidaria” de las relaciones diplomáticas con las potencias del eje, hubo algunos que no manifestaron su acuerdo, prefiriendo mantener la neutralidad, en principio por temor a represalias debido a su aislamiento geográfico⁷⁴.

En el ámbito de la codificación, la Tercera Reunión de Consulta decide transformar el mandato de la Comisión de Neutralidad e incluso modificar su nombre, reemplazándolo por el de Comité Jurídico Interamericano (CJI), igualmente con sede en Río de Janeiro, Brasil⁷⁵.

Se mantiene la composición limitada de la Comisión de Neutralidad, restringiendo su membresía a siete países: Argentina, Brasil, Costa Rica, Chile, Estados Unidos, México y Venezuela. Sus miembros debían dedicarse de manera exclusiva a las funciones del Comité⁷⁶, “sin otras funciones que las atinentes al referido Comité”. Cada uno de ellos gozaba de autonomía en sus respectivos cargos, pero podían ser retirados en cualquier momento por el Gobierno que les había designado⁷⁷.

Este Comité Jurídico se alza como un Órgano de la Unión de las Repúblicas Americanas, compuesta por entonces de 21 Estados y al igual que su antecesor debe actuar bajo la autoridad de la Unión Panamericana y en el interés de todas las repúblicas, y no de quienes designan a sus miembros. Entre sus potestades, los miembros del CJI eligen a su presidente y designan a su secretario (que no es un miembro del Comité). Tiene su sede en Río de Janeiro (por entonces la capital de Brasil), pero podía reunirse en otras capitales, correspondiéndole al Gobierno de Brasil sufragar los gastos de la secretaría del Comité⁷⁸.

“En el ámbito de la codificación, la Tercera Reunión de Consulta decide transformar el mandato de la Comisión de Neutralidad e incluso modificar su nombre, reemplazándolo por el de Comité Jurídico Interamericano (CJI), igualmente con sede en Río de Janeiro, Brasil⁷⁵.”

La obligación de ejercicio exclusivo impidió a sus miembros desempeñarse en otras funciones, tal como era la práctica con los miembros del Comité de Expertos, quienes ejercían principalmente como diplomáticos al mismo tiempo, exigencia que será objeto de discusiones años más tardes con motivo de la entrada en vigor de la Carta de la OEA⁷⁹.

Tal como lo reconoce la resolución, las circunstancias hacían necesario ampliar las funciones de la nueva instancia creada, a la cual se le encargaron dos mandatos permanentes: desarrollar y coordinar las labores de codificación del Derecho Internacional, sin perjuicio de las competencias de otros organismos, además de estudiar problemas jurídicos que le sometan las Reuniones de Consulta o las Conferencias Panamericanas⁸⁰.

En este último caso es posible incluso apreciar una incipiente prerrogativa consultiva, puesto que el Comité podía proveer recomendaciones a los Gobiernos sobre los problemas jurídicos de la Guerra por medio de la Unión Panamericana⁸¹. En este cometido, el Comité realizó consultas a los Estados con el objeto de formular reglas uniformes a ser implementadas en leyes y reglamentos nacionales en

temas ligados a la requisición de buques, la condición de refugiados, enemigos extranjeros y de sus bienes⁸².

Adicionalmente a dichas funciones, el Comité Jurídico Interamericano debía dar continuidad al trabajo del Comité de Neutralidad⁸³, lo cual implicaba, entre otros:

- Proseguir los estudios iniciados sobre el contrabando de guerra.
- Avanzar los estudios sobre el proyecto de código relativo a los principios y normas de neutralidad.
- Informar sobre eventuales reclamaciones de requisición o utilización de buques mercantes refugiados o de pabellón del enemigo extracontinental o pertenecientes a Estados cuyos territorios fueron ocupados por un enemigo extracontinental.
- Informar sobre eventuales reclamaciones de cualquier República contra un Estado enemigo extracontinental por actos ilegales practicado en perjuicio de esa República o de sus nacionales o de los bienes de estos.

Últimamente, el Comité Jurídico recibió tres mandatos particulares:

- Formular recomendaciones específicas relativas a la organización internacional en los campos jurídico y político y en el de la seguridad internacional⁸⁴. En dicho cometido, el Comité sometió en septiembre de 1942, una recomendación con 14 resoluciones “sobre las cuales ha de establecerse el derecho y el orden para implantar una paz justa y permanente entre los Estados”⁸⁵.
- Preparar un estudio sobre las resoluciones, declaraciones y otros actos de Reuniones de Consulta anteriores, verificar la doctrina y su posible unificación⁸⁶.
- Revisar un proyecto relativo a la afirmación de la teoría tradicional del derecho frente “al deliberado desconocimiento de la justicia y la moral internacionales”⁸⁷, el cual fue objeto de una resolución adoptada por el Comité en junio de 1942 sobre la reafirmación de principios fundamentales de Derecho Internacional⁸⁸.

En 1945, la **Conferencia Interamericana sobre problemas de la Guerra y de la Paz** celebrada en Ciudad de México⁸⁹, encarga al Consejo Directivo de la Unión Panamericana la preparación de un “anteproyecto de

pacto constitutivo” que permita reorganizar el “sistema panamericano” a ser sometido a la Novena Conferencia Internacional Americana⁹⁰, labor que el Comité debía acompañar⁹¹.

En tal sentido, la Conferencia revisa la estructura del sistema fijando el rol y los mandatos de las Conferencias Internacionales Americanas, las Reuniones Ordinarias de Consulta, el Consejo Directivo de la Unión Panamericana, e incluso del CJI, al cual mantiene en sus funciones sujeto a lo que determine la Novena Conferencia. Aunque orgánicamente decide aumentar el número de miembros de siete a diez, incorporando a juristas de Bolivia, Colombia y Perú⁹².

La Conferencia sobre problemas de la Guerra y de la Paz también solicita al Comité examinar su propio funcionamiento, en consonancia con un proyecto presentado por Venezuela⁹³ y retoma el mandato de la Tercera Reunión de Consulta de llevar adelante un estudio de los compromisos instaurados en las Conferencias y Reuniones de Consultas Americanas⁹⁴.

En el ámbito del Derecho Internacional Público, la Conferencia adopta una resolución que instaba a consagrar al CJI como órgano central de

codificación del Derecho Internacional Público, medida que buscaba confrontar la “duplicación y superposición” de mandatos y la falta de coordinación central⁹⁵.

“En el campo del Derecho Internacional, la Conferencia adopta una resolución que solicita la incorporación de las normas esenciales del Derecho Internacional en las constituciones y legislaciones nacionales¹⁰¹”

En los asuntos ligados a la codificación en general, se propuso establecer una institución central y permanente compuesta de expertos encargados de coordinar de los diversos organismos dedicados a dicha tarea, además de realizar trabajos de investigación y preparar proyectos para la consideración de los Gobiernos. En la ocasión, se examinaron dos opciones respecto del organismo que podría llevar adelante dichas responsabilidades: la Comisión Permanente para la Codificación de Río de Janeiro o el mismo CJI. En todos los casos, sus miembros tendrían el rango de delegados

plenipotenciarios ante la Conferencia Internacional de Jurisconsultos Americanos. Por su parte, las Comisiones Nacionales tendrían por encargo la elaboración de estudios y proyectos de Codificación⁹⁶.

La Conferencia Interamericana sobre problemas de la Guerra y de la Paz encarga además al CJI la redacción de un anteproyecto de Declaración de Derechos y Deberes Internacionales del Hombre⁹⁷ así como la elaboración inmediata de un “anteproyecto de sistema Interamericano de Paz”, a la luz de antecedentes disponibles que enumera de manera detallada⁹⁸. En ambos casos, se insta a los Estados a presentar observaciones dentro de seis meses al CJI con el fin de facilitarle la redacción del proyecto definitivo y su adopción por la Conferencia Internacional de Jurisconsultos, en lugar de prever una próxima Conferencia Interamericana⁹⁹.

Otro encargo de la Conferencia permite vislumbrar los primeros mandatos sobre la temática de la democracia, pues requiere del Comité emitir dictámenes sobre un “proyecto de convención sobre la abolición del reconocimiento de gobiernos de facto” y sobre la “defensa y preservación de la democracia”,¹⁰⁰.

En el campo del Derecho Internacional, la Conferencia adopta una resolución que solicita la incorporación de las normas esenciales del Derecho Internacional en las constituciones y legislaciones nacionales¹⁰¹, además de proclamar por medio de la “Declaración de México” un conjunto de principios esenciales considerados como “esenciales” en las relaciones entre los Estados de la “Comunidad Americana”, los cuales serán eventualmente integrados en la Carta de la OEA de 1948¹⁰².

Previo a la IX Conferencia que tendrá lugar en 1948 en Colombia, el CJJ tiene un rol estelar en la organización del sistema que se estaba creando, habiendo sido el órgano encargado de elaborar los anteproyectos y proyectos definitivos de tres instrumentos en temas cardinales¹⁰³.

- Sistema interamericano de paz: El CJJ somete un proyecto definitivo titulado “*Tratado Americano de Soluciones Pacíficas*”, destinado a coordinar los instrumentos de prevención y solución pacífica de controversias¹⁰⁴.
- Derechos Humanos: EL CJJ trabaja tanto en el anteproyecto establecido en 1945 por la Conferencia de Chapultepec¹⁰⁵ como

en el proyecto definitivo que será adoptado por la Novena Conferencia en 1948 bajo el nombre: “*Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre*”.

- Garantías Sociales: El CJJ somete el proyecto definitivo de la Carta de Garantías Sociales, un instrumento no vinculante destinado a la defensa de los derechos de los trabajadores de 1948¹⁰⁶.

III. El Comité Jurídico Interamericano: de 1948 a nuestros días

En 1948, la Novena Conferencia Internacional Americana, reunida en Bogotá, Colombia, entre el 30 de marzo y el 2 de mayo de 1948, marca un punto de inflexión para el sistema interamericano mediante la adopción de varios instrumentos convencionales, en particular la Carta que establece la OEA y reorganiza el sistema interamericano.

La Carta de la OEA consagra entre sus propósitos la defensa de la soberanía, la integridad territorial y la independencia de los Estados Americanos y estipula que su organización jurídica es “una condición necesaria para la seguridad y la paz”¹⁰⁷.

“En 1948, la Novena Conferencia Internacional Americana, reunida en Bogotá, Colombia, entre el 30 de marzo y el 2 de mayo de 1948, marca un punto de inflexión para el sistema interamericano mediante la adopción de varios instrumentos convencionales, en particular la Carta que establece la OEA y reorganiza el sistema interamericano.”

Desde el punto de vista estructural, la Carta crea un Consejo Interamericano de Jurisconsultos a cargo de tres prerrogativas principales: servir de cuerpo consultivo; promover el desarrollo y la codificación del Derecho Internacional, tanto público como privado, y estudiar la necesidad de uniformizar las legislaciones en función de su pertinencia. Este Consejo integra aquellas prerrogativas que estaban repartidas en el pasado en las manos de tres instituciones diferentes (la Conferencia Internacional de Jurisconsultos, la Comisión de Expertos y las Comisiones Permanentes).

El Consejo Interamericano de Jurisconsultos estaría compuesto de representantes de todos los Estados Miembros, con autonomía técnica en la medida que sus decisiones “no invadieran” la esfera de acción del Consejo de la Organización¹⁰⁸. El Consejo de Jurisconsultos no dispondría de una sede permanente y se reuniría por convocatoria del Consejo de la Organización o a solicitud de un Estado¹⁰⁹.

En cuanto al Comité Jurídico Interamericano, se le designó como Comisión Permanente del Consejo de Jurisconsultos, proporcionándole continuidad a sus trabajos durante los intervalos en que este no estaba reunido, y tendría su sede en Río de Janeiro¹¹⁰. Desde el punto de vista orgánico, se mantiene un número limitado de miembros que conforman dicho Comité puesto que estaría integrado por juristas de nueve países que determine la Conferencia Interamericana, órgano supremo de la Organización que reemplaza a la Conferencia Internacional Americana, y su elección estaría en manos del Consejo Interamericano de Jurisconsultos¹¹¹. De hecho, se encarga a la **Décima Conferencia Interamericana** la designación de los nuevos miembros y los procedimientos que habría de seguir, manteniendo entre tanto las atribuciones del Comité creado en 1942¹¹².

También se optó por el carácter universal de la representatividad de los miembros del Comité, llamados a representar a todos los Estados miembros de la OEA¹¹³.

Desde el punto de vista sustantivo, el Comité tenía por función “emprender estudios y trabajos preparatorios” que le fuesen solicitados por cuatro dependencias de la OEA: la Conferencia Interamericana, la Reunión de Consulta entre Ministros de Relaciones Exteriores, el Consejo Interamericano de Jurisconsultos y el Consejo de la Organización.

En su cometido podía procurar el apoyo de entidades nacionales especializadas en Derecho Internacional o comparado (comisiones nacionales de codificación e institutos), disponiendo además de un derecho de iniciativa, puesto que obtenía atributos para realizar los estudios que considerara pertinentes *motu proprio*¹¹⁴.

En dicha oportunidad, la Conferencia impuso varios mandatos al Comité, entre los cuales notamos:

- La elaboración de un proyecto de Estatuto de una Corte Interamericana que debía garantizar la protección de los derechos del

“...Comité Jurídico Interamericano, se le designó como Comisión Permanente del Consejo de Jurisconsultos, proporcionándole continuidad a sus trabajos durante los intervalos en que este no estaba reunido, y tendría su sede en Río de Janeiro¹¹⁰.”

hombre incorporando la creación y el funcionamiento de dicho tribunal¹¹⁵.

- La elaboración de estudios e informes sobre el reconocimiento de gobiernos de facto¹¹⁶ y el derecho a la resistencia ante actos de opresión o tiranía¹¹⁷, los cuales debían ser remitidos al Consejo Interamericano de Jurisconsultos.

En 1950, el Consejo Interamericano de Jurisconsultos celebra su primer encuentro, ocasión que le permitió revisar el proyecto de Estatuto que le había sido sometido por el Consejo de la Organización, así como las propuestas a dicho proyecto que le había presentado el CJI. Al respecto, el Consejo de Jurisconsultos optó por no imponer restricciones adicionales

“...mantuvo la diferencia entre los miembros del Consejo Interamericano de Jurisconsultos, que representaban los intereses del Estado que les designaba, y los miembros del Comité que debían representar a todos los Estados de la OEA¹¹⁸.”

en la calificación de los miembros del Comité, salvo lo establecido en la Carta en cuanto a que fueran juristas. Adicionalmente, mantuvo la diferencia entre los miembros del Consejo Interamericano de Jurisconsultos, que representaban los intereses del Estado que les designaba, y los miembros del Comité que debían representar a todos los Estados de la OEA¹¹⁸. Todo esto se vio reflejado en la versión final del Estatuto aprobado por el Consejo de la Organización en abril de 1951, sentando al mismo tiempo las bases del actuar del CJI:

- El Consejo Interamericano de Jurisconsultos es definido como una entidad técnica y consultiva que puede prestar servicios a los gobiernos de los Estados miembros y asesorar al Consejo de la

Organización en asuntos jurídicos; las solicitudes pueden ser realizadas directamente cuando sesiona o a través del Consejo de la Organización cuando está en receso (arts. 5 y 6).

- El Estatuto fija en 21 el número de miembros del Consejo Interamericano de Jurisconsultos, los cuales son designados por los respectivos Estados miembros y deben representar a su Estado ante el Consejo (art. 7).
- Como el Consejo Interamericano de Jurisconsultos no dispone de una sede, los gastos de sus reuniones deben ser asumidos por el gobierno sede del encuentro. En la práctica, su convocatoria queda en manos del Consejo de la Organización y de los Estados. Se debe reunir de manera ordinaria cada dos años, a menos que un intervalo mayor sea determinado (arts. 6, 15 a 19 y 22).
- El voto en el seno del Consejo Interamericano de Jurisconsultos es en principio sujeto a la mayoría absoluta y, en casos excepcionales, puede requerir dos tercios (art. 25).
- Hecho notable, se identifica al Departamento de Derecho

Internacional de la Unión Panamericana como la Secretaria Técnica del Consejo de Jurisconsultos y su Director como el Secretario Ejecutivo de dicho Consejo, quien al igual que el Secretario General de la OEA, puede participar en las sesiones del Consejo de Jurisconsultos con voz, pero sin voto (art. 41 y 21 del Estatuto).

De igual manera, las disposiciones pertinentes del Estatuto del Comité Jurídico reproducen provisiones pertinentes de la Carta de 1948 sobre sus principales particularidades: carácter subsidiario del Consejo de Jurisconsultos; sede en Río de Janeiro; compuesto de 9 juristas cuya lista de Estados que les designan es fijada por la Conferencia Interamericana); y la elección de sus miembros, a cargo del Consejo Interamericano de Jurisconsultos o del Consejo de la Organización, permitiendo la reelección (arts. 26-49 del Estatuto).

El quórum para sesionar y la mayoría necesaria para tomar decisiones es una mayoría absoluta de sus miembros, es decir cinco de nueve. Los gastos de los miembros deben ser cubiertos por el país que les designa, aunque los gastos de la Secretaría y del personal en Río de Janeiro se integran en el

presupuesto de la Unión Panamericana (arts. 40 y 43 del Estatuto).

En lo sustantivo, esta primera reunión aprobó un plan sobre el “desarrollo y la codificación del Derecho Internacional Público y Privado y la búsqueda de la uniformidad de la legislación” que permitió al Consejo organizar listados de temas en cada área mencionada y llevar adelante discusiones sobre el desarrollo y la codificación del Derecho Internacional¹¹⁹. También se revisaron aspectos relacionados a la cooperación con Comités Nacionales de Codificación, el Instituto de Derecho Internacional y la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. Finalmente, se dio lugar a un examen de la pertinencia de las agencias e instancias con prerrogativas en asuntos relativos a la codificación que existían previo a la adopción de la OEA, optando por dividirse la responsabilidad de dichas labores entre el Consejo y el Comité¹²⁰. En este contexto, se propuso la eliminación de las siguientes agencias¹²¹:

- a. La Conferencia Internacional de Juristas Americanos;
- b. El Comité de Expertos para la Codificación del Derecho Internacional;

- c. El Comité Permanente de Río de Janeiro para la Codificación del Derecho Internacional Público;
 - d. El Comité Permanente de Montevideo para la Codificación del Derecho Internacional Privado;
 - e. El Comité Permanente de La Habana de Legislación Comparada y Uniformidad Legislativa;
 - f. El Comité Permanente de Juristas para la Unificación de las Leyes Civiles y Comerciales de América.
- Derecho Internacional Público: mar territorial, nacionalidad y estatuto de las personas apátridas, Corte Interamericana para la protección de los derechos del Hombre.
 - Temas políticos y jurídicos: reconocimiento de gobiernos de facto, fortalecimiento y ejercicio efectivo de la democracia, asilo territorial y asilo diplomático. Recordemos que los temas relativos al fortalecimiento de la democracia le habían sido encargados por la Cuarta Reunión de Consulta entre Ministros de Relaciones Exteriores que tuvo lugar del 26 de marzo al 7 de abril de 1951¹²³.
 - Asuntos ligados a su organización¹²⁴.

Asimismo, el Consejo de Jurisconsultos dio seguimiento a mandatos instituidos por la Novena Conferencia Internacional Americana relativos a los gobiernos de facto, el derecho a la resistencia y la elaboración de un borrador de Corte Interamericana sobre los derechos del Hombre¹²².

En enero de 1953, el Consejo de Jurisconsultos celebra su segunda reunión habiendo incorporado en su agenda temas de orden variado:

- Derecho Internacional Privado: posible revisión del Código Bustamante, borrador de Convención sobre la venta internacional de la propiedad privada, borrador de Convención sobre cooperación de procedimientos judiciales.

La Décima Conferencia Interamericana reunida en Caracas, Venezuela, del 1 al 28 de marzo de 1954, determina la integración del CJI, quedando conformado por los siguientes nueve países: Chile, Argentina Brasil, Colombia, Perú, Venezuela, México, Estados Unidos, y República Dominicana, en concordancia con el artículo 69 de la Carta de 1948¹²⁵.

Esta Conferencia zanjó un conflicto importante en relación con la

membresía y la falta de quorum para sesionar, al cual se había visto confrontado el CJI en sus primeros años de vida, puesto que los Estados seleccionados omitían presentar candidatos o las propuestas de candidatos no respetaban la obligación de exclusividad impuesta en 1942, lo cual dificultaba la elección de nuevos miembros¹²⁶. Si bien la exclusividad no fue incluida en la Carta de 1948, la resolución II de la Conferencia de Bogotá mantuvo la organización del Comité tal como existía entonces “hasta que se cumpla lo que disponga la Carta”. Al respecto, se optó por una solución intermedia, puesto que si bien no se exigió a los miembros la exclusividad absoluta que les impidiera realizar otros deberes, se les pidió dedicación exclusiva “durante el período de las sesiones”¹²⁷, los cuales a partir del 1955 tendrían una duración de tres meses consecutivos, a menos de tratarse de una sesión especial convocada para tratar un “asunto importante y urgente” (hoy conocidas como períodos extraordinarios)¹²⁸. Se estipuló además que el número de miembros necesarios para sesionar, al igual que para decidir, sería una mayoría simple¹²⁹. A juzgar por el preámbulo de la resolución se buscaba otorgarle mayor eficiencia en el cumplimiento de sus funciones¹³⁰. Ambos elementos fueron integrados

en el Estatuto del Consejo de Jurisconsultos en 1957 en los artículos 37, 41 y 42 respectivamente.

Igualmente, nuevas prerrogativas le son atribuidas al CJI por esta Conferencia pues, desde ahora, puede proveer estudios o antecedentes al Departamento Jurídico de la Unión Panamericana, confirmando también lo que había previsto la Novena Conferencia de acudir a otros organismos y personas especializados en Derecho Internacional¹³¹.

La Décima Conferencia Interamericana adopta por lo demás la Convención sobre Asilo Diplomático y Asilo Territorial, en función de los proyectos sometidos en 1953 por la Segunda Reunión de Jurisconsultos que dieron respuesta a un mandato del Consejo de la Organización de 1950¹³².

Entre los mandatos requeridos por dicha Conferencia que implicaban el actuar conjunto del CJI y la Comisión de Jurisconsultos, podemos subrayar los siguientes¹³³:

- Realizar un estudio que integre anteproyectos respecto a una eventual reforma al Tratado Americano de Soluciones Pacíficas¹³⁴;

- Elaborar un Anteproyecto de Estatuto para la creación de una Corte Interamericana de Justicia¹³⁵ ;
- Realizar un estudio sobre la contribución del Continente al desarrollo y la codificación del Derecho Internacional respecto de los principios que rigen la responsabilidad del Estado¹³⁶ ;
- Redactar un proyecto de Convención sobre Extradición que debería ser sometido a la consideración de la Tercera Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos¹³⁷ ;
- Considerar un proyecto sobre “prevención de la intervención de potencias totalitarias en el establecimiento de gobiernos” que fuera presentado por Uruguay¹³⁸ .
- Un borrador de Convención sobre extradición.
- Un borrador de proyecto de Ley Uniforme sobre arbitraje comercial internacional.
- Un informe sobre los efectos jurídicos de las reservas en los tratados multilaterales.
 - En el ámbito del derecho del mar, el Consejo adoptó los “Principios de México sobre el régimen jurídico de los mares”, que reconocía entre otros que la extensión de tres millas para delimitar el mar territorial era insuficiente¹⁴¹ .

Por su parte, la Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos, celebrada en Santiago de Chile en 1959, integra las enmiendas de 1957 al Reglamento del Comité y modifica recomendaciones prácticas que debían guiar al actuar del Consejo y del Comité, cuyos orígenes remonta a la Resolución VII de su Primera Reunión en 1950¹⁴²:

- En la selección de los temas destinados a promover el desarrollo y la codificación del Derecho Internacional que le compete al Consejo se agrega el criterio de “utilidad” a los que ya existían.

La Tercera Reunión del Consejo de Jurisconsultos tuvo lugar en Ciudad de México, México, entre el 17 de enero y el 4 de febrero de 1956, encuentro que permitió proceder a una nueva elección de los miembros del CJI, en función de las ternas presentadas por los Gobiernos designados¹³⁹ . En la oportunidad el Consejo de Jurisconsultos dio seguimiento a cuatro asuntos en particular¹⁴⁰ :

Hasta entonces, se habían consagrado “criterios de urgencia, necesidad, y posibilidad de cumplimiento”, además de las opiniones manifestadas por los Gobiernos. Por su parte, si bien se guardan las prerrogativas del Consejo de Jurisconsultos en la selección de los temas destinados a la promoción del y codificación del Derecho Internacional, la novedad de la enmienda consiste en obligarle a tener en consideración las solicitudes y recomendaciones de los tres órganos principales: la Conferencia Interamericana, las Reuniones de Consulta y el Consejo de la Organización, además de las sugerencias que le pueda ofrecer el CJI.

- El Consejo de Jurisconsultos reorganiza sus prerrogativas respecto a los informes o borradores de documentos que le presente el Comité, pues puede aprobarlos en su totalidad o parcialmente o modificarlos, postponer su consideración e incluso devolverlos al Comité para mayores estudios o preparar su propio informe o borrador.
- En la elaboración de sus estudios, la enmienda obliga al Comité a investigar “todas las fuentes

doctrinales y positivas a su alcance, tales como costumbres, legislación, tratados, jurisprudencia y trabajos teóricos”. Para ello el Comité es llamado a obtener opiniones de “particulares y de entidades y organizaciones públicas y privadas que sean especialistas en el estudio del tema de que se trate”.

- En los informes que impliquen la adopción de una norma, la enmienda va un poco más lejos, pues exige al CJI justificar sus decisiones, obligándole a indicar si la propuesta involucra normas de derecho vigentes o si ellas “encarnan nuevos preceptos”. Todo lo cual debe ser debidamente motivado e incluir las referencias a las fuentes utilizadas.

La Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos adopta 26 resoluciones, entre las cuales remarcamos:

- Un proyecto de Convención de Derechos Humanos que integraba en su propuesta una descripción tanto de la Comisión como de la Corte (art. 34), el cual había sido encargado por la Quinta Reunión de Consulta celebrada también en 1959, marcando las bases

“Entre el 25 de enero y 5 de febrero de 1965 tiene lugar la Quinta Reunión del Consejo de Jurisconsultos, que de hecho sería su última en la historia puesto que la enmienda a la Carta de la OEA de 1967 pondría fin a dicho órgano. Algo que por entonces no se concebía e incluso al culminar dicho encuentro el Consejo había decidido celebrar su próximo encuentro en 1970 en Managua, Nicaragua¹⁴⁷.”

tendientes a la elaboración del Pacto de San José en 1968¹⁴³.

- Un protocolo adicional a la Convención sobre Derecho de Asilo Diplomático que buscaba “aclarar, complementar y perfeccionar las convenciones existentes” (cuya elaboración se concretiza en 1988)¹⁴⁴.
- Unas reglas sobre los efectos jurídicos de las reservas a los tratados multilaterales¹⁴⁵.

En la oportunidad, el mencionado Consejo Interamericano le somete al Comité varios encargos, entre los cuales podemos señalar¹⁴⁶:

- Un estudio sobre la “posible” relación jurídica entre el respeto de los derechos humanos y el ejercicio de la democracia representativa, incluyendo la “facultad de poner en marcha los mecanismos del Derecho Internacional vigentes”, mandato que surgiera también de la Quinta Reunión de Consulta.
- La presentación de un informe sobre la pertinencia de revisar el Código Bustamante (estudio y antecedentes).
- Un estudio sobre los principios que gobiernan la responsabilidad de los Estados en el continente.

Entre el 25 de enero y 5 de febrero de 1965 tiene lugar la **Quinta Reunión del Consejo de Jurisconsultos**, que de hecho sería su última en la historia puesto que la enmienda a la Carta de la OEA de 1967 pondría fin a dicho órgano. Algo que por entonces no se concebía e incluso al culminar dicho encuentro el Consejo había decidido celebrar su próximo encuentro en 1970 en Managua, Nicaragua¹⁴⁷.

Esta Reunión no impuso modificaciones en la conformación del Consejo de Jurisconsultos o del Comité, aunque adoptó una resolución recomendando modificar las secciones pertinentes del Estatuto del Consejo sobre su Secretaría y la responsabilidad financiera del país sede que organiza las reuniones del Consejo (arts. 13 14 y 22 de su Estatuto). Asimismo, recomendó revisar el funcionamiento y las actividades del Comité, en particular respecto a temas ligados a la presencia de los miembros durante las sesiones, la forma de dar mayor difusión a las actividades y trabajos del Comité, así como el presupuesto del personal y de los servicios en la sede en Río de Janeiro¹⁴⁸.

El Consejo de Jurisconsultos aprobó 31 resoluciones de las cuales aludimos a dos dirigidas al Consejo de la Organización¹⁴⁹:

- Una que recomienda convocar a una Conferencia Especializada sobre Derecho Internacional Privado destinada a revisar el código Bustamante en particular respecto a temas relativos a las reglas generales, el libro primero sobre derecho civil internacional y el libro segundo sobre derecho comercial internacional¹⁵⁰.
- Por su parte, la resolución relativa a la “Programación de Estudios sobre el aspecto institucional de los problemas jurídicos e institucionales del desarrollo social y económico” recomendaba al Consejo de la Organización explorar la problemática jurídica e institucional en América Latina e involucraba la participación del Comité Jurídico Interamericano, el Comité Interamericano de la Alianza para el Progreso (CIAP), el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), el Departamento de Asuntos Jurídicos de la Unión Panamericana, así como las Secretarías Generales del Tratado de Integración Económica Centroamericana (SIECA) y de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC)¹⁵¹. Algunos consideran esta asistencia especializada del sector privado liderada por el Instituto Interamericano de Estudios Jurídicos Internacionales con el apoyo económico de organismos regionales como una positiva manifestación digna de la década del 1920, práctica que lleva adelante en nuestros días la secretaría técnica del Comité, el Departamento de Derecho Internacional, que apoya los trabajos del Comité por medio de alianzas

“En lo atinente al Comité Jurídico Interamericano, esta reforma de la estructura de la OEA es significativa porque lo eleva a la categoría de Órgano principal de la Organización al suprimir el Consejo de Jurisconsultos (art. 53 de la Carta de la OEA).”

con expertos y miembros de la sociedad civil especializada¹⁵².

Por entonces, los encargos del Consejo Interamericano al Comité revelan la multiplicidad de asuntos bajo estudio:

- Revisión de un “Proyecto de Convención sobre el uso industrial y agrícola de ríos y lagos internacionales”, que debería ser de índole general, difiriendo la determinación de las especificidades a convenios bilaterales o regionales¹⁵³.
- Culminación del estudio sobre la “contribución del continente americano a los principios del Derecho Internacional que rigen la responsabilidad del Estado” que integrase la opinión de los Estados, previo a su envío a la

Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas¹⁵⁴.

- Elaboración de un proyecto de ley uniforme de la venta internacional de bienes muebles que tuviese en consideración el mayor intercambio nacional posible¹⁵⁵.

Cabe señalar que el Consejo encomendó al Departamento de Asuntos Jurídicos de la Unión realizar un estudio comparativo de legislaciones y prácticas nacionales sobre propiedad industrial¹⁵⁶.

En noviembre de 1965 tiene igualmente lugar la Segunda Conferencia Extraordinaria en Río de Janeiro la cual elabora un anteproyecto de reforma a la Carta de 1948 que propone, entre otros, la restructuración del Consejo y dos de sus tres órganos, el Consejo Interamericano, Económico y Social así como el Consejo Interamericano Cultural, las cuales deberían depender del órgano supremo, sometiendo la situación del Consejo de Jurisconsultos a estudios adicionales, y reservando al CJI un rol de “órgano asesor”¹⁵⁷.

Dos años más tardes, la **Tercera Conferencia Extraordinaria**, celebrada en Buenos Aires del 15 al 27 de febrero de 1967, adopta el Protocolo

de Buenos Aires por medio del cual se cristalizan los lineamientos sugeridos por la Segunda Conferencia e implica la eliminación del Consejo Interamericano de Jurisconsultos. De conformidad con su artículo XXI, el Protocolo entra en vigor el 27 de febrero de 1970, habiendo sido depositados dos tercios de los instrumentos de ratificación.

En lo atinente al Comité Jurídico Interamericano, esta reforma de la estructura de la OEA es significativa porque lo eleva a la categoría de Órgano principal de la Organización al suprimir el Consejo de Jurisconsultos (art. 53 de la Carta de la OEA).

- El Comité queda compuesto de 11 personas electas por la Asamblea General (aumentando en dos sus miembros en comparación con el texto de 1948), y más significativa aún es la apertura de las candidaturas a todos los Estados miembros de la Organización (art. 101 de la Carta).
- Se mantiene la obligación de representar “al conjunto de los Estados miembros de la OEA” y no al Estado que les designa, así como la capacidad de gozar de la más amplia autonomía técnica (art.102 de la Carta).

- La Carta fija a cuatro años el mandato de cada miembro (art. 101 de la Carta).
- Desde el punto de vista financiero, todos los gastos del Comité serán a partir de ahora sufragados por la Organización y como tal formarán parte del programa de presupuesto, siendo hasta entonces cubiertos por los Estados que les proponían (arts. 54 e y 112 c de la Carta).

En las discusiones en torno a la reforma, se instó a proporcionar al Comité una “Secretaría Técnica apropiada” en su sede en Río de Janeiro que debía contar además con una biblioteca de consulta¹⁵⁸.

“El Comité queda compuesto de 11 personas electas por la Asamblea General (aumentando en dos sus miembros en comparación con el texto de 1948), y más significativa aún es la apertura de las candidaturas a todos los Estados miembros de la Organización (art. 101 de la Carta).”

Desde el punto de vista sustantivo, el nuevo Comité retoma las siguientes competencias que le pertenecían al Consejo Interamericano de Jurisconsultos:

- Sirve de cuerpo consultivo de la Organización en asuntos jurídicos (el subrayado es nuestro);
- Promueve el desarrollo progresivo y la codificación del Derecho Internacional; y,
- Estudia la posibilidad de uniformar sus legislaciones en cuanto parezca conveniente.

Adquiere dos nuevas prerrogativas, una que consiste en el estudio de los problemas jurídicos referentes a la integración de los países en desarrollo¹⁵⁹. La segunda se refiere a la capacidad de “sugerir la celebración de conferencias jurídicas especializadas”¹⁶⁰.

Por su parte, se elimina la asistencia de servicios técnicos que proporcionaba el Consejo Interamericano de Jurisconsultos a los Estados de manera directa, y se mantiene en manos del Comité la realización de estudios y trabajos preparatorios que le encomienden los tres órganos principales de la Organización que, en función de esta reforma, incluye a la Asamblea

General, la Reunión de Consulta entre Ministros de Relaciones Exteriores o los consejos de la Organización. Asimismo, el Comité conserva el poder de iniciativa propia de la Carta original para realizar los estudios y trabajos preparatorios que considere convenientes¹⁶¹.

En el campo de la Codificación del Derecho Internacional privado es justo aclarar que, por medio de una resolución de la Asamblea General de 1971, resolución AG/Res.48 (I-0/71), se revisa la posición hasta entonces dominante decidiendo proceder a una codificación gradual y progresiva “mediante la formulación de convenciones especiales”. Ello es fruto de los trabajos preparatorios del CJI en torno a la “revisión posible del Código Bustamante”, esfuerzos iniciados por la Quinta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos en 1965¹⁶².

Desde la adopción del Protocolo de Buenos Aires, el Estatuto del Comité ha sido objeto de tres enmiendas:

- La primera enmienda en 1987 impuso como sanción inmediata la vacancia del cargo para el miembro que no asiste por dos períodos consecutivos, salvo justificación

(art. 9). Adicionalmente, se flexibiliza el período de duración total de las sesiones del Comité pudiendo ser de “hasta” tres meses, marcando una diferencia con la versión original que las fijaba “en tres meses” (art.15)¹⁶³.

- La segunda enmienda en 2007 modifica el artículo 4 del Estatuto instaurando la fecha del inicio de los mandatos de sus miembros a partir del 1 de enero del año siguiente a su elección, además de imponer límites a la reelección de los miembros quienes “sólo podrán ser reelegidos consecutivamente una vez”¹⁶⁴.
- Finalmente, la enmienda más reciente data de noviembre de 2021 por medio de la cual se inserta el criterio de la “paridad de género” en la elección de los miembros del Comité (art.5)¹⁶⁵.

Resulta interesante constatar que al igual que en sus inicios en 1906, las normas que rigen el actuar del Comité en esta etapa son todas de índole convencional.

El Protocolo de Buenos Aires pone fin al Consejo Interamericano de Jurisconsultos, último vestigio institucional previo a la adopción de la

Carta, y si bien su rol de coordinación es asimilado por el Consejo Permanente, con su eliminación se pierde una forma de contacto y control directo que podían ejercer los Estados por medio de sus diplomáticos dedicados exclusivamente a las labores del Comité.

En casi 18 años de vida, el Consejo de Jurisconsultos se reunió seis veces, cinco en la década del cincuenta y una vez en la década del sesenta. Promovió temas que iban más allá de la

“El Protocolo de Buenos Aires pone fin al Consejo Interamericano de Jurisconsultos, último vestigio institucional previo a la adopción de la Carta, y si bien su rol de coordinación es asimilado por el Consejo Permanente, con su eliminación se pierde una forma de contacto y control directo que podían ejercer los Estados por medio de sus diplomáticos dedicados exclusivamente a las labores del Comité.”

esfera jurídica, tal como aquellos relativos a la democracia, apoyándose en sus labores de los constantes aportes del Comité.

En nuestros días, el rol del Consejo de Jurisconsultos ha sido reivindicado por la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la Organización (CAJP), foro que dentro de sus varias atribuciones considera los desarrollos del Comité, y organiza los mandatos que serán adoptados por la Asamblea General. En la práctica el Comité rinde cuenta de su actuar de manera anual por medio de un informe escrito además de presentaciones orales ante los cuerpos políticos, lo cual da lugar a una nueva forma de relacionarse directamente con los Estados, incluso más frecuente que en el pasado.

El imponente acervo del Comité que se verifica en los instrumentos vinculantes que históricamente ha elaborado y su implicación en la búsqueda de fórmulas tendientes a facilitar la implementación de la normativa interamericana en la legislación doméstica por medio de instrumentos de soft law dan cuenta del histórico aporte especializado de sus miembros al sistema interamericano.

El Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos, en su rol de Secretaría Técnica, asiste al Comité en la elaboración de documentos, la compilación de respuestas, así como la preparación de sus sesiones de trabajo¹⁶⁶. De igual forma, tiene un rol central en el establecimiento de lazos de cooperación con instituciones que disponen de la experiencia y conocimientos técnicos y científicos, lo cual permite garantizar el rigor de los trabajos de los relatores del Comité, muchas veces en temas técnicos y novedosos que no han necesariamente alcanzado consenso entre los Estados. Finalmente, no se deben pasar por alto los importantes esfuerzos desplegados en materia de difusión e implementación de los instrumentos elaborados en beneficio de los Estados de la OEA.

IV. Conclusión

En el sistema interamericano la labor que hoy realiza el Comité Jurídico Interamericano en el ámbito de la codificación y desarrollo progresivo del Derecho Internacional a lo largo de su historia ha sido ejecutada por varias instancias que sirven como antecedentes en su actuar, muchas veces constituidas en función de la necesidad del momento.

Los primeros esfuerzos de codificación permiten vislumbrar un interés en contar con la asistencia de expertos de diversos países quienes participan en la elaboración de un número excepcional de instrumentos vinculantes de Derecho Internacional Público y una convención que buscaba abarcar un máximo número de materias en el campo del Derecho Internacional Privado, en un contexto en que prevalece la búsqueda de resultados prácticos. En la primera etapa, el organismo codificador por excelencia es la Conferencia Internacional de Jurisconsultos (ex Comisión Internacional de Jurisconsultos Americanos), compuesta de miembros con rango de representantes plenipotenciarios, asistida por múltiples dependencias, cuya organización alcanza su apogeo en ocasión de la Octava Conferencia Internacional Americana, reunida en Lima, en 1938.

Las vicisitudes impuestas por la Segunda Guerra mundial transforman el rumbo del sistema y los Estados se dotan de nuevas entidades sin necesariamente utilizar el rico patrimonio institucional a su disposición. La urgencia de la situación impone la instalación de una institución dedicada a temas que fortalezcan la posición inicial de los Estados de las Américas, creando el Comité de Neutralidad.

Cuando el Comité Jurídico Interamericano sustituye al Comité de Neutralidad su labor se lleva adelante en consonancia con “las competencias de otros organismos” con prerrogativas similares o concurrentes; marco institucional que eventualmente será necesario reorganizar y coordinar. En sus primeros años de vida, la ascendencia del CJI sobre el resto proviene del carácter permanente del trabajo de sus miembros, y de los mandatos que recibe de las dos instituciones más importantes del sistema, las Conferencias Interamericanas Internacionales y la Reunión de Consulta de los Ministros de Relaciones Exteriores, las cuales establecen el curso de acción de la Unión y sus órganos. Por entonces, el Comité debe trabajar en función del interés de todos los Estados empero su constitución es poco democrática al limitar la participación en su membresía a un grupo de Estados.

El período más reciente marca sin dudas la culminación de un sistema en que participaban una multiplicidad de instituciones con prerrogativas redundantes y cuya existencia estaba validada por continuos encargos de los Estados, sin necesariamente contar con una coordinación apropiada. De hecho, la adopción de la Carta de

la OEA no implica la desaparición inmediata del conjunto de institucionales creadas a través de los años, su eliminación resulta de un proceso de revisión propuesto por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos y el Comité Jurídico Interamericano, que para entonces era capaz de responder eficientemente a las solicitudes de los órganos y de los Estados, habiendo cobrado una importancia sin igual en la elaboración del instrumento constitutivo de la OEA.

El Protocolo de Buenos Aires finalmente consagra al Comité en su modalidad actual, desempeñando una

labor crítica de asistencia a los Estados miembros en la elaboración de fuentes primarias y secundarias de Derecho Internacional. Sus miembros aportan conocimientos, experiencia, motivación y autonomía, recurriendo a la asistencia de expertos o especialistas externos, cuando es necesario. El Departamento de Derecho Internacional en su rol de Secretaría Técnica se ocupa de la coordinación, asistencia y avance de las iniciativas que lleva adelante el Comité, actuando además como memoria institucional de sus miembros y ente de difusión de la contribución del Comité al sistema interamericano.

- ¹ Las opiniones y puntos de vista contenidos en este trabajo son expresadas a título personal, bajo responsabilidad del autor y no necesariamente representan la postura oficial de la Organización de los Estados Americanos.
- ² Art. 53 Carta de la OEA.
- ³ Art. 101, Carta de la OEA; Art. 4 Estatuto del Comité Jurídico Interamericano (Estatuto del CJI).
- ⁴ La OEA está compuesta de 35 Estados miembros, sin embargo, el Gobierno de Cuba no participa a pesar de los esfuerzos que se han hecho para su reintegración. Ver resolución AG/Res.2438 (XXXI /O/09).
- ⁵ Art. 6, Estatuto del CJI.
- ⁶ Art. 101, Carta de la OEA; Art. 5 Estatuto del CJI.
- ⁷ OEA, AG/Res. 2974 (LI-O/21), sección iii, párr. res. 7. Es justo mencionar además una norma general en la Organización sobre equidad de género que data de 1998, titulada “Declaración sobre la igualdad de derechos y oportunidades entre mujeres y hombres y la equidad de género en los instrumentos jurídicos interamericanos” AG/DEC. 18 (XXVIII-O/98) (2 de junio de 1998).
- ⁸ La Declaración de Panamá de 1996 fomenta la cooperación y el entendimiento de los regímenes de Common Law y Derecho Civil OEA, ‘Declaración de Panamá sobre la Contribución Interamericana al Desarrollo Progresivo y la Codificación del Derecho Internacional’ OEA, AG/DEC. 12 (XXVI-O/96) (5 de junio de 1996). Ya en 1933 una norma requería la representación de ambos sistemas jurídicos en la selección de los miembros de la Comisión de Expertos, ver nota 34.
- ⁹ Art. 105, Carta de la OEA. Es posible sesionar en otros lugares; en los últimos años se han realizado sesiones en Ciudad de México, Washington, D.C. y Lima.
- ¹⁰ Art. 6, Estatuto del CJI.
- ¹¹ art 102, Carta de la OEA; art 35, Estatuto del CJI.
- ¹² Art. 134, Carta de la OEA; Art. 2, Estatuto del CJI.
- ¹³ Art. 102, Carta de la OEA.
- ¹⁴ Art. 134, Carta de la OEA; Art. 2, Estatuto del CJI.
- ¹⁵ Fue ratificada por diecisiete Estados, siendo doce el número necesario de ratificaciones para su entrada en vigor: Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Uruguay. No ratificaron Bolivia ni Cuba, aunque firmaron; mientras que Haití y Venezuela no firmaron. Secretaría de Relaciones Exteriores de México (SRE), Conferencias Internacionales Americanas 1889-1936 Recopilación de tratados y otros documentos, 1990, pp.690-691.
- ¹⁶ Cabe mencionar que los esfuerzos de codificación de las Conferencias Internacionales Americanas datan de 1902, en que se buscó dotar al sistema de una “Convención para la formación de los Códigos de Derecho Internacional Público y Privado de América”, instrumento que concebía una instancia en el ámbito jurídico compuesta de juristas expertos, pero que no entró en vigor por falta de ratificaciones, Id. pp.61-62.

¹⁷: Además de fungir como la Comisión Permanente de las Conferencias Internacionales Americanas, tal como lo establece la Cuarta Conferencia Internacional Americana.

¹⁸: Art. 3 de la Convención de Derecho Internacional de 1906. SER, Conferencias Internacionales Americanas 1889-1936, p. 301. La primera reunión en 1912 se suspendió en medio de las sesiones a causa de la amenaza de guerra, y el encuentro previsto en 1914 no tuvo lugar a causa de la Primera Guerra Mundial.

¹⁹: Resolución “Codificación del Derecho Interamericano”, SER, Conferencias Internacionales Americanas 1889-1936 p. 253-255.

²⁰: Id. pár. res. 1. Salvo que ya no se admite la designación de una persona representando a diferentes gobiernos, tal como lo permitía la Convención de 1906.

²¹: Id. pár. res. 3. Los juristas de la época consideraban necesario contar el apoyo de especialistas y trabajar los temas “en tranquilidad y sin la presión que imponían las Conferencias”. F. V. García-Amador, Sistema Interamericano, 1981, p. 213. pp. 213-214.

²²: SER, Conferencias Internacionales Americanas (Primer Suplemento) pp.435-436. Dicho Instituto tuvo un rol de primera importancia en la elaboración de la Declaración de los Derechos y Deberes de las Naciones a nivel universal; mientras que en el contexto regional presentó treinta proyectos a la Unión Panamericana que sirvieron de base a los trabajos de la Comisión de Jurisconsultos en 1927.

²³: En las actas de la Quinta Conferencia se observó que para alcanzar dicho objetivo era necesario cerrar las brechas en la doctrina de la época haciendo prevalecer “soluciones conciliatorias”. Citado por F.V. García-Amador, op. cit. 20, p. 213.

²⁴: Id. Ver también el pár. res. 6 de la resolución Codificación del Derecho Interamericano, op.cit. nota 18.

²⁵: Eduardo Vio Grossi, Homenaje al doctor profesor Alejandro Alvarez Jofré, Curso de Derecho Internacional 1993-1994 (1996), pp. 1-11.

²⁶: Orlando R. Rebagliati. El Comité Jurídico y su obra (separata), 1999, p.6. Si bien guardó el nombre del jurista cubano Antonio Sánchez de Bustamante y Sirven, en su elaboración también participaron otros juristas de renombre, tales como Sarmiento Laspiur de Argentina, Rodrigo Otávio de Brasil y José Matos de Guatemala.

²⁷: Sexta Conferencia Internacional Americana (1928), Codificación futura del Derecho Internacional, SER, Conferencias Internacionales Americanas (Primer Suplemento) pp.432-434.

²⁸: Id. párrafo resolutivo (pár. res.) 7.

²⁹: Id. pár. res. 3 a. Conceptos que se difunden en el sistema interamericano casi veinte años previo a la adopción del Estatuto de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU que se pronuncia al respecto en noviembre de 1947.

³⁰: Id. pár. res. 3, 5 y 9. Los anteproyectos eran sometidos a la Unión Panamericana para la revisión del Instituto Interamericano de Derecho Internacional, además de contribuir en los trabajos preparatorios de los Comités mencionados.

³¹: Id. pár. res. 8.

³²: Cuarta Conferencia Internacional Americana (1910), Reorganización de la Unión de las Repúblicas Americanas, art. II (2), Conferencias Internacionales Americanas 1889-1936, pp.181-185. Reiterado en el art. 6 de la Convención de la Unión Panamericana en 1928.

- ³³ Sexta Conferencia Internacional Americana, Resolución “Revisión de tratados”, Conferencias Internacionales Americanas 1889-1936, p.427.
- ³⁴ Séptima Conferencia Internacional Americana (1933), Métodos de codificación del Derecho Internacional, Resolución LXX, párr. res.3. SER, Conferencias Internacionales Americanas 1889-1936.
- ³⁵ Id. párr. res. 2, y 3. Características similares a las de los miembros de las Comisiones nacionales.
- ³⁶ Id, párr. res. 3, 8 y 10.
- ³⁷ Id. párr. res. 10 y 4.
- ³⁸ Id. PP primero y res.1.
- ³⁹ Id. PP tercero y resolutive 12.
- ⁴⁰ Id. par.res 13.
- ⁴¹ Id. PP cuarto.
- ⁴² Id. párr. res. 2, 5 y 9. En dicha ocasión se crea también una Secretaría General, encargada del trámite y correspondencia de los órganos codificadores.
- ⁴³ Id. par res. 3, 6,8,9 y14.
- ⁴⁴ Conferencia Interamericana de consolidación de la Paz, “Codificación sobre Derecho Internacional”, Resolución VI (1936), párr. res. 1. SER, Conferencias Internacionales Americanas 1889-1936.
- ⁴⁵ Id. párr. res.2.
- ⁴⁶ En 1938, la Octava Conferencia establece las Comisiones Nacionales de Cooperación Intelectual encargadas de la “Promoción de la normativa adoptada por las Conferencias (Tratados, Convenciones, Resoluciones y Recomendaciones), hoy a cargo del Departamento de Derecho Internacional en función de la Orden Ejecutiva No. 08-01 Rev. 9 así como de la Declaración de Panamá de 1996.
- ⁴⁷ Resolución LXX (1933) ver nota de pie de página. p. 539.
- ⁴⁸ Octava Conferencia Internacional Americana, “Métodos para la Codificación del Derecho Internacional”, Resolución XVII (1938), párr. res.1.
- ⁴⁹ Id. párr. res.2. Los estudios podían servir para el uso de sus respectivos gobiernos. Dichas Comisiones debían estar constituidas de docentes y juristas, Resolución XVIII (1938).
- ⁵⁰ Id. párr. res. 3 y 4.
- ⁵¹ SER, Conferencias Internacionales Americanas (Primer Suplemento) p.432.
- ⁵² Resolución XVII (1938), párr. res.6 a 10.
- ⁵³ Id. párr. res.5.
- ⁵⁴ Id. párr.res.11, 12 y 14.
- ⁵⁵ Resolución LXX (1938), par. preambular tercero.
- ⁵⁶ En 1928, la Sexta Conferencia Internacional Americana había adoptado una Convención sobre Tratados, temática que será objeto de examen en subsecuentes resoluciones por parte de las Conferencias de 1932, 1934 y 1936.
- ⁵⁷ Conferencia Interamericana de Consolidación de la Paz, Convención para el mantenimiento, afianzamiento y restablecimiento de la paz de 1936 y Declaración de Principios sobre la solidaridad y cooperación interamericanas, Declaración X VII,1936.

- ⁵⁸ Octava Conferencia Internacional Americana (1938), Declaración de los principios de la solidaridad de Américas (Declaración de Lima), Declaración CIX.
- ⁵⁹ Renato Ribeiro, A contribuição da Comissão Jurídica Interamericana ao desenvolvimento e a codificação do direito internacional, Curso de Derecho Internacional 1989 (1990), p. 169.
- ⁶⁰ Primera Reunión de Consulta entre Ministros de Relaciones Exteriores Declaración General de Neutralidad de las Repúblicas Americanas, Resolución VI (1939) párrafos preambulares (PP) 2, 3 y 4 y párrafos declarativos (PD) 1 y 3.
- ⁶¹ Id. Primera Reunión de Consulta entre Ministros de Relaciones Exteriores, resolución XI. Ello permite igualmente percibir una primera señal del interés en conformar una nueva organización en el continente.
- ⁶² Es un fenómeno particular de las tres primeras Reuniones de Consulta que formulan planes y políticas sobre un amplio espectro de elementos del sistema. Anne Van Wynen Thomas y A. J. Thomas Jr., La Organización de los Estados Americanos, México, Utema, 1968, pp 104-107.
- ⁶³ Id., p.29.
- ⁶⁴ Primera Reunión de Consulta entre Ministros de Relaciones Exteriores, Resolución VI, PD 5.
- ⁶⁵ F. V. García-Amador, op. cit. nota 20, p. 229.
- ⁶⁶ Renato Ribeiro, op. cit, nota 58, p. 169-170. SER, Conferencias Internacionales Americanas (Primer Suplemento) p. 439. Se aseguró la presencia de un miembro de Venezuela, quien fuera el autor de la propuesta original.
- ⁶⁷ Id. SER, Conferencias Internacionales Americanas (Primer Suplemento) p. 440.
- ⁶⁸ Segunda Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores (1940), Comité Interamericano de Neutralidad, Resolución I, par. resol 1 y 2.
- ⁶⁹ Renato Ribeiro, op. cit., nota 58, p. 170.
- ⁷⁰ SER, Conferencias Internacionales Americanas (Primer Suplemento) p. 440.
- ⁷¹ Segunda Reunión de Consulta entre Ministros de Relaciones Exteriores Codificación del Derecho Internacional, Resolución XI.
- ⁷² SER, Conferencias Internacionales Americanas (Primer Suplemento) pp. 433-434. F. V. García-Amador, op. cit. nota 20, p. 230.
- ⁷³ Segunda Reunión de Consulta entre Ministros de Relaciones Exteriores, Asistencia recíproca y cooperación defensiva de las naciones americanas, Resolución XV. Tema que será objeto de varias resoluciones durante la Tercera Reunión de Consultas, y eventualmente incorporado en el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca de 1947.
- ⁷⁴ A. V. Wynen Thomas and A. J. Thomas Jr., op. cit., nota 61, p. 31.
- ⁷⁵ Tercera Reunión de Consulta entre Ministros de Relaciones Exteriores, Comité Jurídico Interamericano, Resolución XXVI (1942), pár. res. 2.
- ⁷⁶ Id. pár. res. 3.
- ⁷⁷ Joaquín Caicedo Castilla, La Obra del Comité Jurídico Interamericano, Curso de Derecho Internacional 1974 (1975), p.4.
- ⁷⁸ SER, Conferencias Internacionales Americanas (Primer Suplemento) p.442.
- ⁷⁹ A. V. Wynen Thomas and A. J. Thomas Jr., op. cit., nota 61, pp.153-155.
- ⁸⁰ Tercera Reunión de Consulta entre Ministros de Relaciones Exteriores (1942), Comité Jurídico Interamericano, Resolución XXVI, pár.res.3 a y d.

- ⁸¹. Id. pár. res.3 a y d.
- ⁸². Conferencias Internacionales Americanas (Primer Suplemento) p.442.
- ⁸³. Tercera Reunión de Consulta entre Ministros de Relaciones Exteriores, Resolución XXVI, Id. pár.res.3 b y c.
- ⁸⁴. Id. Problemas de la Post Guerra, Resolución XXV, pár. res.2.
- ⁸⁵. Conferencias Internacionales Americanas (Primer Suplemento) p. 441.
- ⁸⁶. Tercera Reunión de Consulta entre Ministros de Relaciones Exteriores, Coordinación de las resoluciones de las Reuniones de Consulta, Resolución XXVII, pár. res.2.
- ⁸⁷. Id. Afirmación de la teoría tradicional del derecho, Resolución XXVIII.
- ⁸⁸. Conferencias Internacionales Americanas (Primer Suplemento) p. 441.
- ⁸⁹. Esta convocatoria del Gobierno Mexicano buscaba aumentar la colaboración entre las repúblicas y la participación del continente en la organización mundial además de impulsar la economía, y por ende no se enmarca en las series de las Conferencia Interamericanas. SRA, Conferencias Internacionales Americanas (Segundo Suplemento), p.3.
- ⁹⁰. Conferencia Interamericana sobre problemas de la Guerra y de la Paz (1945), Reorganización, consolidación y fortalecimiento del sistema interamericano, Resolución IX, pár. res. 6-12.
- ⁹¹. Id. pár. res. 1-6 y 10.
- ⁹². Department of International Law, Annals of the Organization of American States, 1951, p. 352.
- ⁹³. Conferencia Interamericana sobre problemas de la Guerra y de la Paz. Funcionamiento del Comité Jurídico Interamericano, Resolución XXXII.
- ⁹⁴. Id. Contenidos de las Declaraciones, recomendaciones y otros actos análogos de las Conferencias y Reuniones de Consulta Interamericanas, Resolución XXIV.
- ⁹⁵. Id. Reorganización de los organismos de codificación del Derecho Internacional Público, Resolución XXV, la cual exhortaba a la Oficina Jurídica de la Unión Panamericana asistir al Comité.
- ⁹⁶. Id. pár. res.5.
- ⁹⁷. Id. Protección Internacional de los Derechos Esenciales del Hombre, Resolución XL.
- ⁹⁸. Id. Sistema Interamericano de Paz, Resolución XXXIX.
- ⁹⁹. Id. Declaración de México, Declaración XI, par. res 3. Resolución XXXIX pár. res. 5.
- ¹⁰⁰. Id. Resolución XXXIV, proyecto propuesto por la delegación de Ecuador y Resolución XXXVIII, proyecto propuesto por la delegación de Guatemala.
- ¹⁰¹. Id. Incorporación del Derecho Internacional en las legislaciones nacionales, Resolución XIII.
- ¹⁰². Entre los principios esenciales en las relaciones entre los Estados se señala la igualdad jurídica, el respeto a la soberanía y la no intervención en los asuntos internos o externos de otros, la naturaleza del Derecho Internacional como “norma de conducta para todos los Estados”. Id. Declaración XI, Declaración de México.
- ¹⁰³. F.V García Amador, op. cit. nota 20, p. 235.
- ¹⁰⁴. Conferencia Interamericana sobre problemas de la Guerra y de la Paz. Resolución XXXIX.
- ¹⁰⁵. Id. Resolución XL.
- ¹⁰⁶. En concordancia con la Declaración de Principios Sociales de América, Declaración LVIII.

- ¹⁰⁷. Carta de la OEA de 1948, PP sexto y art. 1.
- ¹⁰⁸. Id. arts. 57, 58, 59. Art. 3 del Estatuto del Consejo Interamericano de Jurisconsultos.
- ¹⁰⁹. Id. arts. y 67.
- ¹¹⁰. Id. arts. 72. Arts.15 al 19 del Estatuto del Consejo Interamericano de Jurisconsultos.
- ¹¹¹. Id. art.69. Ver también, Décima Conferencia Interamericana (1948) Res. II, Comité Jurídico Interamericano.
- ¹¹². Id. Res II, PP 3.
- ¹¹³. Carta de la OEA de 1948, art.69.
- ¹¹⁴. Id. arts.70-71.
- ¹¹⁵. Novena Conferencia Internacional Americana (1948), Corte Interamericana para proteger los derechos del Hombre, Resolución XXXIX.
- ¹¹⁶. Id. Elaboración de un proyecto y de un informe sobre el reconocimiento de gobiernos de facto, Resolución XXXVI.
- ¹¹⁷. Id. Derecho de resistencia, Resolución XXXVII.
- ¹¹⁸. Department of International Law, op. cit. not 91, p. 353.
- ¹¹⁹. Esta reunión inicia los estudios en torno a la pertinencia de la revisión del Código Bustamante cuyo desenlace se podrá apreciar en la década de los setenta. Id. p.22. Ver también F.V. García-Amador, op. cit. nota 20, p. 445.
- ¹²⁰. Department of International Law, Report of the first meeting of the Inter-American Council of Jurist, 1950, CIJ-7, pp.20-26.
- ¹²¹. Primera Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos, Resolución VII.
- ¹²². Department of International Law, op. cit., nota 119, pp 26-36.
- ¹²³. Cuarta Reunión de Consulta entre Ministros de Relaciones Exteriores (1951), Fortalecimiento y ejercicio efectivo de la democracia, Resolución XXXVII.
- ¹²⁴. Consejo Interamericano de Jurisconsultos, Informe de la Segunda Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos, 1953, CJI 18, pp. 8-10.
- ¹²⁵. Posteriormente a dicha Conferencia, se decide aumentar a diez el número de miembros del Comité: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Cuba, Estados Unidos, México, Perú y Venezuela. Department of International Law, op. cit. nota 91, p. 352.
- ¹²⁶. Inter-American Council of Jurist (IACJ), Report of the Executive Secretary on the first meeting of the IACJ, 1950, CIJ 7, pp.6-10.
- ¹²⁷. Décima Conferencia Interamericana, Comité Jurídico Interamericano, Resolución XXXVII, pár. res.3.
- ¹²⁸. Id. pár. res.1.
- ¹²⁹. Id. pár. res. 4.
- ¹³⁰. Id. ver párrafos preambulares.
- ¹³¹. Id. pár. res.2.
- ¹³². F. V. García-Amador, op. cit. nota 20, p.259. El tema del asilo diplomático fue objeto de un estudio que originalmente tenía por nombre “régimen de los asilados, exilados y refugiados políticos.”
- ¹³³. Las dos primeras iniciativas dependían de una determinación favorable por parte de los Estados y los resultados debían ser presentados a la consideración de la Undécima Conferencia Interamericana.

- ¹³⁴. Décima Conferencia Interamericana, Posibilidades de revisión del Tratado Americano de Soluciones Pacíficas, Resolución XCIX.
- ¹³⁵. Id. Corte Interamericana de Justicia, Resolución C.
- ¹³⁶. Id. Principios del Derecho Internacional que rigen la responsabilidad del Estado, Resolución CIV.
- ¹³⁷. Id. Extradición, Resolución CVII.
- ¹³⁸. Id. Proyecto del Uruguay sobre Prevención de la intervención de potencias totalitaria en el establecimiento de Gobiernos, Resolución CVIII.
- ¹³⁹. Department of International Law, Third Meeting of the Council of Jurist, 1956, p.24.
- ¹⁴⁰. Id. pp. 9-22.
- ¹⁴¹. CIJ, Ver resolución XIII de la Tercera Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos.
- ¹⁴². CIJ, Acta Final de la Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos, documento CJI 43, 1959. Resolución XIV.
- ¹⁴³. Id., Resolución XX. F.V. García-Amador, op. cit. nota 20, p. 560.
- ¹⁴⁴. Id. p. 268.
- ¹⁴⁵. CIJ, op. cit., nota 141, Resoluciones X y XI.
- ¹⁴⁶. Id. Resoluciones VIII, XII y XXI.
- ¹⁴⁷. CIJ, Quinta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos, documento CJI 77, 1965. Resolución XXII.
- ¹⁴⁸. Id. Resoluciones XI y XX.
- ¹⁴⁹. OEA, Informe Anual del Secretario General 1965, documento OEA/Ser.D/II.16.
- ¹⁵⁰. CIJ, op. cit., nota 146, Resolución. II.
- ¹⁵¹. Id. Resolución V.
- ¹⁵². F.V. García-Amador, op. cit. nota 20, pp. 243-244. En relación a los desarrollos recientes del Comité ver el texto de este autor sobre “Diplomacy and Legal Reform” en Research Handbook of Law and Diplomacy (David P. Stewart & Margaret E. McGuinness eds.), publicado por Edward Elgar, 2021.
- ¹⁵³. CIJ, op. cit., nota 146, Resolución. I.
- ¹⁵⁴. Id. Resolución X.
- ¹⁵⁵. Id. Resolución VII.
- ¹⁵⁶. Id. Resolución XVI.
- ¹⁵⁷. F.V. García-Amador, op. cit. nota 20, pp. 147-149.
- ¹⁵⁸. OEA, Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria (1967), documento OEA/Ser.E/XIV. 7, p. 286.
- ¹⁵⁹. Art. 99, Carta de la OEA.
- ¹⁶⁰. Art. 100, Carta de la OEA.
- ¹⁶¹. Art. 100, Carta de la OEA.
- ¹⁶². F.V. García-Amador, op. cit. nota 20, pp. 248 y 445.
- ¹⁶³. AG, Resolución AG/RES. 885 (XVII-O/87) par. res. 3 y 4.
- ¹⁶⁴. AG, Resolución AG/RES. 2282 (XXXVII-O/07).
- ¹⁶⁵. AG, Resolución AG/Res. 2974 (LI-O/21), sección iii, pár. res. 7.
- ¹⁶⁶. CJI, Reglamento del CJI, arts 57-62.

Sobre el autor

Luis Toro Utillano



Luis Toro Utillano, es Oficial Jurídico Principal del Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americano (OEA). Provee servicios de consejería legal en materia de derecho internacional a los Estados miembros de la OEA y apoya la labor de órganos del sistema interamericano, tal como el Comité Jurídico Interamericano y las Comisiones del Consejo Permanente y de

la Asamblea General. Es además el Oficial a cargo de los tratados, y en tal capacidad responsable de todas las acciones relativas con el depósito de instrumentos jurídicos del sistema interamericano. Graduado en la Facultad de Derecho de la Université de Montreal (LLB), posee una maestría en derecho internacional de la Facultad de Derecho del Washington College of Law, American University (LLM) y una Licenciatura en Ciencias Políticas de la Université de Montreal (B. Sc.).

Sumario

- I.** *Introducción;*
- II.** *Ciberespacio y Ciberoperaciones;*
- III.** *Ciberoperaciones maliciosas y sus implicaciones para los Estados;*
- IV.** *La aplicabilidad del derecho internacional al ciberespacio: procesos multilaterales y académicos;*
- V.** *Temas específicos del derecho internacional aplicable al ciberespacio y las nacientes posiciones de los Estados de la región americana;*
- VI.** *Conclusión*



**Mariana Salazar
Albornoz¹**

El Derecho Internacional aplicable al Ciberespacio

I. Introducción

Este informe fue originalmente elaborado por la doctora Mariana Salazar Albornoz, en su calidad de relatora. Corresponde a su segundo informe en la materia, documento que en su última revisión ante el pleno del Comité fue aprobado por consenso por todos sus miembros. En este informe, comenzamos describiendo las nociones de ciberespacio y de ciberoperaciones, para después adentrarnos en un análisis de las implicaciones que pueden tener este tipo de operaciones para el Derecho Internacional a partir de ejemplos de ciberoperaciones estatales que han ocurrido a lo largo de las últimas dos décadas. Posteriormente, examinamos los principales procesos de negociación intergubernamental y académica que han existido y continúan existiendo para contribuir a dilucidar el alcance de la aplicabilidad del derecho internacional existente al ciberespacio, incluyendo, desde luego,

la labor que ha realizado el Comité Jurídico Interamericano. Finalmente, presentamos una visión general de los principales temas específicos del derecho internacional que están siendo discutidos en torno a su aplicación al ciberespacio, aclarando en lo posible las posiciones oficiales que han adoptado los pocos Estados de la región americana que a la fecha se han pronunciado en la materia. Con ello, esperamos que el informe sirva de herramienta útil para los numerosos Estados de la región americana que se encuentran en proceso de preparar sus posiciones nacionales oficiales sobre esta relevante temática del alcance de la aplicación del Derecho Internacional al ciberespacio.

II. Ciberespacio y Ciberoperaciones

El término “ciberespacio” proviene del griego *kybernetes*, que significa ‘el arte de manejar un navío’ y que alude

“...el internet y otras partes que constituyen el ciberespacio son redes de comunicación situadas dentro del espacio real, y por tanto no se trata de un espacio distinto: el ciberespacio incluye tanto los componentes físicos (hardware) como los digitales”

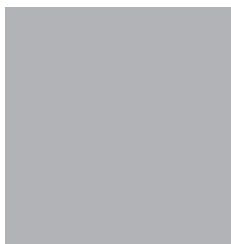
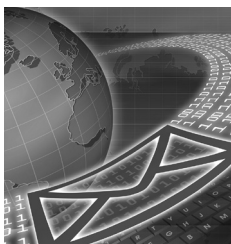
a la cibernética —el estudio del control remoto a través de dispositivos—. El término se utilizó por primera vez en 1960 en el título ‘Atelier Cyberspace’, utilizado por la artista Susanne Us-sing y el arquitecto Carten Hoff para denominar su obra de instalaciones sensoriales e imágenes. La primera asociación del término a lo digital, si bien para fines novelísticos, fue en la década de los ochenta, cuando el escritor canadiense-americano de ciencia ficción, William Gibson, lo utilizó en su cuento “Quemando Cromo” y en su novela ‘*Neuromante*’. En esta última, lo describió como:

“Una alucinación consensual experimentada diariamente por billones de legítimos operadores,

en todas las naciones [...]... Una representación gráfica de la información abstraída de los bancos de todos los ordenadores del sistema humano. Una complejidad inimaginable. Líneas de luz clasificadas en el no-espacio de la mente, conglomerados y constelaciones de información”².

La palabra fue retomada con el auge del internet en la década de los noventa. El propósito de referirse al ‘ciberespacio’ vino inicialmente aparejado con la concepción de que el internet era un espacio o dominio distinto al del ‘mundo real’, y por ende debía ser una jurisdicción separada, exenta de la aplicación del poderío de los Estados y de sus leyes, sino regida por la voluntad de sus usuarios³. La idea generó un doble debate: por un lado, si realmente el ciberespacio se trata de un dominio o espacio distinto, y, por el otro lado y, en consecuencia, si debe o no regirse por normas jurídicas.

En este debate, diversas voces han dilucidado que el internet y otras partes que constituyen el ciberespacio son redes de comunicación situadas dentro del espacio real, y por tanto no se trata de un espacio distinto: el ciberespacio incluye tanto los componentes físicos (hardware) como los



digitales⁴. Delerue, por ejemplo, aclara que el ciberespacio no es un quinto dominio o ámbito de aplicación del derecho, sino un medio que puede utilizarse para conducir actividades en cualquiera de los cuatro ámbitos físicos existentes: tierra, mar, espacio aéreo y espacio ultraterrestre⁵. Dias y Coco, a su vez, se refieren al ciberespacio no como un espacio virtual o separado, sino como un conjunto de tecnologías digitales multidimensionales —o tecnologías de la información y comunicación (TIC)— que están plenamente integradas con actividades humanas que tienen lugar en diferentes dominios físicos o espacios del ‘mundo real’⁶. El Manual de Tallin 2.0 (al que nos referiremos con más detalle más adelante) define el ciberespacio como *el ambiente formado por componentes físicos y no-físicos, para almacenar, modificar e intercambiar datos usando redes computacionales*.⁷

Una “ciberoperación” u operación cibernética es la utilización de

capacidades cibernéticas con la finalidad principal de alcanzar sus objetivos en o a través del uso del ciberespacio⁸. Este término abarca sólo los actos que tienen lugar dentro de una red computacional, con lo cual la conducción de algún acto hostil físico contra una computadora o red computacional —por ejemplo, la destrucción del disco duro de una computadora con un arma cinética— no calificaría como una ciberoperación. Las ciberoperaciones forman parte creciente de nuestras vidas cotidianas.

“Una “ciberoperación” u operación cibernética es la utilización de capacidades cibernéticas con la finalidad principal de alcanzar sus objetivos en o a través del uso del ciberespacio.”

“...la destrucción del disco duro de una computadora con un arma cinética no calificaría como una ciberoperación.”

Al no tratarse de un ámbito distinto ni exento de jurisdicción, las ciberoperaciones o actividades conducidas a través del ciberespacio deben respetar las normas jurídicas aplicables. El derecho no prohíbe *per se* las ciberoperaciones: por el contrario, éstas han venido a facilitar nuestras vidas e interacciones significativamente. Sin embargo, un uso malicioso de éstas sí puede llegar a constituir una violación al derecho internacional, como se expone en la siguiente sección.

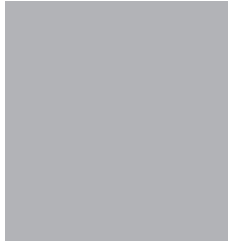
III. Ciberoperaciones Maliciosas y sus Implicaciones para los Estados

El siglo XXI ha sido el siglo de la digitalización, lo cual ha sido exacerbado aún más a raíz de las medidas de aislamiento que acompañaron la pandemia del COVID-19 que azoró al mundo en los últimos años. A su vez, el uso creciente de las TIC y

su interconexión e interdependencia han venido también a exponer los inmensos riesgos que entraña el mal uso de éstas, pudiendo poner al descubierto información delicada de gobiernos, empresas o particulares o dañar sistemas o infraestructura vital.

Las ciberoperaciones maliciosas se dirigen contra sistemas de información, como pueden ser bases de datos o redes computacionales, con el objetivo último de perjudicar a personas, instituciones o empresas. Se pueden clasificar de diversas maneras y pueden causar daños a software, a hardware, a datos, así como a personas físicas (individuos) y morales (Estados, empresas y organizaciones no gubernamentales). Una sola ciberoperación puede causar daños a varias de estas categorías. Una de las clasificaciones más comunes para las ciberoperaciones maliciosas que dañan software, hardware y datos es la denominada “tríada de la CIA”⁹, por sus siglas en inglés. Conforme a ésta, una ciberoperación maliciosa puede dañar:

- i. *La confidencialidad*, a través de un acceso no autorizado a computadoras, sistemas y redes informáticas para obtener cierta información;



- ii. *La integridad*, al alterar, borrar, corromper o denegar el acceso a ciertos datos o software; o
- iii. *La disponibilidad*, al disrumpir parcial o totalmente el funcionamiento de una red o sistema de computación.

Los tipos más comunes de ciberoperaciones maliciosas incluyen:

- iv. ***El phishing***, que consiste en “el envío de mensajes fraudulentos, usualmente a través de correo electrónico, que aparentemente proceden de fuentes fiables y seguras” con el objetivo de “robar datos personales muy sensibles, como información sobre inicios de sesión o datos de tarjetas de crédito, entre otros.”¹⁰;
- v. ***El malware***, que es el “software malicioso que incluye virus y gusanos”, que “aprovecha [...] las vulnerabilidades para infringir

“Las ciberoperaciones maliciosas se dirigen contra sistemas de información, como pueden ser bases de datos o redes computacionales, con el objetivo último de perjudicar a personas, instituciones o empresas.”

las redes y suele atacar cuando un usuario hace clic en un enlace o en un archivo adjunto a un *email*”, y cuyo impacto “va desde la instalación de software dañino al bloqueo del acceso a componentes claves de la red (*ransomware*) o a la obtención furtiva de información (*spyware*)”¹¹;

- vi. ***La inyección de SQL*** o lenguaje de consulta estructurado, que “se produce cuando un hacker inserta

un código malicioso en un servidor que utiliza SQL, forzándolo a desvelar información protegida o que normalmente no revelaría”¹²; y

- vii. **El ataque de denegación de servicio distribuido** (o DDoS por sus siglas en inglés), que “provo­ca la saturación de los sistemas, los servidores e, incluso, las redes con tráfico con el objetivo de agotar los recursos y el ancho de banda”, generando como consecuencia la incapacidad para completar las solicitudes legítimas¹³.

-
- “i. La confidencialidad, a través de un acceso no autorizado a computadoras, sistemas y redes informáticas para obtener cierta información;
- ii. La integridad, al alterar, borrar, corromper o denegar el acceso a ciertos datos o software; o
- iii. La disponibilidad, al disrumpir parcial o totalmente el funcionamiento de una red o sistema de computación.”
-

Las ciberoperaciones maliciosas tienen, a su vez, efectos nocivos sobre personas físicas y morales. Como lo indican Dias y Coco, será raro encontrar instancias en las que las ciberoperaciones que causen daños a software, hardware o datos no causen efectos significantes sobre personas, sean tangibles o intangibles. Como mínimo, se generarán costos de ciberseguridad para identificar las vulnerabilidades y el alcance del daño y, de ser necesario, repararlo¹⁴. Los daños a personas físicas pueden incluir afectaciones al medio ambiente, a su salud, integridad, vida, privacidad, educación o acceso a la información y libertad de expresión, entre otros. En el caso de personas morales, incluyendo Estados, empresa y organizaciones no gubernamentales, una ciberoperación maliciosa puede generarle pérdidas financieras significantes, altos costos legales y daños a su reputación y confiabilidad.

Tratándose particularmente de Estados, una ciberoperación maliciosa puede dañar sistemas de gobierno, servicios financieros, y servicios estatales esenciales como la electricidad, el agua, el suministro de alimentos y medicinas, servicios médicos o sistemas de transportes y de seguridad, entre otros. Tales ciberoperaciones contra Estados pueden provenir no sólo de entes privados sino también de otros

Estados que las realizan directamente (a través de sus órganos u agencias) o indirectamente a través de entes o personas que contratan.

Las décadas recientes han visto numerosas ciberoperaciones maliciosas que han involucrado o afectado significativamente a Estados¹⁵. La atribución es una cuestión delicada, ya que a la fecha ningún Estado ha reconocido directamente su responsabilidad por la realización directa o indirecta de una cibeoperación maliciosa. Sin embargo, la información disponible de varias ciberoperaciones que han afectado a Estados en las últimas décadas ha llevado en ocasiones al país afectado a asumir que se han tratado de operaciones conducidas en su contra por otros Estados. Como lo indican Finemore y Hollis, entre 2010 y 2020, se calcula que 28 Estados – incluyendo China, Irán, la República Popular Democrática de Corea, Rusia, Reino Unido y Estados Unidos – han sido acusados de realizar o apoyar ciberoperaciones con impactos graves sobre gobiernos, pueblos y recursos¹⁶. Describiremos algunos ejemplos de casos a continuación.

Uno de los primeros y más representativos casos –debido a los desarrollos que generó¹⁷– fue la campaña de

ciberoperaciones maliciosas que sufrió Estonia en 2007, que ese país atribuyó a Rusia. Inhabilitó durante 22 días numerosos sitios web de organizaciones de Estonia, incluyendo el parlamento, bancos, ministerios, periódicos y medios de comunicación. El motivo fue el desacuerdo con Rusia en torno a la reubicación de un monumento de la era soviética en la ciudad de Tallin.

En 2010, el malware Stuxnet, que algunos atribuyen a Israel y a Estados Unidos, atacó los sistemas computacionales de cinco instalaciones nucleares en Natanz, en Irán: el gusano tomó el control de 1,000 máquinas que participaban en la producción de materiales nucleares y dio comandos para que las centrifugadoras se destruyeran. Se considera que fue la primera vez que un ataque cibernético logró dañar infraestructura física¹⁸.

En 2015, la red eléctrica de Ucrania se vio interrumpida por un ataque cibernético a través del malware llamado

“Se considera que fue la primera vez que un ataque cibernético logró dañar infraestructura física.”

“...el ransomware *NotPetya*, ...se le ha considerado el ciberataque más devastador en la historia.”

BlackEnergy, que ese país atribuye a Rusia en el marco de la guerra iniciada en 2014. Se trató del primer ciberataque contra infraestructura crítica que ocasionara un apagón y el primero a una red eléctrica que se realizara de manera enteramente remota¹⁹. Desconectó 30 subestaciones eléctricas y ocasionó que unas 80,000 personas se quedaran sin electricidad durante seis horas. Afectó también a diversas compañías distribuidoras y a un total de 225,000 clientes²⁰.

En 2015 y 2016, un ciberataque infiltró la red computacional del Comité Democrático Nacional de los Estados Unidos, espionando comunicaciones, correos electrónicos y documentos y filtrándolos, para interferir en las elecciones presidenciales estadounidenses de 2016. Este ciberataque fue seguido de una campaña de “trolls” en redes sociales para influenciar al electorado estadounidense. Estados Unidos atribuye el ataque a las agencias de inteligencia de Rusia.

En 2017, el ransomware *WannaCry*, atribuido por algunos a grupos vinculados a Corea del Norte, afectó alrededor de 230,000 computadoras con sistema operativo Microsoft Windows en más de 150 países alrededor del mundo. Se considera el ataque de ransomware más grande de la historia. Los países más afectados fueron Rusia, Ucrania, India y Taiwán, así como partes del servicio nacional de salud de Reino Unido (NHS), la compañía Telefónica de España, FedEx de Estados Unidos, Deutsche Bahn de Alemania y las aerolíneas LatAm, entre otros. Generó costos globales de alrededor de 7,000 millones de dólares. En el mismo año 2017, el ransomware *NotPetya*, atribuido por algunos a Rusia, golpeó diversas organizaciones en Ucrania, incluido su banco central, hospitales, aeropuertos y empresas estatales de energía eléctrica, así como empresas privadas, antes de extenderse a sistemas en otros 63 Estados en Europa y a Estados Unidos. Provocó en total daños por más de 10,000 millones de dólares, con lo cual se le ha considerado el ciberataque más devastador en la historia²¹. También en 2017, el ransomware *BadRabbit* afectó medios de comunicación en Rusia y organizaciones de infraestructura crítica en el sector de transportes en Ucrania.

En 2020 y 2021, el ciberataque contra la empresa estadounidense de software *SolarWinds*, que algunos atribuyen a los servicios de inteligencia de Rusia, se extendió a los clientes de la compañía afectando la base de datos de más de 18,000 empresas a nivel mundial (incluyendo Microsoft, Cisco, Intel y Deloitte) y de agencias federales clave del gobierno de los Estados Unidos (incluyendo los Ministerios de Seguridad Interior, de Estado, de Energía, de Finanzas y la Administración Nacional de Seguridad Nuclear). El ataque generó a la empresa Solarwinds costos de 40 millones de dólares en los primeros nueve meses de 2021, y un promedio de 12 millones de dólares a cada cliente afectado.

La guerra que actualmente tiene lugar entre Rusia y Ucrania no ha estado exenta del uso de ciberataques para acompañar las actividades cinéticas²². Desde la anexión ilegal de Crimea en 2014, Ucrania ha sido objeto de continuos ciberataques atribuidos a Rusia. Un día antes de la invasión del 24 de febrero de 2022, se lanzó el ciberataque Foxblade, que buscó eliminar los datos de las redes computacionales de 19 entidades gubernamentales y entidades de infraestructura crítica del gobierno ucraniano. Desde la invasión y hasta finales de junio de 2022,

Microsoft calcula que han existido ciberataques dirigidos a redes computacionales de 48 agencias y empresas dentro de Ucrania, así como intentos de penetración de redes y ciberespionaje a 128 organizaciones en 42 Estados aliados a Ucrania²³. El efecto ha sido limitado, debido a que Ucrania ha recibido gran refuerzo en sus capacidades de ciberdefensa por parte de diversos Estados, empresas y organizaciones de la sociedad civil. Por ejemplo, la información y operaciones digitales ucranianas se han protegido a través de su traslado a la nube pública, almacenada en centros de datos en otros lugares de Europa. Algunos expertos no descartan la posibilidad de que Rusia esté esperando el momento oportuno para lanzar un ciberataque masivo con efectos mucho más destructores²⁴.

“Algunos expertos no descartan la posibilidad de que Rusia esté esperando el momento oportuno para lanzar un ciberataque masivo con efectos mucho más destructores.”

IV. La Aplicabilidad del Derecho Internacional del Ciberespacio: Procesos Multilaterales y Académicos

Cuando comenzaron los ciberataques inter-estatales como los antes descritos, académicos y gobiernos tornaron su atención a determinar si es que el derecho internacional resulta aplicable o no al ciberespacio y, en caso afirmativo, en qué medida o aspectos. La cuestión es de relevancia ya que, con muy contadas excepciones, el derecho internacional no tiene reglas específicamente redactadas para regular el ciberespacio, y las principales normas

del derecho internacional surgieron mucho antes de que la tecnología cibernética fuera una realidad y, por tanto, no la contemplan. Los únicos dos tratados internacionales existentes relacionados con el ciberespacio son, por un lado, la Convención de Budapest sobre el Cibercrimen, del Consejo de Europa²⁵, y, por el otro, la Convención de la Unión Africana sobre la Seguridad Cibernética y la Protección de Datos Personales²⁶ que aún no está en vigor. Ninguno de estos, sin embargo, se refiere específicamente a la cuestión sobre las ciberoperaciones realizadas por, o en contra de, Estados. Los desarrollos para dilucidar esta cuestión se han dado tanto en el ámbito académico como en el intergubernamental.

“Los únicos dos tratados internacionales existentes relacionados con el ciberespacio son, por un lado, la Convención de Budapest sobre el Cibercrimen, del Consejo de Europa, y, por el otro, la Convención de la Unión Africana sobre la Seguridad Cibernética y la Protección de Datos Personales que aún no está en vigor.”

4.1 Los Manuales de Tallin

En el año 2009, el Centro de Excelencia en Ciberdefensa Cooperativa de la Organización del Tratado del Atlántico Norte (CCDCOE, por sus siglas en inglés), una organización militar internacional basada en Tallin, reunió a un grupo de expertos internacionales independientes para producir un manual, no vinculante, sobre el derecho internacional existente aplicable a la ciberguerra. Como resultado del

ejercicio, en 2013 el grupo produjo el *Manual de Tallin sobre el Derecho Internacional aplicable a la Ciberguerra*²⁷, que, además de reafirmar que los principios generales del derecho internacional aplican al ciberespacio, identificó 95 reglas y desarrolló sus respectivos comentarios en temas de soberanía, responsabilidad de los Estados, jus ad bellum, derecho internacional humanitario y las leyes de neutralidad en lo concerniente a la guerra cibernética. Tras su publicación, CCDCOE convocó a un nuevo grupo de expertos independientes internacionales para realizar una investigación y ampliación de la cobertura del manual, a fin de abarcar también el derecho internacional aplicable a las actividades cibernéticas ocurridas en tiempos de paz. Como resultado, en 2017 se publicó el *Manual de Tallin 2.0 sobre el Derecho Internacional aplicable a las Ciberoperaciones*²⁸, que identifica 154 reglas que rigen las ciberoperaciones y desarrolla sus respectivos comentarios. Dados los avances recientes en la práctica y posicionamiento de los Estados, en 2021 la CCDCOE lanzó el proyecto, que tendrá una duración de cinco años, para la realización del Manual de Tallin 3.0, para revisar capítulos existentes y explorar nuevos temas de importancia para los Estados²⁹.

4.2 Procesos intergubernamentales en las Naciones Unidas y posicionamientos de los Estados

El tema de la seguridad de la información ha formado parte del programa de las Naciones Unidas desde 1998, tras una propuesta presentada por Rusia³⁰. Desde 2004, la Asamblea General de las Naciones Unidas ha creado grupos de expertos gubernamentales (GGE, por sus siglas en inglés) en seis ocasiones para examinar las amenazas reales y potenciales en esa esfera y recomendar medidas para abordarlas. Los GGE adoptaron inicialmente informes de consenso en 2010³¹, 2013³² y 2015³³. Desde el informe de 2013 se reconoció expresamente que “[e]l derecho internacional, en particular la Carta de las Naciones Unidas, es aplicable y fundamental para mantener la paz y la estabilidad y fomentar un entorno abierto, seguro, pacífico y accesible en la esfera de esas tecnologías”³⁴. Además, el informe de 2015 incluyó 11 normas voluntarias, no vinculantes, sobre el comportamiento responsable de los Estados en el ciberespacio, con recomendaciones sobre medidas de construcción de confianza, capacidad y cooperación³⁵.

El GGE que sesionó entre 2016 y 2017 no logró producir un informe de consenso debido a desacuerdos que giraron en torno, principalmente, a la forma en que el derecho internacional aplica al ciberespacio y a cuáles elementos de derecho internacional se debían considerar primero. La prevalencia de esos desacuerdos impidió que en 2018 la Asamblea General de Naciones Unidas alcanzara un acuerdo de consenso sobre el formato que se debía seguir para reanudar las discusiones. Ante ello, se determinó la adopción, por votación dividida, de dos resoluciones distintas: por un lado, se adoptó una resolución patrocinada por Rusia que creó un Grupo de Trabajo de Composición Abierta³⁶ (OEWG, por sus siglas en inglés), y por el otro se adoptó una resolución patrocinada por Estados Unidos que creó un nuevo GGE³⁷.

Ambos procesos del OEWG y del GGE se condujeron en paralelo entre 2019 y 2021, con mandatos muy similares, pero composiciones muy distintas. El OEWG, que fue presidido por el Embajador Jurg Lauber, de Suiza, estuvo abierto a la participación de todo Estado interesado e incluyó consultas con otros actores (industria, sociedad civil y academia). Adoptó su informe final por consenso en marzo de

2021³⁸, y produjo además un Resumen del Presidente³⁹ que describe algunas propuestas estatales que no alcanzaron consenso, así como un compendio de los pronunciamientos oficiales de los Estados en torno a la adopción del informe final⁴⁰. El informe final reafirmó que el derecho internacional aplica a las TIC pero que se requieren mayores intercambios de ideas entre Estados, así como construcción de capacidades para desarrollar mayores entendimientos comunes sobre la forma en que resulta aplicable el derecho internacional al uso de TIC por Estados.

El GGE, por su parte, fue presidido por el Embajador Guilherme de Aguiar Patriota, de Brasil, y estuvo compuesto por expertos de 25 Estados (cuatro de la región de las Américas: Brasil México, Estados Unidos y Uruguay). El GGE adoptó su informe final también por consenso⁴¹ en julio de 2021, en el que reafirmó nuevamente que el derecho internacional es aplicable a las TIC, y reconoció la necesidad de continuar los debates e intercambios de opiniones por parte de los Estados de forma colectiva en las Naciones Unidas sobre el modo en que las normas y principios específicos se aplican al uso de las TIC por Estados. El GGE produjo, además, un compendio oficial de contribuciones nacionales voluntarias

de los expertos estatales participantes en el GGE enfocado específicamente a la cuestión de cómo aplica el derecho internacional al uso de las TIC⁴².

Con el fin de “asegurar el carácter ininterrumpido y continuo del proceso” antes citado –y, de paso, subsanar la complicación de la duplicación de foros–, en 2020 la Asamblea General de las Naciones Unidas decidió⁴³ establecer un nuevo OEWG sobre la seguridad de y en el uso de TIC que sesiona durante el periodo 2021-2025, abierto a la participación de todos los Estados y con sesiones de consulta con otros actores relevantes, bajo la presidencia del Embajador Burhan Gafoor de Singapur⁴⁴. Entre los temas de discusión previstos en su mandato se incluye expresamente el de “la forma en que el derecho internacional se aplica a la utilización de las tecnologías de la información y las comunicaciones por los Estados”⁴⁵. En su portal, el OEWG ha también publicado los pronunciamientos de los Estados que así lo solicitan, por sesión y por temática, incluyendo la temática específica de la forma en que el derecho internacional aplica al ciberespacio⁴⁶.

Ante la necesidad de continuar avanzando en la discusión sobre la forma en que el derecho internacional aplica

al ciberespacio, poco a poco los Estados han ido adoptando y publicando posiciones nacionales oficiales sobre el tema. El CCDCOE, a través de su útil herramienta del *CyberLaw Toolkit*⁴⁷, compila, entre otros, las posiciones oficiales que han ido publicando los Estados sobre la aplicabilidad del Derecho Internacional al ciberespacio⁴⁸, tanto en su versión completa como clasificadas según la temática de derecho internacional que abordan. De las 24 posiciones nacionales⁴⁹ que han sido publicadas a julio de 2022, sólo tres provienen de países de la región de las Américas: Brasil, Canadá y Estados Unidos.

Los procesos de los GGE y OEWG descritos se refieren a la aplicabilidad del derecho internacional al ciberespacio en lo que concierne a las relaciones entre Estados, principalmente. En un tema conexo pero distinto, en diciembre de 2019 la Asamblea General

“la forma en que el derecho internacional se aplica a la utilización de las tecnologías de la información y las comunicaciones por los Estados.”

de las Naciones Unidas decidió establecer un comité intergubernamental especial de expertos de composición abierta a fin de elaborar una convención integral sobre la lucha contra la utilización de las TIC con fines delictivos⁵⁰. El comité sesionará en seis ocasiones entre 2022 y 2023 a fin de presentar a la Asamblea General un proyecto de tratado durante el 78º periodo de sesiones de la Asamblea (septiembre 2023-septiembre 2024), en el que se abordarán cuestiones como la cooperación internacional para la prevención, investigación y enjuiciamiento de ciberdelitos⁵¹.

4.3 Otras contribuciones

El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) ha producido informes y pronunciamientos valiosos sobre la cuestión específica de la aplicabilidad del derecho internacional humanitario (DIH) al ciberespacio, incluyendo, entre otros, un documento de posición general en la materia en 2019⁵² y un informe de resultados de una reunión de expertos en 2020 sobre formas para evitar daños a civiles resultantes de ciberoperaciones militares durante conflictos armados⁵³. En marzo de 2021 dedicó también un número completo de la Revista Internacional de la Cruz

Roja a la cuestión de las tecnologías digitales y la guerra⁵⁴. En junio de 2021 lanzó el Comité Asesor Global sobre Amenazas Digitales durante Conflictos, compuesto por 16 expertos internacionales que asesoran al CICR sobre los principales retos legales y políticos concernientes a la protección de civiles contra estas amenazas⁵⁵. Por último, ha iniciado una serie de consultas regionales con Estados sobre el DIH y las ciberoperaciones durante conflictos armados: en noviembre de 2021 condujo las consultas con Estados latinoamericanos, cuyo reporte fue publicado recientemente⁵⁶, y en diciembre de 2021 realizó las consultas con Estados de Europa central y del este, cuyo reporte está próximo a publicarse.

A su vez, el CICR ha colaborado con el CCDCOE y otras universidades y organizaciones participantes para lanzar en 2019 en el portal web del CCDCOE el ya referido *Cyber Law Toolkit*, una herramienta interactiva en línea de enorme utilidad para el análisis del derecho internacional y las ciberoperaciones. Incluye escenarios hipotéticos acompañados de análisis legales, así como ejemplos de casos reales y la compilación general y temática de las posiciones oficiales que han publicado los Estados en la materia.

A estos esfuerzos globales se ha sumado también el *Proceso de Oxford sobre las Protecciones del Derecho Internacional en el Ciberespacio*, lanzado en mayo de 2020 por el Instituto de Ética, Ley y Conflicto Armado de Oxford en alianza con Microsoft. Desde su creación y hasta la fecha del presente informe, el Proceso de Oxford ha emitido cinco declaraciones públicas, consensuadas por grupos de expertos legales internacionales, sobre la protección que confiere el derecho internacional en el ciberespacio en relación con ciberoperaciones contra el sector salud, la investigación de vacunas en el contexto del COVID-19, las intervenciones electorales extranjeras por medios digitales, la regulación de operaciones y actividades de información y la regulación de operaciones de *ransomware*⁵⁷.

4.4 Avances regionales en las Américas

La Organización de los Estados Americanos (OEA) ha colaborado en los esfuerzos de capacitación y promoción del diálogo entre los Estados miembros sobre la aplicabilidad del derecho internacional al ciberespacio. Por un lado, el Comité Interamericano contra el Terrorismo (CICTE) lleva a cabo desde

“...portal web del CCDCOE el ya referido Cyber Law Toolkit, una herramienta interactiva en línea de enorme utilidad para el análisis del derecho internacional y las ciberoperaciones.”

hace más de 15 años el Programa de Ciberseguridad, a través del cual brinda ayuda a los Estados miembros de la OEA en el desarrollo de capacidades de ciberseguridad a nivel técnico y de políticas públicas⁵⁸. Entre otros, asiste en la elaboración de estrategias nacionales de ciberseguridad, elabora informes regionales y publicaciones y brinda capacitaciones a funcionarios públicos y privados, así como a estudiantes, en materia de ciberseguridad y ciberoperaciones.

Por su parte, el Comité Jurídico Interamericano (CJI) de la OEA comenzó a trabajar en el tema en el año 2018, a propuesta del entonces miembro y relator del tema, Duncan B. Hollis (de Estados Unidos). Bajo el título “*Mejorando la Transparencia: Derecho Internacional y Operaciones Cibernéticas del Estado*”, la iniciativa buscó “contribuir a una tendencia más amplia en las relaciones internacionales

“...el relator Hollis identificó que existen grandes disparidades entre los Estados de la región de las Américas en cuanto a capacidades técnicas (por ejemplo, para la atribución de una ciberoperación a un Estado extranjero), así como en cuanto a experiencia y conocimientos jurídicos sobre cómo el derecho internacional puede manifestarse en el contexto cibernético. Identificó también desafíos políticos que inhiben una mayor transparencia de los Estados americanos en la materia, así como retos institucionales internos dentro de los Estados de la región, tales como la falta de claridad en la asignación de responsabilidades en el tema cibernético entre autoridades al interior de cada Estado o bien la falta de diálogo interinstitucional entre las diferentes autoridades internas que pudieran estar involucradas directa o indirectamente en el tema cibernético.”

que buscan una mayor transparencia sobre cómo los Estados nacionales entienden la aplicación del derecho internacional al ciberespacio”⁵⁹, identificando áreas de convergencia y divergencia. Ello, a partir de un cuestionario circulado en 2019 a los Estados miembros de la OEA en torno a diez preguntas⁶⁰ sobre cuestiones específicas del derecho internacional y su aplicabilidad al ciberespacio. Tan sólo nueve de los 35 Estados miembros de la OEA respondieron al cuestionario: Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, Ecuador, Estados Unidos, Guatemala, Guyana y Perú⁶¹. El relator sostuvo también una discusión informal con representantes legales de 16 Estados Miembros de la OEA bajo las reglas de “Chatham House”. Los resultados de la iniciativa se publicaron en el quinto y último informe del relator Hollis en 2020, y sirven de herramienta de consulta para los Estados⁶². Entre sus conclusiones, el relator Hollis identificó que existen grandes disparidades entre los Estados de la región de las Américas en cuanto a capacidades técnicas (por ejemplo, para la atribución de una ciberoperación a un Estado extranjero), así como en cuanto a experiencia y conocimientos jurídicos sobre cómo el derecho internacional puede manifestarse en el contexto cibernético. Identificó

también desafíos políticos que inhiben una mayor transparencia de los Estados americanos en la materia, así como retos institucionales internos dentro de los Estados de la región, tales como la falta de claridad en la asignación de responsabilidades en el tema cibernético entre autoridades al interior de cada Estado o bien la falta de diálogo interinstitucional entre las diferentes autoridades internas que pudieran estar involucradas directa o indirectamente en el tema cibernético.

En atención a las recomendaciones finales del relator Hollis, la Asamblea General de la OEA (AGOEA) adoptó una resolución en la cual reafirmó la aplicabilidad del derecho internacional en el ciberespacio⁶³. Pese a que el relator había sugerido un lenguaje detallado que reconociera expresamente la aplicabilidad de la Carta de las Naciones Unidas, la Carta de la OEA, el DIH, el derecho internacional de los derechos humanos, la no intervención, la igualdad soberana y el derecho sobre la responsabilidad de los Estados, el lenguaje de consenso que alcanzó la AGOEA siguió la tendencia de los foros de las Naciones Unidas al limitarse a reafirmar en términos generales la aplicabilidad del derecho internacional al ciberespacio, y remitió a las normas contenidas en

los informes del GGE. Nos atrevemos a asumir que esta aproximación más precavida se debió, quizás, al hecho de que la mayoría de los Estados de la región americana aún no cuentan con posiciones oficiales públicas sobre la aplicabilidad de temas específicos del derecho internacional al ciberespacio y, por ende, no se consideraron aún listos para adoptar a través de la AGOEA un pronunciamiento conjunto detallado sobre el tema.

Otra de las recomendaciones finales del relator Hollis fue que, tras la expiración de su mandato a finales de 2020, el CJI retuviera el tema en su agenda, pudiendo expandir su alcance más allá de las diez preguntas formuladas a temas tales como la no intervención o el derecho internacional de los derechos humanos, y que el CJI apoye —en concierto con otras instituciones, Estados u organizaciones— o emprenda esfuerzos adicionales de construcción de capacidades jurídicas de los Estados miembros de la OEA en la aplicación del derecho internacional en el contexto cibernético.

Fue en seguimiento de esta última recomendación que en 2021 el CJI decidió continuar el estudio del tema y designó a la doctora Mariana Salazar como relatora del mismo para el

periodo 2021-2022. Con base en su primer informe, la relatora sostuvo una consulta informal con los representantes legales de los Estados miembros de la OEA en 2021, en la cual planteó diversas opciones para continuar los trabajos de la relatoría, incluyendo la posibilidad de circular un nuevo cuestionario ampliado o bien de enfocarnos a la construcción de capacidades técnico-jurídicas y diálogo sobre el tema. La gran mayoría de los representantes indicaron su preferencia por continuar la construcción de capacidades y diálogo, antes de considerar cualquier posibilidad de un nuevo cuestionario, ya que la mayoría de los Estados de la región americana aún no se encuentran listos para adoptar posiciones oficiales en el tema.

A la luz de lo anterior, la relatora co-organizó, junto con CICTE y con el Departamento de Derecho Internacional de la OEA, el evento “*El Derecho Internacional Aplicable al Ciberespacio: Diálogo con Estados miembros de la OEA*”. El foro tuvo lugar el 14 de junio de 2022 en la sede de la OEA en Washington, D.C., bajo un formato híbrido, con la participación de reconocidos expertos internacionales, para abordar los principales temas concretos de derecho

internacional que están involucrados en el debate sobre su aplicabilidad al ciberespacio. El video del evento se encuentra publicado en el sitio web de la OEA, a fin de servir continuamente como herramienta de consulta y apoyo para los Estados que estén en proceso de preparar sus posiciones nacionales en la materia⁶⁴.

Adicionalmente, la relatora del CJI en la materia ha participado en concierto con otras organizaciones, en diversos foros que han continuado la reflexión sobre la aplicabilidad del derecho internacional al ciberespacio, incluyendo:

- *En el marco de la OEA*: (i) sesión especial de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos para reflexionar colectivamente sobre el fortalecimiento del régimen de responsabilidades en el uso de las TIC (2 de junio de 2022); (ii) webinar “Derecho Internacional y Operaciones Cibernéticas del Estado”, organizado por el Departamento de Derecho Internacional (8 de marzo de 2021); y (iii) seminario de la Junta Interamericana de Defensa sobre “Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario para las Fuerzas Armadas en el Hemisferio

Occidental” para 14,000 fuerzas armadas de la región (24 de marzo de 2021).

- *Bajo la organización del CICR:* (i) consulta regional de Estados latinoamericanos sobre el DIH y las Operaciones Cibernéticas durante los Conflictos Armados, coorganizado con la Secretaría de Relaciones Exteriores de México (9 y 10 de noviembre de 2021); (ii) conversatorio global “Tecnologías Digitales y Acción Humanitaria en Conflictos Armados” (18 de marzo de 2021); (iii) reunión regional de Comisiones Nacionales de DIH de las Américas (4 de febrero de 2021); y (iv) reuniones del Comité Asesor Global del CICR sobre Amenazas Digitales en Conflictos Armados (9 de junio y 23 de noviembre de 2021, y 14 de junio de 2022).
- *En la academia:* Seminario sobre la evolución del conflicto cibernético y el derecho internacional (The evolving face of cyber conflict and International Law: A futurespective) organizado por el Programa de Tecnología, Derecho y Seguridad de la American University, Washington College of Law (15 al 17 de junio de 2022).

V. Temas Específicos del Derecho Internacional Aplicable al Ciberespacio y las Nacientes Posiciones de los Estados de la Región Americana

Son muy vastas y variadas las aristas de cada uno de los temas de derecho internacional que pueden estar implicados en relación con una ciberoperación estatal, y esta sección no pretende ser un análisis exhaustivo de las mismas. Nos limitaremos a hacer un mapeo de las principales cuestiones en debate y de las posiciones que han comenzado a adoptar los Estados de la región de las Américas al respecto, con base en las posiciones que los propios Estados han hecho públicas, a través de (i) las compiladas en el portal del CCDCOE (retomadas, a su vez, de las páginas web de los gobiernos o de las Naciones Unidas)⁶⁵, (ii) las publicadas en el compendio de posiciones nacionales del GGE de 2021⁶⁶, (iii) las que los Estados han solicitado sean publicadas en el portal del nuevo OEWG 2021-2025⁶⁷, y (iv) las respuestas brindadas al cuestionario circulado en 2019 por este Comité Jurídico Interamericano y compiladas en el informe de 2020 del relator Hollis⁶⁸.

“...se da un hecho internacionalmente ilícito (HII) del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión (a) es atribuible al Estado según el derecho internacional; y (b) constituye una violación de una obligación internacional del Estado.”

De tales fuentes, se desprende que los Estados de la región americana que han adoptado posiciones oficiales más completas sobre la mayoría de los temas jurídicos implicados en el debate sobre el ciberespacio son Brasil, Canadá y Estados Unidos. A su vez, Bolivia, Chile, Cuba, Ecuador, Guatemala, Guyana, y Perú han hecho algunos posicionamientos claros sobre algunos temas específicos. Esta sección retoma las posiciones de esos diez países⁶⁹. Los pronunciamientos que algunos otros Estados han formulado en términos generales sin posicionarse específicamente sobre un tema no han sido incluidos en esta sección. Debe subrayarse, asimismo, que estas fuentes no contienen la totalidad de las intervenciones que han hecho verbalmente los Estados durante las

negociaciones intergubernamentales en el seno del GGE y el OEWG, sino únicamente las que los propios Estados han decidido sean publicadas.

Seguiremos la estructura general prevista en los *Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos*⁷⁰ (que en gran medida reflejan el derecho internacional consuetudinario en la materia), los cuales indican que se da un hecho internacionalmente ilícito (HII) del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión (a) es atribuible al Estado según el derecho internacional; y (b) constituye una violación de una obligación internacional del Estado⁷¹.

5.1 La cuestión de la atribución

Una conducta es atribuible a un Estado cuando es realizada por los órganos del Estado, por personas o entidades que ejerzan atribuciones del poder público o por órganos puestos a disposición de un Estado por otro Estado⁷². También es atribuible al Estado una conducta realizada por actores no estatales cuando esas personas actúan de hecho por instrucciones o bajo la dirección o el control de ese Estado, o cuando ejercen de hecho atribuciones del poder público en

ausencia o en defecto de autoridades oficiales, o cuando es realizada por un movimiento insurreccional o de otra índole que se convierta en el nuevo gobierno del Estado o establezca un nuevo Estado, o cuando el Estado reconoce y adopta como propia la conducta⁷³. En estos últimos casos relativos a actores no estatales, la atribución al Estado se hará tras una evaluación separada caso por caso.

En el ámbito cibernético, lo anterior significa que, por ejemplo, una ciberoperación conducida por las fuerzas armadas o por los servicios de inteligencia de un Estado, o por una empresa privada de ciberseguridad que ha sido contratada por el Estado para realizar ciberdefensa en su nombre, o bien por un grupo de hackers instruido por el Estado, serán conductas atribuidas al Estado en cuestión. Sin embargo, en el ámbito del ciberespacio, la cuestión de la atribución es técnica, jurídica y políticamente difícil⁷⁴.

Técnicamente, con el fin de buscar identificar a la persona o grupo responsable de la ciberoperación maliciosa, se evalúan, por ejemplo, los métodos o técnicas utilizados (el denominado “tradecraft”), la infraestructura física y virtual que se utilizó (los equipos desde los que se preparó,

lanzó o transitó la ciberoperación, los nombres de dominio, direcciones IP, etc.) y el malware utilizado, entre otros. Se trata de un proceso complejo, debido a la anonimidad, la interconexión, el carácter transfronterizo, y a que en muchas ocasiones los autores del ciberataque falsifican identidades o “disfrazan” sus métodos copiando los de otros grupos para evadir ser encontrados.

Jurídicamente, debe determinarse si existe un vínculo entre la persona o grupo de personas que perpetró el ciberataque y el Estado, según los criterios de atribución descritos al inicio de esta sección. Probar este vínculo ha sido sumamente difícil en la práctica. A la fecha ningún Estado se ha

“Se trata de un proceso complejo, debido a la anonimidad, la interconexión, el carácter transfronterizo, y a que en muchas ocasiones los autores del ciberataque falsifican identidades o “disfrazan” sus métodos copiando los de otros grupos para evadir ser encontrados.”

“auto-atribuido” la autoría de un ciberataque contra otro Estado. Tampoco ha existido hasta ahora un proceso judicial ante la Corte Internacional de Justicia u otro tribunal internacional en el que un Estado demande a otro por su presunta responsabilidad en una ciberoperación maliciosa, por lo que no ha existido propiamente un proceso legal de atribución al respecto.

Los señalamientos a posibles perpetradores estatales de ciberataques se han mantenido, hasta ahora, en la esfera política⁷⁵. En algunas ocasiones, han sido empresas privadas las que dan el paso de atreverse a atribuir autoría de un ciberataque a un Estado. En otros casos, el propio Estado víctima del ciberataque realiza pronunciamientos políticos acusando a otros Estados del mismo. A veces incluso se trata de pronunciamientos estatales conjuntos. Lo cierto es que la práctica es aún poco uniforme, y estos pronunciamientos varían mucho en la cantidad de información y de evidencia, tanto la que presentan públicamente como la que sustenta sus aseveraciones. La atribución es una cuestión delicada y en muchas ocasiones requiere el trabajo colaborativo tanto de gobiernos como entidades privadas y sociedad civil. Un señalamiento de este tipo tiene consecuencias políticas, como la realización

de gestiones diplomáticas o la adopción de medidas de retorsión⁷⁶.

No existe una norma de derecho internacional que regule el estándar de prueba específico para atribuir ciberoperaciones a Estados. En un proceso judicial, dependerá del foro respectivo, mientras que, para los pronunciamientos políticos, el Manual de Tallin 2.0 indica que los Estados deben actuar “razonablemente” al hacer atribución de una ciberoperación, considerando la información relevante disponible y las circunstancias⁷⁷. Estados Unidos se adhiere a este criterio de razonabilidad previsto en el Manual de Tallin, y reitera que no es un asunto previsto en el derecho internacional ni requerido para las atribuciones políticas. Agrega que tampoco es un requisito para que un Estado pueda responder a una ciberoperación maliciosa en su contra con medidas de “autoayuda” como son contramedidas, reafirmando que recurrir a éstas es un derecho del Estado víctima en caso de contar con información sobre la atribución de una ciberoperación a otro Estado.

Por lo que respecta a los criterios de atribución aplicables, Brasil, Canadá y Estados Unidos reconocen en términos generales que los criterios de atribución contenidos en los Artículos

sobre Responsabilidad de los Estados son derecho internacional consuetudinario. Brasil y Chile consideran que, tratándose de conductas de personas o entes privados, debe comprobarse que el Estado tenía “control efectivo” sobre la ciberoperación para que sea atribuible a éste.

Finalmente, en lo que respecta a la necesidad de presentar o no evidencia al hacer atribuciones públicas de ciberoperaciones, Canadá y Estados Unidos han reafirmado que los Estados no tienen la obligación de revelar públicamente la evidencia en la que se basa la atribución. Estados Unidos agrega que, sin embargo, para facilitar la comprensión global de la práctica emergente, tales atribuciones públicas deberían, en lo posible, incluir evidencia suficiente que permita corroborar lo alegado. Brasil, a su vez, reitera la importancia de que las determinaciones de atribución estén debidamente fundamentadas y justificadas, y que las dificultades técnicas no deben ser justificación para reducir el umbral.

5.2 La violación de una obligación internacional

Como se ha mencionado, la existencia de un HII requiere, además de la

atribución, que la conducta sea la violación de una obligación internacional que sea vinculante para el Estado al momento de producirse el hecho⁷⁸. Pese a que las ciberoperaciones entre Estados no están prohibidas per se por el derecho internacional, no cabe duda de que pueden llegar a constituir una violación a obligaciones internacionales. Las obligaciones internacionales derivan de las fuentes primarias del derecho internacional, a saber: tratados internacionales, derecho internacional consuetudinario y principios generales del derecho. Se analizan a continuación algunas de las principales obligaciones internacionales que pueden ser violadas a través de una ciberoperación.

5.2.1 Soberanía

Como dicta la conocida sentencia arbitral en el asunto de la Isla de Palmas en 1928, “[l]a soberanía en las relaciones interestatales equivale a independencia. La independencia respecto a una parte del globo (terrestre) es el derecho a ejercer en dicho lugar las funciones estatales, con exclusión de cualquier otro Estado”⁷⁹. La soberanía es un principio fundamental del derecho internacional. En el ámbito cibernético, el Manual de Tallin 2.0 aclara que, en su componente interno,

los Estados tienen autoridad soberana con respecto a la infraestructura cibernética, personas y actividades cibernéticas localizadas dentro de su territorio⁸⁰.

En el debate sobre el ciberespacio, el debate gira en torno a las siguientes cuestiones principales:

a) Regla o principio:

La mayoría de los Estados que se han pronunciado consideran que la soberanía es una regla independiente del derecho internacional cuya violación genera responsabilidad del Estado⁸¹, incluyendo, de la región americana, Brasil, Canadá, Bolivia, Guatemala y Guyana. Por otro lado, una minoría, particularmente Reino Unido apoyado por Estados Unidos⁸², consideran que no es una regla independiente, sino que es un principio que guía las relaciones internacionales.

b) 'De minimis' o cualquier operación:

Bajo el enfoque de que la soberanía es una regla independiente, debe entonces determinarse en qué casos una ciberoperación resulta violatoria de la soberanía de

otro Estado. Algunos consideran que cualquier penetración de una red computacional ubicada en el territorio de otro Estado viola su soberanía. Otros, por el contrario, indican que no todas serían violatorias, sino únicamente aquellas que producen más que efectos mínimos (este último es el denominado enfoque de *minimis*)⁸³.

De la región americana, Canadá sigue el enfoque del Manual de Tallin 2.0⁸⁴ al considerar que son violatorias de la soberanía las ciberoperaciones que infringen en un grado suficiente la integridad territorial del Estado atacado, o que interfieren con, o usurpan, funciones inherentemente gubernamentales del Estado atacado. Canadá enfatiza que sólo las ciberoperaciones que sobrepasan un umbral de efectos de *minimis* o negligentes, que causen efectos significativos dañinos en el territorio de otro Estado sin el consentimiento del otro Estado, podrían llegar a ser violatorias de la soberanía. Aclara que las que únicamente causan efectos mínimos o negligentes no serían violatorias, y enfatiza que los Estados pueden adoptar estas ciberoperaciones para defenderse de ciberactores maliciosos o

defender su seguridad nacional. Indica que la ciberactividad que requiere reiniciar o reinstalar un sistema operativo no es probablemente violatoria de la soberanía.

En el mismo sentido, tanto Canadá como Estados Unidos aclaran que las ciberoperaciones remotas de un Estado que involucran computadoras u otros aparatos en red ubicados en el territorio de otro Estado no son per se violatorias de la soberanía, particularmente cuando no tienen efectos o tienen efectos mínimos. Aclaran en este sentido que el ciberespionaje no está prohibido por el derecho internacional, si bien puede estar prohibido en leyes nacionales.

Brasil parecería tender más hacia el enfoque de la mera penetración si bien no es del todo claro. Menciona que las interceptaciones de las telecomunicaciones se considerarían violatorias de la soberanía, y que las ciberoperaciones contra sistemas informáticos ubicados en el territorio de otro Estado o que causen efectos extraterritoriales también podrían ser violatorias de la soberanía.

c) El grado de infracción necesario

Para determinar qué es “un grado suficiente” de infracción a la integridad del Estado atacado, Canadá sigue el enfoque de considerar el alcance, escala, impacto o severidad de la disrupción, incluyendo la disrupción de actividades económicas y sociales, servicios esenciales, funciones inherentemente gubernamentales, orden público o seguridad pública. Considera que el impacto o severidad debe evaluarse de la misma manera y bajo los mismos criterios que para actividades físicas.

Si la ciberoperación causa una pérdida de funcionalidad de infraestructura cibernética ubicada en el territorio de otro Estado, Canadá considera que violaría la soberanía si la pérdida de funcionalidad causa efectos dañinos significativos similares a los ocasionados por el daño físico a personas o propiedades. Cita como ejemplo que el daño requiera reparación o reemplazo de componentes físicos de infraestructura cibernética, o la pérdida de funcionalidad de equipo físico que depende de la infraestructura afectada para operar.

d) *Usurpar funciones inherentemente gubernamentales*

Canadá aclara que las ciberoperaciones pueden violar la soberanía si usurpan tales funciones, independientemente si hubo daño físico, lesión o pérdida de funcionalidad. Para Canadá, las funciones inherentemente gubernamentales incluyen actividades gubernamentales en las áreas de servicios de cuidado de la salud, procuración de justicia, administración de elecciones, recolección de impuestos, defensa nacional y la conducción de las relaciones internacionales, así como los servicios en los cuales depende.

5.2.2 No Intervención

La no intervención es un principio fundamental del derecho internacional y una norma de derecho internacional consuetudinario. Siguiendo la definición brindada por la Corte Internacional de Justicia en el caso *Nicaragua v. Estados Unidos*, la no intervención implica: (a) no interferir en los asuntos que cada Estado puede, por el principio de soberanía de los Estados, decidir libremente, incluyendo la elección del sistema político, económico, social y cultural

y la formulación de política exterior; y (b) el uso de métodos de coerción respecto de tales asuntos, que deben mantenerse libres⁸⁵.

En el ámbito cibernético, existen diferentes posiciones sobre lo que constituye una coerción. Por un lado, para algunos, el acto es coercitivo si está diseñado específicamente para obligar al Estado víctima a modificar su comportamiento sobre un asunto que está dentro de su *domaine réservé*. Para otros, basta con que el acto prive efectivamente al Estado atacado de su habilidad de controlar o gobernar asuntos que están dentro de su *domaine réservé* (sin que de hecho busque obligar al Estado a cambiar su comportamiento). De la región americana, Brasil suscribe esta última postura. Canadá abarca ambas posturas, al mencionar el requisito de imponer un resultado en el Estado afectado y, a su vez, mencionar que también puede haber coerción cuando se prive al Estado afectado de la posibilidad de elegir.

Entre los ejemplos que brindan, tanto Brasil como Canadá y Estados Unidos mencionan que la interferencia electoral, de contar con coerción, sería violatoria del principio de no intervención. Canadá agrega el ejemplo

de la ciberoperación que disrumpe el funcionamiento de una tubería de gas significativo, ocasionando que el Estado afectado cambie su posición en negociaciones bilaterales en torno de un acuerdo internacional de energía. Estados Unidos también agregó el ejemplo de una ciberoperación que interfiera coercitivamente con la habilidad del Estado de proteger la salud de su población por ejemplo a través de realizar investigación sobre vacunas o establecer ventiladores cibercontrolados en sus territorios durante una pandemia, lo cual, indicó, podría ser violatorio de la regla de la no intervención.

5.2.3 Prohibición del uso de la fuerza

La mayoría de los Estados que se han pronunciado coinciden en que una ciberoperación puede violar la prohibición del uso de la fuerza prevista en el artículo 2(4) de la Carta de las Naciones Unidas, conforme a la cual los Estados miembros de las Naciones Unidas “en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas.” Dado que la noción de “fuerza”

“...artículo 2(4) de la Carta de las Naciones Unidas, conforme a la cual los Estados miembros de las Naciones Unidas “en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas.””

en esa prohibición se refiere a fuerza ‘armada’,⁸⁶ el debate gira principalmente en torno a determinar cuándo se considera que una ciberoperación constituye un uso de la fuerza armada prohibido bajo ese artículo.

De la región americana, Brasil, Bolivia y Canadá consideran que una ciberoperación violaría la prohibición del uso de la fuerza si su escala y efectos son comparables a los de ataques cibernéticos que constituyen uso de la fuerza bajo el derecho internacional, bajo

una evaluación caso por caso. Estados Unidos también reconoce que una ciberoperación que resulte en daño similar al de lanzar una bomba o disparar un misil sería considerada un uso de la fuerza.

Para efectos de la evaluación caso por caso, Estados Unidos considera que deben tenerse en cuenta factores como la naturaleza y alcance del daño o de la muerte a personas y la destrucción de, o daños a, propiedad, así como el contexto del evento, el actor que perpetra la acción, el objetivo y su ubicación, los efectos, y la intención del actor. Indica que las ciberoperaciones que causen muerte, lesiones o destrucción significativa, o representen una amenaza inminente de ello, probablemente sean vistas como un uso de la fuerza.

A su vez, Brasil llama a tener cautela al realizar analogías entre acciones cibernéticas y cinéticas, particularmente considerando que a la fecha ningún Estado ha alegado que se violó esta prohibición en su contra a raíz de un ciberataque. Considera que en muchos casos podría resultar difícil establecer una analogía directa entre los actos de agresión previstos en la resolución 3314 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (que data de 1974)⁸⁷

y las ciberoperaciones, por lo que considera aconsejable que se actualice el entendimiento multilateral sobre cuáles actos constituyen uso de la fuerza y agresión a fin de incluir supuestos de ciberataques.

Guyana⁸⁸ ha expresado dudas respecto a que operaciones únicamente cibernéticas puedan constituir un uso de la fuerza prohibido bajo el artículo 2.4 de la Carta.

5.2.4 Deber de debida diligencia

La mayoría de los Estados que se han pronunciado consideran que la jurisdicción exclusiva que tienen los Estados sobre la infraestructura cibernética localizada en sus territorios crea derechos, pero también obligaciones⁸⁹. Según lo ha indicado la Corte Internacional de Justicia en el caso Canal de Corfú, todo Estado tiene la obligación de no permitir, a sabiendas, que su territorio se utilice para actos contrarios a los derechos de otros Estados⁹⁰. Siguiendo este criterio, una de las normas voluntarias contenidas en el informe del GGE de 2015 fue que los Estados no permitan, a sabiendas, que su territorio se utilice para hechos internacionalmente ilícitos usando TICs.

En el ámbito del ciberespacio, existe cierto debate sobre:

a) Obligación independiente o criterio de atribución

De la región americana, Chile, Ecuador, Guatemala, Guyana y Perú parecen seguir la posición de que la debida diligencia se trata de una obligación que aplica para el ciberespacio. Canadá se refiere a una expectativa o conducta esperada de los Estados. Por su parte, Estados Unidos, considera que no existe suficiente práctica estatal y *opinio juris* para considerar que la debida diligencia es una obligación general bajo el derecho internacional.

b) Alcance de las obligaciones que tiene el Estado bajo la regla de la debida diligencia

De la región americana, tanto Canadá como Estados Unidos han indicado que la obligación aplica cuando un Estado tiene conocimiento de una actividad cibernética maliciosa que emana desde su territorio, en cuyo caso debe adoptar medidas razonables para atenderlo. Estados Unidos restringe esta obligación

a los casos en que el Estado “es notificado” de la ciberoperación. Por su parte, Canadá la amplía también a supuestos de ciberoperaciones inminentes que resultarían en daños significantes para otro Estado.

Como lo indica el informe del GGE de 2021, “*no se espera que los Estados puedan o deban controlar todas las actividades relacionadas con las TIC que se realizan en su territorio*”⁹¹. Ello no sólo sería imposible, sino que además podría constituir una justificación peligrosa de sistemas de vigilancia masiva⁹². En este sentido, Estados Unidos aclara que la soberanía sobre TICs en el territorio de un Estado no debe servir de excusa para violar derechos humanos y otras obligaciones bajo derecho internacional.

En cuanto al alcance de las actividades que debe realizar el Estado, Canadá detalla que depende de las circunstancias, incluyendo si el Estado tienen conocimiento del acto, sus capacidades técnicas y otras para detectarlo y frenarlo, así como de las medidas que serían razonables en cada caso. Por ejemplo, un Estado con capacidades técnicas limitadas probablemente no se esperarían que

responda si no detectó una ciberactividad maliciosa que emanaba desde o a través de la infraestructura cibernética en su territorio, pero una vez enterado, ese Estado tendría que responder.

El informe de consenso del GGE de 2021, al describir la norma voluntaria de la debida diligencia, agrega que el Estado afectado debe notificar al Estado en que se originó el ciberataque, para facilitar la cooperación y la clarificación de los hechos, y que el Estado notificado debe hacer todos los esfuerzos razonables para contribuir a determinar si se ha cometido un HII.

5.2.5 Derecho Internacional Humanitario (DIH)

En el ámbito del ciberespacio, el informe del GGE de 2015 reconoció la aplicabilidad de los principios humanitarios de humanidad, necesidad, proporcionalidad y distinción en el ciberespacio. A su vez, el informe de 2021 del GGE observó:

“que el derecho internacional humanitario sólo se aplica en situaciones de conflicto armado. En este sentido, recuerda los principios jurídicos internacionales

establecidos, incluidos, en su caso, los principios de humanidad, necesidad, proporcionalidad y distinción que se señalaron en el informe de 2015... reconoce la necesidad de seguir estudiando cómo y cuándo se aplican estos principios al uso de las TIC por parte de Estados y subraya que recordar estos principios no legitima ni fomenta en absoluto los conflictos.”

a) Aplicabilidad del DIH

De la región americana, Canadá, Brasil y Estados Unidos reafirman que el DIH aplica a las ciberoperaciones en tiempos de conflicto armado. Brasil recuerda la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la Legalidad de la Amenaza o Uso de Armas Nucleares para indicar que excluir a las ciberoperaciones del DIH sería incompatible con el carácter intrínsecamente humanitario de los principios legales en cuestión, que permean todo el derecho de los conflictos armados y aplican a todas las formas de combate y a todas las armas, las del pasado, las del presente y las del futuro. Brasil aclara que el DIH es aplicable a las ciberoperaciones (i) cuando éstas son usadas como parte de un

conflicto armado en curso, para contribuir a operaciones convencionales, y (ii) cuando la ciberoperación misma cruza el umbral de violencia para ser clasificada como un conflicto armado.

Cuba adopta la posición contraria, al establecer que no considera pertinente la aplicabilidad del DIH a las TIC en el contexto de la seguridad internacional, *“en tanto ello implicaría aceptar tácitamente la posibilidad de un escenario de conflicto armado en ese ámbito; contribuiría a la militarización del ciberespacio y sería un primer paso para equiparar un ciberataque a un ataque armado tradicional.”*⁹³ En respuesta a este argumento, tanto Brasil como Canadá aclaran que reconocer la aplicabilidad del DIH al ciberespacio no es un endoso a militarizarlo ni legitima ciberoperaciones ilegales, sino que únicamente asegura un nivel mínimo de protección en caso de conflicto armado.

b) La noción de “ataque” bajo el DIH

Si bien algunas de las normas del DIH son aplicables a cualquier operación militar, varias de ellas

son aplicables específicamente en caso de ‘ataque’, particularmente las que prohíben ataques contra personas y bienes civiles, las que prohíben ataques indiscriminados y desproporcionados, y la obligación de tomar todas las precauciones para evitar o reducir daños a personas y bienes civiles incidentales cuando se realiza un ataque. Por ello, en el ámbito del ciberespacio, resulta crucial determinar si una ciberoperación puede constituir un ‘ataque’ para efectos del DIH, y bajo qué supuestos.

El artículo 49 del Protocolo Adicional I define como ‘ataques’ “los actos de violencia contra el adversario sean ofensivos o defensivos”. La noción de violencia puede referirse ya sea a los medios de combate o a sus efectos, lo cual significa que una operación que cause efectos violentos puede calificar como ataque aun cuando los medios utilizados no sean violentos. De ahí que se considera que las ciberoperaciones que se espere razonablemente causen lesiones o muerte a personas o daños o destrucción a objetos equivalen a ‘ataques’ bajo el DIH⁹⁴. Esta posición la ha adoptado, entre otros, Canadá.

“El artículo 49 del Protocolo Adicional I define como ‘ataques’ “los actos de violencia contra el adversario sean ofensivos o defensivos”.”

Estados Unidos ha dicho que no todas las ciberoperaciones alcanzarán el nivel de ‘ataque’ bajo el DIH y que los Estados deben considerar, entre otros, si resulta en efectos cinéticos o no cinéticos, así como la naturaleza y alcance de esos efectos y la naturaleza de la conexión, si existe, entre la actividad cibernética y el conflicto armado en cuestión. Aun cuando no alcance el nivel de ‘ataque’, Estados Unidos indica que la ciberoperación debe cumplir el principio de necesidad militar.

Sin embargo, existen posiciones divergentes sobre el concepto de “daño” para evaluar si una ciberoperación constituye un ataque. De la región americana, Chile, Perú y Estados Unidos consideran que sólo debe ser considerado un ataque si ocasiona muertes, lesiones o daños físicos directos; Chile

agrega que se requiera realizar acciones para reparar o recuperar la infraestructura o sistema informático afectado. En este sentido, para tales Estados la mera pérdida de funcionalidad de la infraestructura sería insuficiente para clasificarlo como ataque. Por otro lado, Ecuador y Guatemala consideran que una ciberoperación sí podría constituir un ataque sin causar daños físicos si causan la pérdida de funcionalidad del objetivo (posición que comparte el CICR). Como umbral, Ecuador estima que debe dejarlo inoperable, mientras que Bolivia se refiere a inhabilitar los servicios esenciales de un Estado como el agua, la electricidad, telecomunicaciones o el sistema financiero. Brasil se limita a indicar que requiere mayor reflexión la cuestión de la definición del ciberataque, considerar datos civiles como bienes de carácter civil, y en qué casos un civil actuando en el ciberespacio puede ser considerado como tomando parte directa en las hostilidades.

c) Desarrollo de armas cibernéticas

Según el artículo 36 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra, el desarrollo de nuevas

armas debe atravesar una revisión legal para verificar que pueda cumplir con los principios humanitarios. Esta obligación aplica para cualquier arma, incluyendo las armas cibernéticas. Por ejemplo, el desarrollo de herramientas cibernéticas que se propaguen por sí solas y que causen daños indiscriminados a objetivos civiles y militares está prohibido.

Brasil, Canadá y Estados Unidos han reconocido la aplicabilidad de esta obligación de revisión legal de nuevas armas a las armas que usan capacidades cibernéticas. Al respecto, Canadá recuerda que la elección de métodos y medios de combate no es ilimitada, y aclara también que no todas las capacidades y actividades cibernéticas constituirán un arma, medio o método de combate. Brasil aclara que la revisión legal aplica para el desarrollo, adquisición y adopción de tales capacidades cibernéticas.

d) Objetivos militares y datos electrónicos

Bajo el principio de distinción, las partes en un conflicto armado deben distinguir en todo momento entre bienes de carácter civil

y objetivos militares y, en consecuencia, dirigir sus operaciones únicamente contra objetivos militares⁹⁵. Son objetivos militares los que, por su naturaleza, ubicación, propósito o uso contribuyen efectivamente a la acción militar y cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización, en las circunstancias del momento, ofrece una ventaja militar definitiva⁹⁶.

En el ámbito del ciberespacio, el debate gira en torno a si los datos pueden calificar como un “bien”, y por ende ser un objetivo militar sujeto a ataque o un bien civil protegido de los ataques bajo el DIH, particularmente cuando la ciberoperación no resulta en efectos

“Son objetivos militares los que, por su naturaleza, ubicación, propósito o uso contribuyen efectivamente a la acción militar y cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización, en las circunstancias del momento, ofrece una ventaja militar definitiva.”

físicos⁹⁷. Para algunos Estados, como Chile, la noción de 'bienes' se limita a aquéllos con propiedades físicas, que son visibles y tangibles en el mundo real, y por tanto los datos no son bienes (esta es la posición del Manual de Tallin 2.0)⁹⁸; sin embargo, Chile reconoce que un ataque dirigido exclusivamente contra datos informáticos podría generar consecuencias adversas que afecten a la población civil, por lo cual, por sus efectos, el principio de distinción debe ser tenido en cuenta y debe un Estado abstenerse de atacar datos en caso de que eso pudiese afectar a la población civil, a menos que dichos datos estuvieran siendo utilizados para objetivos militares. Para otros, los datos sí están comprendidos en la noción de bienes bajo el DIH y, por tanto, cuando son datos civiles, están protegidos bajo el DIH y su principio de distinción (no deben ser atacados y se debe cuidar no causar daños incidentales excesivos en su contra). Ha emergido también una posición intermedia, que considera que los datos de contenido (distintos a los datos operacionales) de carácter civil son los únicos que están protegidos bajo el DIH.

e) Alcance de los principios de distinción, proporcionalidad y precaución

Canadá reconoce expresamente que las ciberoperaciones deben cumplir con los principios de distinción, proporcionalidad y precaución. En cumplimiento al principio de distinción, Estados Unidos indica que las ciberoperaciones durante un conflicto armado deben dirigirse solamente hacia objetivos militares, tales como computadoras, otros aparatos en red computacional, o posiblemente datos específicos que, por su naturaleza, ubicación, propósito o uso, hagan una contribución efectiva a la acción militar y cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización, en las circunstancias del momento, ofrezca una ventaja militar definitiva.

Sobre el principio de *proporcionalidad*, Estados Unidos indica que las partes en conflicto deben evaluar los posibles efectos de una ciberoperación sobre infraestructura y usuarios tanto militares como civiles, incluyendo infraestructura física compartida (como una presa o una red eléctrica) que pudiera afectar a civiles, a fin de evaluar si

se esperaría que la ciberoperación cause pérdidas incidentales a vidas civiles, lesiones a civiles, o daño a objetos civiles que sean excesivos en relación con la ventaja militar directa y concreta anticipada. Además del potencial daño físico de una ciberactividad, como muerte o lesiones derivados de efectos sobre infraestructura crítica, las partes deben evaluar los potenciales efectos de un ciberataque sobre objetos civiles que no son objetivos militares, como computadoras privadas, civiles que no tienen significado militar pero que pueden estar conectadas a objetivos militares.

En cuanto al principio de precaución en la elección de medios y métodos de combate para evitar o minimizar lesiones o pérdida de vidas civiles, lesiones a civiles y daños a objetos civiles, Brasil reconoce su aplicabilidad al ciberespacio, teniendo en cuenta las particularidades del mismo, como la interconexión entre redes militares y civiles.

f) Respeto y protección a unidades y personal médico

El DIH obliga a las partes en conflictos a respetar y proteger

“El CICR y el Manual de Tallin 2.0 han aclarado que esta obligación abarca la prohibición de borrar, alterar o afectar de cualquier manera los datos médicos, incluyendo los necesarios para el uso apropiado de equipo médico, para el rastreo del inventario de suministros médicos, y los datos médicos personales requeridos para el tratamiento de pacientes. Por tanto, las ciberoperaciones durante conflictos armados deben cumplir también con esta obligación.”

las unidades sanitarias, las cuales no deben ser objeto de ataque⁹⁹. Esta obligación incluye no interferir con el funcionamiento de servicios médicos. El CICR y el Manual de Tallin 2.0¹⁰⁰ han aclarado que esta obligación abarca la prohibición de borrar, alterar o afectar de cualquier manera los datos médicos, incluyendo los necesarios para el uso apropiado de equipo médico, para el rastreo del

inventario de suministros médicos, y los datos médicos personales requeridos para el tratamiento de pacientes. Por tanto, las ciberoperaciones durante conflictos armados deben cumplir también con esta obligación.

5.2.6 Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH)

Las ciberoperaciones, por sus efectos y consecuencias, pueden también afectar derechos humanos. Perú reconoce expresamente la validez de diversos derechos humanos en el ciberespacio, entre ellos “el derecho a la privacidad e intimidad, libertad de información, libertad de expresión, libre e igual acceso a la información, eliminación de la brecha digital, derechos de propiedad intelectual, libre flujo de información, derecho al secreto de las comunicaciones, etc.”¹⁰¹ Canadá también considera que el DIDH es aplicable a las ciberoperaciones, y estima que los derechos humanos particularmente implicados incluyen la libertad de expresión y opinión, la libertad de asociación pacífica, la no discriminación, y el derecho a la privacidad.

Estados Unidos aclara que, si bien la infraestructura física que apoya el

internet y las actividades cibernéticas está ubicada generalmente en territorio soberano y está sujeto a la jurisdicción del Estado territorial, el ejercicio de jurisdicción por este Estado territorial no es ilimitado sino que debe respetar el DIDH. Se refiere en particular a la libertad de opinión y expresión, que puede ser ejercida por cualquier medio e independientemente de las fronteras.

El DIDH contiene obligaciones para el Estado respecto de los individuos bajo su jurisdicción: esto se refiere a su territorio o bien a situaciones en las que el Estado ejerce poder o control efectivo, sea sobre el territorio en el que está localizada una persona, sea sobre el individuo. Un Estado puede ser responsable por violaciones a derechos humanos atribuidos a éste, o bien por la ausencia de adopción de medidas razonables para proteger los derechos humanos de individuos en su territorio o bajo su jurisdicción (por ejemplo, si permite que actores no estatales violen derechos humanos¹⁰²). En el caso de las ciberoperaciones conducidas por un Estado que afectan derechos de personas fuera de su jurisdicción, si bien la interpretación actual del DIDH no permitiría invocar la responsabilidad internacional del Estado atacante

ante un tribunal internacional, existen algunas propuestas en el ámbito académico que buscan encontrar la forma de que ello sea posible: Milanovic, por ejemplo, propone un modelo bajo el cual los Estados tienen una obligación positiva de proteger y garantizar los derechos humanos dentro de su jurisdicción, sumada a una obligación negativa de respetar los derechos humanos en todo lugar independientemente de su jurisdicción. Sin embargo, de momento se trata de una propuesta académica que aún no ha sido aceptada por tribunales o Estados¹⁰³.

5.3 Respuestas disponibles para el Estado víctima de una ciberoperación maliciosa

El Derecho Internacional prevé medidas de respuesta (también llamadas de autoayuda o autotutela - *self-help*, en inglés) que puede adoptar un Estado afectado por la conducta de otro Estado, a saber: retorsión, contramedidas o legítima defensa.

5.3.1 Retorsión

La *retorsión* constituye una medida legal pero poco amistosa adoptada por

el Estado víctima en contra del Estado responsable. No interfiere con los derechos del Estado responsable bajo el Derecho Internacional. El Derecho Internacional permite estas medidas, incluso cuando las actividades que lo provocaron no alcancen el umbral de ser un HII. Así pues, ante la dificultad que representa la atribución en el caso de las ciberoperaciones, ha sido usual que los Estados afectados por ciberoperaciones recurran a la retorsión que, a diferencia de las contramedidas o de la legítima defensa, no tienen como prerequisite la determinación de la existencia de un HII por el Estado atacante.

De la región americana, Estados Unidos reitera la posibilidad de que los Estados adopten medidas de retorsión en respuesta a una ciberoperación, y entre los ejemplos cita la imposición de sanciones o la declaración de un agente diplomático como *persona non grata*.

5.3.2 Contramedidas

Las contramedidas consisten en el incumplimiento temporal de obligaciones internacionales que tiene el Estado que las adopta con respecto al Estado responsable. Están previstas y permitidas en el Derecho Internacional como respuesta al HII del Estado

responsable, con el único objeto “de inducirlo a cumplir las obligaciones que le incumban”¹⁰⁴. La ilegalidad del incumplimiento en estos casos se exime por ser respuesta a un HII. Las contramedidas no son ilimitadas, sino que en ningún caso pueden afectar la prohibición del uso de la fuerza, las obligaciones de derechos humanos, las obligaciones humanitarias que prohíben las represalias, y otras obligaciones que emanan de normas imperativas del derecho internacional general¹⁰⁵. Deben ser proporcionales al perjuicio sufrido, y su adopción requiere previa notificación al Estado responsable, salvo por casos de urgencia en los que las contramedidas son necesarias para preservar los derechos del Estado¹⁰⁶.

Ante las dificultades en materia de atribución y a que las contramedidas presuponen la existencia de un HII, a la fecha, ningún Estado ha enmarcado su respuesta a una ciberoperación maliciosa como una contramedida. De la región americana, Estados Unidos ha aclarado que las contramedidas en respuesta a ciberoperaciones no se limitan a medidas cibernéticas, sino que un Estado puede también recurrir a contramedidas que no sean cibernéticas.

La mayoría de los Estados de otras regiones que se han pronunciado

indican que, en el ámbito del ciberespacio, en ciertas circunstancias pueden estar exentos de la obligación de dar notificación previa de contramedidas al Estado responsable, debido a la naturaleza encubierta de las intrusiones cibernéticas y a la necesidad de secrecía y cobertura de las contramedidas o la urgencia de la acción. Países como Estonia van más allá, indicando que incluso Estados que no han sido afectados directamente podrán aplicar contramedidas para apoyar al Estado directamente afectado, posición que ha sido contradicha por otros Estados que indican que sólo el Estado afectado las puede adoptar.

5.3.3 Legítima defensa

Bajo el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas, los Estados tienen “el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales”.

En el ámbito del ciberespacio, es necesario determinar si una ciberoperación puede constituir un “ataque armado” para efectos de detonar este

derecho. Al respecto, la mayoría de los Estados de otras regiones que se han pronunciado siguen el criterio de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Nicaragua v. Estados Unidos*, conforme al cual debe evaluarse la “escala y efectos” para determinar si un uso de la fuerza constituye un ‘ataque armado’: conforme a éste, sólo los usos de la fuerza más graves¹⁰⁷ que causan muerte o lesión a personas o daños o destrucción de propiedades serán un ataque armado y por tanto detonarán el derecho a la legítima defensa previsto en el artículo 51. Estados Unidos, sin embargo, adopta una posición distinta, al considerar que cualquier uso de la fuerza ilegal bajo el artículo 2(4) de la Carta constituye un ‘ataque armado’ que detona el derecho de legítima defensa bajo el artículo 51 de la misma. Chile, por su parte, adopta un enfoque de criterios, al considerar que “los ciberataques dirigidos en contra de su soberanía, sus habitantes, su infraestructura física o de la información” podrían cumplir los requisitos para ser considerados como ataques armados¹⁰⁸. Brasil recuerda que el derecho a la legítima defensa se detona ante la existencia de un ataque armado actual o inminente, por lo que no existe el derecho a la legítima defensa preventiva.

Cuba, por su parte, rechaza la aplicación automática del artículo 51 a ciberoperaciones, aclarando que “*considera que resulta inaceptable la noción que busca equiparar un ataque cibernético con un ataque armado para intentar justificar la supuesta aplicabilidad [...] de la legítima defensa*”¹⁰⁹. Guyana considera que operaciones únicamente cibernéticas, que no impliquen el uso de armamento físico, no pueden considerarse como un ataque armado que detone el derecho a la legítima defensa.

Tanto Brasil como Estados Unidos reconocen que el derecho a la legítima defensa debe ser necesario y proporcional. En este sentido, Canadá recuerda que la respuesta a un ataque armado cibernético puede ser realizada a través de ciberoperaciones, mientras que Estados Unidos afirma que no hay requisito para que el Estado se defienda por los mismos medios con los que fue atacado, por lo que puede responder con ciberoperaciones u otras operaciones cinéticas. Estados Unidos llama a que, antes de recurrir a medidas que involucren la fuerza, los Estados consideren la ciberdefensa pasiva o defensa activa que no llegue al umbral del uso de la fuerza para neutralizar el ataque o su riesgo inminente.

“Las ciberoperaciones maliciosas entre Estados son, crecientemente, parte de nuestra realidad cotidiana, y el derecho internacional debe hacer frente a este reto global. Ante la ausencia de normas de derecho internacional que regulen específicamente las ciberoperaciones estatales, es esencial que los Estados continúen avanzando en el diálogo y examen de este tema con el fin de alcanzar, eventualmente, acuerdos en torno a la manera en que las normas existentes del derecho internacional aplican en el ciberespacio.”

Por último, Brasil considera que sólo puede ejercerse legítima defensa contra ciberoperaciones cometidas por actores estatales, y que no puede ser en respuesta a actores no estatales salvo que estén actuando en representación de o bajo el control de un Estado. Estados Unidos, por el contrario, indica que el derecho de legítima defensa aplica cuando el atacante es actor estatal o bien actor no estatal.

VI. Conclusión

Las ciberoperaciones maliciosas entre Estados son, crecientemente, parte de nuestra realidad cotidiana, y el derecho internacional debe hacer frente a este reto global. Ante la ausencia de normas de derecho internacional que regulen específicamente las ciberoperaciones estatales, es esencial que los Estados continúen avanzando en el diálogo y examen de este tema con el fin de alcanzar, eventualmente, acuerdos en torno a la manera en que las normas existentes del derecho internacional aplican en el ciberespacio. El ritmo de avance de los procesos intergubernamentales en el marco de las Naciones Unidas a lo largo de las dos últimas décadas ha puesto de manifiesto que alcanzar consensos sobre este tema enfrenta enormes dificultades, no sólo en cuanto a divergencia de interpretaciones jurídicas, sino también a implicaciones políticas y disparidades de capacidades técnicas de los Estados.

Los ejercicios académicos, como los Manuales de Tallin, los esfuerzos del CICR y el proceso de Oxford, han sido de enorme utilidad para contribuir a guiar el entendimiento y las posiciones de los pocos Estados que ya se han pronunciado oficialmente en la

materia en el marco de las negociaciones de las Naciones Unidas.

Desde la región de las Américas, continúan siendo muy pocos los Estados que se han posicionado claramente sobre los principales temas de derecho internacional cuyo alcance se debate. Los esfuerzos que realiza la OEA, a través de CICTE y de este Comité Jurídico Interamericano, han sido una contribución positiva para profundizar el diálogo y transparentar

posiciones en la materia. Es la intención de esta relatoría que el presente informe, junto con las actividades de diálogo y capacitación que se han realizado a lo largo de estos últimos dos años, contribuya como una herramienta de análisis útil para todos los Estados de nuestra región que se encuentran en proceso de preparar sus posiciones nacionales sobre el alcance de la aplicabilidad del derecho internacional al ciberespacio.

1. El siguiente artículo comprende el texto que elaboró la Dra. Mariana Salazar Alborno en su calidad de relatora del tema, y que el Comité Jurídico Interamericano adoptó como segundo informe, documento CJI/doc. 671/22 rev.2 corr.1
2. GIBSON, W., *Neuromante, Minotauro*, 1996 (traducción al español del original en inglés *Neuromancer*, Ace Books, 1984), p. 35.
3. Véase, por ejemplo: BARLOW, J.P., *Declaración de Independencia del Ciberespacio*, proclamada en 1996, disponible en español en: http://www.uhu.es/ramon.correa/nn_tt_edusocial/documentos/docs/declaracion_independencia.pdf. Para un excelente recuento del origen del término véase, por ejemplo: DIAS, T. & COCO, A., *Cyber due diligence in international law*, Oxford Institute for Ethics, Law and Armed Conflict, 2022, pp. 39-48.
4. EASTERBROOK, F.H., “Cyberspace and the Law of the Horse”, *University of Chicago Legal Forum* 207, 1996, p. 207.
5. DELERUE, F., *Cyber Operations and International Law*, Cambridge University Press, 2020, pp. 11-12.
6. DIAS, T. & COCO, A., *Cyber due diligence in international law*, Oxford Institute for Ethics, Law and Armed Conflict, 2022, pp. 47-48.
7. SCHMITT, M. (ed.), *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations*, Cambridge University Press, 2017, p. 564.
8. *Íbidem*.
9. Véase, por ejemplo: WALKOWSKI, D., “¿Qué es la tríada de la CIA?”, *Computer Weekly*, 2019, disponible en: <https://www.computerweekly.com/es/opinion/Que-es-la-triada-de-la-CIA>
10. Iberdrola, *Ataques Cibernéticos: ¿cuáles son los principales y cómo protegerse de ellos?*, disponible en: <https://www.iberdrola.com/innovacion/ciberataques>
11. *Íbidem*.
12. *Íbidem*.
13. *Íbidem*.
14. DIAS, T. & COCO, A., op. cit. supra nota 2, pp. 99-100.
15. Para un recuento de los principales ciberataques estatales, véase por ejemplo: DELERUE, F., op. cit. supra nota 4, Apéndice, pp. 499-501.
16. FINNEMORE, M. y HOLLIS, D., “Beyond Naming and Shaming: Accusations and International Law in Cybersecurity”, en *The European Journal of International Law*, Vol. 31 No. 3, 2020, pp. 969-1003, en p. 970.
17. Véase, por ejemplo: CALERO, F.J., “Heli Tiirmaa-Klaar: «Los ciberataques no caen del cielo, suceden por razones políticas»”, en *ABC Internacional*, 2019, disponible en: https://www.abc.es/internacional/abci-heli-tiirmaa-klaar-ciberataques-no-caen-cielo-suceden-razones-politicas-201911050326_noticia.html
18. Véase, en este sentido: “El virus que tomó control de mil máquinas y les ordenó auto-destruirse”, en *BBC News*, 11 octubre 2015, disponible en: https://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/10/151007_iwonder_finde_tecnologia_virus_stuxnet
19. Véase: BROEDERS, D., DE BUSSER, E., CRISTIANO, F. & TROPINA, T., “Revisiting past cyber operations in light of new cyber norms and interpretations of international law: inching towards lines in the sand?”, *Journal of Cyber Policy*, 7:1, 2022, pp. 97-135, en pág. 108.

²⁰ Véase, por ejemplo: TIDY, J., “Rusia y Ucrania: los 3 ciberataques rusos que más teme Occidente”, en BBC News, 24 marzo 2022, disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-60850173#:~:text=En%202015%2C%20la%20red%20e%C3%A9critica,en%20el%20oeste%20de%20Ucrania.&text=Pie%20de%20foto%2C,visto%20afectada%20anteriormente%20por%20ciberataques>

²¹ Véase, por ejemplo: BROEDERS, D., DE BUSSER, E., CRISTIANO, F. & TROPINA, T., op. cit. supra nota 18, en pág. 117; TIDY, J., op. cit. supra nota 19.

²² Véase, a este respecto: ORENSTEIN, M., “Russia’s Use of Cyberattacks: Lessons from the Second Ukraine War”, en Foreign Policy Research Institute, June 7, 2022. Disponible en: <https://www.fpri.org/article/2022/06/russias-use-of-cyberattacks-lessons-from-the-second-ukraine-war/>

²³ Microsoft, Defending Ukraine: Early Lessons from the Cyber War, 22 de junio, 2022, págs. 2-3, disponible en: <https://query.prod.cms.rt.microsoft.com/cms/api/am/binary/RE-50KOK>. Véase también: Microsoft, Special Report: Ukraine. An overview of Russia’s cyberattack activity in Ukraine, abril 2022, disponible en: <https://query.prod.cms.rt.microsoft.com/cms/api/am/binary/RE4Vwwd>

²⁴ Véase: European Parliament, Russia’s War on Ukraine: Timeline of cyber-attacks, Briefing, June 2022, Unión Europea, disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2022/733549/EPRS_BRI\(2022\)733549_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2022/733549/EPRS_BRI(2022)733549_EN.pdf)

²⁵ Council of Europe, Budapest Convention on Cybercrime, ETS No. 185, en vigor desde el 7 de enero de 2004.

²⁶ African Union Convention on Cyber Security and Personal Data Protection, adoptada el 27 de junio de 2014, aún no en vigor. Ha sido ratificada por 13 Estados (se requieren 15 para su entrada en vigor).

²⁷ SCHMITT, M. (ed.), Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare, Cambridge University Press, 2013.

²⁸ SCHMITT, M. (ed.), Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations, op. cit. supra nota 6.

²⁹ Véase, en este sentido: <https://ccdcoe.org/research/tallinn-manual/>

³⁰ Véase, en este sentido: <https://www.un.org/disarmament/es/los-avances-en-la-informacion-y-las-telecomunicaciones-en-el-contexto-de-la-seguridad-internacional/> Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución A/RES/53/70, “Los avances de la informatización y las telecomunicaciones en el contexto de la seguridad internacional”, 4 enero 1999.

³¹ Secretario General de las Naciones Unidas, Informe del Grupo de Expertos Gubernamentales sobre los Avances en la Información y las Telecomunicaciones en el Contexto de la Seguridad Internacional, U.N. Doc. A/65/201 (30 de julio de 2010). El Grupo sesionó entre 2009 y 2010 y estuvo compuesto por expertos de 15 Estados (dos de la región de las Américas: Brasil y Estados Unidos).

³² Secretario General de las Naciones Unidas, Informe del Grupo de Expertos Gubernamentales sobre los Avances en la Información y las Telecomunicaciones en el Contexto de la Seguridad Internacional, 19, U.N. Doc. A/68/98 (24 de junio de 2013) (“Informe GGE 2013”). El Grupo sesionó entre 2012 y 2013 y estuvo compuesto por expertos de 15 Estados (tres de la región de las Américas: Argentina, Canadá y Estados Unidos).

- ³³ Secretario General de las Naciones Unidas, Informe del Grupo de Expertos Gubernamentales sobre los Avances en la Información y las Telecomunicaciones en el Contexto de la Seguridad Internacional, 10, U.N. Doc. A/70/174 (22 de julio de 2015) (“Informe GGE 2015”). El Grupo sesionó entre 2014 y 2015 y estuvo compuesto por 20 expertos gubernamentales (cuatro de la región de las Américas: Brasil (quien presidió), Colombia, Estados Unidos y México).
- ³⁴ Informe GGE 2013, op. cit. supra nota 31, párr. 19.
- ³⁵ Informe GGE 2015, op. cit. supra nota 32.
- ³⁶ Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución A/RES/73/27, “Avances en la esfera de la información y las telecomunicaciones en el contexto de la seguridad internacional”, 5 de diciembre de 2018.
- ³⁷ Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución A/RES/73/266, “Promoción del comportamiento responsable de los Estados en el ciberespacio en el contexto de la seguridad internacional”, 22 de diciembre de 2018.
- ³⁸ United Nations General Assembly, Final Substantive Report of the Open-ended working group on developments in the field of information and telecommunications in the context of international security, A/AC.290/202/CRP.2, 10 de marzo de 2021 (“Informe OEWG 2021”).
- ³⁹ United Nations General Assembly, Open-ended working group on developments in the field of information and telecommunications in the context of international security: Chair’s Summary, A/AC.290/2021/CRP.3, 10 de marzo de 2021.
- ⁴⁰ United Nations General Assembly, Open-ended working group on developments in the field of information and telecommunications in the context of international security: Compendium of statements in explanation of position on the final report, A/AC.290/2021/INF/2, 25 de marzo de 2021.
- ⁴¹ Secretario General de las Naciones Unidas, Informe del Grupo de Expertos Gubernamentales sobre la Promoción del Comportamiento Responsable de los Estados en el Ciberespacio en el Contexto de la Seguridad Internacional, U.N. Doc. A/76/135 (14 de julio de 2021) (“Informe GGE 2021”).
- ⁴² Asamblea General de las Naciones Unidas, Official compendium of voluntary national contributions on the subject of how international law applies to the use of information and communications technologies by States submitted by participating governmental experts in the Group of Governmental Experts on Advancing Responsible State Behaviour in Cyberspace in the Context of International Security established pursuant to General Assembly resolution 73/266, U.N. Doc. A/76/136 (13 de julio de 2021) (“Compendio DI GGE”). De la región de las Américas, remitieron contribuciones los expertos de Brasil y de Estados Unidos.
- ⁴³ Asamblea General de las Naciones Unidas, resolución 75/240 “Avances en la información y las telecomunicaciones en el contexto de la seguridad internacional”, adoptada el 31 de diciembre de 2020.
- ⁴⁴ Véase: <https://meetings.unoda.org/meeting/oewg-ict-2021/>
- ⁴⁵ Asamblea General de las Naciones Unidas, resolución 75/240 “Avances en la información y las telecomunicaciones en el contexto de la seguridad internacional”, adoptada el 31 de diciembre de 2020, párrafo operativo 1.

⁴⁶ Véase: https://meetings.unoda.org/section/oewg-ict-2021_general-statements_14537_general-statements_16368/ De la región de las Américas, tras las primeras dos sesiones celebradas en diciembre de 2021 y marzo de 2022, se han publicado en el portal posicionamientos generales de Colombia, Costa Rica, Cuba y Estados Unidos.

⁴⁷ Véase: https://cyberlaw.ccdcoe.org/wiki/Main_Page

⁴⁸ https://cyberlaw.ccdcoe.org/wiki/List_of_articles#National_positions

⁴⁹ Siguiendo orden alfabético por sus nombres en inglés: Australia, Brasil, Canadá, China, República Checa, Estonia, Finlandia, Francia, Alemania, Irán, Israel, Italia, Japón, Kazajistán, Kenia, Países Bajos, Nueva Zelanda, Noruega, Rumania, Rusia, Singapur, Suiza, Reino Unido y Estados Unidos.

⁵⁰ Asamblea General de Naciones Unidas, resolución A/RES/74/247 “Lucha contra la utilización de las tecnologías de la información y las comunicaciones con fines delictivos”, adoptada el 27 de diciembre de 2019.

⁵¹ Véase: https://www.unodc.org/unodc/en/cybercrime/ad_hoc_committee/home

⁵² CICR, “Derecho internacional humanitario y ciberoperaciones durante conflictos armados: DocumentodeposicióndelCICR”, 28denoviembrede2019, disponibleen:<https://www.icrc.org/en/document/international-humanitarian-law-and-cyber-operations-during-armed-conflicts>

⁵³ CICR, “Avoiding Civilian Harm from Military Cyber Operations during Armed Conflicts”, ICRC Expert Meeting 21-22 January 2020, disponible en: <https://www.icrc.org/en/document/avoiding-civilian-harm-from-military-cyber-operations>

⁵⁴ Revista Internacional de la Cruz Roja, “Las tecnologías digitales y la guerra”, IRRIC No. 913, marzo 2021, disponible en: <https://international-review.icrc.org/es/revistas/irrc-no-913-las-tecnologias-digitales-y-la-guerra>

⁵⁵ Véase: <https://www.icrc.org/en/document/global-advisory-board-digital-threats>

⁵⁶ CICR y Secretaría de Relaciones Exteriores de México, “Regional Consultation of Latin American States: International Humanitarian Law and Cyber Operations During Armed Conflicts”, 9-10 noviembre 2021, disponible en: <https://www.icrc.org/en/document/regional-state-consultations-ihl-cyber-operations>

⁵⁷ Disponibles en: <https://www.elac.ox.ac.uk/the-oxford-process/>

⁵⁸ Véase: <https://www.oas.org/es/sms/cicte/prog-ciberseguridad.asp>

⁵⁹ Véase el quinto informe del Dr. Hollis, “Derecho Internacional y Operaciones Cibernéticas del Estado: Mejora de la Transparencia”, CJI, 2020, (“Informe Hollis 2020”) disponible en: https://www.oas.org/es/sla/cji/docs/Derecho_Internacional_y_Operaciones_Cibern%C3%A9ticas_del_Estad_o_publicacion.pdf

⁶⁰ Las preguntas realizadas a los Estados fueron: “1. ¿Ha hecho públicos su gobierno algún documento oficial, discurso o declaración similar que resuma cómo entiende que el derecho internacional se aplica a las operaciones cibernéticas? Se ruega proporcionar copias o enlaces a dichas declaraciones; 2. ¿Se aplican las ramas del derecho internacional actual (incluidos la prohibición del uso de la fuerza, el derecho de legítima defensa, el derecho internacional humanitario y los derechos humanos) al ciberespacio? ¿Existen áreas en las cuales la novedad del ciberespacio excluye la aplicación de un conjunto específico de derechos u obligaciones legales internacionales?; 3. ¿Puede una operación cibernética por sí misma constituir un uso

de fuerza? ¿Puede constituir un ataque armado que genere un derecho de legítima defensa en virtud del artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas? ¿Puede una operación cibernética calificarse como uso de fuerza o ataque armado sin causar los efectos violentos que se han utilizado para marcar dichos umbrales en conflictos cinéticos pasados?; 4. Fuera de los conflictos armados, ¿cuándo sería un Estado responsable por las operaciones cibernéticas de un actor no estatal? ¿Qué grado de control o participación debe tener un Estado en las operaciones del actor no estatal para desencadenar la responsabilidad legal internacional de ese Estado?; 5. ¿Son las normas de responsabilidad del Estado las mismas u otras en el contexto de un conflicto armado tal como se define ese término en los artículos 2 y 3 comunes a los Convenios de Ginebra de 1949?; 6. De acuerdo al derecho internacional humanitario, ¿puede una operación cibernética calificarse como un “ataque” de acuerdo a las normas que rigen la conducción de las hostilidades si no causa muerte, lesión ni daño físico directo al sistema informático en cuestión o a la infraestructura que apoya? ¿Podría una operación cibernética que produce solo una pérdida de funcionalidad, por ejemplo, calificarse como un ataque? Si es así, ¿en qué casos?; 7. ¿Estaría una operación cibernética que solamente ataca datos regulada por la obligación de derecho internacional humanitario de dirigir ataques solamente contra objetivos militares y no contra objetivos civiles?; 8. ¿Es la soberanía una norma discreta del derecho internacional que prohíbe a los Estados participar en operaciones cibernéticas específicas? Si es así, ¿esa prohibición cubre las operaciones cibernéticas que se encuentran por debajo del umbral de uso de la fuerza y que, aparte de eso, no violan el principio de no intervención?; 9. ¿Es la diligencia debida una norma de derecho internacional que los Estados deben acatar en el ejercicio de su soberanía sobre las tecnologías de la información y la comunicación en sus territorios o bajo el control de sus nacionales?; 10. ¿Existen otras reglas de derecho internacional que su Gobierno considere importante tener en cuenta al evaluar la regulación de las operaciones cibernéticas por parte de los Estados o actores por las que un Estado tenga responsabilidad en el ámbito internacional?”

⁶¹ Siete de las respuestas fueron respuestas directas y sustantivas a las preguntas del cuestionario, mientras que Brasil solamente indicó que su posición se vertería en el marco del GGE que en ese entonces presidía y Estados Unidos únicamente compartió sus posicionamientos públicos previos.

⁶² Informe Hollis 2020, op. cit. supra nota 58.

⁶³ Asamblea General de la OEA, resolución AG/RES.2959 (L-0/20) adoptada el 21 de octubre de 2020: “REAFIRMANDO la aplicabilidad del derecho internacional en el ciberespacio y la importancia de la implementación de las normas voluntarias no vinculantes para el comportamiento responsable del Estado en el ciberespacio, en los informes de consenso del Grupo de Expertos Gubernamentales de las Naciones Unidas sobre los Avances en la Esfera de la Información y las Telecomunicaciones en el Contexto de la Seguridad Internacional.”

⁶⁴ El video se encuentra disponible en: https://www.oas.org/es/sla/ddi/Derecho_Internacional_aplicable_al_Ciber_Espacio_2022_video.asp

⁶⁵ https://cyberlaw.ccdcoe.org/wiki/List_of_articles#National_positions

⁶⁶ Compendio DI GGE, op. cit. supra nota 41.

⁶⁷ https://meetings.unoda.org/section/oewg-ict-2021_general-statements_14537/

⁶⁸ Informe Hollis 2020, op. cit. supra nota 58.

⁶⁹ Las posiciones previstas en esta sección son: las posiciones de Brasil (2021) y de Estados Unidos (2021) contenidas en el Compendio DI GGE, op. cit. supra nota 41; la posición de Canadá (2022) publicada en el portal de su gobierno y compilada en el portal del CCDCOE; algunas posiciones de Bolivia, Chile, Ecuador, Guatemala, Guyana y Perú del Informe Hollis 2020, op. cit. supra nota 58; y la posición de Cuba pronunciada ante el nuevo OEWG en diciembre de 2021, disponible en: primera sesión del OEWG de diciembre de 2021, disponible en: <https://documents.unoda.org/wp-content/uploads/2021/12/GTCA-Ciberseguridad-2021-2025.-Intervencion-Cuba-sobre-aplicacion-del-Derecho-Internacional.pdf>

⁷⁰ Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, adoptados por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en su 53º periodo de sesiones en 2001 y anexado por la Asamblea General en su resolución 56/83 del 12 de diciembre de 2001, corregido por documento A/56/49(Vol I)/Corr4.

⁷¹ Ídem, artículo 2.

⁷² Ídem, artículos 4, 5, y 6.

⁷³ Ídem, artículos 8, 9, 10 y 11.

⁷⁴ Véase, en este sentido: DELERUE, F., op. cit. supra nota 4, pp. 55-85.

⁷⁵ Para un análisis detallado de los mismos, véase: TSAGOURIAS, N. y FARRELL, M., “Cyber Attribution: Technical and Legal Approaches and Challenges”, *European Journal of International Law* vo. 31 no. 3, 2020, pp. 941-966.

⁷⁶ Para un análisis ampliado, véase: ROGUSKI, P., “Application of International Law to Cyber Operations: A Comparative Analysis of States’ views”, Policy Brief, The Hague Program for Cyber Norms, Universiteit Leiden, 2020, <https://www.thehaguecybernorms.nl/research-and-publication-posts/application-of-international-law-to-cyber-operations-a-comparative-analysis-of-states-views>

⁷⁷ Manual de Tallin 2.0, op. cit. supra nota 6, Capítulo 4, Sección 1, párr. 10.

⁷⁸ Artículos sobre Responsabilidad de los Estados, op. cit. supra nota 69, artículo 13.

⁷⁹ Asunto de la Isla de Palmas, Estados Unidos v. Países Bajos, sentencia arbitral, 1928.

⁸⁰ Manual de Tallin 2.0, op. cit. supra nota 6, regla 2.

⁸¹ Esta visión también se apoya por el Manual de Tallin 2.0.

⁸² Paul C. Ney, DOD General Counsel Remarks at U.S. Cyber Command Legal Conference, 2 March 2020.

⁸³ ROGUSKI, P., op. cit. supra nota 76, p. 4.

⁸⁴ Manual de Tallin 2.0, op. cit. supra nota 6, regla 4.

⁸⁵ Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua v Estados Unidos) (Méritos) 1986 ICJ Rep 14, para 205.

⁸⁶ Dörr, Oliver y Randelzhofer, Albrecht, ‘Article 2(4)’, en Simma, Bruno et al (eds), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, Vol I (OUP 2012) 208 párr. 16.

⁸⁷ Asamblea General de las Naciones Unidas, resolución 3314(XXIX), “Definición de la agresión”, adoptada el 14 de diciembre de 1974.

⁸⁸ Informe Hollis 2020, op. cit. supra nota 58, p. 37.

⁸⁹ ROGUSKI, P., op. cit. supra nota 76, p. 11.

- ⁹⁰. Corte Internacional de Justicia, Caso Canal de Corfú (Reino Unido v. Albania), Fondo, 1949, ICJ Rep 4, 22.
- ⁹¹. Informe GGE 2021, op. cit. supra nota 40, párr. 30(a).
- ⁹². Delerue, F., op. cit. supra nota 4, p. 359.
- ⁹³. Posición de Cuba, primera sesión del OEWG de diciembre de 2021, op. cit. supra nota 68.
- ⁹⁴. Siguiendo el análisis del Cyber Law Toolkit, op. cit. supra nota 46.
- ⁹⁵. Protocolo Adicional I, artículo 48.
- ⁹⁶. Protocolo Adicional I, artículo 52(2).
- ⁹⁷. Para un análisis detallado, véase: Mačák, K. “Unblurring the lines: military cyber operations and international law”, *Journal of Cyber Policy*, Vol. 6, 2021, disponible en: <https://doi.org/10.1080/23738871.2021.2014919>
- ⁹⁸. Manual de Tallin 2.0, op. cit. supra nota 6, p. 437.
- ⁹⁹. I Convenio de Ginebra, art. 19; IV Convenio de Ginebra, art. 18; Protocolo Adicional I, arts. 11(1) y 12.
- ¹⁰⁰. Manual de Tallin 2.0, op. cit. supra nota 6, comentario a la regla 132.
- ¹⁰¹. Informe Hollis 2020, op. cit. supra nota 58, p. 32.
- ¹⁰². Siguiendo el criterio del Cyber Law Toolkit, op. cit. supra nota 46.
- ¹⁰³. Véase, en este sentido, Milanovic, M., “Human Rights Treaties and Foreign Surveillance: Privacy in the Digital Age” (2015), 56 *Harvard International Law Journal* 81, 113-118; y Delerue, op. cit. supra nota 4, pp. 263-264.
- ¹⁰⁴. Artículos sobre responsabilidad de los Estados, op. cit. supra nota 69, artículo 49.
- ¹⁰⁵. Ídem, artículo 50.
- ¹⁰⁶. Ídem, artículos 51 y 52.
- ¹⁰⁷. Actividades... op. cit. supra nota 84, para. 191.
- ¹⁰⁸. Informe Hollis 2020, op. cit. supra nota 58, p. 38.
- ¹⁰⁹. Posición de Cuba, primera sesión del OEWG de diciembre de 2021, op. cit. supra nota 68.

Sobre la autora

Mariana Salazar Albornoz

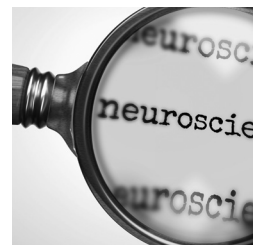


Mariana Salazar Albornoz es miembro del Comité Jurídico Interamericano. Previamente se desempeñó en la Secretaría de Relaciones Exteriores de México como Coordinadora de Derecho Internacional Público, Directora de Derecho Internacional Humanitario en la Consultoría Jurídica, y Directora de Política Internacional en Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Grupos Vulnerables en la Dirección General de Derechos Humanos y Democracia. Fue designada Punto focal de México ante la Red Latinoamericana para la Prevención del Genocidio y Atrocidades Masivas, y la Red Global de Puntos Focales para la Responsabilidad de Proteger, y formó parte de la delegación oficial de México ante la Asamblea de los Estados Partes del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (9ª a 16ª, La Haya/Nueva York); y la Reunión Universal y Conferencias Regionales de Comisiones Nacionales de Derecho Internacional Humanitario (Ginebra,

2010; San José, 2013; Bogotá, 2015), entre otros. Autora de diversos ensayos y conferencista internacional en materia de derecho internacional humanitario, prevención de atrocidades masivas, derecho penal internacional y desarme. Ejerce la docencia en la Universidad Iberoamericana de la Ciudad de México como profesora de derecho internacional humanitario y derecho penal internacional en la maestría en derechos humanos, y de genocidio y crímenes contra la humanidad en la licenciatura en relaciones internacionales. Es también instructora certificada del Seminario Raphael Lemkin para la Prevención del Genocidio y Atrocidades Masivas, del Instituto Auschwitz para la Paz y la Reconciliación. La Dra. Mariana Salazar 7 es licenciada en derecho por la Universidad Iberoamericana (excelencia académica) y maestra en derecho internacional público por el Institut Universitaire de Hautes Études Internationales de Ginebra, Suiza.

Sumario

- I. *Introducción;*
- II. *Hacia un régimen internacional sobre Derechos Humanos y Neurociencias/Neurotecnologías;*
- III. *Los avances y dilemas en la construcción de principios interamericanos sobre Derechos Humanos, Neurociencias y Neurotecnologías;*
- IV. *Reflexiones finales*



**Ramiro Orias
Arredondo**

Los Neuroderechos: Hacia un nuevo régimen jurídico internacional

I. Introducción

La pandemia del Covid-19 ha significado a nivel global una crisis de múltiples dimensiones: sanitaria, económica, social y política. Ha traído o intensificado transformaciones científicas y tecnológicas que plantean nuevos desafíos para el funcionamiento de las sociedades, que están impactando la vida y los derechos de las personas; suponiendo también un reto a los paradigmas jurídicos tradicionales.

Las consecuencias negativas de la pandemia no tienen precedentes a nivel global. En la economía es quizás donde se ha visto con mayor nitidez el carácter asimétrico de la crisis. Sus impactos diferenciados están dejando brechas cada vez más distantes entre los polos más dinámicos de la economía global frente al rezago de los países en desarrollo.

Las medidas de confinamiento a su vez pusieron en evidencia desigualdades estructurales históricas pendientes. Por ejemplo, la brecha digital reveló las distancias urbano-rural y las disparidades público-privado en los sistemas de educación. Como efecto del cierre de clases presenciales en las escuelas muchos niños y jóvenes quedaron excluidos de la educación debido a que en sus comunidades y barrios no tenían acceso a los servicios de internet, plataformas, equipos o competencias necesarias para reconvertirse en alumnos de la teleeducación.

El historiador americano Paul Kennedy¹, planteaba que el Siglo XXI significaría nuevos desafíos para el Sistema Internacional; los cambios demográficos, tecnológicos y medioambientales definirían los desequilibrios estructurales y las distintas velocidades del desarrollo; estas transformaciones globales ineludiblemente generarían ganadores y perdedores.

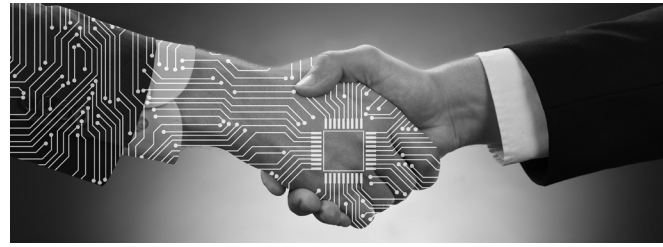
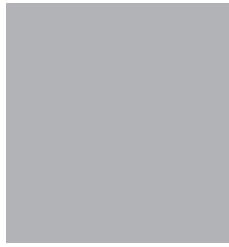
“La brecha digital dejará cada vez más por fuera de los beneficios del progreso y de los mercados internacionales a aquellos sectores perdedores que no tengan acceso a la conectividad, la innovación y las plataformas tecnológicas. Los sectores más necesitados y comunidades rurales que no estén adecuadamente conectados con el mundo digital y cibernético tendrán menores ingresos, empleo precario y educación deficiente, perpetuando sus condiciones de pobreza y marginalidad.”

Decía, finalmente, que aquellos países que no estén preparados para enfrentar estos retos serían más vulnerables y sensibles a los shocks externos.

La brecha digital dejará cada vez más por fuera de los beneficios del progreso y de los mercados internacionales a aquellos sectores perdedores que no tengan acceso a la conectividad, la innovación y las plataformas

tecnológicas. Los sectores más necesitados y comunidades rurales que no estén adecuadamente conectados con el mundo digital y cibernético tendrán menores ingresos, empleo precario y educación deficiente, perpetuando sus condiciones de pobreza y marginalidad².

Sin embargo, en la pandemia también emergieron algunos ganadores. En estos dos últimos años es cuando se han dado los pasos más significativos en materia de transformación digital, el desarrollo de las neurociencias y de las nuevas tecnologías de la inteligencia artificial, además del uso de nuevos materiales. En febrero de 2021, el robot explorador Perseverance, el más sofisticado enviado al espacio, llegó a Marte. La Unión Europea (UE) adoptó un plan de transformación verde, prohibiendo la comercialización de automóviles con motores de combustión para el 2035, lo que ha estimulado la reconversión de la industria automotriz, que está viviendo un nuevo proceso de expansión e inversión para el desarrollo de automóviles eléctricos y baterías de litio, menos contaminante que los combustibles fósiles, que llevará al planeta a nuevo extractivismo verde⁵.



Recientemente, la compañía *FACEBOOK* anunció su proyecto futurista Meta, que llevará a sus millones de usuarios a la realidad virtual del metaverso. Los proyectos *Blue Origin*, *Virgin Galactic* y *SpaceX* inauguraron la carrera espacial del siglo XXI. No es casual que los empresarios que lideraron estas iniciativas, Musk, Bezos y Branson, además, resultaron en los primeros puestos de los rankings de fortunas que publica cada año la Revista *FORBES*, con incrementos fabulosos el año 2021, momento de la peor crisis del planeta.

Lo que el mundo veía como ciencia ficción el año 2000, hoy ya está en nuestra vida cotidiana. Los sistemas de información basados en inteligencia artificial y el uso de perfiles de algoritmos, de forma invisible e imperceptible para muchos, están guiando las pautas de consumo, preferencias políticas, publicidad personalizada, hasta modalidades de vigilancia masiva,

la expansión de las cibermonedas, la automatización del trabajo y de las soluciones de salud, estimulando decisiones que muchas veces pueden conllevar sesgos que profundizan las brechas sociales⁴.

Uno de los campos de la investigación y desarrollo científico que ha dado un salto cualitativo tiene que ver con los progresos de las neurociencias y las neurotecnologías⁵. El desarrollo de sistemas e instrumentos que establecen una vía de conexión con el cerebro humano y que pueden registrar, leer y aumentar las capacidades cerebrales, pueden traer múltiples beneficios para la humanidad; pero también traen algunos dilemas éticos y preocupaciones jurídicas, sobre cómo pueden estas tecnologías tener un efecto invasivo que altere no solo la actividad cerebral sino la voluntad de las personas. Las posibilidades de conexión directa entre el cerebro y el mundo digital suponen problemas éticos

“Los avances y resultados en el campo de las Neurociencias y Neurotecnologías, beneficiados en gran parte por los distintos proyectos de investigación a nivel mundial sobre el cerebro humano, plantean importantes desafíos para la protección de los derechos humanos.”

únicos y sin precedentes. Los avances y resultados en el campo de las Neurociencias y Neurotecnologías, beneficiados en gran parte por los distintos proyectos de investigación a nivel mundial sobre el cerebro humano, plantean importantes desafíos para la protección de los derechos humanos⁶.

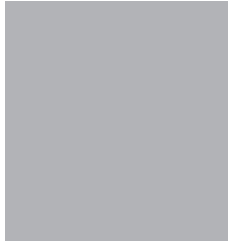
En este trabajo, luego de plantear el problema de estudio en la introducción, se desarrollan tres acápite: a) Los antecedentes y avances en el desarrollo progresivo de un régimen internacional sobre Derechos Humanos y Neurociencias/Neurotecnologías, b) Los avances recientes en la discusión regional en la construcción de unos principios interamericanos sobre el tema, a la luz de los derechos establecidos en la Convención Americana de

Derechos Humanos, y terminamos el texto con c) unas reflexiones finales, identificado los desafíos que debe abordar el sistema interamericano.

II. Hacia un régimen internacional sobre Derechos Humanos y Neurociencias/Neurotecnologías

Desde un enfoque derechos humanos, en la última década las preocupaciones sobre los desafíos éticos y jurídicos que implican la intensa investigación científica y el acelerado desarrollo de las nuevas tecnologías sobre la protección de los derechos humanos está presionando hacia la concreción de un nuevo régimen internacional en este campo, debido a creciente impacto que tienen no solamente sobre la vida de las sociedades, sino también por la afectación que pueden significar sobre la libertad, el pensamiento y la integridad física de la persona humana; expandiendo hacia una nueva frontera, un área antes poco conocida para el mundo jurídico.

Esta preocupación no es nueva, ya se reflejaba en la denominada *Declaración de Helsinki* sobre Principios éticos para las investigaciones médicas en seres humanos, adoptada por



la 18° Asamblea de la Asociación Médica Mundial, de junio de 1964, con algunas enmiendas posteriores, en la que ya se señalaba que: *“En la investigación médica, es deber del médico proteger la vida, la salud, la dignidad, la integridad, el derecho a la autodeterminación, la intimidad y la confidencialidad de la información personal de las personas que participan en investigación”*.

Ese mismo espíritu se expresó cuando la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la *Declaración sobre la utilización del progreso científico y tecnológico en interés de la paz y en beneficio de la humanidad* (Resolución N° 3384 (XXX), de 10 de noviembre de 1975), en la que llama la atención de los Estados para que tomen “las medidas apropiadas a fin de impedir que los progresos científicos y tecnológicos sean utilizados, particularmente por órganos estatales, para limitar o dificultar el goce de

los derechos humanos y las libertades fundamentales de la persona consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en los Pactos Internacionales de derechos humanos y en otros instrumentos internacionales pertinentes”.

A partir de los años 80s, estas preocupaciones éticas se fueron abordando desde el plano jurídico. Se profundizan desde una perspectiva jurídica las iniciales reflexiones y estudios que desde la bioética se dieron con relación al uso médico de la biotecnología y luego se especializaron con los dilemas que plantearon “los estudios sobre el genoma humano y la consiguiente revelación del mapa genético de nuestra especie”⁷, contribuyendo a la construcción de un nuevo marco de referencia para la tutela de los derechos humanos frente a estos avances del mundo científico y su aplicación tecnológica, que se expresan en un conjunto de diversos instrumentos

“Es así como se ha venido construyendo un nuevo marco de referencia para la protección y garantía de los derechos humanos en la era digital y de las nuevas tecnologías, que pueden tener diversas expresiones, que abarcan desde los sistemas de inteligencia artificial aplicados a la medicina, la seguridad pública y la industria bélica, hasta la ingeniería genética, la biotecnología, la robótica, la nanotecnología y las neurotecnologías.”

internacionales de soft law adoptados en el sistema universal y regional.

En noviembre de 1997 la UNESCO adoptó la *Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos*, que parte de la definición precisa que: “Cada individuo tiene derecho al respeto de su dignidad y derechos, cualesquiera que sean sus características genéticas” (artículo 2º). En ese sentido, del concepto de dignidad humana emanan

un conjunto de derechos para las personas interesadas, como ser —entre otros—: a) Toda investigación o tratamiento sólo podrá efectuarse previa evaluación rigurosa de los riesgos, b) el consentimiento previo, libre e informado de la persona interesada, c) se debe respetar el derecho de toda persona a decidir que se le informe o no de los resultados y consecuencias, d) beneficio directo para su salud, e) no discriminación fundada en sus características genéticas, f) protección de la confidencialidad y privacidad y g) derecho a una reparación equitativa de un daño del que pueda haber sido víctima.

Es así como se ha venido construyendo un nuevo marco de referencia para la protección y garantía de los derechos humanos en la era digital y de las nuevas tecnologías, que pueden tener diversas expresiones, que abarcan desde los sistemas de inteligencia artificial aplicados a la medicina, la seguridad pública y la industria bélica, hasta la ingeniería genética, la biotecnología, la robótica, la nanotecnología y las neurotecnologías.

La principal preocupación sobre los impactos, beneficios y riesgos que significan estas nuevas tecnologías sobre la integridad de las personas tiene que

ver con el derecho a la salud, dado el carácter intrusivo que pueden tener estos dispositivos tecnológicos sobre el cuerpo humano. Así, por ejemplo, la *Organización Mundial de la Salud (OMS)* ha desarrollado un conjunto de directrices sobre el uso de dispositivos tecnológicos de asistencia médica, cuyo fin siempre debe ser mantener o mejorar la autonomía y bienestar de las personas.

Si hay un impacto singular sobre la integridad corporal de las personas, es la afectación que pueden tener estas nuevas tecnologías digitales sobre el cerebro, que es un órgano que además de sus condiciones fisiológicas, es el soporte de la mente humana, conteniendo un conjunto de valores cognitivos inmateriales: pensamientos, saberes, creencias, preferencias y memorias, constituyendo un elemento central de la personalidad.

En este campo tan amplio de la investigación científica y tecnológica, la neurociencia y las neurotecnologías han empezado a ser abordadas en diversas instancias internacionales como un ámbito específico de preocupación y análisis jurídico, con sus propias particularidades y desafíos.

Es así como en los últimos años se ha venido promoviendo la discusión pública sobre la necesidad de construir un nuevo marco jurídico internacional de derechos humanos destinados específicamente a proteger el cerebro y su actividad, a medida que se produzcan avances en neurotecnología. Es interesante además destacar que este debate ha sido impulsado por la comunidad científica, adelantándose a las preocupaciones de los estudiosos del derecho.

En el 2017 el Profesor Rafael Yuste⁸ de la Universidad de Columbia, que preside la Fundación NeuroRights, luego de un amplio debate con un equipo de veinticinco científicos y

“Es así como en los últimos años se ha venido promoviendo la discusión pública sobre la necesidad de construir un nuevo marco jurídico internacional de derechos humanos destinados específicamente a proteger el cerebro y su actividad, a medida que se produzcan avances en neurotecnología.”

especialistas en neurociencia, derecho y ética, propusieron la necesidad de reconocer cuatro neuroderechos:

- **Derecho a la identidad personal y autonomía de la voluntad**, que buscan que la identidad mental y libre albedrío de las personas no se diluya o se vea influenciada por los algoritmos en la toma de decisiones.
- **Derecho a la privacidad y consentimiento**, mediante el cual se protege la intimidad mental e inviolabilidad de los neuro datos que generan los cerebros humanos.
- **Derecho al acceso equitativo a las tecnologías**, al garantizar su acceso y beneficios para todos y todas.
- **Derecho a la protección contra sesgos y discriminación**, que prevé evitar las brechas y desigualdades como efecto de la aplicación de las neurotecnologías y la protección contra el sesgo algorítmico, como cuando la neurotecnología se combina con la IA.

En octubre de 2019, la Asociación Médica Mundial 70^a en su Asamblea General aprobó la *Declaración sobre Inteligencia Aumentada en la*

Atención Médica, planteando los desafíos éticos y jurídicos que enfrentan inteligencia artificial y aprendizaje automático: “*supervisión regulatoria en desarrollo para garantizar la seguridad y la eficacia clínica, la falta de estándares ampliamente aceptados, los problemas de responsabilidad, la necesidad de leyes y regulaciones claras que rijan el uso de datos y la falta de comprensión compartida de la terminología y las definiciones*”.

Recientes iniciativas dan cuenta de la necesidad creciente de abordar esta materia. La Organización para Cooperación Económica y el Desarrollo (OECD), ha adoptado en diciembre 2019 la “*Recomendación sobre Innovación Responsable en Neurotecnología*” que recoge nueve principios aplicables en esta materia:

- Promover la innovación responsable
- Priorizar la evaluación de la seguridad
- Promover la inclusión
- Fomentar la colaboración científica
- Permitir la deliberación de la sociedad
- Facilitar la capacidad de los organismos de supervisión y asesoramiento

- Salvaguardar los datos personales del cerebro y otra información
- Promover la confianza en los sectores público y privado
- Anticipar y supervisar el posible uso involuntario o indebido.

Por su parte, la aprobación del reporte del Comité Internacional de Bioética de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) sobre “*Cuestiones Éticas de la Neurotecnología*”, publicado en diciembre de 2021 (SHS/BIO/IBC-28/2021/3 Rev.), a tiempo de alertar sobre las posibles vulneraciones de los derechos humanos que pueden acarrear las neurotecnologías, plantea diversas cuestiones éticas y jurídicas sobre el uso de las tecnologías en el cerebro para determinar si los problemas que implican son tan complejos que exigen un nuevo conjunto de derechos humanos específicos, como el derecho a la libertad cognitiva, el derecho a la privacidad mental, el derecho a la integridad mental y el derecho a la continuidad psicológica; o si estos derechos amenazados por las neurotecnologías ya están incluidos entre los derechos humanos existentes, pero requieren un respeto más explícito.

De la misma forma, hay que destacar las recomendaciones de los informes presentados durante el 47° período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos de NNUU por el Relator Especial sobre el derecho a la privacidad sobre: *La inteligencia artificial y la privacidad, así como la privacidad de los niños*, que aborda el tema desde la autodeterminación y autonomía de las personas. En la misma línea la Alta Comisionada de las NNUU para los Derechos Humanos en su informe: *El derecho a la privacidad en la era digital* (A/HRC/48/31 de 13 de septiembre de 2021) analiza cómo el uso generalizado de la inteligencia artificial por parte de los Estados y las empresas, en particular en la elaboración de perfiles, la adopción automatizada de decisiones y las tecnologías de aprendizaje automático, afecta al disfrute del derecho a la privacidad y los derechos conexos, cuyos estándares propuestos son aplicables por analogía en la esfera de la neurociencia y las neurotecnologías.

Por su parte, el Relator de las NNUU de libertad de pensamiento y religión, en su Informe del año 2021 ha advertido que “el desarrollo de tecnologías podría revelar (...) los pensamientos de los individuos en formas que antes no era posible”, afectando el

derecho a la privacidad de las personas; así como el informe sobre *“Impactos, oportunidades y retos que pueden entrañar las tecnologías digitales nuevas y emergentes en relación con la promoción y la protección de los derechos humanos”* (A/HRC/47/52), presentado el 19 de mayo de 2021 por el Comité Asesor del Consejo de DDHH ante la Asamblea General de la ONU, alerta sobre el potencial impacto discriminatorio que pueden tener estos avances, así como las amenazas que pueden significar a la autonomía de la voluntad mental de los usuarios.

El 10 de septiembre de 2021, el Secretario General de la ONU, António Guterres, presentó ante la Asamblea General, su informe *“Nuestra Agenda Común”* donde examina los desafíos globales post pandemia y prioridades sobre el futuro de la cooperación mundial en los próximos 25 años, y -en esta materia- ha señalado que: “es hora de hacer balance, renovar nuestros valores compartidos y actualizar nuestra forma de concebir los derechos humanos. Debería considerarse, por ejemplo, la posibilidad de actualizar o aclarar la forma en que aplicamos los marcos y normas de derechos humanos para abordar cuestiones de vanguardia y prevenir daños

en los espacios digital, tecnológico, y la neurotecnología”.

A nivel regional, el 4 de abril de 1997 el Consejo de Europa adoptó el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la biología y la medicina, conocido también como *Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina* con el objetivo de impedir el abuso del desarrollo tecnológico en lo que concierne a la biomedicina y proteger la dignidad y los derechos humanos. Desde esta perspectiva, en octubre de 2021 el Consejo de Europa ha aprobado el Reporte sobre “Desafíos Comunes a los Derechos Humanos planteados por *Diferentes Aplicaciones de las neurotecnologías en el Campo Biomédico*” que ha contribuido a la aprobación de un Plan de Acción Estratégica quinquenal centrado en los derechos humanos y en nuevas tecnologías biomédicas, incluida la neurotecnología.

Finalmente, a nivel nacional, en España la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial ha publicado recientemente una *Carta de Derechos Digitales* que incluye a los neuroderechos como parte de los derechos de los ciudadanos de la nueva era digital. De igual forma, la

Agencia Italiana Garante per la Protezione dei Dati Personali se ha pronunciado sobre la necesidad de abordar adecuadamente las implicaciones de la neurotecnología sobre los derechos humanos. A nivel regional, el tema está en tratamiento legislativo en los Congresos de Chile y Brasil. Además, en Chile se está discutiendo el tema en la convención nacional constituyente.

III. Los avances y dilemas en la construcción de principios interamericanos sobre Derechos Humanos, Neurociencias y Neurotecnologías

En este contexto de la discusión global, donde la región tenía cierto rezago, al menos desde en el seno de discusión en sus instancias multilaterales hemisféricas, el Comité Jurídico Interamericano de la Organización de Estados Americanos (OEA) incorporó el tema en su agenda de trabajo en su 98° período de sesiones efectuado en abril de 2021. En los trabajos preparatorios y en las discusiones preliminares fue fundamental el apoyo de la Fundación Kamanau, que contribuyó en la facilitación de reuniones periódicas de un Comité de Expertos

Interdisciplinario, compuesto por científicos y juristas, especialistas que abarcan diversas materias y países⁹, quienes prestaron una contribución sustantiva y recomendaciones especializadas.

Sobre la base de esos trabajos, el Comité Jurídico Interamericano en sus deliberaciones correspondientes al 99° período de sesiones de agosto de 2021, aprobó la *Declaración sobre Neurociencia, Neurotecnologías y Derechos Humanos: Nuevos Desafíos*

“En los trabajos preparatorios y en las discusiones preliminares fue fundamental el apoyo de la Fundación Kamanau, que contribuyó en la facilitación de reuniones periódicas de un Comité de Expertos Interdisciplinario, compuesto por científicos y juristas, especialistas que abarcan diversas materias y países, quienes prestaron una contribución sustantiva y recomendaciones especializadas.”

Jurídicos para las Américas, CJI/DEC. 01 (XCIX-O/21), constituyendo el primer pronunciamiento de un órgano oficial de la OEA sobre neurotecnologías y la protección frente a eventuales o potenciales abusos surgidos de su indebida utilización.

Esta primera Declaración se concentra más en identificar las preocupaciones y áreas de problemas, para que a partir de esas cuestiones críticas avanzar en afinar principios, directrices o estándares que regulen esta materia.

La Declaración fija su marco de referencia en la estructura jurídica interamericana. Recuerda que la *Carta de la Organización de los Estados Americanos* (OEA) expresa que el desarrollo científico y tecnológico debe afianzar los derechos fundamentales de las personas, buscando el mejoramiento integral de la persona humana y como fundamento de la democracia, la justicia social y el progreso. También subraya que la *Carta Social de las Américas* establece que el desarrollo científico y tecnológico debe contribuir a mejorar la calidad de vida y alcanzar el desarrollo integral de las personas, por lo que resulta necesario adoptar las medidas tendientes a garantizar que la aplicación de las innovaciones beneficie a todos.

De forma particular, deja claro, que estas preocupaciones deben ser valoradas desde una perspectiva de Derechos Humanos, asentada en la centralidad de la dignidad del ser humano y los consiguientes derechos reconocidos por la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* y conforme a la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (Pacto San José), que obliga a los Estados a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y garantizar su libre y pleno ejercicio a todas las personas, comprometiéndose a adoptar medidas específicas para lograr el desarrollo progresivo y la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la Organización. Asimismo, se añade que el Protocolo Adicional a la *Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (Protocolo de San Salvador), reconoce el derecho de toda persona a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico.

La Declaración destaca que “los avances de la neurociencia y el desarrollo de las neurotecnologías, plantean importantes preocupaciones éticas

y jurídicas sobre su impacto final en principios, derechos y libertades fundamentales como la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, la identidad y la autonomía, el derecho a la privacidad e intimidad, la libertad de pensamiento y de expresión, la integridad física y psíquica, el disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental y el acceso a remedios, la igualdad ante la ley, así como a la protección judicial en caso de daños, entre otros”. En ese sentido, la Declaración contempla algunas inquietudes sobre las que se debe dar respuesta:

Condicionamiento de la personalidad y pérdida de autonomía: La Declaración aclara que la libertad personal está protegida en los instrumentos interamericanos e incluye el derecho de toda persona a organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones en absoluta libertad. Sin embargo, el Comité Jurídico Interamericano entendió que “el vertiginoso avance de las neurotecnologías, especialmente aquellas para uso no médico, nos enfrenta a la posibilidad de que esta autonomía se vea en riesgo por el uso indiscriminado y no regulado de aplicaciones o dispositivos tecnológicos”.

Intervenciones legítimas en materia de salud, integridad física y mental: La salud ha sido entendida como un estado completo de bienestar físico, mental y social y no solamente como la ausencia de enfermedades, destaca la Declaración que dentro de los contenidos de exigibilidad inmediata del derecho a la salud se encuentran el derecho al consentimiento informado frente a cualquier intervención médica en el cuerpo (en relación con el derecho de acceso a la información); y el derecho al secreto médico respecto de todo aspecto vinculado a la atención en salud (referente al derecho a la vida privada). La preocupación del Comité Jurídico Interamericano recae en el ámbito de las neurotecnologías (especialmente aquellas de uso no médico), ya que faltan estándares y normativas claras que garanticen información adecuada, la voluntariedad, la preservación de la libertad y autoconciencia, la determinación del grado de riesgos asumibles, y el secreto del contenido de los datos de la actividad cerebral.

Privacidad mental y protección de datos neuronales obtenidos a partir del uso de neurotecnologías: La protección de la privacidad se caracteriza por que las personas queden exentas e inmunes a las invasiones o

“...en la actualidad aquello que está en juego es la posibilidad de ingresar a la intimidad misma de las personas, invadir su privacidad y autonomía y afectar la libertad y el desarrollo de la personalidad.”

agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o del propio Estado. La Declaración anticipa que el sistema interamericano de derechos humanos reconoce que este derecho implica una protección frente a interferencias en la esfera más íntima de las personas, abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo y ha alertado que ciertos progresos o el desarrollo de determinadas herramientas tecnológicas pueden poner en riesgo el derecho a la vida privada.

Igualdad de acceso y no discriminación en el uso de las neurotecnologías: El principio de igualdad y no discriminación es la base fundamental del marco jurídico interamericano. No obstante, la Declaración consideró que los desarrollos y las aplicaciones neurotecnológicas pueden generar

brechas en el acceso a las mismas, con los consecuentes impactos en materia de discriminación, particularmente en lo que respecta a las tecnologías de aumentación o potenciación mental. En este sentido, varios factores crean barreras significativas para acceder a los tratamientos, especialmente en el mundo en desarrollo. Por otra parte, se destacó que no existen medidas legales, éticas y técnicas que anticipen, prevengan e impidan el uso discriminatorio y la imposición de sesgos de estas neurotecnologías.

Libertad de expresión y acceso a la información pública: El Comité Jurídico Interamericano entendió que la irrupción de las neurotecnologías plantea algunas preocupaciones con relación al control y monitoreo que los ciudadanos y medios de comunicación pueden tener respecto de ellas: “Las neurotecnologías, así como las herramientas de Inteligencia Artificial utilizadas, deben ser inteligibles para los desarrolladores, profesionales médicos, pacientes, usuarios y reguladores. Al respecto, genera inquietud que no existan estándares que aseguren la transparencia de dichas tecnologías y que habiliten un debate público sobre su diseño y riesgos. Además, la proliferación de noticias falsas o especulativas acerca de las neurotecnologías

y sus implicancias, que exageren tanto de efectos positivos como negativos, podrían constituir una barrera para un debate público informado”.

De esta manera, se observa que en la actualidad aquello que está en juego es la posibilidad de ingresar a la intimidad misma de las personas, invadir su privacidad y autonomía y afectar la libertad y el desarrollo de la personalidad. Por eso, la Declaración remarca que “la ausencia de regulaciones locales e internacionales es un escenario que genera gran preocupación”. La Declaración hace un llamado a los Estados para “anticiparse a estas preocupaciones y prestar especial atención al desarrollo de estas tecnologías mediante regulaciones, que ofrezcan salvaguardas suficientes para que su desarrollo e implementación progresiva no constituyan amenazas a los derechos y libertades protegidos en el marco jurídico interamericano”.

Finalmente, la Declaración del Comité Jurídico Interamericano determina continuar el tratamiento de este tema en su agenda de trabajo y desarrollar en mayor profundidad estas preocupaciones mediante un documento de Principios interamericanos en materia de neurociencias, neurotecnologías y Derechos Humanos que pueda

“anticiparse a estas preocupaciones y prestar especial atención al desarrollo de estas tecnologías mediante regulaciones, que ofrezcan salvaguardas suficientes para que su desarrollo e implementación progresiva no constituyan amenazas a los derechos y libertades protegidos en el marco jurídico interamericano.”

establecer estándares internacionales que contribuyan a orientar y armonizar las regulaciones nacionales necesarias.

En cumplimiento de esta prescripción, junto al apoyo del Comité de Expertos, se han continuado los trabajos que confluyen en el texto: **Informe de avance sobre: “Principios interamericanos en materia de Neurociencias, Neurotecnologías y Derechos Humanos” (CJI/doc. 662/22)**, considerado –a propuesta del autor, que es el Relator a cargo de este tema– por el Comité Jurídico Interamericano de la Organización de Estados Americanos, en su 100° período de sesiones realizado en la ciudad de Lima, Perú,

“...documento de Principios interamericanos en materia de neurociencias, neurotecnologías y Derechos Humanos que pueda establecer estándares internacionales que contribuyan a orientar y armonizar las regulaciones nacionales necesarias.”

durante la primera semana de mayo de 2022, en Lima, que propone el siguiente conjunto de principios que deberían guiar el desarrollo científico y la aplicación de estas nuevas tecnologías.

1. Identidad y autonomía

Las neurotecnologías no deben afectar la identidad, autonomía de la voluntad y el libre desarrollo de la personalidad. Es fundamental preservar y garantizar el control de cada persona sobre su propia identidad individual. Asegurar la autodeterminación neurocognitiva, soberanía y libertad en la toma de decisiones.

2. Protección de los Derechos Humanos desde el diseño

Los Estados deben garantizar la integración efectiva, sistemática,

transparente y el respeto a los derechos humanos desde el inicio del diseño de las neurotecnologías, en su implementación y evaluación. El sustrato neurocognitivo de un sujeto es producto de su actividad cerebral, por lo cual constituye la esencia de su personalidad y es fundamental y necesaria la garantía de protección de los derechos humanos en ese ámbito.

3. Datos personales sensibles.

La Neuro-privacidad

La actividad neuronal forma parte, entre otras cosas, de la privacidad y por lo tanto está protegida por las normas de derechos humanos relacionadas con la misma. Los datos neuronales, derivados de tal actividad, constituyen datos personales sensibles y son especialmente susceptibles de causar daños considerables a las personas si se hace mal uso de ellos. Los responsables de los datos deberían adoptar medidas de privacidad y de seguridad reforzadas que sean acordes con la sensibilidad de los datos y su capacidad de hacer daño a los titulares de los datos. Se deben asegurar límites en la aplicación de las técnicas de decodificación que permitan identificar a una persona o hacerla identificable, especialmente con datasets que se comparten con terceras partes.

4. Seguridad y Dominio de los Datos neuronales

La garantía de la libertad de decisión en cuanto al acceso a la actividad neuronal y a su eventual tratamiento se extiende a la seguridad de los datos neuronales obtenidos y el pleno dominio y disposición sobre los mismos. Quienes sean responsables del tratamiento de datos neuronales, deben adoptar medidas de seguridad reforzadas para los datos neuronales, así como establecer y mantener, con independencia del tipo de tratamiento que efectúen, planes de gestión claros y directrices de protección para la recopilación, el almacenamiento, la organización y el acceso de los datos a fin de garantizar de manera estricta la seguridad de los mismos.

5. Consentimiento informado

Debe asegurarse el consentimiento libre, informado, específico, inequívoco, libre de vicios, de quienes permiten el acceso o tratamiento de la actividad neuronal y medidas de carácter jurídico, administrativo, físico y técnico suficientes para garantizar la confidencialidad, integridad y disponibilidad de los datos personales. El consentimiento es un requisito imprescindible para el acceso a la recopilación de la información cerebral, el tratamiento

de la información debe estar estrictamente limitado a los términos del consentimiento. Toda persona que otorgare su consentimiento debe poder revocarlo, así como también solicitar que se elimine el tratamiento de datos neuronales almacenados en cualquier momento, para lo cual el responsable establecerá mecanismos sencillos, ágiles, eficaces y gratuitos. Este consentimiento debe poner especial atención cuando la información tratada se pretenda utilizar para el desarrollo de modelos predictivos para hacer inferencias de comportamiento. En la obtención del consentimiento de niñas, niños y adolescentes, se debe contemplar el principio de la autonomía progresiva, además de lo dispuesto en las reglas de representación previstas en el derecho interno de los Estados.

6. Confidencialidad y Garantía de no intromisión

Es deber de los Estados garantizar la negativa de intromisión y acceso a la información cerebral sin el expreso consentimiento de la persona y con todas las salvaguardas en protección de datos personales. Toda persona tiene derecho a la privacidad e integridad de sus datos cerebrales y a no sufrir alteraciones, manipulaciones

y/o modificaciones de la información cerebral, que pongan en riesgo o afecten su libertad de pensamiento, autonomía, dignidad, salud e integridad humana.

7. Igualdad y no discriminación [neurodiscriminación]

Los avances y usos de la Neurotecnología no deben tener como consecuencia el mantenimiento o el aumento de las desigualdades o la exacerbación de las discriminaciones, especialmente en los grupos más vulnerables. Para ello, el desarrollo de neurotecnologías debe ser transparente y accesible a todas las personas y debe ser parte de las políticas de innovación responsable que vayan en beneficio de la equidad de toda la sociedad, principalmente en términos de mejoramiento de condiciones de salud de la población.

8. Acceso equitativo a las neurotecnologías

Debe garantizarse el acceso equitativo en el uso y los beneficios de las neurotecnologías, eliminando las barreras de entrada y contribuyendo a la mayor realización de los derechos a la salud y educación de todas las personas. Los Estados deberán fomentar políticas públicas, así como mecanismos de

cooperación internacional, dirigidas a promover la educación y el acceso a los bienes y servicios de salud de todas las personas, a efectos de garantizar que puedan beneficiarse del desarrollo de los avances en neurociencia y neurotecnología. De igual manera, los Estados deben garantizar un equilibrio entre los intereses particulares y de la colectividad en el desarrollo, acceso, uso y comercialización de las neurotecnologías dentro del marco jurídico y estándares internacionales sobre “Empresas y Derechos Humanos”, en cumplimiento de sus obligaciones de respeto y garantía de los derechos involucrados.

9. Transparencia y responsabilidad proactiva

Los Estados tienen la obligación de asegurar que todos los actores estatales o no estatales que estén vinculados con el tratamiento y desarrollo de datos sobre Neurotecnología deben garantizar la transparencia y el acceso a la información de la manera en que se investigan, desarrollan, aplican y funcionan estas tecnologías y el impacto que tienen en los derechos humanos, así como la rendición de cuentas sobre el tratamiento de datos neuronales en su posesión. La transparencia requiere

que se publique proactivamente o se documente suficiente información sobre cómo está diseñada la tecnología y cómo debe usarse. Dicha información debe seguir publicándose y documentándose con regularidad y de manera oportuna después de que se apruebe el uso de una tecnología.

10. Gobernanza de datos

Los responsables del tratamiento de datos neuronales deben realizar un adecuado uso de la información que recogen, y están obligados a informar de manera comprensible la utilización de los mismos. Los poderes públicos deben establecer garantías sobre el modo cómo se gobierna, protegen y disponen de los datos y publicar regularmente información sobre cómo se han tomado las decisiones para la adopción de estas tecnologías y cómo se evaluará periódicamente, sus usos, sus limitaciones conocidas, lo que puede facilitar la auditoría y la supervisión externas. Los Estados deberán establecer órganos de supervisión independientes, abiertos a la participación de las partes pertinentes, con autonomía de gestión, para monitorear y promover la protección de datos neuronales de conformidad con estos Principios.

11. Control sobre el aumento de las capacidades cognitivas

El uso de las neurotecnologías para mejorar o aumentar las capacidades cognitivas de las personas debe estar sujeto a un control reforzado, límites y garantías de derechos humanos. El aumento cognitivo comprende el uso de tecnologías para la mejora de las habilidades cognitivas del ser humano, que van desde mecanismos tradicionales como la educación hasta medios más disruptivos como la estimulación cerebral. Los Estados deben regular aquellos supuestos y condiciones de empleo de las neurotecnologías que, más allá de su aplicación terapéutica o del ámbito de salud, pretendan el aumento o la mejora de las capacidades cognitivas. Los Estados deben establecer mecanismos para prevenir e impedir el surgimiento de una eventual brecha social y educativa entre las personas que hubieren decidido aumentar sus capacidades y aquellas que hubieren optado o no puedan hacerlo. Las legislaciones nacionales deben definir con mayor precisión el contexto normativo y regulatorio del neuromejoramiento para garantizar la salvaguarda y la efectiva protección de la dignidad humana.

“Todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales, ambientales y culturales deben comprenderse como un conjunto, siendo iguales entre sí, no existiendo jerarquías entre ellos, hoy estamos asistiendo a lo que se podría denominar una quinta generación o a una nueva ola de reconocimiento de derechos más complejos y específicos en favor de la persona humana.”

12. Desarrollo de las neurociencias y neurotecnologías

Los Estados deben garantizar que el desarrollo de las neurociencias y neurotecnologías buscará beneficiar a todas las personas y contribuir a la realización de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Los Estados se deben comprometer a adoptar medidas, especialmente económicas y técnicas, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre salud, educación, ciencia y cultura.

13. Integridad neurocognitiva y salvaguardas

Se deben crear mecanismos dirigidos a evitar el uso de las neurotecnologías para fines maliciosos que resulten en intervenciones neurotecnológicas destinadas al daño o afectación de la actividad cerebral o que impacten en el ejercicio de los derechos humanos u otros fines ilegítimos. Los Estados deben establecer mecanismos para prohibir el desarrollo, uso y comercialización de neurotecnologías maliciosas y establecer parámetros para delimitar aquellas neurotecnologías prohibidas en función de su riesgo para los derechos humanos.

14. Supervisión y fiscalización

Es rol de los Estados dictar normas que garanticen que el uso y aplicación de estas tecnologías no tengan impactos negativos en los derechos de las personas, con el propósito de salvaguardar los intereses y libertades de los titulares de los datos neuronales y protegiendo el derecho a la salud y la educación. La ausencia de regulaciones específicas de las neurotecnologías, así como sus alcances e impactos, genera un riesgo de manipulación ilegítima su sustrato neurocognitivo de emociones, sentimientos y decisiones desde quienes produzcan estas tecnologías y/o controlen los

grandes sistemas de inteligencia artificial (IA) que decodifican la información neuronal.

15. Acceso a tutela efectiva del sustrato neurocognitivo

Los Estados deben garantizar mecanismos de tutela efectiva del sustrato neurocognitivo de las personas y asegurar el acceso a remedios tanto en sede administrativa como en sede judicial, garantizando el debido proceso, para monitorear y promover la protección de los derechos humanos de conformidad con estos Principios. Finalmente, el Informe de Progreso termina señalando la importancia de continuar trabajando en la construcción de consensos para la elaboración de los Principios Interamericanos en materia de Neurociencias, Neurotecnologías y Derechos Humanos en el contexto de una nueva era compleja en relación con la magnitud y velocidad de los fenómenos que la atraviesan y la necesidad de garantizar el cumplimiento y el respeto por los derechos humanos.

IV. Reflexiones finales

Aunque está claro para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que todos los derechos son

“El desafío próximo, con el fin de continuar el desarrollo de los Principios Interamericanos en materia de Neurociencias, Neurotecnologías y Derechos Humanos, constituye abrir y ampliar la discusión con otros actores sociales, académicos y científicos, del mundo empresarial y del sector salud, expandiendo esta nueva frontera de los derechos humanos a aquellos otros campos que van más allá del ámbito estrictamente jurídico.”

interdependientes e indivisibles, que no pueden separarse o fragmentarse unos de otros. Todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales, ambientales y culturales deben comprenderse como un conjunto, siendo iguales entre sí, no existiendo jerarquías entre ellos, hoy estamos asistiendo a lo que se podría denominar una quinta generación o a una nueva ola de reconocimiento de derechos más complejos y específicos en favor de la persona humana. Se trata de un nuevo régimen jurídico internacional -en formación- que

busca reforzar la protección que se requiere frente al impacto de las nuevas tecnologías sobre la integridad cerebral, salud mental, privacidad y libertad de pensamiento de las personas, que deberían estar adecuadamente protegidos por los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Una de las primeras discusiones con las que se inició la reflexión conjunta e intercambio con el Grupo de Expertos y los propios miembros del Comité Jurídico Interamericano, versó sobre establecer el marco de referencia para abordar este asunto. Aunque algunos expertos observan que se estaría gestando un conjunto de nuevos derechos, el enfoque de la Declaración buscó una forma de hacer explícita la necesidad de cubrir estas situaciones singulares que plantean el uso de las nuevas tecnologías desde los derechos ya existentes. En ese sentido, la definición fue avanzar en su desarrollo progresivo bajo el

marco convencional actual, base del sistema interamericano de derechos humanos; nutriéndose de los avances y estándares que se vienen generando a nivel universal, en otros sistemas regionales, además de los avances en la legislación interna que se está empezando a dar en algunos países de la región.

En ese sentido, los principios propuestos reflejan el estado actual de la discusión regional, y por ello, podríamos decir que marcan un hito de inicio, y no es una discusión terminada o cerrada. El desafío próximo, con el fin de continuar el desarrollo de los Principios Interamericanos en materia de Neurociencias, Neurotecnologías y Derechos Humanos, constituye abrir y ampliar la discusión con otros actores sociales, académicos y científicos, del mundo empresarial y del sector salud, expandiendo esta nueva frontera de los derechos humanos a aquellos otros campos que van más allá del ámbito estrictamente jurídico.

- ¹. Kennedy, P. (1995). *Hacia el siglo XXI*. Plaza y Janés.
- ². Orias, R. (2022). Latinoamérica frente a los escenarios de crisis internacional. *Revista Umbrales*, (39: Crisis internacional y tendencias geopolíticas), 11-36. <http://www.cides.edu.bo/index.php/component/content/article/8-publicaciones/revista-umbrales/494-umbrales-n-39?Itemid=101>
- ³. Riechmann, J. (2019, 19 de mayo). La oleada del extractivismo verde. Blog.
- ⁴. Ferrante, E. (2021). Inteligencia Artificial y sesgos algorítmicos ¿Por qué deberían importarnos? *Revista Nueva Sociedad*, (294), 27-36.
- ⁵. En este trabajo entenderemos por Neurociencias “al conjunto de ciencias y disciplinas científicas y académicas que estudian el sistema nervioso, centrandó su atención en la actividad del cerebro y su relación e impacto en el comportamiento” (ARA-YA-PIZARRO & ESPINOZA PASTÉN, 2020). Aportes desde las neurociencias para la comprensión de los procesos de aprendizaje en los contextos educativos. *Propósitos y Representaciones*, 8(1), e312. <http://dx.doi.org/10.20511/pyr2020.v8n1.312> Por su parte, definiremos a las Neurotecnologías, como “el conjunto de métodos e instrumentos que permiten una conexión directa de dispositivos técnicos con el sistema nervioso” (Roberts, 2019). *Neurotecnologías: los desafíos de conectar el cerebro humano y computadores*. Documento Frontera 1. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Asesoría Técnica Parlamentaria.
- ⁶. Orias, R. (2021, 10 de noviembre). Los neuroderechos: ¿Una quinta generación de derechos humanos? *Guardiana*. <https://guardiana.com.bo/opinion/los-neuroderechos/>
- ⁷. Perez Luño, A. E. (2014). *Los Derechos Humanos ante las nuevas tecnologías*. Tirant lo Blanch.
- ⁸. Yuste, R. y Goering, S. (2017). Four ethical priorities for neurotechnologies and AI. *Nature*, (551), 159-163. <https://doi.org/10.1038/551159a>
- ⁹. El Comité de Expertos está integrado por: Eduardo Bertoni, Ciro Colombara, Francesca Fanucci, Verónica Hínestroza, Amelie Kim Cheang, Tomás Quadra Salcedo, Moisés Sánchez, Silvia Serrano Guzmán y Rafael Yuste.

Sobre el autor

Ramiro Gastón Orias Arredondo

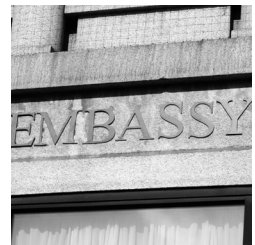
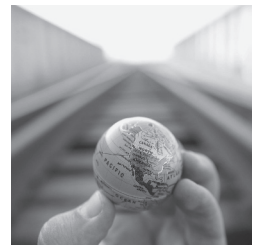


Ramiro Gastón Orias Arredondo, abogado boliviano, tiene más de 30 años de experiencia trabajando en programas de investigación, capacitación e incidencia pública en materia de acceso a la justicia, reforma penal, derechos humanos y derecho internacional. Es Miembro del Comité Jurídico Interamericano desde 2021. Asimismo, como consultor internacional, ha participado en proyectos de desarrollo de capacidades y fortalecimiento del Estado de derecho, la independencia judicial y la promoción de los derechos humanos en la región. En la actualidad, Ramiro Orias es Oficial de Programas Senior en la Due Process of Law Foundation (DPLF), una organización civil regional de derechos humanos, con sede en Washington DC, con un trabajo extendido en AL que promueve reformas para un mejor acceso

a la justicia y la independencia judicial, involucrando a múltiples actores como organizaciones de la sociedad civil, abogados, defensores públicos, jueces y medios de comunicación. El Sr. Orias ha participado en diversas iniciativas de DPLF en Bolivia, El Salvador, Nicaragua, Venezuela y México. Ha sido profesor de Derecho Internacional Público en la Academia Diplomática de Bolivia, la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Boliviana y en la Maestría de Relaciones Internacionales del Centro de Posgrado de la Universidad mayor de San Andrés (CIDES-UMSA) en La Paz. Es licenciado en Derecho y Ciencias Políticas de la UMSS y tiene una maestría en Estudios Internacionales (Universidad de Chile) y es autor de diversas publicaciones en revistas y libros.

Sumario

- I. *Introducción;*
- II. *Comentarios sobre la Declaración;*
- III. *Conclusiones*



**George Rodrigo
Bandeira Galindo**

La inviolabilidad de las sedes diplomáticas como principio de las relaciones internacionales y su relación con la figura del Asilo Diplomático

I. Introducción

En 2020, la Asamblea General de la OEA decidió referir el tema “La inviolabilidad de las sedes diplomáticas como principio de las relaciones internacionales y su relación con la figura del asilo diplomático” (AG/RES. 2959 (L-O/20)) al Comité Jurídico Interamericano (CJI o Comité). Para apoyar la labor del CJI, solicitó a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos (CAJP) celebrar una sesión de reflexión colectiva con el fin de recabar ideas sobre el asunto. La sesión, realizada el 30 de abril de 2021 (OEA/SG DDI/doc. 8/21), contó con la participación de especialistas en la materia y fue complementada con comentarios y observaciones de los Estados. La Representante Permanente de México ante la OEA, Embajadora Luz Elena Baños Ríos, y el Presidente del Comité, doctor Luis García Corrochano, realizaron algunas aportaciones iniciales. Los siguientes especialistas ofrecieron

explicaciones sobre el tema: George Rodrigo Bandeira Galindo (Brasil), Íñigo Salvador Crespo (Ecuador), Pablo Monroy Conesa (México), Alonso Illueca (Panamá) y María Teresa Infante (Chile). Las siguientes delegaciones ante la OEA formularon observaciones sobre el tema: Estados Unidos, México, Panamá, Ecuador, República Dominicana, Canadá, Argentina, Brasil y Colombia.

Después de la reflexión colectiva, el asunto fue remitido al Comité e incluido en su temario. Fué, entonces, nombrado relator.

En su 101 Período Ordinario de Sesiones, el Comité aprobó por unanimidad la “Declaración sobre la Inviolabilidad de la Sede Diplomática como Principio de las Relaciones Internacionales y su Relación con la Figura del Asilo Diplomático” (CJI/DEC.03 (CI-O/22), con el siguiente contenido:

Declaración Sobre la Inviolabilidad de las Sedes Diplomáticas como Principio de las Relaciones Internacionales y su Relación con la Figura del Asilo Diplomático

El Comité Jurídico Interamericano,

Teniendo en Cuenta que:

Por medio de la resolución AG/RES. 2959 (L-O/20), la Asamblea General encomendó a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos que celebrase una sesión para reflexionar colectivamente sobre la inviolabilidad de las sedes diplomáticas como principio de las relaciones internacionales y su relación con la figura del asilo diplomático, cuyo informe, con los principales resultados de la reflexión colectiva, fueron remitidos al Comité Jurídico Interamericano;

En su 99º período ordinario de sesiones, el Comité Jurídico Interamericano incorporó en su temario el tema de la inviolabilidad de las sedes diplomáticas como principio de las relaciones internacionales y su relación con la figura del asilo diplomático;

Considerando que:

Son parte en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961, 193 Estados, entre los cuales se encuentra la totalidad de los 35 Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos;

En virtud del artículo 22 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961, los locales de la misión diplomática son inviolables, no admitiendo tal norma ninguna excepción;

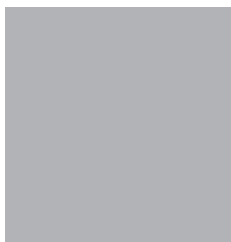
La práctica posterior de los Estados, inclusive de los Estados americanos, confirma que la norma del artículo 22 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas no admite excepciones;

La Corte Internacional de Justicia ha reconocido que el principio de la inviolabilidad de los locales de la misión diplomática constituye uno de los fundamentos propios del régimen de derecho diplomático;

La Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961 establece que las personas que gozan de privilegios e inmunidades deben respetar las leyes y los reglamentos del Estado

**George Rodrigo
Bandeira Galindo**

La inviolabilidad de las sedes diplomáticas como principio de las relaciones internacionales y su relación con la figura del Asilo Diplomático



receptor, teniendo el deber de no inmiscuirse en los asuntos internos del referido Estado, y que los locales de la misión no deben ser utilizados de manera incompatible con las funciones de la misión;

Diversos Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos son parte en la Convención de La Habana sobre Asilo de 1928, la Convención de Montevideo sobre Asilo Político de 1933, y en la Convención de Caracas sobre Asilo Diplomático de 1954;

Algunos Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos reconocen la concesión del asilo diplomático como norma internacional consuetudinaria particular;

La Resolución de la 27ª Reunión de Consulta de los Ministros de Relaciones Exteriores del 24 de agosto de 2012 reiteró la plena vigencia de los principios y normas que gobiernan

las relaciones diplomáticas entre los Estados, especialmente aquellas que se refieren al pleno respeto a la inviolabilidad de los locales de las misiones diplomáticas y representaciones consulares, y reafirmó que tales principios y normas constituyen reglas fundamentales para la coexistencia pacífica de todos los países que componen la comunidad internacional;

La Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que la sospecha del uso indebido de los locales de la misión diplomática como, por ejemplo, en el caso de violación de leyes locales, incluso en situaciones que involucran la concesión de asilo diplomático, no autoriza al Estado receptor a ingresar de manera forzada a los locales de la misión diplomática, y que el artículo 22 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas no establece excepción alguna a la inviolabilidad de los locales de la misión diplomática; y,

La Corte Internacional de Justicia sostuvo que las propias reglas de derecho diplomático brindan los medios necesarios para que el Estado receptor pueda lidiar con los abusos referentes a las inviolabilidades, incluso la inviolabilidad del local de la misión diplomática, previstas en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961. Tales medidas comprenden, por ejemplo, la declaración de un miembro de la misión como persona non grata o la ruptura de relaciones diplomáticas, con la consecuente solicitud de cierre inmediato de la misión diplomática,

Declara:

1. La norma sobre la inviolabilidad de los locales de la misión diplomática no admite ningún tipo de excepción.

2. Los eventuales abusos a la norma sobre la inviolabilidad de los locales de la misión diplomática, en situaciones relativas a la concesión del asilo diplomático, deben ser resueltos recurriendo exclusivamente a las medidas previstas en el derecho diplomático.

La presente declaración fue aprobada por unanimidad en la sesión celebrada el 9 de agosto de 2022, por los

siguientes miembros: doctores José Luis Moreno Guerra, José Antonio Moreno Rodríguez, Cecilia Fresnedo de Aguirre, Ramiro Gastón Orias Arredondo, Martha del Carmen Luna Véliz, Mariana Salazar Albornoz y Eric P. Rudge.”

La Declaración fue seguida por una nota explicativa preparada por mí, que reproduzco a continuación con algunas modificaciones, en forma de comentarios.

II. Comentarios sobre la Declaración

La Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961 es uno de los tratados de mayor aceptación en la comunidad internacional. Son partes de dicho tratado 193 Estados, entre los cuales se encuentran los 35 Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA)¹. Aunque la doctrina y la jurisprudencia nunca hayan puesto en duda el carácter consuetudinario del artículo 22 de la Convención, que se refiere a la inviolabilidad de los locales de la misión², en la práctica la cuestión no es pertinente en el ámbito interamericano, ya que se trata de una norma de naturaleza convencional aplicable a todos los Estados miembros de la OEA.

**George Rodrigo
Bandeira Galindo**

La inviolabilidad de las sedes diplomáticas como principio de las relaciones internacionales y su relación con la figura del Asilo Diplomático



El artículo 22 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas no establece ninguna excepción a la inviolabilidad de los locales de la misión. Varias delegaciones lo recalcaron en la sesión de reflexión colectiva de la CAJP (México, Panamá, República Dominicana, Brasil y Colombia). La Corte Interamericana de Derechos Humanos afirmó lo mismo de manera categórica³. Mientras que la segunda parte del párrafo 1 del artículo 22 establece una prohibición general, dirigida especialmente a las autoridades del Estado receptor, en la forma de una obligación de no hacer (“Los locales de la misión son inviolables. Los agentes del Estado receptor no podrán penetrar en ellos sin el consentimiento del jefe de la misión”), el párrafo 2 dispone, para el Estado receptor, una clara obligación de hacer (“El Estado receptor tiene la obligación especial de adoptar todas las medidas apropiadas para proteger los locales de la misión contra cualquier

“La Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961 es uno de los tratados de mayor aceptación en la comunidad internacional. Son partes de dicho tratado 193 Estados, entre los cuales se encuentran los 35 Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA)”

intrusión o daño, y evitar que se turbe la tranquilidad de la misión o se atente contra su dignidad”). La Corte Internacional de Justicia aseveró que no proteger la inviolabilidad de los locales de la misión diplomática constituye una omisión que puede comprometer la responsabilidad internacional del Estado receptor⁴.

“Sin perjuicio de sus privilegios e inmunidades, todas las personas que gocen de esos privilegios e inmunidades deberán respetar las leyes y reglamentos del Estado receptor. También están obligadas a no inmiscuirse en los asuntos internos de ese Estado”

La práctica posterior de los Estados, incluidos los Estados miembros de la OEA, ha consistido claramente en no admitir excepciones a la regla de la inviolabilidad de los locales de la misión diplomática. Eileen Denza afirma que, en casi todos los operativos realizados por las fuerzas del orden en locales de misiones, tales actividades han sido breves o accidentales y el Estado receptor no las ha justificado por considerarlas violatorias del derecho internacional⁵. Las posiciones antedichas de algunos Estados miembros de la OEA, así como el silencio de otros con respecto a la justificación de la posibilidad de excepciones a la inviolabilidad, son elementos pertinentes para definir una práctica posterior que corrobora el sentido explícito del artículo 22 de la Convención de Viena

sobre Relaciones Diplomáticas de 1961. Además, la resolución de la Vigésima Séptima Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, del 24 de agosto de 2012 (RC.27/RES.1/12 rev. 3) apunta a una práctica sólida en ese sentido en el contexto regional, al mencionar el “*pleno respeto de la inviolabilidad de los locales de las misiones diplomáticas*” y el rechazo de “*cualquier intento que ponga en riesgo la inviolabilidad de los locales de las misiones diplomáticas*”. Aunque la resolución fue objeto de explicaciones por parte de ciertos Estados, ninguno de ellos puso en tela de juicio la inexistencia de excepciones a la inviolabilidad de los locales de las misiones diplomáticas.

También es importante recordar que la Convención de La Habana sobre Funcionarios Diplomáticos de 1928, que cuenta con 15 Estados Partes⁶, es uno de los elementos que conforman esta práctica, ya que su artículo 16 es claro al no admitir excepciones a la inviolabilidad de los locales de la misión (“*Ningún funcionario o agente judicial o administrativo del Estado donde el funcionario diplomático está acreditado podrá entrar en el domicilio de éste o en el local de la misión, sin su consentimiento*”).

La Corte Internacional de Justicia afirmó que “el principio de la inviolabilidad de la persona de los agentes diplomáticos y de los locales de las misiones diplomáticas es uno de los fundamentos mismos de este régimen establecido desde hace mucho tiempo, a cuya evolución las tradiciones del Islam contribuyeron sustancialmente. Además, las disposiciones de los artículos 44 y 45 de la Convención de 1961 sustentan firmemente el carácter fundamental del principio de inviolabilidad”. Aunque ese carácter fundamental ya se ha entendido como una posible sugerencia del carácter imperativo (*jus cogens*) de la norma sobre inviolabilidad de los locales de la misión⁸ y la Representante Permanente de México ante la OEA ha indicado expresamente su carácter de “*norma perentoria de derecho internacional*”, no existe una práctica suficiente en los Estados, ni siquiera en los Estados miembros de la OEA, que corrobore tal idea. No obstante, eso no menoscaba la importancia y el carácter estructurador de la inviolabilidad de los locales de la misión diplomática para el derecho diplomático y para las propias relaciones internacionales.

El apartado 1 del artículo 41 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961 estipula:

“Sin perjuicio de sus privilegios e inmunidades, todas las personas que gocen de esos privilegios e inmunidades deberán respetar las leyes y reglamentos del Estado receptor. También están obligadas a no inmiscuirse en los asuntos internos de ese Estado”. El apartado 3 dispone: “*Los locales de la misión no deben ser utilizados de manera incompatible con las funciones de la misión tal como están enunciadas en la presente Convención, en otras normas del derecho internacional general o en los acuerdos particulares que estén en vigor entre el Estado acreditante y el Estado receptor*”. Tales normas demuestran claramente que el Estado acreditante

“Los locales de la misión no deben ser utilizados de manera incompatible con las funciones de la misión tal como están enunciadas en la presente Convención, en otras normas del derecho internacional general o en los acuerdos particulares que estén en vigor entre el Estado acreditante y el Estado receptor”

no puede hacer uso abusivo del régimen de inmunidades e inviolabilidades. La existencia de este régimen está directamente vinculada a la idea expuesta en el preámbulo de la Convención: *“Reconociendo que tales inmunidades y privilegios se conceden, no en beneficio de las personas, sino con el fin de garantizar el desempeño eficaz de las funciones de las misiones diplomáticas en calidad de representantes de los Estados”*. En el caso particular del asilo diplomático, si el Estado receptor entiende que su concesión fue abusiva, puede exigir que el Estado acreditante cumpla el artículo 41.1. Sin embargo, tal exigencia no puede dar lugar a la violación de los locales de la misión diplomática ni al establecimiento de excepciones a su inviolabilidad, como lo recalcó la propia Corte Internacional de Justicia al señalar que, en ese caso, el Estado receptor, incluso en situaciones que afecten su seguridad⁹, puede valerse únicamente de los recursos establecidos en la propia Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas¹⁰, como la declaración de persona non grata o la ruptura de las relaciones diplomáticas. Esa es la razón por la cual se prohíbe que los Estados apliquen contramedidas que afecten el respeto a la inviolabilidad de los locales de la misión diplomática establecida en

el proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre responsabilidad internacional por hechos internacionalmente ilícitos¹¹. Permitir el uso de contramedidas, aunque sujetas al principio de proporcionalidad, como han sugerido algunos autores¹², es abrir un espacio de gran inestabilidad para las relaciones diplomáticas.

Desde otro punto de vista, es difícil concebir el uso de los apartados 1 o 3 del artículo 41 como impedimento para la concesión de asilo diplomático. La Comisión de Derecho Internacional, que elaboró el proyecto que se plasmaría en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961, fue categórica al afirmar que la concesión de asilo, tal como está regulada por los tratados, era válida entre las partes, aunque su proyecto no tratase del asilo: *“La cuestión del asilo no se trata en el proyecto pero, para evitar interpretaciones erróneas, conviene señalar que, entre los acuerdos a los que se refiere el apartado 3, hay algunas convenciones, válidas entre las partes que las han concertado, que regulan el derecho de conceder asilo en los locales de una misión”*¹³. Es cierto también que las deliberaciones de la Comisión de Derecho Internacional demuestran que

la concesión de asilo no depende del acuerdo entre Estados¹⁴. La decisión de excluir del proyecto todo tratamiento de la cuestión del asilo indica, además, que difícilmente se puede asociar la prerrogativa del Estado de conceder asilo a una función diplomática tal como se define en la Convención¹⁵, cuestión que no se preveía en esa época y que tampoco puede decirse que se haya resuelto en la actualidad, como lo demuestra la posición de Estados Unidos en la CAJP.

El asilo diplomático está claramente reconocido en el derecho internacional. Se lo reconoce por lo menos en tres convenciones regionales: la Convención de La Habana sobre Asilo de 1928, la Convención de Montevideo sobre Asilo Político de 1933 y la Convención de Caracas sobre Asilo Diplomático de 1954. Aunque, estrictamente, estas convenciones vinculan solo a un número determinado de Estados miembros de la OEA, su existencia no ha impedido que otros Estados concedan protección de forma unilateral a determinadas personas, en sus misiones diplomáticas, en circunstancias muy particulares, como lo demuestran las intervenciones de Estados Unidos y Canadá en la sesión de la CAJP.

“El asilo diplomático está claramente reconocido en el derecho internacional. Se lo reconoce por lo menos en tres convenciones regionales: la Convención de La Habana sobre Asilo de 1928, la Convención de Montevideo sobre Asilo Político de 1933 y la Convención de Caracas sobre Asilo Diplomático de 1954.”

Más allá de los tratados, algunos Estados entienden que la concesión de asilo diplomático está en camino a convertirse en norma consuetudinaria internacional, como señaló México en la sesión de la CAJP, o incluso podría considerarse como una norma consuetudinaria regional latinoamericana, como lo recalcaron Brasil y Colombia en la misma ocasión. No obstante, la Corte Internacional de Justicia ya rechazó —aunque por falta de instrucción probatoria— la aplicabilidad de una norma consuetudinaria internacional sobre el asunto a un Estado latinoamericano¹⁶. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, teniendo en cuenta

el ámbito de todos los Estados de la OEA¹⁷, no encontró ninguna norma internacional consuetudinaria regional sobre concesión de asilo diplomático, aunque haya vislumbrado la licitud de la concesión de asilo diplomático como expresión de la soberanía de los Estados. En ese sentido, no hay elementos suficientemente sólidos para hablar de una norma internacional consuetudinaria sobre concesión de asilo diplomático aplicable a todo el ámbito interamericano o incluso latinoamericano. Ello no excluye, sin embargo, la posibilidad de que haya una norma consuetudinaria

de ese tipo en arreglos subregionales. La resolución de la Vigésima Séptima Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, del 24 de agosto de 2012, es un elemento importante para identificar la práctica de los Estados miembros de la OEA. Esa importancia se manifiesta no solo en la inexistencia de excepciones a la inviolabilidad de los locales de la misión diplomática, sino también al demostrar el carácter estructurador y fundamental de la consagración de la inviolabilidad de los locales de las misiones diplomáticas en el ámbito de la comunidad internacional y del continente americano.

“Las relaciones diplomáticas son un factor significativamente importante para estabilizar las propias relaciones internacionales. Los efectos de relativizar la regla de inviolabilidad de las misiones diplomáticas son impredecibles, incluso en el caso de aplicación de contramedidas por parte de un Estado que se considera lesionado por la violación de una obligación internacional.”

La aseveración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de que el Estado receptor no puede ingresar a los locales de la misión diplomática de manera forzada, incluso cuando sospeche su uso indebido¹⁸, constituyó un reconocimiento de la afirmación categórica de la Corte Internacional de Justicia de que el derecho diplomático es un régimen “autónomo”¹⁹. Esa autonomía no se refleja en el reconocimiento del carácter fragmentado del derecho internacional²⁰; en cambio, significa que las propias normas de derecho diplomático, específicamente las contenidas en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas

de 1961, proveen los medios para hacer frente a las violaciones de las normas de dicho régimen, entre ellos la declaración de persona non grata y la ruptura de relaciones diplomáticas.

La parte dispositiva de la Declaración refleja de manera sucinta las ideas de que la inviolabilidad de los locales de las misiones diplomáticas no admite excepciones y de que la única forma de combatir el abuso de dicha inviolabilidad consiste en recurrir a los medios dispuestos en las normas positivas de derecho diplomático.

III. Conclusiones

La *“Declaración sobre la inviolabilidad de las sedes diplomáticas como principio de las relaciones internacionales y su relación con la figura del asilo diplomático”* representa un

importante esfuerzo por sistematizar la práctica de los Estados americanos y la práctica judicial internacional sobre la relación muchas veces tensa entre la inviolabilidad de las misiones diplomáticas y el asilo diplomático.

Las relaciones diplomáticas son un factor significativamente importante para estabilizar las propias relaciones internacionales. Los efectos de relativizar la regla de inviolabilidad de las misiones diplomáticas son impredecibles, incluso en el caso de aplicación de contramedidas por parte de un Estado que se considera lesionado por la violación de una obligación internacional.

Que proliferen más esfuerzos como este para que no quede duda del compromiso de los Estados americanos con el respeto inalienable del derecho internacional.

1. Véase https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=II-13&chapter=3&clang=_en#EnDec.
2. INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgment. ICJ Reports 1980, p. 31. La Corte Internacional de Justicia, al citar el artículo 22 de la Convención, señaló que las obligaciones que emanan del mismo se basan en el derecho internacional general: “En la opinión de la Corte, las obligaciones en cuestión del Gobierno de Irán no son meramente obligaciones contra tuales establecidas por las Convenciones de Viena de 1961 y 1963, sino también obligaciones de conformidad con el derecho internacional general”.
3. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018, solicitada por la República de Ecuador. 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), párr. 106: “el propio artículo 22 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas no establece ninguna excepción al principio de inviolabilidad”.
4. INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, p. 44.
5. DENZA, Eileen. Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations. 4th ed. New York: Oxford University Press, 2016, p. 121. En ese sentido, véase SICARI, Vincenzo Rocco. O Direito das Relações Diplomáticas. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 132.
6. Véase <https://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-25.html>.
7. INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, p. 40 (traducción del CJI).
8. Véase, por ejemplo, WAGNER, Niklas et al. Vienna Convention on Diplomatic Relations of 18 April 1961: Commentaries on Practical Application. Berlín: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2018, p. 135.
9. SALMON, Jean. Manuel de Droit Diplomatique. Bruselas: Bruylant, 1994, p. 199.
10. INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, p. 39 y 40.
11. COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, con sus comentarios. Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, Volumen II, Segunda parte, p. 31: “Artículo 50. Obligaciones que no pueden ser afectadas por las contramedidas [...] 2. El Estado que tome contramedidas no quedará exento del cumplimiento de las obligaciones que le incumban: [...] b) De respetar la inviolabilidad de los agentes, locales, archivos y documentos diplomáticos o consulares”.
12. Por ejemplo, SIMMA, Bruno and PULKOWSKI, Dirk. Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law. European Journal of International Law. Vol. 17, 2006, p. 512-516 y CANNIZZARO, Enzo. The Role of Proportionality in the Law of International Countermeasures. European Journal of International Law. Vol. 12, 2001, p. 897-898.

¹³ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. Proyecto de artículos referentes a las relaciones e inmunidades diplomáticas. Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, Volumen II, 1958, p. 112.

¹⁴ NASCIMENTO E SILVA, G. E do. *Diplomacy in International Law*. Leiden: Sijthoff, 1972, p. 106.

¹⁵ Véanse BEHRENS, Paul. *Diplomatic Interference and the Law*. Oxford: Hart Publishing, 2016, p. 240, y HUGHES-GERBER, Laura. *Diplomatic Asylum: Exploring a Legal Basis for the Practice under General International Law*. Cham: Springer, 2021, p. 93. Véanse también FRANCONI, Francesco. *Asilo Diplomatico: Contributo allo studio dele consuetudini locali nel diritto Internazionale*. Milano: Giuffrè, 1973, p. 17-25, que separa claramente el motivo del asilo diplomático del relativo a las normas del derecho diplomático. Ya en 1948, Antokoletz afirmó claramente que no es la extraterritorialidad o la inviolabilidad de la misión diplomática lo que fundamenta el asilo, sino consideraciones de humanidad. Véanse ANTOKOLETZ, Daniel. *Tratado Teorico y Practico de Derecho Diplomatico y Consular*. Tomo I: *Derecho Diplomatico*. Buenos Aires: Editorial Ideas, 1948, p. 336-337.

¹⁶ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Colombian-Peruvian asylum case, Judgment of November 20th 1950. ICJ. Reports 1950, p. 276 a 278.

¹⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-25/18, párr. 162.

¹⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-25/18, párr. 106: “Por otra parte, la Corte considera que la sospecha de un mal uso de la inviolabilidad de dichos locales, ya sea por violaciones de las leyes locales o por el abrigo continuo de un solicitante de asilo, claramente no constituye una justificación para que el Estado receptor ingrese forzosamente a los locales de la misión diplomática, en contravención del principio de inviolabilidad”.

¹⁹ 18 INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, p. 40: “Las normas de derecho diplomático, en suma, constituyen un régimen autónomo que, por un lado, establece las obligaciones del Estado receptor en cuanto a las facilidades, los privilegios y las inmunidades que han de concederse a las misiones diplomáticas y, por otro, prevé su posible abuso por miembros de la misión y especifica los medios con que cuenta el Estado receptor para contrarrestar tal abuso”.

²⁰ El término fue analizado por la Comisión de Derecho Internacional desde este punto de vista. Véase COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. *Fragmentación del derecho internacional: dificultades resultantes de la diversificación y ampliación del derecho internacional*. Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional. Completado por Martti Koskenniemi. UN Doc A/CN.4/L.682 (13 abril, 2006).

George Rodrigo Bandeira Galindo

Sobre el autor



George Bandeira Galindo, es miembro del Comité Jurídico Interamericano, profesor asociado de la Universidad de Brasilia y Consultor Jurídico del Ministerio de Relaciones Exteriores de Brasil. Se ha desempeñado profesionalmente como juez del Tribunal Administrativo de MERCOSUR y de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI) consejero de la Comisión de Amnistía del Ministerio de Justicia, y asesor de ministros del Supremo Tribunal Federal de Brasil, entre otros. En el plano académico, destaca su trayectoria como profesor de teoría general del Estado y derecho internacional público en el Instituto Rio Branco (Academia Diplomática Brasileña), profesor asociado

y director de la Faculdade de Direito da Universidade de Brasilia, y profesor visitante en la Università degli studi di Macerata, en Italia. Es también autor de numerosos artículos sobre derechos humanos y derecho internacional, además de haber coordinado diversas publicaciones jurídicas y publicado su propio libro sobre tratados internacionales y derechos humanos. El doctor Bandeira Galindo obtuvo su título de abogado en la Universidade Federal de Pernambuco, maestría en derecho y doctorado en relaciones internacionales por la Universidad de Brasilia, además de estudios post-doctorales en las universidades de Helsinki y Bremen.

Sumario

- I. CONTEXT:** *Education and Poverty, Crime, Child Labor, and Street Children;*
- II.** *Education a fundamental human right;*
- III.** *International legal instruments on the right to (free) compulsory primary education;*
- IV.** *Landmark case law on the right to compulsory primary education;*
- V.** *The right to (free) compulsory primary education in the Americas region;*
- VI.** *Landmark regional case law on the right to compulsory primary education;*
- VII.** *Respecting and guaranteeing the right to (free) compulsory primary education in the Americas*



The right to (free) compulsory primary education

Eric P. Rudge

I. CONTEXT: Education and Poverty, Crime, Child Labor, and Street Children

1. Poverty – It is a well-documented fact that children from low-income households are significantly less likely to be successful than their middle- and upper-class peers. Studies have repeatedly shown a link between poverty and education. Family income is one of the strongest predictors available for measuring success, both in the classroom and later in life. Laws regarding compulsory education mandate the minimum length of time children and youth must spend in school before having the option to leave. A possible motivation for introducing these, often relates to the assumption that society benefits collectively from the rise of a country's overall education attainment, because doing so promotes good citizenship and economic development². Recent studies have pointed towards working

memory as the key psychological factor linking poverty and education, specifically in academic achievement. A system of compulsory primary education in Member States, will afford each child, despite the social classification and living conditions of his parents, the opportunity to break through the cycle they were born in or were placed within by circumstances. Children of lower-income households should be afforded the opportunity to break through the cycle of illiteracy, poverty, crime and will be able to create their own destiny. That is the main reason that the right to compulsory primary education must be viewed as a fundamental human right³.

2. Crime – Empirically, an increase in educational attainment significantly reduces subsequent violent and property crime yielding sizable social benefits. Evidence on the effects of school quality improvements on

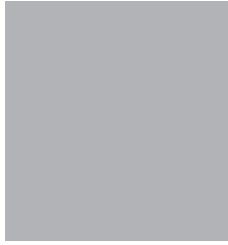
“Family income is one of the strongest predictors available for measuring success, both in the classroom and later in life.”

crime are less conclusive; however, a few studies find important crime-reducing impacts; school attendance does reduce contemporaneous property crime. Incarceration during late adolescence appears to reduce educational attainment⁴. If one is educated, the possibility to engage in violent crimes will reduce significantly, because the lack of education to engage in the work force, is no longer an issue at hand. One will be able to, along the lines of the education it enjoyed, work and strive to achieve other goals in life.

3. Child Labor – Child labor is a kind of crime where children are forced to work at a very young age and mostly under very bad working conditions. The International Labour Organization (ILO) established a rule according to which children up to the age limit of fifteen years should not engage in child labour. Child Labour denies children of their childhood, of proper literacy, of their mental,

physical, and social well-being. In some countries, child labour is forbidden. It has become an international matter in most States, as it ruins the future of children extensively⁵. There are several reasons for child labour in a country. Some of the grounds of child labour are similar, however, they might differ from State to State. The reason that is widely cited is poverty, but also the need to survive leads to the disregard of child rights, as well as an inadequate education system and the inadequate implementation of the rules and laws pertaining to the Right to Education, moreover the right to compulsory primary education.

4. Street Children – Street life is a challenge for survival, even for adults, and is yet thus more difficult for children. They live within the city but are unable to take advantage of the comforts of urban life. Lack of awareness among illiterate parents regarding educational opportunities kept most children away from school attendance. Factors such as lack of an educational ambience at home made it difficult for the children to work on their lessons outside the premises of the institutions. Homelessness represents deprivations from basic human needs. However, while other types of deprivations, such as hunger,



mainly occur as a result of poverty and economic insecurity, factors that contribute to homelessness are multi-faceted. The factors also vary by the type of homelessness experienced by children and youth. These factors include lack of affordable housing, economic insecurity, violence at home, behavioral health, lack of social support, and involvement in the child welfare system⁶.

II. Education a Fundamental Human Right

5. Universal, inalienable, indivisible, and interdependent – The Right to Education is a human right and indispensable for the exercise of other human rights. Quality education aims to ensure the development of a fully rounded human being. It is one of the most powerful tools in lifting socially excluded children and adults out of poverty and into society. UNESCO data shows that if all adults

“The International Labour Organization (ILO) established a rule according to which children up to the age limit of fifteen years should not engage in child labour.”

completed secondary education, globally the number of poor people could be reduced by more than half. Education narrows the gender gap for girls and women. A UN study showed that each year of schooling reduces the probability of infant mortality by 5 to 10 per cent. For this human right to work, there must be equality of opportunity, universal access, and enforceable and monitored quality standards⁷.

6. The Right to Education entails – Primary education that is free, compulsory, and universal. Secondary education, including technical and

“UNESCO data shows that if all adults completed secondary education, globally the number of poor people could be reduced by more than half.”

vocational, that is generally available, accessible to all and progressively free. Higher education, accessible to all based on individual capacity and progressively free. Basic education for individuals who have not completed education. Professional training opportunities. Equal quality of education through minimum standards. Quality teaching and supplies for teachers. An adequate fellowship system and material condition for teaching staff. And lastly, freedom of choice.

7. Currently – Worldwide, about 258 million children and youth are out of school, according to UIS data for the school year ending in 2018. The total

“A UN study showed that each year of schooling reduces the probability of infant mortality by 5 to 10 per cent.”

includes 59 million children of primary school age, 62 million children of lower secondary school age and 138 million children of upper secondary age. About 155 countries legally guarantee 9 years or more of compulsory education. Furthermore, only 99 countries legally guarantee at least 12 years of free education. Lastly, approximately 8.2% of primary school age children do not go to primary school. Only six in ten young people will be finishing secondary school in 2030. The youth (15-24) literacy rate is around 91.73%, meaning 102 million youth lack basic literacy skills.

8. Ensuring the Right to Education – The Right to Education is established by two means - normative international instruments and political commitments by governments. A solid international framework of conventions and treaties exist to protect the Right to Education and States that are a part of this framework, agree to respect, protect, and fulfil this right. UNESCO develops, monitors, and promotes education norms and standards to guarantee the Right to Education at country level and advance the aims of the Education 2030 Agenda. It works to ensure States’ legal obligations, which are reflected in the national legal framework and is translated into concrete policies.



9. The Right to Education monitored and enforced by UNESCO

– UNESCO’s Constitution requires Member States to regularly report on measures to implement standard-setting instruments at country level through regular consultations. Through collaboration with UN human rights bodies, UNESCO addresses recommendations to countries to improve the situation of the Right to Education at national level. Through the dedicated online Observatory, UNESCO takes stock of the implementation of the Right to Education in 195 States. Through its interactive Atlas, UNESCO monitors the implementation of the Right to Education, particularly of girls and women. Based on its monitoring work, UNESCO provides technical assistance and policy advice to Member States that seek to review, develop, improve, and reform their legal and policy frameworks regarding the Right to Education.

“Worldwide, about 258 million children and youth are out of school, according to UIS data for the school year ending in 2018.”

III. International Legal Instruments on the Right to (Free) Compulsory Primary Education

10. Key international hard and soft law instruments – These instruments are treaties, declarations, resolutions, general comments, general recommendations, guidelines, official records, authoritative submissions, principles, Plan of Actions, case law.

11. International law on the Right to Compulsory Primary Education – International law, comprises hard law and soft law and has a normative

“About 155 countries legally guarantee 9 years or more of compulsory education.”

objective. To meet the normative objective, international law also includes secondary norms that prescribe how primary rules are to be made, interpreted, and applied. Furthermore, secondary law prescribes the institutions through which both kinds of rules are implemented. Secondary law forms the background legal system that shapes many international interactions and contributes to defining the very notion of an international actor⁸.

12. ‘General Comments’ or ‘General Recommendations’ – These instruments are international (soft) law instruments⁹. All treaty bodies publish authoritative comprehensive interpretations of substantive provisions contained in the articles and provisions of their respective Human

“Only six in ten young people will be finishing secondary school in 2030.”

Rights Treaty via a General Comment or General Recommendation¹⁰. The main purpose of this instrument is to promote implementation of their respective treaty and assist States Parties in fulfilling their reporting obligations related to specific Articles of their treaty. Additionally, the instrument contributes to the development and application of international law, through analysis and explanation of treaty obligations, provision of guidance on issues, dealing with wider, cross-cutting, issues and reinforcing links between international law instruments. Also, courts, including national courts, refer to the General Comments and or General Recommendations to clarify legislative provisions. In some cases, national courts have based judgments on treaty jurisprudence, including General Comments/Recommendations¹¹.

13. Universal Declaration of Human Rights (soft law) – The Right to Education was first recognized in Article 26 of the Universal Declaration of Human Rights (UDHR)¹², proclaimed by the United Nations General Assembly in Paris on December 10, 1948 (General Assembly resolution 217A). The aim of the Declaration was to set common standard of achievements for all peoples

and all nations, in the form of fundamental human rights to be universally protected¹³. U.N. Member States realized that education is an essential mechanism for a human being to be able to develop its personality. States also realize the necessity to make education available for all, particularly primary or elementary education. As stated in article 26 UDHR education must be free, at least in the elementary and fundamental stages.

14. Hard and soft law instruments on the Right to Education – The Right to Education has been adopted in both hard and soft law instruments. In using the UDHR as source, the Right to Education or at least elements of it have been consistently recognized in different contexts and forms in various international binding and non-binding instruments. Examples of soft law instruments that address the Right to Education are: *the 1990 World Declaration on Education for All; the Beijing Platform for Action; the 1994 International Conference on Population and Development; the Millennium Development Goals; the Post-2015 Agenda, and the General Comment on the Right to Education of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights. Article*

“The Right to Education was first recognized in Article 26 of the Universal Declaration of Human Rights (UDHR) 316 , proclaimed by the United Nations General Assembly in Paris on December 10, 1948 (General Assembly resolution 217A).”

1 of the International Charter of Physical Education and Sport of 1978¹⁴ and the Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities of 1992 (Article 4)¹⁵. Hard law instruments that can be referred to are, among others, the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR) of 1966 (Article 13)¹⁶, the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW) of 1979 (Article 10)¹⁷, the Convention on the Rights of the Child (CRC) of 1989 (Article 28 and 29)¹⁸, the International Convention on the Elimination of All forms of Racial Discrimination (ICERD) of 1965 (Article 5)¹⁹, the International Convention on the Protection of

“With Article 26 of the Universal Declaration on Human Rights, the United Nations recognized the Right to Education from its inception.”

the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families (ICRMW) of 1990 (Article 30)²⁰, *the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD) of 2006* (Article 24)²¹, *the Convention against Discrimination in Education of 1960*, *the Convention on Technical and Vocational Education of 1989*²³.

15. Right to Education as customary international law – Based on Article 38, paragraph 1, under sub b and c, of the Statute of the International Court of Justice (ICJ) the legitimate claim can be made that the Right to Education has evolved to the status of customary international law. This right is found in numerous treaties and declarations that have been ratified and adopted by a vast majority of nations. Equally, a vast majority of countries have recognized this right in their national laws. This circumstance could be equated with the requirement of

“the general principles of law recognized by civilized nations”. The legal consequence for establishing that the Right to Education must be treated as customary international law, is that it is binding and thus justiciable²⁴. This is the case especially for States that are not (yet) a party to treaties safeguarding the Right to Education.

16. Free, compulsory, equal, available, and accessible for all – With Article 26 of the Universal Declaration on Human Rights, the United Nations recognized the Right to Education from its inception. The recognition of the right includes the requirements that in at least in the primary and secondary stages it must be free, compulsory, equal, available, and accessible for all. By doing so, the U.N. emphasized the importance of this right. Additionally, **Article 26 outlines four basic objectives of education**, which are, (1) developing the human personality, (2) strengthening of respect for human rights and fundamental freedoms, (3) promoting “understanding, tolerance and friendship among all nations, racial or religious groups”, and (4) maintaining the peace.

17. The International Covenant on Economic Social and Cultural

Rights (ICESCR) is a hard law instrument. **The ICESCR was adopted in 1966 and entered into force on January 3, 1976. The covenant recognizes the Right to Education in Articles 13 and 14.** But also in this case where the chosen “form” of the instrument is a hard law, it is only suggestive that the Articles 13 and or 14 would most likely be binding. However, it has to be established if for instance the respective articles have a recommendatory nature, because in that case they will not have the anticipated binding force. This shows that also in the case of hard law the intrinsic legal nature of the rule has equal importance or more relevance than the form of the instrument in which it is to be found²⁵.

18. The four “A’s” of the Right to Education – Expressed for the first time in The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (1966), and then reaffirmed almost in all treaties or other documents related to human rights, the quantitative and qualitative scope of the Right to Education consists of four “A’s” Availability, Accessibility, Acceptability and Adaptability. This conceptual framework is the minimum standard and, at the same time, the goal implementing the Right to

“(1) developing the human personality, (2) strengthening of respect for human rights and fundamental freedoms, (3) promoting “understanding, tolerance and friendship among all nations, racial or religious groups”, and (4) maintaining the peace.”

Education throughout the world²⁶.

19. The normative content of the Right to Education Article 13 ICESCR – To ensure a correct interpretation of the normative content related to the Right to Compulsory Primary Education of Article 13 ICESCR reference is made to *General Comment No. 13: The Right to Education (Art. 13)* of 1999²⁷. Unlike the Covenant, General Comment No. 13 is a soft law instrument that explains the content of a respective provision of the Covenant. In this case Article 13, with the focus on primary education. The right to Compulsory Primary

“Availability, Accessibility, Acceptability and Adaptability.”

“...primary education shall be compulsory and available free to all.”

Education is provided for in Article 13, paragraph 2, under sub a. Important to note is that this provision articulates that ***primary education shall be compulsory and available free to all***. This indicates that Member States agreed on the importance of education particularly in the early stages of the development of a human being. This observation is consistent with paragraphs 8, 9 and 10 of General Comment No. 13, which elaborate and explain the element of ‘primary’ of the right to primary education.

20. General Comment No. 11 on Article 14 ICESCR – The substantive issues arising in the implementation of the Right to Education as described in Article 14 ICESCR are explained in *ICESCR General Comment No. 11: Plans of Action for Primary Education (Art. 14)*. General Comment No. 11 was adopted at the twentieth session of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, on 10 May 1999²⁸. Present study/research will specifically give attention to the element of ‘**compulsory**’ of the Right

to Compulsory Primary Education as explained in paragraph 6 of General Comment No. 11. The General Comment No. 11 also explains the obligation of the State Party to secure the progressive implementation of the Right to Compulsory Primary Education. This inherent substantive issue in implementing the Right to Education is explained in paragraph 10.

21. General Comment No. 3 on Article 2, paragraph 1 ICESCR – To fully understand the nature of the legal obligations that arise from the ICESCR and how the obliged progressive implementation fits in it, reference is made to *General Comment No. 3: The nature of States parties’ obligations Article 2, paragraph 1*, adopted by the Committee on Economic, Social and Cultural Rights at the Fifth Session on 14 December 1990²⁹. To complement, General Comment No. 13 provides further explanation on the distinction between the imposed obligations to be realized progressively and those which are of immediate effect. In this context reference is made to paragraph 43 of General Comment No. 13. Also paragraphs 46, 48, 50, 51, 58 and 59 of General Comment No. 13 provide clarity on the types or levels of legal obligations imposed on the State Party by the ICESCR.

22. Reports of the Special Rapporteur on the Right to Education –

Another source of international law of importance could be found in the reports of the Special Rapporteur on the Right to Education³⁰. The reports are soft law instruments. The Special Rapporteur submitted reports to the Human Rights Council at its thirty-eighth,³¹ forty-first and forty-fourth sessions³¹ and to the General Assembly at its seventy-second, seventy-third and seventy-fourth sessions³².

23. Resolutions as sources of international law on the Right to Education –

Finally, reference is made to resolutions as sources of international law on the Right to Compulsory Primary Education to be consulted. In this context reference is made to the *Resolution on Human Rights and Extreme Poverty*, adopted by the General Assembly on its sixty-seventh session, on the report of the Third Committee (A/67/457/Add.2 and Corr.1), on 20 December 2012³³. In particular paragraph 14, relates to the Right to Education, by reaffirming its critical role in eradicating poverty.

24. Convention on the Rights of the Child (CRC) –

The Convention on the Rights of a Child (CRC) of 1989 has two Articles that are

directed towards the Right to Education, respectively Article 28 and Article 29. The CRC entered into force on 02 September 1990 and is one of the global conventions with the highest number of ratifications: currently 196. It should be noted that Article 28 and paragraph 2 of Article 29 speak to the obligations of State Parties in relation to the establishment of educational systems and the ensuring of access hereto. Paragraph 1 of Article 29 focuses on the objectives which education should seek to achieve. As a rights holder under the CRC is recognized by Article 1 of the Convention every human being below the age 18 years unless under the law applicable to the child, majority is attained earlier.

25. State measures & equal opportunity –

Article 28, paragraph 1, CRC recognizes education as a legal right for every child on the basis of equal opportunity. Under sub a of paragraph 1 of Article 28 CRC, free compulsory primary education for all is guaranteed, while paragraph 2 imposes **the obligation on the State Party to take measures** regarding school attendance and discipline. With respect to the element of ‘**equal opportunity**’ reference is made to paragraph 33 of the report of the

Special Rapporteur on the Right to Education³⁴. The Special Rapporteur notes that UNESCO established the first binding obligation relating to education in 1960 in its Convention against Discrimination in Education. This hard law instrument clearly sets out the principle of non-discrimination and equality of opportunity in education, to which all of its States Parties are committed.

26. The obligation to take measures – The ‘measures’ element is explained in General Comment 3 on the nature of States Parties’ obligations, Article 2, paragraph 1, of the ICESCR³⁵. In particularly paragraphs 3, 4 and 5, the Committee notes that while Article 2, paragraph 1, states that State Parties’ must take all appropriate means, including particularly the adoption of legislative measures in order to satisfy their obligations under the Covenant, the adoption of legislative measures, as specifically foreseen by the Covenant, is by no means exhaustive of the obligations of States parties. The Commission continues to state that among the measures which might be considered appropriate, in addition to legislation, is the provision of judicial remedies with respect to rights which may, in accordance with the national legal

system, be considered justiciable. Therefore, the Commission holds the opinion that Article 13, paragraph 2, under sub a, ICESCR (compulsory primary education free for all) seems to be capable of immediate application by judicial and other organs in many national legal systems. Any suggestion that the provision indicated is inherently non-self-executing would seem to be difficult to sustain.

27. CRC General Comment No. 1 on the aims of education – Article 29, paragraph 1, CRC defines the aims of education and recognizes the liberty of parents to choose the kind of education they want to give to their children and the liberty to establish and direct educational institutions, in conformity with minimum standards laid down by the State. General Comment No. 1 on the aims of education³⁶, increases the understanding of the Article. The paragraphs 1, 2, 3, 16 and 23 of the Comment are of particular relevance to the Right to Compulsory Primary Education. Following on from paragraph 16 of Comment No.1, it should be noted that the Committee extends the right to full access to education in general and to compulsory primary education in specific to every unaccompanied and separated child, irrespective of

its status during all phases of the displacement cycle. See paragraphs 41 and 42 of General Comment No. 6 on the treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin³⁷.

28. The Sustainable Development Goal 4 target 4.1 – In November 2015, the international community adopted the 2030 Agenda, which is a Plan of Action for people, planet, and prosperity³⁸. The Agenda comprises seventeen indivisible Development Goals that encompass economic, social, and environmental dimensions. Of these seventeen Sustainable Development Goals (SDGs), five have a direct reference to education. These are SDG 3, target 3.7; SDG 5, target 5.6; SDG 8, target 8.6; SDG 12, target 12.8, and SDG 13, target 13.3. The educational goal is SDG 4, which has ten targets based on the collective commitment made by the international community to “ensure inclusive and equitable quality education and promote lifelong learning opportunities for all”.

29. Target 4.1: free primary and secondary education – Specifically directed to the Right to Compulsory Primary Education is target 4.1 of the educational goal SDG 4³⁹. The aim of

target 4.1 is: “By 2030, ensure that all girls and boys complete free, equitable and quality primary and secondary education leading to relevant and effective learning outcomes”. In short, this target is titled ‘free primary and secondary education’ and is directed to the aimed provision of 12 years of free, publicly funded, inclusive, equitable, quality primary and secondary education that should be ensured for all, without discrimination. Of the provisioned twelve years, at least nine has to be compulsory, leading to relevant learning outcomes.

30. Origin principles of the 2030 Agenda – The principles informing this Framework of the 2030 Agenda are drawn from international instruments and agreements, including Article 26 of the Universal Declaration of Human Rights, the Convention against Discrimination in Education, the Convention on the Rights of the

“By 2030, ensure that all girls and boys complete free, equitable and quality primary and secondary education leading to relevant and effective learning outcomes.”

Child, the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, the Convention relating to the Status of Refugees and the UN General Assembly Resolution on the Right to Education in Emergency Situations⁴⁰.

31. Indicators of SDG 4 target 4.1

– There are seven indicators against which progress towards achieving SDG 4 target 4.1 (*all girls and boys complete free, equitable and quality primary and secondary education leading to relevant and effective learning outcomes by 2030*) is measured/monitored⁴¹.

32. The Ministerial Declaration of the 2016 High-Level Political Forum

– Another important SDG-related international soft law instrument in the realm of the Right to Compulsory Primary Education is the combined Ministerial Declaration of the high-level segment of the 2016 session of the Economic and Social Council on the annual theme “*Implementing the post-2015 development agenda: moving from commitments to results*” and the Ministerial Declaration of the 2016 High-Level Political Forum (HLPF)

on sustainable development, convened under the auspices of the Economic and Social Council, on the theme “*Ensuring that no one is left behind*”⁴². Reference is made particularly to paragraph 15 in which the participation and contributions of major groups and other relevant stakeholders (MGoS) in the HLPF is welcomed and their continued engagement in ensuring that no one is left behind, is encouraged.

33. Resolutions as international law instrument

– Finally, reference is made to Resolutions as international law instrument. Normally this instrument is not attributed with binding force, but there are exceptions. This could be deduced from for example Articles 41, 42, 48 and 49 of Chapter VII of the United Nations Charter⁴³. According to these Articles Resolutions passed by the United Nations Security Council may have binding force on U.N. Member States⁴⁴.

34. Self-Executing, Ranking and Enforceability of International Law

– The ranking of international law and national law in a given domestic legal system is not a determinant to the self-executing and or direct effect nature of international law but relates to the question if international law prevails over domestic law. The

ranking of international law depends almost primarily on whether a State Party has a monist, dualist, or hybrid legal system. A monist legal system treats international law as a source of law integrated into and with preeminence over domestic law in the internal legal order of a State. An important consequence of this understanding of the role of international law is that it may be applied and enforced directly in domestic courts without the necessity of domestic implementation. This framework thus creates a single and unitary legal system, with international law at the top of the legal order and local, municipal law subordinate⁴⁵. In a civil law regime treaty law becomes effective ratified and published, while common law regimes require the consecutive steps of signature, ratification, and statute⁴⁶.

35. A monist and dualist legal system – Unlike in a monist legal system, in a dualist legal system international law stands apart from national law and must be domesticated through legislative process to have any effect on rights and obligations at the national level. In the dualist system international law is not supreme to domestic law, and the relevance of international law in the domestic legal regime is a question left to the local political

“A monist legal system treats international law as a source of law integrated into and with preeminence over domestic law in the internal legal order of a State.”

processes. Consequently, international law can only have binding legal force at the domestic level, and be enforceable in a domestic court, after the treaty is specifically implemented through appropriate legislation at the national or local level. The hybrid system has characteristics of both a monist and dualist system⁴⁷.

36. Directly and not directly invocable rights – Self-executing force or direct applicability of a right is deduced from the formulation of the respective right, namely that its

“In the dualist system international law is not supreme to domestic law, and the relevance of international law in the domestic legal regime is a question left to the local political processes.”

“The hybrid system has characteristics of both a monist and dualist system.”

purpose is to grant citizens a directly invocable right before their national courts⁴⁸. For national courts to apply self-executing rights, transformation into national law is not necessary. On the other hand, a non-self-executing right can only be invoked before the national courts after it gained effect through adoption of national laws compatible with the non-self-executing right. Failure by the State Party to make national laws compatible with the non-self-executing right would in principle constitute a violation of international law⁴⁹. In response to such a failure, the national court could only convict the State Party repair its omission but cannot invalidate the incompatible national law with the non-self-executing international right. National courts can only declare national law null and void in the instance where it is incompatible with a self-executing international right.

37. Enforceability of international law – Enforceability of international law happens at international and territorial level. International enforceability

Signatories. Treaties only bind signatories. Where a State, not a party, accepts its provisions and desires to become a party thereto, it does so by acceding to the treaty, which may be before or after the treaty comes into force. In relation to the Right to Compulsory Primary Education, Articles 62, 63, 64 and 65 of Chapter X of the United Nations Charter, attribute to the enforcement functions and powers to the Economic and Social Council (ECOSOC). This chapter describes to what extent the ECOSOC can undertake actions to give effect to its own recommendations and to recommendations on matters falling within its competence made by the General Assembly. Territorial enforceability is generally a legal consequence of ratification of a treaty. However, treaties could explicitly address the issue of enforceability. Illustrative is Chapter I of the Convention on the Rights of the Child, which sets out the scope of the Convention. Article 1, paragraph 1, under sub d explicitly articulates that the object of the present Convention is to provide for the recognition and enforcement of such measures of protection in all Contracting States. Further, Chapter IV, regulates the recognition and enforcement, as well as Article 47, paragraph 10 of Chapter VI.

IV. Landmark Case Law on the Right to Compulsory Primary Education

38. Bearing in mind the important elements of the right to free and compulsory primary education for all, as explained by General Comment 11 and SGD 4, attention will be given to some landmark court decisions. The respective court decisions confirm that all girls and boys must have access to compulsory primary education that is complete free, equitable and of adequate quality relevant to the child that promotes the realization of the child's other rights.

39. Recalling the report⁵⁰ and memorandum⁵¹ of the International Law Commission which indicate that decisions of national and international courts are part of recognized sources that can be consulted as evidence of customary international law, the following paragraphs will highlight some landmark case law on the Right to Compulsory Primary Education. The cases are retrieved from the ESCR-Net Caselaw Database, which is a database on domestic, regional, and international decisions regarding Economic, Social and Cultural Rights⁵².

40. *Bandhua Mukti Morcha v. Union of India & Ors. (1997) 10 SCC 549*, is a ruling by the Supreme Court of India of February 21, 1997.

It concerns a public interest litigation case, directed to the State of Uttar Pradesh. The case was filed in an effort to abolish the use of child labor in the carpet industry by seeking the issuing of welfare directives prohibiting child labor under the age of 14 and by providing children access to education. In its ruling the Court noted India's obligations under the Universal Declaration of Human Rights (UDHR) and the Convention on the Rights of the Child to provide free primary education for all children in the country, and to protect children against economic exploitation. **The relevance of this Court decision** is that the Court reaffirmed the right to free and compulsory primary education by all and confirmed that the existence of child labor is incompatible with that right.

41. *The Centre for Human Rights (University of Pretoria) and La Rencontre Africaine pour la Defense des Droits de l'Homme (Senegal) v Government of Senegal, ACERWC, DECISION: N° 003/Com/001/2012*, is a regional court case decision provided by the

“...the Court reaffirmed the obligation of the State to ensure that also third parties must respect the right to free and compulsory primary education for all, particularly for children.”

African Committee of Experts on the Rights and Welfare of the Child on April 15, 2014. This case addresses the plight of as many as 100,000 children (known as *talibés*), who while attending *Qur'anic schools (daaras)* in Senegal, are forced by some instructors to beg in the streets, to secure their own survival and enrich the teachers. The Committee found Senegal accountable for the activities of these schools even though they are non-state entities. It reasoned that the State has an obligation to protect the rights of the child which requires measures by the State to ensure that third parties (such as individuals and institutions) do not deprive children of their rights. The Committee found that Senegal has violated numerous provisions of the African Charter on the Rights and Welfare of the Child including the principle of the best interests of the child (Article 4); the rights to survival and development

(Article 5), education and health (Article 11 and 14); the prohibition of child labor (Article 15); and the prohibition of forced child begging (Article 29 under b). The Committee has issued several recommendations, including that Senegal needs to ensure that all *daaras* meet basic human rights standards relating to education and that the State Party provides free and compulsory basic education. **The relevance of this Court decision** is that the Court reaffirmed the obligation of the State to ensure that also third parties must respect the right to free and compulsory primary education for all, particularly for children. This by meeting all quality standards relevant to enable all children to realize their other rights.

42. *R v East Sussex ex parte. Tandy Cited as: [1998] AC 714, [1998] 2 All ER 769, [1998] 2 WLR 884, [1998] 2 FCR 221*, is a ruling by the House of Lords, United Kingdom on May 20, 1998. This case concerns the application for judicial review of the decision to reduce the number of hours of home tuition for financial reasons. Furthermore, the local authority obligations under Education Act 1993, the retrogressive measure, and the issue of resource allocations of local authority. According to

Section 298 each local education authority (LEA) was required to make arrangements for the provision of suitable education for those children of compulsory school age who, by reason of, amongst other things, illness, might not otherwise receive it. **Furthermore**, the Section provides that suitable education, in relation to a child... means efficient education suitable to his age, ability and aptitude and to any special educational needs he may have....'. In October 1996 the education authority (EA) advised parents of the appellant, a sick child, that, for financial reasons, the maximum number of hours per week of home tuition provided to her would be reduced. The House of Lords held that on a true construction of Section 298, the question of what was suitable education' was to be determined purely with reference to educational considerations and that there was nothing in Section 298 to indicate that the resources available were relevant to that determination. Accordingly, there was no reason to treat the resources of a LEA as a relevant factor in determining what constituted suitable education' for the purposes of Section 298. However, if there was more than one way of providing suitable education, the EA would be entitled to have regard to its resources

"The relevance of this Court decision is that the Court confirmed that the State has a legal obligation to guarantee the right to compulsory primary education for every child of compulsory school age without discrimination."

in choosing between different ways of making such provision. The Court restored the order of the High Court quashing the EA's decision to reduce the number of hours of home tuition provided. **The relevance of this Court decision** is that the Court confirmed that the State has a legal obligation to guarantee the right to compulsory primary education for every child of compulsory school age without discrimination. Furthermore, that the provided education by the

"The relevance of this Court decision is that the Court confirmed the obligation of the State, to offer free, compulsory and quality primary education."

State must be suitable in accordance with educational considerations and irrespective of the available resources.

43. *Unni Krishnan, J.P. & Ors. v. State of Andhra Pradesh & Ors.* Cited as: 1993 AIR 217, 1993 SCR (1) 594, 1993 SCC (1) 645, JT 1993 (1) 474, 1993 SCALE (1)290, is a ruling by the Supreme Court of India on February 4, 1993. This case concerns a Constitutional challenge querying whether the “right to life” in Article 21 of the Constitution of India guarantees a fundamental Right to Education to citizens of India. Furthermore, the role of economic resources in limiting Right to Education, the interplay between Directive Principles and State Policy in the Constitution and Fundamental Rights, and whether the Right to Education includes adult professional education. The case involved a challenge by certain private professional educational facilities to the constitutionality of State laws regulating capitation fees charged by such institutions. The Supreme Court held that the right to basic education is implied by the fundamental right to life (Article 21) when read in conjunction with the Directive Principle on Education (Article 41). The Court ruled that there is no fundamental Right to Education for a professional

degree that flows from Article 21. It held, however, that the passage of 44 years since the enactment of the Constitution had effectively converted the non-justiciable Right to Education of children under 14 into one enforceable under the law. Quoting Article 13 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, the Court stated that the state’s obligation to provide higher education requires it to take steps to the maximum of its available resources with a view to achieving progressively the full realization of the Right of Education by all appropriate means. **The relevance of this Court decision** is that the Court confirmed that the right to free and compulsory primary education, as recognized by Article 13 ICESCR, is a fundamental right when read in conjunction with Article 21 of the Indian Constitution and Article 41 of the country’s Directive Principle on Education. Furthermore, that the Constitution has converted the right to primary education of children under 14 into justiciable right.

44. *Minister of Basic Education v Basic Education for All (20793/2014) [2015] ZASCA 198; [2016] 1 All SA 369 (SCA)*, is a ruling by the Supreme Court of Appeal of South Africa on December 2, 2015.

This case concerns the delayed textbook deliveries that has plagued public schools in Limpopo, South Africa's northernmost province for several years. The Department of Basic Education and Limpopo Department of Education appealed a high court decision holding that their failure to ensure timely delivery of textbooks to learners in Limpopo public schools violated the learners' constitutional rights. The Supreme Court of Appeal held that the government appellants violated the rights to education, equality, and dignity under the Constitution by failing to provide learners in Limpopo with prescribed textbooks before the academic term commenced. In 2012, seeking to standardize education nationwide, the Department of Basic Education (DBE) began the three-year rollout of a new curriculum which entailed staggered introduction of new textbooks. The government respondents appealed to the Supreme Court of Appeal (SCA) where SAHRC (South African Human Rights Commission) joined BEFA (Basic Education for All organization) and the school governing bodies in their cross-appeal. The SCA held that the government appellants violated rights to education (Section 29), equality (Section 9), and dignity (Section 10) of the Constitution by failing – in accordance with

its obligation to fulfil human rights (Section 7(2) of the Constitution) – to provide learners in Limpopo with prescribed textbooks before the academic term commenced. The SCA rejected the government appellants' arguments that: (1) their efforts to provide textbooks had been hampered by lack of cooperation from the schools; (2) budgetary constraints justified the delayed delivery; (3) the petitioners were asking the government to meet a "standard of perfection" not required by Section 29(1)(a) of the Constitution (on the right to a basic education); and (4) the order granted by the lower court violated the doctrine of separation of powers. Relying on the case of *Governing Body of the Juma Masjid Primary School & others v Essay NO & others* [2011] ZACC 13; 2011 (8) BCLR 761 (CC), para 37, the SCA confirmed that the right to basic education is "immediately realizable" and not subject to progressive realization. In making this decision, the SCA noted that the right to basic education is both "constitutionally entrenched and statutorily enforced." (para. 40). Thus, rather than holding the government to a "lofty" ideal," as the appellants argued, the petitioners were simply trying to "hold [it] to the standard it set for itself." (para. 42). The DBE had set a policy but had faced an obstacle in

the latter stages of implementation. As such, the SCA characterized the government appellants' arguments about budget constraints and separation of powers as "fallacious" and seemingly "contrived." **The relevance of this Court decision** is that the Court confirmed the obligation of the State, to offer free, compulsory and quality primary education. Furthermore, that the right to primary education requires immediate and not progressive realization. The right is constitutionally entrenched and statutorily enforceable.

"The relevance of this Court decision is that the Court confirmed that the right to free, compulsory and quality primary education is a Constitutional right of children. Furthermore, that the right to primary education serves the best interests of the child as recognized by the Constitution, reasons why the right supersedes the entitlement to evict a primary school from a private property without a proper alternative."

45. *Governing Body of the Juma Masjid Primary School v. Juma Masjid Trust*, [2011] ZACC 13, is a ruling by the South African Constitutional Court on April 11, 2011. This case concerns the Constitutional Court decision on direct appeal against an order of the High Court authorizing an eviction of a public primary school from private property. The case covered a range of issues, including, the constitutional right to a basic education; application of constitutional rights against private parties; balancing of private interests in property against children's interest in constitutional right to education; and the responsibility of the Municipality to provide a basic education. The Juma Masjid Trust had allowed the Juma Masjid Primary School, a public school, to operate on its private property for an extended period of time. On the received title from the High Court to evict the school, the Constitutional Court held that notwithstanding the constitutional rights at stake, given the history of the dispute and the efforts made by the Trust to secure an agreement acceptable to all, the Trust had acted reasonably in seeking an eviction order from the High Court. Nevertheless, the Constitutional Court determined that the High Court, in granting that eviction

order without considering where the children would go, had failed to take adequate account of the best interests of the children as required by the Constitution and of their constitutional right to basic education. **The relevance of this Court decision** is that the Court confirmed that the right to free, compulsory and quality primary education is a Constitutional right of children. Furthermore, that the right to primary education serves the best interests of the child as recognized by the Constitution, reasons why the right supersedes the entitlement to evict a primary school from a private property without a proper alternative.

46. Relevance of presented landmark Case Law - The above presented case law concerns landmark rulings on the agreed objectives of the Right to Compulsory Primary Education and on the elements of compulsory, primary, availability, access, free for all and immediate obligation of the Right to Compulsory Primary Education. Not specifically addressed by the cases is the central principle of equality and non-discrimination in education of the Convention against Discrimination in Education of 1960. Also, on this principle enshrined in the Convention rich jurisprudence exists as the Convention has been cited in landmark decisions

by several courts, including the European Court of Human Rights. Illustrative is the Supreme Court of Mauritius ruling that brought into prominence the importance of abiding by the Convention. The Court considered the issues in the light of the provisions of the Convention and held that “it is a well-recognized canon of construction that domestic legislation, including the Constitution, should, if possible, be construed so as to conform to such international instrument as the Convention”. This judgment stated that the overall purpose behind the Convention is to combat all forms of discrimination in education⁵³.

47. Classification of the Right to Education – Existing case law contests the quite often classification of the Right to Education as an economic, social, and cultural right that lacks remedies and that is accordingly treated as quasi-rights or not-quite rights. This approach would consequently result in not addressing denials and violations of the Right to Education. As shown, different human rights institutions and judicial bodies (such as the UN Human Rights Committee; the Committee on Economic, Social and Cultural Rights; the Committee on the Elimination of Discrimination against Women; the Committee on

“...the Charter of the Organization of American States of 1948 358 , the American Declaration of Rights and Duties of Man of 1948 359 , the American Convention on Human Rights “Pact of San Jose, Costa Rica” of 1969 360 , the Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social and Cultural Rights of 1988 361 , and the Inter-American Democratic Charter of 2001.”

the Rights of the Child, and the national and regional courts have quite explicitly examined and discussed the scope of the Right to Education and formed a specific framework to state obligations regarding this right. These obligations have often been judicially tested in many domestic and international cases.

V. The Right to (Free) Compulsory Primary Education in the Americas Region

48. **The Right to Education in the Americas** – The Americas as a region comprises Latin-America, the Caribbean, Canada, and the United States of America. The key regional hard and soft law instruments addressed by this report are treaties, declarations, resolutions, advisory opinions, guidelines, principles, Plan of Actions, and case law.

49. **Regional law on the Right to Compulsory Primary Education** – As part of international law, also regional law has a normative objective and comprises hard law and soft law. To meet the normative objective, regional law also includes secondary norms that prescribe how primary rules are to be made, interpreted, and applied. Furthermore, secondary law prescribes the institutions through which both kinds of rules are implemented. Secondary law forms the background of a legal system that shapes many international interactions and contributes to defining the very notion of an international actor.

50. **Cornerstone regional instruments on Right to Education** – Legal instruments that could be considered the cornerstone instruments of the Organization of American States (OAS) in acknowledging the Right to Education are: *the Charter of the Organization of American States of 194854*, *the American Declaration of Rights and Duties of Man of 194855*, *the American Convention on Human Rights “Pact of San Jose, Costa Rica” of 196956*, *the Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social and Cultural Rights of 198857*, and *the Inter-American Democratic Charter of 2001*⁵⁸.

51. **Immediate and progressive obligations under Regional Law** – Based on the applicable regional law, OAS Member States must guarantee the provision of compulsory primary education, free of costs, to all without discrimination. This obligation must be seen in the context of the Right to Education as a multiplier right. This right unlocks other rights when guaranteed and precludes the enjoyment of all human rights and perpetuates poverty when denied⁵⁹. For this reason OAS Member States are obliged to realize the Right to Education,

depending on the level, either immediately or progressively.

52. **5-A framework of the Right to Education** – In light of these obligations, M.G. Margerin refers to the proposal by the Inter-American Commission to complement the Right to Education “4-A” framework proposed by the former U.N. Special Rapporteur on the Right to Education, Katarina Tomasevski, with a fifth “A”. This would add the element of **accountability** to the initial elements of available, accessible, acceptable, and adaptable. According to Margerin these intersecting frameworks assist policymakers and advocates in evaluating whether and how a state is fulfilling the Right to Education in each of its defining characteristics⁶⁰.

53. **Immediate obligations** – In the regional legal systems of the OAS, Member States have the immediate obligations to provide compulsory primary education that is free to all, without discrimination on any basis, and to ensure that all persons within their jurisdictions receive equal protection under the law. This obligation was established by the *Decision C-376/10 of the Colombian Constitutional Court*. Based on Article 13 of the Court found that Colombia has

an obligation to guarantee compulsory, free and accessible education. According to the Court this obligation to guarantee free compulsory primary education is unequivocal and immediate. Furthermore, this ruling is consistent with paragraph 51 of General Comment No. 13 on the levels of legal obligations imposed on State Parties to the International Covenant on Economic Social and Cultural Rights (ICESCR).

54. Progressive obligations – OAS Member States have the obligation to progressively realize the right to secondary and higher education, within the parameters of the concept of “reasonable time” contemplated by the Inter-American human rights system⁶¹. This means that while the right to free and compulsory primary education is of immediate effect, States must progressively realize the right to secondary and higher education, using the maximum available resources. “Progressive realization means that States parties have a specific and continuing obligation to move as expeditiously and effectively as possible towards the full realization” of the Right to Education as defined by regional and international law. The progressive nature of the obligation does not mean that economic, social,

and cultural rights are unenforceable. This was also established by the *Decision C-376/10 of the Colombian Constitutional Court*. Also based on Article 13 of the Court reasoned that Colombia has an obligation to guarantee compulsory, free, and accessible education. According to the Court this obligation is of a progressive nature in the case of secondary and higher-level education. General Comment No. 13 on the levels of legal obligations imposed on the State Party by the ICESCR also confirms in paragraph 59 that the obligation to progressive realization of the Right to Education relates to the right to secondary and higher education and not to the right to free compulsory primary education.

55. The importance of the Right to Compulsory Primary Education – The Right to Education is vitally important because it is a ‘multiplier’ right: Its realization both advances the right to equality and enhances other related rights and freedoms.

56. Fulfilment of the Right to Education facilitates realization of the fundamental rights to non-discrimination and equality – The Robert F. Kennedy Center for Justice & Human rights prepared a report

for the thematic hearing before the Inter-American Commission on Human Rights in 2008⁶². The report provides the following viewpoints on the importance of realizing the Right to Education for in particular marginalized populations and populations with vulnerabilities, in this case Afro-descendants and Indigenous peoples. According to K. TOMASEVSKI the Right to Education functions as a multiplier, enhancing all rights and freedoms when it is guaranteed while jeopardizing them all when it is violated⁶³. States must provide to persons within their jurisdictions the Right to Education free of discrimination of any kind. As an obligation erga omnes, the principle of non-discrimination “binds all States and gives rise to effects with regard to third parties, including individuals.”

57. **Advisory Opinion OC-18/03** – The report refers to the Advisory opinion of Inter-American Court of Human Rights of September 17, 2003, in which the Court stated that in compliance with the non-discrimination obligation, States must abstain from carrying out any action that, in any way, directly or indirectly, is aimed at creating situations of de jure or de facto discrimination. This translates, for example, into the prohibition

to enact laws, in the broadest sense, formulate civil, administrative or any other measures, or encourage acts or practices of their officials, in implementation or interpretation of the law that discriminates against a specific group of persons because of their race, gender, color or other reasons⁶⁴.

58. **Non-discrimination is a prerequisite** – The report continues by stating that non-discrimination is a prerequisite to the enjoyment by all of the Right to Education. Moreover, the realization of the Right to Education for marginalized communities has the long-term potential to diminish the discrimination that they

“The report points out that, in line with Article 13 paragraph 2 of the Protocol of San Salvador and Article 23 paragraph 2 of the American Convention, obtaining an education provides otherwise marginalized individuals with the tools needed to rise out of poverty and participate more fully in their communities and governments.”

“The Advisory Opinion OC-17/2002 reaffirms that children are subjects entitled to rights, not only objects of protection. Furthermore, that children’s development and full enjoyment of their rights must be considered the guiding principles to establish and apply provisions pertaining to all aspects of children’s lives.”

routinely face. Education helps develop tolerance, appreciation, and respect for difference. A meaningful education, defined as education that is available, accessible, acceptable, and adaptable, and for which there are appropriate mechanisms to hold the government accountable, is essential to transcending poverty. It is, moreover, fundamental to the ability of each individual to participate in and contribute to all economic, social, cultural, civil, and political aspects of society.

59. Realizing the Right to Education enhances other rights and freedoms, while restricting or violating the Right to Education

jeopardizes those rights and freedoms – The Robert F. Kennedy Center for Justice & Human Rights also highlights paragraphs 1 and 13 of General Comment nr. 13 where the Committee on Economic, Social and Cultural Rights confirms that the Right to Education is both itself a fundamental human right and an essential means to promote a number of other rights and freedoms. However, the Right to Education is complicated in the case of Afro-descendant and indigenous peoples because State-provided education is generally constructed through and measured by non-indigenous standards, values, and philosophies⁶⁵. When education is used as a means of assimilation, the rights of minority groups are often negatively impacted. For such groups, however, the Right to Education is an essential means to preserve and strengthen their cultural identity⁶⁶.” The report points out that, in line with Article 13 paragraph 2 of the Protocol of San Salvador and Article 23 paragraph 2 of the American Convention, obtaining an education provides otherwise marginalized individuals with the tools needed to rise out of poverty and participate more fully in their communities and governments. Fulfilling the Right to Education is linked to the realization of the right to food, as granted by Article 12 of

the Protocol of San Salvador, and the right to health, as granted by Article 10 of the Protocol of San Salvador, by giving people the economic foundations to access proper nutrition and health care. The Right to Education, for example, directly enhances the right to health when an educational system incorporates health education into its curriculum, as provided for by Article 10 paragraph 2 of the Protocol of San Salvador.

60. Advisory Opinion OC-17/2002

– The Inter-American Court of Human Rights rendered an Advisory Opinion on the interpretation of the Articles 8 and 25 of the American Convention, with the aim of determining whether the special measures set forth in Article 19 of that same Convention establish “limits to the good judgment and discretion of the States” with respect to children, and it also requested that the Court express general and valid criteria on this matter in conformance to the framework of the American Convention⁶⁷. The Advisory Opinion OC-17/2002 reaffirms that children are subjects entitled to rights, not only objects of protection. Furthermore, that children’s development and full enjoyment of their rights must be considered the guiding principles to establish and

apply provisions pertaining to all aspects of children’s lives. Respect for life, regarding children, encompasses not only prohibitions, but also the obligation to adopt the measures required for children’s existence to develop under decent conditions. And finally, that true and full protection of children entails their broad enjoyment of all their rights, including their economic, social, and cultural rights, embodied in various international instruments.

VI. Landmark Regional Case Law on the Right to Compulsory Primary Education

61. *Decision C-376/10 of the Colombian Constitutional Court*, is a ruling by the Colombian Constitutional Court on November 1, 2009. This case concerned a Constitutional claim regarding Law 115 of 1994, which regulates the national education law; Obligation of the Colombian State to guarantee the Right to Education; Fundamental nature of the Right to Education of minors; Providing free education as an unequivocal obligation which must be immediately enforced with respect to primary education. The plaintiffs argued that Law 115 of 1994 did not comply with

international human rights standards by allowing for the option to charge fees on primary education (sect. 183). The Court found the contested law unenforceable, considering that fees may not be applied to official primary education, but only to secondary and higher education levels. Furthermore, charging fees in the primary education level could become a barrier to accessing the education system. In its review of the case, the Court included a list of the instruments and comments by international human rights treaty bodies establishing Colombia's obligation to guarantee a compulsory, free and accessible education⁶⁸. According to such international instruments and comments, the State has the unequivocal, immediate obligation to guarantee free primary education, while in the case of secondary and higher-level education, the obligation is of a progressive nature. The Court also restated the fundamental nature of the Right to Education, which applies, according to its own case law, to all persons younger than 18, as well as the hierarchy of children's rights over the rights of others, as established in the Constitution. **The relevance of this Court decision** is that the Court reaffirmed that the State has a legal obligation to immediate realization of the right

to compulsory primary education. Furthermore, that the Right to Education must be implemented without access barriers, reasons why it must be offered complete free from fee charges.

62. Settlement agreement between ACIJ and the Autonomous City of Buenos Aires, concerning case 23360/0 of 2008, is a ruling by the Superior Tribunal of Justice of the City of Buenos Aires on February 9, 2011. This case concerns a settlement agreement reached and signed between Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ) and the City of Buenos Aires Government to ensure an adequate number of places are available in public schools in order to fulfill the rights to education and equality. In 2006, ACIJ, an organization member of the ESCR-Net, filed an amparo action against the Government of the City of Buenos Aires. The purpose of the action was to have the Court order the Government to comply with its existing constitutional obligation to ensure and finance access to early education. The case centered on violations of the Right to Education and to equality, as well as the principle of personal autonomy. Thousands of children were being left out of the public school

system, while the schoolwork's budget was being underspent (as between 2002 and 2005 average spending had been 32.3% below budget). The case was decided favorably in the first and second instances, with the courts acknowledging the rights to education and personal autonomy, and the advantages of early education. The courts recognized that the State had violated its obligations and that the underspending of budget allocations violated the obligation to exhaust all available resources. When the case reached the Superior Tribunal of Justice, the parties reached a settlement agreement. Under the agreement, the Government promised to execute building plans to address the lack of vacant places and to allocate sufficient resources to implement its constitutional obligation regarding early childhood education in each budget plan. **The relevance of this Court decision** is that the Court confirmed the right to free, compulsory and quality primary education. Furthermore, that the State has a legal obligation to guarantee full and non-discriminatory enjoyment of the right, by ensuring the availability of public schools through allocation of sufficient resources.

"The relevance of this Court decision is that the Court confirmed the right to free, compulsory and quality primary education. Furthermore, that the State has a legal obligation to guarantee full and non-discriminatory enjoyment of the right, by ensuring the availability of public schools through allocation of sufficient resources.."

63. *Luke Gannon by his next friends and guardians, et al., v. State of Kansas*, 298 Kan. 1107, 319 P.3d 1196 (2014) [*Gannon I*]; 303 Kan. 682, 368 P.3d 1024 (2016) [*Gannon II*], --- Kan. ---, --- P.3d --- (2016) 2016 Kan. LEXIS 300 [*Gannon III*], is a ruling by the Supreme Court of the State of Kansas on March 2, 2017. This case focused on whether school funding by the State of Kansas was equitable and adequate, as required under the relevant state Constitutional provisions regulating the provision of education. Upon finding violations in connection with the equitable distribution of

funds and the adequacy of such funds to ensure constitutionally required education, the State of Kansas was required to review and adjust its education funding. This required implementing action by the state legislature, with a continued supervisory role for the state Supreme Court. In 2010, four Kansas school districts, 31 students, and their guardians sued the State of Kansas alleging those cuts in public school budgets beginning in 2009 had left schools inadequately funded and that portions of the funding were inequitably distributed, in violation of Article 6 of the Kansas Constitution (regulating education provision), state statutes, and due process and equal protection clauses of the Kansas and United States Constitutions. Compliance with the *equity* requirement meant “school districts must have reasonably equal access to substantially similar educational opportunity through similar tax effort.” In March 2017, the Kansas Supreme Court issued a ruling on the *adequacy* of school funding. Regarding implementation, this was deemed inadequate given the state failure to provide approximately a quarter of K-12 (from kindergarten to 12th grade) students with basic reading and math skills, and the leaving behind of significant groups of harder-to-educate students.

The Court found that the evidence showed insufficient tests results to be related to funding levels. **The relevance of this Court decision** is that the Court confirmed the right to free, compulsory and quality primary education. Furthermore, that the State has a legal obligation to guarantee full and non-discriminatory enjoyment of the right, by ensuring the availability of public schools through allocation of sufficient resources.

64. *Jean and Bosico Children v. The Dominican Republic*, is a regional court ruling by the Inter-American Court of Human Rights on September 8, 2005. This case concerns a petition submitted to the Inter-American Commission on Human Rights (IACHR) alleging violation of rights to nationality and education of girls of Haitian descent born in the Dominican Republic. Right to nationality is considered a way to have civil and political rights acknowledged. Therefore, petitioners claimed that the Dominican Republic should respect its obligation to the right to non-discrimination in granting the girls the nationality. Precautionary measures were requested to prevent deportation and to guarantee the Right to Education of a girl in school age. The petitioners claimed that, since their

nationality was not acknowledged, the girls were exposed to the imminent threat of being expelled from the country and, lacking an identity document, could not attend school. The IACHR adopted precautionary measures to prevent the girls' deportation and to guarantee that Bosico could continue going to school and referred the case to the Inter-American Court of Human Rights. Finally, the Court requested the State to guarantee access to free elementary education for all children regardless of their background or origin. The Court considered this obligation was a consequence of the special protection children are entitled to. **The relevance of this Court decision** is that the Court confirmed the right to free, compulsory and quality primary education, to be implemented without discriminatory access barriers. Furthermore, that the State has a legal obligation to guarantee all children access to free elementary education regardless of their nationality, background, or origin.

65. *Campaign for Fiscal Equity et al. v. State of New York et al.* 719 N.Y.S.2d 475, is a ruling by the Supreme Court of New York on January 9, 2001. This case concerns the challenge of state school funding

“The relevance of this Court decision is that the Court confirmed the right to free, compulsory, and quality primary education. Furthermore, that the State has a legal obligation to guarantee full and non-discriminatory access to quality education, which requires the allocation of sufficient resources to minimally ensure the availability of adequate physical facilities, basic learning resources and adequately trained teachers who can provide teaching based on up-to-date curricula. minimally ensure the availability of adequate physical facilities, basic learning resources and adequately trained teachers who can provide teaching based on up-to-date curricula.”

system on the basis of the Education Article of the New York Constitution (Article XI § 1). The case addressed a range of issues including, the constitutional right to a sound basic education, adequacy of school funding,

budgetary allocations, and the nature of remedies. In 1993, the Campaign for Fiscal Equity, as well as several students and their parents, filed a complaint asserting that New York State's educational financing scheme. According to the complaint the educational financing scheme fails to provide public school students in New York City, an opportunity to obtain a sound basic education. This constitutes a violation of the state Constitution. In later proceedings the Court of Appeals clarified that basic education should also cover the skills needed to sustain competitive employment and to acquire higher education. The Court noted that accomplishing this requires minimally adequate physical facilities, and basic learning resources, as well as being taught up-to-date curricula by adequately trained teachers. The decision of the State Supreme Court in relation to the Education Article was subsequently upheld in 2003 by the Court of Appeals which issued a tri-partite remedial order that required the State to determine the cost of providing a sound basic education in New York City, reform the current system to ensure adequacy of funding for all schools and establish a system of accountability to measure whether the reforms actually provide the opportunity for a sound basic education.

The relevance of this Court decision is that the Court confirmed the right to free, compulsory, and quality primary education. Furthermore, that the State has a legal obligation to guarantee full and non-discriminatory access to quality education, which requires the allocation of sufficient resources to minimally ensure the availability of adequate physical facilities, basic learning resources and adequately trained teachers who can provide teaching based on up-to-date curricula.

VII. Respecting and Guaranteeing the Right to (Free) Compulsory Primary Education in the Americas

66. **The implementation in OAS Member States** – The status of implementation of the right to (free) compulsory primary education by OAS Member States was assessed based on a questionnaire. The questionnaire was developed by the research team led by dr. Eric Rudge, the Rapporteur of IAJC on the right to (compulsory) primary education in Member States of the OAS. Members of the research team were Milton A. Castelen LL.M. & LL.M. an experienced scholar on Surinamese, Dutch, EU and International Law⁷⁰

and Kamenie Bhagoe LL.B. who pursues her master's degree at the Erasmus University in Rotterdam, The Netherlands⁷¹. The final draft of the questionnaire was adopted by the Inter-American Juridical Committee at the 99th Session of the Committee, which was held virtually due to the corona pandemic, from 02 August until 06 August 2021, and approved for circulation among Member States by the IAJC-Secretariat⁷².

67. **The questionnaire** – In general, the questionnaire seeks to collect data at Member States level. Sought information is whether Member States are party to international and regional instruments safeguarding the Right to Education and if so to how many. Also sought is information on whether the Right to Education is guaranteed in the Constitution and to name specific laws regarding (compulsory) primary education in case they are adopted by a Member State. Furthermore, the related ages to compulsory education per Member State, the availability of special education or inclusive education for children, and whether primary education is equally provided throughout the State. Ultimately what the State's view is on the importance of compulsory primary education. Member

States were requested to submit the duly filled questionnaire by E-mail to the Technical Secretariat of the IAJC before December 31, 2021. After two extensions of the deadline, completed questionnaires were submitted by twelve (12) States: Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Paraguay, Saint Lucia, and Trinidad and Tobago. Shortly before the 100th session of the IAJC held in Lima Peru, Suriname submitted its questionnaire to the Secretariat of the Committee.

The IAJC is hereby given the opportunity to have an oversight of the developments in this area: education, one that is not only extremely vital to the livelihood of a State, but one that has suffered even more due to the corona pandemic.

68. **General outcomes of the questionnaire** – All respondents stated that they are party to international and regional instruments safeguarding the Right to Education. The numbers of legal instruments applicable to the States varies from 2 to 12. Six States mentioned 5 instruments; Three States mentioned 9 instruments; and four mentioned 2,7,8 and 12 instruments. Common

denominators are: The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR), the Convention on the Rights of the Child, the American Convention on Human Rights, and the Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social and Cultural Rights of 1988. All respondents indicated that their Constitution guarantees the Right to Education. Furthermore, they all stated that specific laws regarding (compulsory) primary education, have been adopted and that special education or inclusive education is provided for children. Against that backdrop, respondent States listed several laws guaranteeing primary education ranging from kindergarten to high school education.

69. Is primary education compulsory in the State? – An important fact is that all respondent States answered *yes* to the question: *Is primary education compulsory in the State?* This certifies that these Members States acknowledge the importance of education to children in the prime stage of their life, hereby acknowledging and accepting the importance of primary education for the State itself. On the matter of primary education compulsory ages, the

response varies depending on each Member State, from the upper age limits of 11, 12, 15, 16, 17, and 18 years. But also, the ranges of lower and upper age limits of 5 to 15 years, 3 to 18 years, 6 to 12 years, and 5 to 16 years. As lower age limit, the ages of 3, 4 and 5 are also reported. It is worth mentioning that these lower age limits connect seamlessly with Early Childhood Development Programs (ECD P)⁷³. All respondent States stated that the right is implemented by a governmental body. Of those, ten respondents require mandatory school attendance, and 9 respondent States threatens with sanctions in case of non-compliance. A total of eight respondents indicated that they offer compulsory primary education completely free of charge. But all respondent States expressed that primary education is compulsory and equally provided throughout their jurisdictions. This is the result of the view held by all respondent states that compulsory primary education is of great importance. States expressed importance in relation to human development, advancement of all other human rights and the close connectivity with human development and prosperity.

70. Need for assistance from inter-governmental organizations –

All respondent States voiced a strong need for assistance from inter-governmental organizations. Respondents alluded to training of teachers; material and financial resources; information and experiences sharing on good teaching practices by OAS Member States and to strengthen public policy capacities. But also, seminars on educational research and advise to implement enhancement programs. Other forms of assistance relate to on site mentoring and teacher training specifically to strengthen pedagogical practice in rural areas, technical assistance, exchange of experts, early childhood reading and writing, advice on curricula for primary education, financial collaboration to increase technical assistance and assistance aimed at teachers to develop methodologies for educational services. These responses regarding assistance to improve the quality of the education in Member States coincide perfectly with the analysis of the SDG's above, as stated in previous paragraphs. Furthermore, assistance was considered necessary for education promotion via the implementation of strategies serving children in rural areas and those with limited access to education. Also, assistance in the area

of low-income environments with minimal technologies, strengthening of the quality of education and to remove inequalities between boys and girls, and in addressing risk groups in certain sectors, specific initiatives regarding children with multiple forms of vulnerability e.g., dropouts, health issues, parents incarcerated, street children and strategies towards children in rural areas where access to education is limited. This is echoed by among others the first target (see paragraph 4) and the fifth target (see paragraph 8).

71. Connectivity – On the matter of connectivity between the level of implementation of the right to compulsory primary education and socio-economic developments such as street children, crime rates, illiteracy and poverty, the respondent states

“Based on the research it must be concluded that the Right to Education in principle, an economic, social and cultural right, must be considered as moving towards being a fundamental human right.”

indicated that they do not have the sought data readily available. One or two states indicated that they are not unaware of a possible connectivity.

72. Education: a fundamental human right – OAS. Member States are divided when it comes to acknowledging the Right to Education as a fundamental right. The division has its origin in the hesitation due to among other things the economic and financial constraints that such a recognition may put on a State. It is important to note that, consistent with the elaborated international, regional, and national legal instruments, explanatory instruments and case law, the obligations deriving from Right to Education should be divided in two clusters. One cluster contains the obligations that require progressive realization. The other cluster consists of obligations that require immediate realization. Secondary and tertiary education belong to the cluster of the progressive realization of obligations. Based on the research it must be

concluded that the Right to Education in principle, an economic, social and cultural right, must be considered as moving towards being a fundamental human right. As set out with this study, compulsory primary education, falls in the cluster of immediate realization obligations, due to which this cluster of the Right to Education must be recognized as a fundamental human right. As seen in various court decisions in the previous chapters, when dealing with the immediate realization obligations, claims of financial constraints are subject to strict scrutiny. Affording the right to **Compulsory Primary Education** to children and youth does no longer depend on the goodwill of States but is rather a mandatory obligation for States based on customary, international, and regional law. States will have to comply with this obligation irrespective of possible economic, financial, social, and cultural constraints they might encounter in the implementation of this human right to children.

- ¹. This lecture was constructed with the huge assistance of two scholars:
 - Mr. Milton A. Castelen, an Attorney at Law (Suriname), Surinamese, Dutch, and EU International Law.
Mediator: Civil and Commercial Consultant; Health Law & Policy, Environmental Law & Policy, Human Rights, CELAC, CARICOM and EU Cooperation, international law & Policy.
 - Ms. Kamenie Bhagoe LL.B., currently pursuing her master's degree at the Erasmus University in Rotterdam, The Netherlands.
- ². The Compelling Effects of Compulsory Schooling, Phillip Oreopoulos, Department of Economics University of Toronto.
- ³. <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/B9780128153918000215>
- ⁴. The economics of education, Steve Bradley and Collin Green. Chapter 9.
- ⁵. <https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/088840649401700306>.
- ⁶. Joint Center for Housing Studies of Harvard University. America's Rental Housing: Homes for a Diverse Nation. 2006. Accessed June 8, 2009.
- ⁷. <https://en.unesco.org/news/what-you-need-know-about-right-education>
- ⁸. K.W. Abbott and D. 'Snidal, Hard and Soft Law in International Governance', eastlaw.net, 2000, p. 422.
- ⁹. <https://www.ohchr.org/en/hrbodies/pages/tbgeneralcomments.aspx>
- ¹⁰. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I) & HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. II).
- ¹¹. <https://www.childrightsconnect.org/wp-content/uploads/2013/10/Fact-sheet-CRC-GC-EN.pdf>
- ¹². Resolution 217 A (III).
- ¹³. <https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights>
- ¹⁴. UNESCO SHS/2015/PI/H/14 REV.
- ¹⁵. Resolution 47/135.
- ¹⁶. United Nations, Treaty Series, vol. 993, No. 14531.
- ¹⁷. Ibid., vol. 1249, No. 20378.
- ¹⁸. Ibid., vol. 1577, No. 27531.
- ¹⁹. Ibid., vol. 660, No. 9464.
- ²⁰. Ibid., vol. 2220, No. 39481.
- ²¹. Ibid., vol. 2515, No. 44910.
- ²². Ibid., vol. 429, No. 6193.
- ²³. Ibid., vol. 1649, No. 28352.
- ²⁴. C. de la Vega, The right to Equal Education: Merely a Guiding Principle or Customary International Legal Right?, papers.ssrn.com, 1994, p. 44.
- ²⁵. <https://www.un.org/dgacm/en/content/regional-groups>
- ²⁶. The concept of these four "As" was developed by the former UN Special Rapporteur on the Right to Education, Katarina Tomaševski, and it is one of the best ways to assess and act upon the situation.
- ²⁷. E/C.12/1999/10.
- ²⁸. E/C.12/1999/4.

29. E/1991/23.
30. A/HRC/RES/44/3.
31. A/HRC/38/32 and Add.1, A/HRC/41/37, and A/HRC/44/39 and Add.1–2.
32. A/72/496, A/73/262 and A/74/243.
33. A/RES/67/164.
34. A/HRC/38/32, para. 33.
35. E/1991/23.
36. CRC/GC/2001/1
37. CRC/GC/2005/6
38. A/RES/70/1.
39. A/RES/71/313.
40. ED-2016/WS/28, para. 10, p. 28.
41. http://tcg.uis.unesco.org/wp-content/uploads/sites/4/2020/09/SDG4_indicator_list.pdf
42. E/HLS/2016/1.
43. <https://treaties.un.org/doc/Publication/CTC/uncharter-all-lang.pdf>
44. JUSTIA, What are the sources of international law? <https://www.justia.com/international-law/>
45. C.A. Dubay, *General Principles of International Law: Monism and Dualism*, judicialmonitor.org, 2014.
46. J. Grosdidier de Matons, *A Review of International Legal Instruments. Facilitation of Transport and Trade in Africa*, unohrlls.org, 2014, p. 5.
47. C.A. Dubay, *General Principles of International Law: Monism and Dualism*, judicialmonitor.org, 2014.
48. Pieter Kooijmans, *Internationaal publiekrecht in vogelvlucht*, Wolters-Noordhoff, Groningen, 1994, p. 84-85.
49. “[T]he general principle of international law is that a state cannot plead a rule or a gap in its own municipal law as a defence to a claim based on international law”, M. Akehurst, *A Modern Introduction to International Law*, London: Harper Collins, 1991, p. 43. “The fact that a conflicting domestic provision is contained in the national constitution does not absolve the State Party concerned from international responsibility”, A. Rosas, in D. Beetham, *Politics and Human Rights*, Oxford: Blackwell, 1995, p. 67.
50. A/73/10, pp. 12–116.
51. A/CN.4/710.
52. https://www.escr-net.org/caselaw/search?search=education&field_country_tid=All&language=%2A%2A%2-CURRENT_LANGUAGE%2A%2A&field_thematic_focus_tid=2415&field_forum_type_value=All&page=1
53. <http://unesdoc.unesco.org/images/0015/001537/153765E.pdf>
54. O.A.S., Treaty Series, NOS. 1-C AND 61.
55. O.A.S. Res. XXX.
56. O.A.S., Treaty Series, No. 36.
57. O.A.S., Treaty Series, No. 69.

⁵⁸ AG/doc.8 (XXVIII-E/01).

⁵⁹ Katarina Tomasevski, *Human Rights Obligations in Education: The 4-A Scheme*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers (WLP) 2006. p. 47

⁶⁰ Marselha Gonçalves Magarin, *The Right to Education: A Multi-Faceted Strategy for Litigating before the inter-American Commission on Human Rights*, *The Human rights Brief. Center for Human Rights and Humanitarian Law*, Volume 17, Issue 3 (2010), p. 23.

⁶¹ See Suárez Rosero Case, 1997 Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 35, at para. 72 (Nov. 12, 1997), available at http://www.wcl.american.edu/humright/hracademy/corteidh/seriecpdf_ing/seriec_35_ing.pdf?rd=1; see also American Convention, supra note 4, at art. 26; Protocol of San Salvador, supra note 6, at arts. 13(3)(b)–(c); Convention of Belém do Pará, supra note 10, at art. 8(b); OAS Charter, supra note 10, at art. 49.

⁶² Robert F. Kennedy Center for Justice & Human Rights, 'Right to Education of Afro-descendants and Indigenous Peoples in the Americas: Achieving Dignity and Equality for All', rfkcenter.org, 2008, p.46.

⁶³ <https://en.unesco.org/news/what-you-need-know-about-right-education>

⁶⁴ Advisory Opinion OC-18/03, para. 103.

⁶⁵ The Coolangatta Statement on Indigenous Peoples' Rights in Education, World Indigenous Peoples' Conference on Education, Hilo, Hawai'i, Aug. 6, 1999.

⁶⁶ Fons Coomans, *Content and Scope of the Right to Education as a Human Right and Obstacles to Its Realization*, in *Human Rights in Education, Science and Culture: Legal Developments and Challenges* 183, 185 (Yvonne Donders & Vladimir Volodin eds., 2007).

⁶⁷ Inter-American Court of Human Rights Advisory Opinion OC-17/2002, of August 28, 2002, requested by the Inter-American Commission on Human Rights. *Juridical Condition and Human Rights of the Child*, para. 1

⁶⁸ Universal Declaration of Human Rights (art. 26), International Covenant of Economic, Social and Cultural Rights (art. 13), Protocol of San Salvador (art. 13), Committee of Economic, Social and Cultural Rights (General Comments 11 and 13), Committee of Economic, Social and Cultural Rights (Comments for Colombia), UN Human Rights Commission, Office of the High Commissioner for Human Rights.

⁶⁹ Milton A. Castelen LL.M. & LL.M., Attorney at Law at the High Court of Justice in Suriname, Surinamese, EU and International Law; Mediator: Civil and Commercial Consultant: Health Law & Policy, Environmental Law & Policy; Human Rights, CELAC, Caricom and EU Cooperation, International Law and Policy. Mr. Castelen has submitted several cases to the recently established Constitutional Court of the Republic of Suriname.

⁷⁰ Kamenie Bhagoe is a young professional with a major in international law. She pursues her master's degree in (international) Commercial and Company law at the Erasmus University in Rotterdam, The Netherlands.

⁷¹ The final text of the questionnaire was adopted on 06 August 2022.

⁷² ECD: Healthy development in the early years (particularly birth to three), provides the building foundations for educational achievements, economic productivity, responsible citizenship, life-long health, strong communities and successful parenting of the next generation. <https://developingchild.harvard.edu/guide/what-is-early-childhood-development-a-guide-to-the-science/>

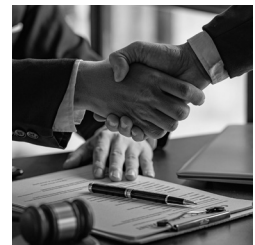
About the author

Eric P. Rudge



Eric P. Rudge is since 01 January 2020 a Member of the Interamerican Juridical Committee. Hold a Master of Laws (LL.M.) degree in International Legal Studies from the American University, Washington College of Law in Washington, DC, USA and a Master of Laws (LL.M.) master's degree in Surinamese Law

from the Anton de Kom University of Suriname. Currently works as an Assistant Judge in the First Cantonal Court of the High Court of Justice in Suriname. Member of Suriname's delegations on various public hearing held by the Commission and the Inter-American Court on Human Rights.



El derecho aplicable al fondo: Un debate ausente en las propuestas de Reforma al Mecanismo de Resolución de Disputas de las Inversiones Extranjeras

**José Antonio
Moreno Rodríguez**

El sistema de resolución de disputas relativas a las inversiones extranjeras padece de fuertes embates en el mundo actual. El régimen comprende diversos “mecanismos”, entre los que prepondera el que habilita la vía arbitral para los reclamos de inversores contra los Estados considerados agraviantes, merced a un entramado de instrumentos internacionales – entre los que proliferan los tratados bilaterales de inversión – a través de los cuales los países aceptan este sistema.

Parte importante de la artillería actual se dirige contra el arbitraje, de voces según las cuales un mejor mecanismo emergería de aceptarse tribunales internacionales de carácter permanente, cuyos jueces sean nombrados por los Estados – a semejanza de lo que ocurre, por ejemplo, con la Corte Internacional de Justicia o, a nivel regional, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, por citar ejemplos. Ante lo quimérico del planteo,

distintas voces se conformarían con que al menos estos tribunales puedan funcionar como instancia de apelación, asegurándose así – según esgrimen – la integridad del proceso y la uniformidad jurisprudencial dentro de la casuística del sistema, lo cual no se da hoy día en que, antes bien, el escenario se muestra caótico con laudos contradictorios en diversas cuestiones sustantivas de capital importancia relativas a la inversión foránea².

Según los críticos, la integridad del proceso se lograría al contarse con juzgadores nombrados por los Estados, y no árbitros comúnmente – al menos en un número importante de casos – nombrados por las partes, en situaciones que no pocas veces han visto aflorar conflictos de intereses, amén de que el mecanismo arbitral mismo se encuentra diseñado más bien para concentrarse en la contienda puntual y no en que las decisiones sean necesariamente armónicas con

otras anteriores, como ocurre normalmente en tribunales internacionales de conformación estatal – fundamentalmente porque se centraliza la resolución de controversias sometidas a su consideración en ellos.

Las discusiones sobre integridad del proceso arbitral de inversiones son ricas en matizaciones, y este espacio no se ocupará de ellas³. Sí se hará referencia, en lo que sigue, a una cuestión medular, no mayormente presente en los debates sobre reformas al mecanismo de inversiones extranjeras instalado en el orbe, a saber: el derecho sustantivo aplicable a éstas. Las discusiones se centran fundamentalmente en lo contradictorio de las decisiones contrapuestas dictadas en sonados laudos, achacándose su culpa al mecanismo arbitral, con el discurso de que ello no ocurriría de contarse con tribunales internacionales que centralicen la resolución de disputas en materia de inversiones extranjeras.

Con ello se desatiende, sin embargo, que los juzgadores en estas contiendas se encuentran ante un mecanismo que, inconcebiblemente, no cuenta con un marco normativo apropiado en lo que respecta al derecho aplicable. Es decir, los críticos centran la artillería en el mecanismo de juzgamiento, pero nada

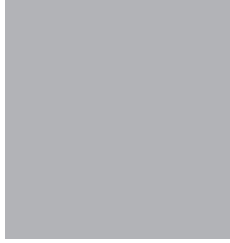
o muy poco dicen – u ofrecen como solución – con respecto al derecho sustantivo que debería regir en estas cuestiones. ¿No puede ser, acaso, esta orfandad una causa principal – o al menos importante – de las antinomias en laudos arbitrales en estos temas?

Sin entrar en esta discusión, las páginas que siguen se ocupan del panorama actual del derecho sustantivo aplicable a las inversiones extranjeras, en el convencimiento de que una mayor claridad al respecto puede contribuir, en mucho, a una mejoría del régimen, independientemente a que prosperen – o no – y sin juzgar si sean buenas o malas las distintas posiciones esgrimidas con respecto a la integridad y la existencia misma del mecanismo arbitral como vía válida para resoluciones de conflictos en esta área.

¿Cuál es la situación actual? Pues – amén de la orfandad de debates importantes al respecto – no se cuenta con un “corpus” o instrumento internacional que regule comprensivamente el problema del derecho sustantivo aplicable a las inversiones foráneas⁴. Y no es realista plantear que un texto así pueda ser negociado por los Estados y, sobre todo, adoptado luego por un número interesante de países que lo vuelva así efectivo en un ámbito espacial importante.

**José Antonio Moreno
Rodríguez**

El derecho aplicable al fondo: Un debate ausente en las Propuestas de Reforma al Mecanismo de Resolución de Disputas de las Inversiones Extranjeras



Sí existen hoy día múltiples instrumentos, del derecho internacional público y privado, y en materia de arbitraje internacional, que se ocupan puntualmente de diversas cuestiones atinentes al tema, y que cabalmente aprehendidos pueden brindar un importante servicio a un mejor manejo del derecho sustantivo aplicable a las inversiones extranjeras. Mucho está ahí. Pero falta un mejor diálogo interdisciplinario. Sobre todo, resta entender que el derecho privado, e internacional privado, proporcionan adecuadas respuestas a problemas que hoy día generan contradicción en materia de inversiones foráneas, amén de que el arbitraje, de por sí, brinda un espacio ideal para que este diálogo pueda tener implementación efectiva en contiendas sometidas a este ámbito.

Sesgadamente, muchas veces se pierde de vista que la protección jurídica a inversionistas extranjeros se origina

e incluso vincula al nacimiento del derecho internacional público, a su vez un desprendimiento del perenne derecho romano de antaño, merced al trabajo académico de juristas como Grocio, Vitoria, Vattel y Gentili⁵, entre otros, que a partir del Siglo XVII elucubran justificativos para que los intereses económicos del occidente de Europa sean protegidos en lo que respecta a las inversiones en las colonias de entonces. Ello a partir de ciertos estándares mínimos que terminan consolidándose con el tiempo, con su adopción en numerosos tratados “de amistad, navegación y comercio”⁶, como se denominaban en la época, y la creación de tribunales internacionales especiales o *Mixed Claims Commissions* que entendían en contiendas al respecto y fueron originando una rudimentaria casuística en consecuencia⁷.

Los tratados, sin embargo, eran pocos con respecto a los estándares

“Pero falta un mejor diálogo interdisciplinario. Sobre todo, resta entender que el derecho privado, e internacional privado, proporcionan adecuadas respuestas a problemas que hoy día generan contradicción en materia de inversiones foráneas, amén de que el arbitraje, de por sí, brinda un espacio ideal para que este diálogo pueda tener implementación efectiva en contiendas sometidas a este ámbito.”

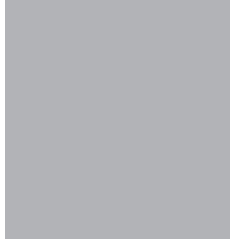
mínimos de protección, y ante el vacío, la doctrina del derecho internacional público, y los tribunales especiales, recurrían al derecho común de la época, ese derecho privado romano que había ido sedimentándose con los siglos y seguía siendo el hontanar del que se nutrían las distintas nóveles ramas que iban desprendiéndose de él. La doctrina y jurisprudencia a la sazón se valían entonces recurrentemente de “principios” del derecho romano, como la buena fe, o el enriquecimiento injusto, por citar ejemplos⁸.

Por siglos, este derecho privado influye, pues, en los contornos que iba adquiriendo el derecho internacional público, históricamente desarrollado en elucubraciones doctrinarias de gabinete y en pronunciamientos pretorianos que se valían, una y otra vez, de ese derecho común.⁹ ¿Qué mejor que la *ratio scripta* (o razón escrita) —así se consideraba al derecho romano— para llenar los vacíos de la incipiente disciplina? Ello más aun considerando que en Roma se protegía fuertemente el derecho de propiedad, se reconocía el reclamo por recomposición de daños, y se consagraba la santidad del contrato; vale decir, estaban allí todos los ingredientes deseados por quienes abogaban por una protección jurídica apropiada a favor de los intereses económicos europeos en su expansión hacia las colonias.

Este mecanismo se pone en entredicho en las Américas hacia fines del siglo XIX, luego de los procesos independentistas en la región. Una cosa era que los europeos impusieran en sus colonias su propio derecho, pero otra muy distinta que países independizados se vieran obligados a aceptar la imposición. Nace así la llamada “Doctrina Calvo”, que aboga por la aplicación de los derechos nacionales de los países receptores de

**José Antonio Moreno
Rodríguez**

El derecho aplicable al fondo: Un debate ausente en las Propuestas de Reforma al Mecanismo de Resolución de Disputas de las Inversiones Extranjeras



la inversión foránea y su juzgamiento, no en tribunales internacionales, sino ante jueces locales¹⁰. Desde la vereda de enfrente, se considera que esta posición va de contramano con los resguardos necesarios para que la inversión extranjera aflore, puesto que los países receptores podrían así – como lo han hecho en reiteradas ocasiones – alterar, a través de cambios en sus regulaciones locales, estándares de protección y dejar así a estos emprendimientos sujetos a los vaivenes criollos y al juzgamiento ante tribunales autóctonos – en los que muchas veces prima aquello de que “en mi patio trasero, bajo mis reglas”¹¹.

En la medida en que el yugo colonialista va cediendo en otras regiones, la tensión se traslada embrionariamente a la Liga de Naciones y luego a las Naciones Unidas¹², pero no se logra en estos ni en otros espacios que así lo intentaron – como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo

Económicos (OECD)¹³ – un consenso sobre cuál debería ser el derrotero del derecho internacional público en estas cuestiones. A lo sumo, las Naciones Unidas consigue aprobar, no un tratado¹⁴, sino un instrumento “de derecho blando”, cual es el documento sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, con “obligaciones secundarias” por incumplimiento, como la reparación de daños y otras sanciones del derecho internacional público¹⁵. Vale decir, el documento trata de las consecuencias de incumplir las “obligaciones primarias”¹⁶, pero omite referirse a estas, ante la falta absoluta de consenso a su respecto en el ejido de las Naciones Unidas.

No se cuenta, pues, hasta nuestros días, con un “corpus” normativo que se ocupe del derecho sustantivo aplicable a las inversiones extranjeras, imperando – aún hoy – ese derecho consuetudinario internacional

desarrollado a través de los siglos en la academia y en tribunales internacionales, que los embates de la Doctrina Calvo no lograron destronar. Como está visto, ese derecho internacional público fue imbuyéndose, en su conformación, del derecho privado y sus principios, que iban reconociéndose en el tiempo en tribunales internacionales y trabajos académicos. Es cierto que existieron tratados a través de los siglos, como los de “amistad, comercio y navegación”, que incluyeron fórmulas mínimas de protección a la inversión foránea como el llamado “estándar de protección mínimo”¹⁷. Sin embargo, sus fórmulas parcas, en algunos casos, y vacíos en varios otros, requerían una complementación que los tribunales internacionales y la doctrina encontró mayormente en el derecho privado y sus principios¹⁸.

La celebración de tratados bilaterales y multilaterales de inversión cristalizó en ellos varios de estos estándares amplios de protección desarrollados por el derecho consuetudinario internacional¹⁹; e incluso fue más allá en algunos casos, como por ejemplo agregando al estándar mínimo de protección el de “trato justo y equitativo” – si bien este tema en particular plantea controversias de si en el

fondo se trata de la misma fórmula o son cosas distintas²⁰. Sin embargo, sigue el vacío con respecto al corpus que regule o “aterrice” estos estándares amplios en su aplicación, lo que explica en parte importante las controversias generadas en torno a los mismos e incluso los pronunciamientos contradictorios existentes por parte de tribunales arbitrales.

Sí estos tratados, así como leyes y contratos de inversión de décadas recientes, vienen propiciando de manera creciente la utilización del arbitraje como mecanismo de solución de controversias; y la amplitud que ofrece la vía arbitral viene contribuyendo, en lo que respecta al derecho substantivo aplicable, al desarrollo de principios y precedentes casuísticos que complementan o “aterrizan” los estándares amplios. Sobre todo hacia mediados del siglo XX²¹, fue particularmente fecundo el aporte de tribunales arbitrales para la consolidación de principios²², como los reconocidos en sonados casos relativos a hidrocarburos en el Medio Oriente²³; e incluso se produjo un desarrollo importante de otras fuentes del derecho internacional público en lo que respecta a las inversiones, como la costumbre y la *opinio iuris* u opinión doctrinaria de juristas notables – e incluso un sistema

“de facto”,²⁴ de precedentes²⁵, cuyos contornos se enriquecieron, a su vez, con el derecho privado, internacional privado e uniforme²⁶. El derecho comparado y sus diversas técnicas merecieron, al efecto, particular atención²⁷, aunque siguen siendo controvertidos los diversos métodos empleados por quienes emprenden la tarea comparatista²⁸, lo que a su vez genera disparidades en las respuestas dadas a problemas planteados en los reclamos de inversiones foráneas²⁹. Se impone, pues, una sofisticación en el manejo de estos temas, lo que alarmantemente no suele merecer la atención debida.

Por lo demás, el derecho internacional privado viene experimentando una evolución imponente en tiempos recientes, a partir de un sinnúmero de esfuerzos globales, regionales y en ámbitos nacionales, tanto en la órbita pública como privada, que van generando numerosos textos de derecho duro (como tratados y leyes) y blando (como guías, leyes modelo, principios), que tienden a romper con la ortodoxia “localizadora” de casos internacionales³⁰. Ello a partir de diversos mecanismos, como los que otorgan flexibilidad a juzgadores cuando el mecanismo localizador lleva a resultados injustos o inequitativos,

hasta el avance de textos “de derecho uniforme”, como la llamada “Convención de Viena” sobre compraventa internacional de mercaderías. En este último sentido, los llamados “Principios UNIDROIT” en materia de derecho contractual internacional se erigen en una poderosa herramienta de potenciales fecundas consecuencias no solo en el ámbito comercial sino también en materia de inversiones foráneas³¹, al brindar fórmulas como las relativas a fuerza mayor e imprevisión que en diversos contextos pueden asirse en dicho ámbito.

“No se cuenta, pues, hasta nuestros días, con un “corpus” normativo que se ocupe del derecho sustantivo aplicable a las inversiones extranjeras, imperando – aún hoy – ese derecho consuetudinario internacional desarrollado a través de los siglos en la academia y en tribunales internacionales, que los embates de la Doctrina Calvo no lograron destronar.”

“...el derecho internacional privado viene experimentando una evolución imponente en tiempos recientes, a partir de un sinfín de esfuerzos globales, regionales y en ámbitos nacionales, tanto en la órbita pública como privada, que van generando numerosos textos de derecho duro (como tratados y leyes) y blando (como guías, leyes modelo, principios), que tienden a romper con la ortodoxia “localizadora” de casos internacionales.”

Así también, otros desarrollos de “tinte conflictualista” del derecho internacional privado actual, adecuadamente aprehendidos, brindan formidables recursos para lidiar con problemas recurrentemente suscitados en materia de inversión extranjera, cosa no suficientemente explotada debido a la insuficiencia de un fecundo diálogo interdisciplinario que permita quitar provecho de tantas potencialidades³². Las reclamaciones en materia de inversión foránea pueden envolver

discusiones “conflictualistas” relativas, por ejemplo, a capacidad³³, responsabilidad extracontractual³⁴, derecho de propiedad³⁵ e, incluso, complejas cuestiones relativas a instrumentos financieros y garantías³⁶. Avances recientes en el derecho internacional privado “conflictualista” en estos temas pueden tener un fuerte impacto en la suerte de muchas de estas contiendas, por lo que su manejo apropiado no puede ser ignorado.

Tampoco puede soslayarse que el distingo público-privado, potenciado artificialmente en las cuatro paredes de la academia, viene diluyéndose de manera notoria³⁷, lo que impacta también en los arbitrajes de inversiones extranjeras³⁸, en los que recurrentemente se abordan cuestiones propias del derecho privado, como las relativas a violaciones contractuales, u otras en las que el derecho público se encuentra insuficientemente equipado a brindar respuestas³⁹.

A todo lo dicho hasta ahora se suma otro ingrediente de gran relevancia: el gran desarrollo del arbitraje luego de la segunda mitad del Siglo XX, con hitos como la llamada Convención de Nueva York de 1958 que se ocupa de la ejecución de laudos extranjeros; el reglamento de 1974 (modificado en

2010) y luego la ley modelo de UNCITRAL de 1985 (modificada en 2004), y la modernización generada en base a estos instrumentos a lo ancho del orbe. La Convención de Nueva York cuenta con más de 160 ratificaciones, y un número importante de países de los cinco continentes reformaron sus leyes nacionales para ponerlas en sintonía con el modelo de UNCITRAL⁴⁰. Lo propio ocurre con los reglamentos de las instituciones arbitrales, fuertemente impactados en su contenido por el modelo de esta institución⁴¹, como ocurre por ejemplo con las reglas de la Corte Permanente de Arbitraje (PCA)⁴², que viene registrando un número creciente de casos de arbitrajes de inversiones, como consecuencia de tratados o contratos de inversión que se sujetan a ellas⁴³.

Y ni qué decir con la “revolución” traída por el mecanismo del CIADI a partir de su convención constitutiva de 1965⁴⁴. Con él se sustrae a los arbitrajes de una sede de la cual se apliquen reglas arbitrales (*lex arbitri*), y se concibe en vez un sistema autosuficiente y no sujeto al escrutinio de tribunales nacionales. La revolución viene por esta y otras características del mecanismo, como su peculiar y excepcional instancia de anulación dentro del propio sistema, pero el impacto viene

de la recurrencia masiva de inversores extranjeros al arbitraje CIADI, como consecuencia de su referencia masiva en tratados y contratos de inversión. Esto llevó a una explosión de casos, notoria y creciente a partir de los años 1990s, lo que coloca al CIADI en un sitial preponderante como mecanismo para resolución de conflictos en materia de inversiones foráneas⁴⁵.

Tanto la normativa del CIADI como la de otros mecanismos arbitrales, si bien contienen más bien normas de tinte procesal o jurisdiccional, incluyen

“...el gran desarrollo del arbitraje luego de la segunda mitad del Siglo XX, con hitos como la llamada Convención de Nueva York de 1958 que se ocupa de la ejecución de laudos extranjeros; el reglamento de 1974 (modificado en 2010) y luego la ley modelo de UNCITRAL de 1985 (modificada en 2004), y la modernización generada en base a estos instrumentos a lo ancho del orbe.”

reglas – parcas, pero de tremenda importancia – sobre el derecho aplicable al fondo de estas controversias⁴⁶, que se relacionan con su elección o, en su caso, con la ausencia de selección, con criterios para su aplicación flexible cuando así procediera, y con el orden público. También dejan estas reglas la posibilidad de que pueda optarse por el mecanismo de arbitraje de equidad o ex aequo et bono. Estas regulaciones sobre el derecho aplicable al fondo, no por escuetas, dejan de implicar la eventual consideración de un sinfín de cuestiones del derecho internacional público, derecho internacional privado, derecho uniforme, y derecho privado en general⁴⁷.

Nuevamente – y ya también a modo de conclusión – la ausencia de ese corpus tantas veces aquí aludida, que rija comprensivamente el derecho sustantivo aplicable a las inversiones foráneas, vuelve imperioso recurrir a un fecundo diálogo interdisciplinario para la búsqueda de respuestas apropiadas ante múltiples interrogantes. Si esta contribución consiguiera despertar un interés por explorar con mayor profundidad esta interacción, el objetivo que la anima estará más que logrado.

¹ Lo medular de esta contribución fue presentado por su autor en el marco de una relatoría ante el Comité Jurídico Interamericano y además en el XLVII Curso de Derecho Internacional de la OEA en Río de Janeiro en 2022, como así también en Roma en 2022, en un evento en conjunto entre UNIDROIT y el ICC Institute of World Business Law, exploratorio con respecto a cómo paliar la problemática abordada en estas páginas. La presentación resume el curso dictado por su autor en el programa de verano del 2021 de la Academia de La Haya de Derecho Internacional, intitulado Private International Law and Investment Arbitration, que será publicado in extenso, en inglés, en la prestigiosa *Collected Courses of The Hague Academy of International Law - Recueil des cours*.

² Un interesante reciente comentario con relación a lo mencionado en este párrafo se encuentra en: J.E. Alvarez, “ISDS Reform: The Long View”, *IIJ Working Paper 2021/6*.

³ Ya hace un tiempo, James Crawford escribió un excelente artículo al respecto. Ver: J. Crawford, “Treaty and Contract in Investment Arbitration”, *Arbitration International*, Vol. 24, No. 3, LCIA, 2008. Ver también: UNCITRAL WG III Report April 2018 (B. Consideration of the arbitral outcomes. Coherence and Consistency) <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V18/029/59/PDF/V1802959.pdf?OpenElement>> (accesado el 12 de mayo de 2022), pp. 5-7.

⁴ Esta ausencia de un “corpus” en la materia ya lo hacían notar en los años 1950, por ejemplo, M. Wolff, “Some Observations on the Autonomy of Contracting Parties in Conflict of Laws” (1950) Vol. 35 *Transactions of Grotius Society*, p. 143. Ver también el muy citado artículo de Lord McNair, “The General Principle of Law Recognized by Civilized Nations”, *British Yearbook of International Law*, Vol. 33 (1957).

⁵ Ver S.C. Neff, *Justice Among Nations: A History of International Law*, Harvard University Press, 2014, p. 141; J. Crawford, *Brownlie’s Principles of Public International Law* (8 th edition), Oxford University Press, 2012, pp. 3- 4, etcetera.

⁶ Ver en: C. Brown, “Resolving international investment disputes”, *Litigating International Law Disputes, Weighing the Balance* (Natalie Klein, ed.), Cambridge University Press, 2014, pp. 401 y siguientes. Alberto Mazzoni y Maria Chiarra Malaguti ponen como ejemplo de esta consolidación el de la “cláusula de la nación más favorecida”. A. Mazzoni and M.C. Malaguti, *Derecho del Comercio Internacional* (G. Giappichelli, ed.), Tirant Lo Blanch, 2021, p. 31.

⁷ Ver en: J. Merrills, “The place of international litigation in international law”, *Litigating International Law Disputes, Weighing the Options* (N. Klein, ed.), Cambridge University Press, 2014; C. Rousseau, *Derecho Internacional Público* (3 rd edition), Editorial Ariel, 1966, p. 90, etcétera. Sobre la casuística de estos tribunales, ver, por ejemplo, en: D.J. Bederman, “The Glorious Past and Uncertain Future of International Claims Tribunals”, *International Courts for the Twenty-First Century* (M.W. Janis, ed.), p. 167.

⁸ Ver, por ejemplo, en: H.C. Gutteridge, “Comparative Law and the Law of Nations”, *British Yearbook of International Law*, Vol. 21 (1944), p. 2; H. Waldock, “General Course on Public International Law”, *Recueil des cours*, Vol. 106 (1962), p. 55, etcétera.

⁹ Ver, por ejemplo, en: H. Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, Longmans, Green and Co., London, 1927, pp. 10

¹⁰ Sobre la Doctrina Calvo, una obra clásica es la de: D.R. Shea, *The Calvo Clause, A Problem of Inter-American and International Law and Diplomacy*, University of Minnesota Press, 1955. Sobre esta doctrina y el arbitraje reciente, ver, por ejemplo, en: B.M. Cremades, “Disputes Arising out of Foreign Direct Investment in Latin America: A New Look at the Calvo Doctrine and Other Jurisdictional Issues”, *Dispute Resolution Journal*, Vol. 59, No. 2 (2004), p. 80. Ver también en: A.S. Hershey, “The Calvo and Drago Doctrines” *American Journal of International Law*, Vol. 1, No. 1 (1907), pp. 26-45; B. Olmos Giupponi, “The Protection of Foreign Direct Investment in Latin America: Where Do We Stand on International Arbitration?”, *Journal of International Arbitration*, Vol. 32, No. 2 (2015), p. 119, etcetera.

¹¹ Ver en el siguiente reporte de la Comisión de Derecho Internacional: UNGA, “Diplomatic Protection”, Report of the International Law Commission Fifty-fourth Session (29 April to 7 June and 22 July to 16 August 2002) GAOR 57 th Session Supp. No. 10 (A/57/10) Ch. V, p. 162. Ver también un interesante recuento en W. Shan, “Is Calvo Dead?” *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 55, No. 1 (2007), p. 123-163. Es célebre el siguiente caso declarando la invalidez de la Cláusula Calvo: *North American Dredging Co. of Texas (United States v. United Mexican States)* (March 31, 1926, reproduced in 1926) 20 AJIL 800.

¹² En épocas de la Liga de Naciones se propuso primero el llamado “Harvard Draft” sobre “The Law of Responsibility of States for Damage Done in their Territory to the Person or Property of Foreigners” de 1929. Ver en: C. McLachlan, “Investment Treaties and General International Law”, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 57, No. 2 (April, 2008), pp. 365-366. Luego vino la Carta de La Habana de 1948. Ver en: *Havana Charter for an International Trade Organization (Havana Charter, ITO Charter 1948)* (United Nations [UN]) UN Doc E/CONF.2/78. En 1959 fue presentado el influyente Proyecto “Abs-Shawcross”. Ver en: Herman and Hartley Shawcross (1960), “Draft Convention on Investments Abroad”, “The proposed convention to protect private foreign investment: a round table”, *Journal of Public Law* (presently *Emory Law Journal*), Vol. 1 (Spring 1960). En base a él, la OECD publicó un proyecto en 1962. Ver: OECD, *Draft Convention on the Protection of Foreign Property*, 2 *International Legal Materials* 241 (1962), accessible en <<https://www.oecd.org/investment/international-investmentagreements/39286571.pdf>> (accesado el 3 de marzo de 2022). Un poco antes vino otro proyecto, el llamado Harvard Draft” de 1961. Ver en: J. Ho, *State Responsibility for Breaches of Investment Contracts*, Cambridge University Press, 2018, p. 57.

¹³ Su proyecto de 1962 está en la nota anterior. La OECD volvió a la arremetida en 1995 con su OECD ambicioso proyecto de un “Multilateral Agreement on Investment (MAI)”. Ver en: OECD (1998). *The Multilateral Agreement on Investment: Draft Consolidated Text*. Available at: <http://www.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng987r1e.pdf> (accesado el 3 de marzo de 2022). El proyecto fue discontinuado en 1998.

¹⁴ Las Naciones Unidas sí emitieron una serie de resoluciones que trataron en parte el problema (626 de 1952; 1803 de 1962; 2158 de 1966; 3171 de 1973; 3201 y 3202 de 1974), que generaron incontables controversias y debates, como puede verse, por ejemplo, en: A.F. Lowenfeld, *International Economic Law* (2 nd edition), Oxford University Press, 2008, pp. 484 y siguientes; S.P. Subedi, *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle*, Hart Publishing, Oxford/Portland, Oregon, 2008, pp. 21 y siguientes, etcétera. Dichas resoluciones son analizadas extensamente en el famoso caso *Texaco Overseas Petroleum Co./California Asiatic Oil Co. v. Government of Libya, Ad Hoc Award on the Merits*, (January 19, 1977), 52 ILR 389 (1977).

¹⁵ El documento fue aprobado por Resolución 56/83 de 2001. Yearbook of the International Law Commission 1970, Vol. II, accessible en: https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1970_v2.pdf (accesado el 11 de marzo de 2022), p. 306, para 66(c).

¹⁶ El documento goza de un gran prestigio y reconocimiento a este respecto. Ver en: A. Remiro Brotons, *Derecho Internacional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, p. 405. Ver también K. Hobér, “State Responsibility and Attribution”, *The Oxford Handbook of International Investment Law* (Peter Muchlinski, Federico Ortino, and Christoph Schreuer, eds.), Oxford University Press, New York, 2008, p. 550, etcetera. Incluso fue citado por la Corte Internacional de Justicia en el caso *Gabčíkovo-Nagymaros Project* (Hungary/Slovakia), (1997), paras 47, 50, 79, 83.

¹⁷ K. Miles, *The Origins of International Investment Law Empire, Environment and the Safeguarding of Capital*, Cambridge University Press, 2013, p. 16. Es famoso el siguiente caso a este respecto: *L. Fay H. Neer And Pauline Neer (USA) v. United Mexican States*, Decision (October 15, 1926).

¹⁸ M. Bogdan, “General Principles of Law and the Problem of Lacunae in the Law of Nations”, *Nordisk Tidsskrift for International Ret* 46, No. 1 (1977), pp. 39-40. Ver también las dos siguientes excelentes contribuciones: J. Arato, “The Logic of Contract in the World of Investment Treaties” (2016) 58 *William & Mary Law Review*, pp. 351 y siguientes; J. Arato, “The Private Law Critique of International Investment Law” (2019) *American Journal of International Law*, pp. 1 y siguientes.

¹⁹ S. Schill, *The Multilateralization of International Investment Law*, Cambridge University Press, 2009, p. 11. Ver también en J.E. Alvarez, “The Public International Law Regime Governing International Investment”, *Recueil des cours*, Vol. 344 (2011).

²⁰ Ver por ejemplo en T.J. Grierson-Weiler and I.A. Laird, “Standards of Treatment”, *The Oxford Handbook of International Investment Law* (Peter Muchlinski, Federico Ortino, and Christoph Schreuer, eds.), Oxford University Press, 2008, p. 262.

²¹ El primer precedente moderno (*Lena Goldfields*) viene, sin embargo, de un par de décadas antes, en 1930. Ver por todos en: V.V. Veeder, “The *Lena Goldfields* Arbitration: The Historical Roots of Three Ideas”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 47,

²² Ver en: O. Spiermann, “Applicable Law”, *Oxford Handbook of International Investment Law* (P. Muchlinski et al., eds.), Oxford University Press, 2008, p. 93

²³ *Petroleum Development Ltd. v. The Sheikh of Abu Dhabi*, (1951) 18 ILR 144, reprinted in 1 ICLQ 247 (1952); *Ruler of Qatar v. International Marine Oil Co. Ltd.*, (1953) 20 ILR 534; *Sapphire International Petroleum Ltd. (Sapphire) v. National Iranian Oil Co.*, (1953) 35 ILR; *BP Exploration Co. (Libya) Ltd. v. The Government of the Libyan Arab Republic*, October 10, 1973, published at 53 ILR 297 (1979), etcetera.

²⁴ Así califican Philip Janig y August Reinisch al sistema de precedentes y su fuerte influencia en esta área. P. Janig and A. Reinisch, “General Principles and the Coherence of International Investment Law: of Res Judicata, Lis Pendens and the Value of Precedents”, *General Principles and the Coherence of International Law* (Mads Andenas, Malgosia Fitzmaurice, Attila Tanzi, and Jan Wouters, eds.), Brill, 2019, p. 296.

²⁵ Jean Ho hace notar la notable influencia de los precedentes en las reclamaciones de inversión. J. Ho, *State Responsibility for Breaches of Investment Contracts*, Cambridge University Press, 2018, p. 4. Ello particularmente cuando los precedentes van en una misma dirección. Ver también en: F. Bachand and F. Gélinas, “Legal Certainty and Arbitration”, *The Oxford Handbook of International Arbitration* (Thomas Schultz and Federico Ortino, eds.), Oxford University Press, 2020, p. 393. Quizás el examen más detallado de la influencia de los precedentes se encuentra en la decisión dictada en el caso: *AES Corporation v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/17, Decision on Jurisdiction (April 26, 2005), pp. 6 y siguientes. Ver también en C. Schreuer and M. Weiniger, “A Doctrine of Precedent?”, *The Oxford Handbook of International Investment Law* (P. Muchlinski, F. Ortino, and C. Schreuer, eds.), pp. 1193-1194. Sobre los precedentes en el ámbito de la Corte Permanente de Arbitraje, ver en: B.W. Daly, E. Goriatcheva and H.A. Meighen, *A Guide to the PCA Arbitration Rules*, OUP, United Kingdom, 2014, p. 137. Un caso relevante a este respecto es *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*, Permanent Court of Arbitration Case No. AA 227, Final Award (July 18, 2014), para 1362.

²⁶ Ver sobre los orígenes en: M.N. Shaw Q.C., *International Law* (6 th edition), Cambridge University Press, 2008, p. 112. Con relación a la influencia de la doctrina actual en materia de inversiones, ver en: A. Rigo Sureda, *Investment Treaty Arbitration Judging Under Uncertainty*, Cambridge University Press, UK, 2012, pp. 132-138. A este respecto, resalta la incidencia que tiene Christoph Schreuer, ampliamente citado por tribunales arbitrales de inversión, particularmente con el siguiente libro que lo tiene como protagonista principal: C. Schreuer et al, *The ICSID Convention, A Commentary*, Cambridge University Press, 2010.

²⁷ Ver, por ejemplo, el siguiente reporte a la Comisión de Derecho Internacional: *International Law Commission Seventy-second session Geneva, 27 April–5 June and 6 July–7 August 2020 Second report on general principles of law by Marcelo Vázquez-Bermúdez, Special Rapporteur, A/CN.4/741*, disponible en: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N20/093/44/PDF/N2009344.pdf?OpenElement>> (último acceso: 5 de junio de 2022).

²⁸ Ver, por ejemplo, en: F.H. Lawson, *Selected Essays, Volume II: The Comparison*, North-Holland, Amsterdam, 1977; J. Gordley, “Is Comparative Law a Distinct Discipline?”, *American Journal of Comparative Law*, 46 *American Journal of Comparative Law* 607 (Fall 1998); A.T. von Mehren and J. Gordley, *The Civil Law System: an introduction to the comparative study of law*, Little, Brown and Company, Boston/Toronto, 1977; R. David, *Traité élémentaire de droit civile comparé: Introduction à l'étude des droits étrangers et à la méthode comparative*, Librairie Générale de Droit, 1950 (con varias ediciones actualizadas), etcétera. Un provocativo artículo reciente es el siguiente: L. Salaymeh and R. Michaels, *Decolonial Comparative Law: A Conceptual Beginning*, *RabelsZ* 86, 166-188, 2022, p. 170.

²⁹ El derecho comparado vino siendo utilizado por diversos tribunales en temas de inversiones, entre ellos la Corte Internacional de Justicia, como sucedió en: *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment*, I.C.J. Reports 1970, p. 3, at p. 38, para 50). Lo propio ocurrió con otros tribunales, entre ellos según el mecanismo del CIADI, como por ejemplo en: *Amco Asia Corporation and Others v. Republic of Indonesia*, Award (November 20, 1984), paras 248, 266–267. *Total S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/04/1, Decision on Liability (December

27, 2010), para 128. Ver también: *Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. Republic of Lebanon*, ICSID Case No. ARB/07/12, Award (June 07, 2012), para 166; *Crystalex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)11/2, Award (April 04, 2016), para 546; y *Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/09/1, Award (September 22, 2014). Ver también en: E. Gaillard, “Transnational Law: A Legal System or a Method of Decision Making?”, *Arbitration International* 17, pp. 59-72; y A.S. King, “General Principles and the Search for Legitimacy in International Arbitration: A Comparative Perspective” *Ius Comparatum* 1 (2020), pp. 288-318.

³⁰ De este tema me ocupé en trabajos anteriores, entre ellos: J.A. Moreno Rodríguez, *Contratación y Arbitraje*, Intercontinental Editora-CEDEP, Asunción, 2010; J.A. Moreno Rodríguez, *Derecho Aplicable y Arbitraje*, Thomson-Aranzadi, Madrid, 2014, Capítulos IV a VI. Ver también la Guía sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales en las Américas de 2019, en https://jmoreno.info/v1/?page_id=975 (último acceso: 4 de junio de 2022), y su comentario escrito por el autor de esta contribución en: *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 73/1, enero-junio 2021, Madrid, pp. 187-206 y *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 73/2, julio-diciembre 2021, Madrid, pp. 261-283.

³¹ Ver, por ejemplo, en: M.J. Bonell, “International Investment Contracts and General Contract Law: a Place for the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts?”, Vol. 17, *Uniform Law Review*, Issue 1-2, January 2012; G. Cordero-Moss, D. Behn, “The Relevance of the UNIDROIT Principles in Investment Arbitration”, Vol. 19(4), *Uniform Law Review* 570, November 10, 2014; P. Bernardini, “UNIDROIT Principles and international investment arbitration”, Vol. 19, *Uniform Law Review*, 2014; A. Reinisch, “The relevance of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts in international investment arbitration”, Vol.19, *Uniform Law Review*, 2014, etcetera.

³² El arbitraje plantea desafíos interesantes a este respecto, tanto porque es un terreno de fecunda aplicación del derecho internacional privado con discreción amplia a cargo de los árbitros, como porque facilita la aplicación del derecho uniforme. Con respecto a esto último, ver la siguiente excelente contribución: A. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Lex Mercatoria y Arbitraje Privado Internacional*, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 12, No. 1 (2020), accesible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/issue/view/595>, pp. 66-86 (último acceso: 4 de junio de 2022).

³³ *Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/3, (Preliminary Objections) 12 ICSID Rep 245, 269–70/115–24; *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/1, No. 2 (Preliminary Objections) 1 ICSID Rep 543, 562; *Consortium Groupement L.E.S.I.-DIPENTA v. People’s Democratic Republic of Algeria*, ICSID Case No. ARB/03/8, (Preliminary Objections) paras 38(ii), 39; y *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, (Merits) para 323.

³⁴ *Isiah v. Bank Mellat*, Case 35-219-2, (March 30, 1983), 2 Iran-US CTR 232; *Sea-Land Service, Inc. v. Iran*, Case 135-33-1, (June 22, 1984), 6 IranUS CTR 149. Ver también: Z. Douglas, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, 2009, p. 90.

³⁵ AIG v. Kazakhstan, Merits, 11 ICSID Rep 7, 48/10.1.4; Zhinvali v. Georgia, Preliminary Objections, 10 ICSID Rep 3, 69/301; EnCana v. Ecuador, Merits, 12 ICSID 427, 476–7/184–8; Nagel v. Czech Republic, Merits; SwemBalt v. Latvia, Merits, para 35; Saluka v. Czech Republic, Merits, para 204; Bayview v. Mexico, Preliminary Objections, paras 98, 102, 118; Fraport v. Philippines, Preliminary Objections, para 394; Azinian v. Mexico, Merits, 5 ICSID Rep 272, 289/96; BG v. Argentina, Merits, paras 102, 117; y Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/98/2, Award (May 08, 2008), paras 179-230.

³⁶ Ver el ICC Commission Report, Financial Institutions and International Arbitration, International Chamber of Commerce (ICC) 2016, en: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2016/11/icc-financial-institutions-and-international-arbitration-icc-arbitration-adr-commission-report.pdf> (accesado el 9 de mayo de 2022), p. 6.

³⁷ D. Operti Badán, “Derecho internacional público y derecho internacional privado. Hacia un diálogo renovado”, Derecho internacional privado y derecho internacional público: un encuentro necesario, Directores D.P. Fernández Arroyo and C. Lima Marques, CEDEP, Brasilcon, Asunción, 2011, p. 76.

³⁸ Ver, por todos: Fernández Arroyo and M. Moïse Mbengue, “Public and private international law in International Courts and Tribunals: Evidence of an Inescapable Interaction”, Columbia Journal of Transnational Law, 56, pp. 799 y siguientes. Ver también los siguientes excelentes trabajos al respecto: L. Reed, “Mixed Private and Public International Law Solutions To International Crises”, Recueil des cours, Vol. 306 (2003); B. Hess, “The Private-Public Divide in International Dispute Resolution”, Recueil des cours, Vol. 388 (2018).

³⁹ Como ejemplo, pueden citarse los siguientes casos: Fedax N.V. v. Rep. of Venezuela, ICSID Case No. ARB/96/3, para 30 (1998); Maffezini v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, 5 ICSID Rep. 419, paras 50-57, 77 (2000); Antoine Goetz v. Republic of Burundi, ICSID Case No. ARB/95/3, 6 ICSID Rep. 3 (1999); Wena Hotels, ICSID Case No. ARB/98/4, etcétera.

⁴⁰ Ver, al respecto, en mi libro: J.A. Moreno Rodríguez, Derecho Aplicable y Arbitraje, Thomson-Aranzadi, Madrid, 2014.

⁴¹ J. Levine, “Navigating the parallel universe of investor–State arbitrations under the UNCITRAL Rules”, C. Brown and K. Miles (Eds.), Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration, Cambridge University Press, 2012, p. 372. Ver también, en general: J. Dahlquist, The Use of Commercial Arbitration Rules in Investment Treaty Disputes Domestic Courts, Commercial Arbitration Institutions and Tribunal Jurisdiction, Brill, 2021.

⁴² Ver, al respecto, en: B.W. Daly, E. Goriatcheva, and H.A. Meighen, A Guide to the PCA Arbitration Rules, Oxford University Press, United Kingdom, 2014. Ver también en: H. Jonkman, “The Role of the Permanent Court of Arbitration in International Dispute Resolution (Addresses)”, Recueil des cours, Vol. 279 (1999).

⁴³ Un interesante artículo sobre el impacto del mecanismo en las inversiones en América Latina se encuentra en: M. Doe Rodríguez and J.L. Aragón Cardiel, “Causas y azares: el renacimiento de la Corte Permanente de Arbitraje en América Latina en el campo de las inversiones extranjeras”, International Investment Law in Latin America, Problems and Prospects (Attila Tanzi, Alessandra Asteriti, Rodrigo Polanco Lazo, and Paolo Turrini, eds.), Brill Nijhoff, 2016, pp. 576-577.

**José Antonio Moreno
Rodríguez**

El derecho aplicable al fondo: Un debate ausente en las Propuestas de Reforma al Mecanismo de Resolución de Disputas de las Inversiones Extranjeras

⁴⁴ M. Kinnear, “Foreword”, *The ICSID Convention, Regulations and Rules. A Practical Commentary*, Edited by J. Foubert, R. Gerbay, and G.M. Alvarez, Commentaries, Massachusetts, Edward Elgar Publishing, 2019. Ver, en general, un recuento de la historia y el impacto del CIADI en: A. Parra, *The History of ICSID*, Oxford University Press, 2012. Ver, asimismo, en: A. Broches, “The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States”, *Recueil des cours*, Vol. 136 (1972).

⁴⁵ G. Flores, *the Forefront of International Investment Law: Modernizing the Rules and Regulations of ICSID*, 16 *Manchester J. Int’l Econ. L.* 94, 2019, p. 94. Ver también en A. Reinisch y L. Malintoppi, “Chapter 18 Methods of Dispute Resolution”, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Edited by P. Muchlinski, F. Ortino, and C. Schreuer, Oxford University Press, New York, 2008, p. 692.

⁴⁶ Se ocupan del tema, por ejemplo, el Artículo 42 del Convenio del CIADI y el Artículo 28 de la Ley Modelo de Arbitraje de UNCITRAL.

⁴⁷ De estos problemas me ocupo en mi contribución para la Academia de La Haya de próxima aparición bajo el título: “Private (and Public) International Law and Investment Arbitration.”

Sobre el autor

José Antonio Moreno Rodríguez

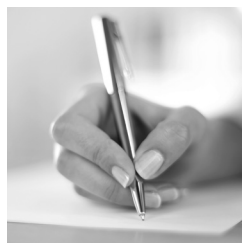


José Antonio Moreno Rodríguez, LL.M por la Universidad de Harvard, y Doctor en Derecho por la Universidad Nacional de Asunción. Es Miembro del Consejo de Gobierno de UNIDROIT. Es Presidente del Comité Jurídico Interamericano de la Organización de los Estados Americanos (OEA) y relator de su guía sobre contratos internacionales y futura guía sobre el derecho aplicable a los arbitrajes de inversiones. Es Director Ejecutivo del Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP – www.cedep.org.py) y Presidente de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP – www.asadip.org), institución que aglutina a los más excelsos juristas del continente en la especialidad. Es uno de los dos latinoamericanos de los quince expertos mundiales del Grupo de Trabajo de los Principios de la Conferencia de

La Haya sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales en la esfera judicial y arbitral. Miembro de Tribunales del CIADI. Miembro de las Corte de Arbitraje de la ICC, de la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya y del Tribunal Arbitral del Transporte (TAD- TAS-CAS). Miembro del Consejo de Unidroit y Presidente del Grupo de Trabajo de su guía de inversiones en tierras agrícolas. Socio Principal de Altra Legal, firma paraguaya líder en litigación arbitral internacional. Ex Decano, se 5 desempeña actualmente como Profesor de Grado y de Postgrado en Paraguay y Profesor de Postgrado de la Universidad de Heidelberg en Chile y de la Universidad de París Panthéon-Assas (también ha sido invitado en igual carácter a la Universidad del Externado de Colombia y a la Universidad de Buenos Aires, entre otras instituciones).

Sumario

- I.** *Presentación General de la Ley;*
- II.** *Temas de la Teoría General del DIPr;*
- III.** *Temas de Derecho Internacional de Familia;*
- IV.** *Obligaciones contractuales*



**Cecilia Fresnedo
de Aguirre**

La Ley General de Derecho Internacional Privado Uruguayo. Algunas de sus novedades principales

I. Presentación General de la Ley

Luego de 26 años de trabajo, el 17 de noviembre de 2020 se aprobó en Uruguay la Ley General de Derecho Internacional Privado (LGDIPr) N° 19.920, elaborada por la comisión de expertos conformada a instancias del Prof. (E) Didier Opertti, formalizada luego por Resolución del Poder Ejecutivo N° 652/998 de fecha 17 de agosto de 1998¹. Esta ley, que entró en vigor el 16 de marzo de 2021, derogó el Apéndice del Código Civil, Ley N° 10.084, conocida como “ley Vargas” por su autor, el profesor uruguayo Álvaro Vargas Guillemette, promulgada el 3 de diciembre de 1941.

La LGDIPr se compone de trece capítulos. Un primer capítulo de normas generales (Art. 1 a 13 inclusive), un capítulo de domicilio de las personas físicas (Art. 14 a 16), un capítulo de existencia, estado y capacidad de

las personas físicas (Art. 17 a 21), un capítulo de derecho de familia (Art. 22 a 29), un capítulo de sucesiones (Art. 30 a 32), un capítulo de personas jurídicas no comerciales (Art. 33 a 37), un capítulo de bienes (Art. 39 a 42), un capítulo de forma de todos los actos jurídicos (Art. 43), un capítulo de obligaciones y, dentro de este, hay una sección de obligaciones contractuales (Art. 44 a 51) y una sección de obligaciones que nacen sin convención (Art. 52 y 53). La sección de obligaciones contractuales contiene una parte referida a la ley aplicable por acuerdo de partes, recepcionando el criterio difundido en el comercio internacional, que es el artículo 45 y luego se incluye el artículo 48, que prevé lo relativo a la ley aplicable cuando no hay acuerdo de partes al respecto, y ahí aparecen las viejas soluciones del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 (Art. 48), y las soluciones especiales del artículo 50. A continuación,

“Entre las innovaciones más importantes del proyecto en materia contractual internacional, se destaca la incorporación de dos principios fundamentales: el de la autonomía de la voluntad conflictual (art. 45) y el de la especialidad del derecho comercial internacional (art. 13), hoy plenamente reconocidos como principios cardinales y rectores en la regulación de las relaciones comerciales internacionales.”

está la sección de obligaciones no contractuales (Art. 52 y 53), para las cuales existe la tendencia a regularlas sin limitarse a la ley del lugar donde se produce el hecho o acto lícito o ilícito que genera la responsabilidad. Esa era la solución tradicional plasmada en los Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional tanto de 1889 como de 1940. Pero ya en el Convenio bilateral con Argentina sobre responsabilidad civil emergente de accidentes de tránsito (art. 2 inc.

1º) y en el Protocolo de San Luis sobre el mismo tema (arts. 3 inc. 1º y 4), aprobado en el ámbito del Mercosur, los puntos de conexión se ampliaban para permitir una regulación más eficaz (la del domicilio común de los involucrados) o más ajustada a la necesidad del damnificado (*favor laesi*). Luego hay un capítulo sobre poderes agregado durante el proceso parlamentario atinadamente a instancias de la Asociación de Escribanos (Art. 54), un capítulo sobre prescripción (Art. 55 y 56), un capítulo esencial sobre jurisdicción internacional (Art. 57 a 61) y el final relativo a las derogaciones y vigencia de la ley (Art. 62 y 63).

En materia de jurisdicción, se siguen algunas soluciones generales, pero tiene importantes soluciones especiales tendientes a consagrar soluciones *favor debilis* en algunos casos, persiguiendo la eficacia de las soluciones en otros; también contiene normas de jurisdicción en materia contractual y una norma que nos parece muy importante desde el punto de vista político institucional: “*la jurisdicción exclusiva*”. Hay cuestiones que por ley se entiende que el Estado uruguayo no puede delegarlas en ninguna otra jurisdicción. Es importante que se tenga presente este concepto porque



se aplica, por ejemplo, a los contratos de arrendamientos sobre inmuebles ubicados en el Uruguay, donde rige la norma uruguaya de fondo y la jurisdicción uruguaya exclusiva.

Con respecto al área comercial internacional, la LGDIPr contiene diversas innovaciones normativas que responden a la necesidad de actualizar y de adaptar las viejas reglas vigentes al nuevo escenario de globalización económica en el que se encuentra inserto el mundo en el que vivimos. Entre las innovaciones más importantes del proyecto en materia contractual internacional, se destaca la incorporación de dos principios fundamentales: el de la autonomía de la voluntad conflictual (art. 45) y el de la especialidad del derecho comercial internacional (art. 13), hoy plenamente reconocidos como principios cardinales y rectores en la regulación de las relaciones comerciales internacionales.

En materia de Derecho de familia internacional, han venido aumentando los problemas de DIPr, algunos de los cuales referidos a restitución internacional de menores han sido de público conocimiento en los últimos años a raíz de las situaciones dramáticas de violencia familiar que viven niños, padres y madres, entre otros. La LGDIPr promueve soluciones que dan herramientas concretas a nuestros tribunales para no tener que recurrir a criterios generales, a jurisprudencia anterior o a normas análogas. Lo mismo sucede con los aspectos filiatorios, donde se consagran soluciones claramente favor filiationis, de manera de garantizarla a todo ser humano.

Los anteriores son meros ejemplos entre otras cuestiones que hacen al Derecho de familia internacional. Si debiéramos trazar un eje central de la ley atendiendo a los sectores donde las innovaciones o desarrollos en el derecho autónomo (no quiere decir

que no hubiera legislación supranacional al respecto) resultan más trascendentes, podemos decir que ese eje está constituido por el Capítulo I de Normas Generales, el Capítulo IV sobre Derecho de Familia, el Capítulo IX sobre Obligaciones y el XII sobre Jurisdicción internacional.

Cabe resaltar especialmente lo relativo al Capítulo XII, «Jurisdicción internacional,» porque es uno de los más importantes en todas las materias. Le atribuye jurisdicción a los jueces nacionales (como tiene que hacer una ley autónoma, pues no puede atribuirle de manera bilateral a los jueces de otro país), con normas atributivas de competencia, en todas estas materias. De esta manera, se garantiza el acceso a la justicia de todos los individuos, naturalmente, en la medida en que Uruguay tenga una vinculación con el caso. Esto es esencial, puesto que una de las consecuencias que puede acarrear la normativa de nuestra disciplina es el tener que ir obligadamente a litigar a otros países impidiendo a los actores nacionales su acceso a la justicia, su día ante el tribunal. Esto ha sido objeto de mucho trabajo por parte de la comisión y en esta ley no existe disposición alguna que pueda decirse que genera, promueve o siquiera

soslaye a ningún tipo de abuso de una parte sobre otra, en ningún tipo de relación jurídica privada.

Luego de esta presentación general de la nueva LGDIPr y previa consulta con los asistentes al curso respecto de los temas de mayor interés para ellos, ante la imposibilidad de profundizar aquí en todos los temas abordamos por la ley, trataremos a continuación sólo algunos seleccionados a esos efectos,

II. Temas de la Teoría General del DIPr

2.1 Normas nacionales y normas convencionales de DIPr

El art. 1 de la LGDIPr establece: “Las relaciones referidas a situaciones vinculadas con varios ordenamientos jurídicos se regularán por las convenciones internacionales y, en defecto de estas, por las normas de la presente ley y las demás normas de derecho internacional privado de fuente nacional. A los efectos de la interpretación e integración de la presente ley y las demás normas de derecho internacional privado de fuente nacional, se aplicará lo dispuesto en el Título



Preliminar del Código Civil y se tendrá en cuenta el carácter internacional de las relaciones jurídicas privadas previstas en ellas”.

La referida disposición tiene como fuentes principales la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado², art. 1, la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, art. 27, y el Código General del Proceso, arts. 13 y 524. La novedad de esta norma no está en su contenido, que ya estaba vigente en el Derecho uruguayo, sino en su inclusión en la LGDIPr.

La solución adoptada por el art. 1 nos plantea tres cuestiones fundamentales: la primera, en cuanto a la prioridad de las Convenciones internacionales para la regulación de “situaciones vinculadas con varios ordenamientos jurídicos”, y en defecto de ellas, las normas de la LGDIPr y

las demás normas de DIPr de fuente nacional. La segunda cuestión es que el artículo refiere a “relaciones”, sin calificar las mismas de jurídicas o fácticas. La tercera, que esta misma norma dilucida la relación entre normas nacionales y convencionales de DIPr, sin seguir la fórmula venezolana³, en tanto que, para el DIPr uruguayo el Derecho Internacional Público no le impone directamente a los Estados reglas en lo que hace al ejercicio de su soberanía regulatoria de las relaciones privadas internacionales (Audit, 2000, p. 37)⁴. Esto, sin perjuicio de la influencia directa que tienen en nuestra disciplina las normas consagratorias de derechos fundamentales y las normas de *ius cogens* internacional. Coincidimos con Batiffol⁵ cuando afirma que el DIPr se dirige a las personas privadas, que se expresa básicamente en las legislaciones nacionales adoptadas por cada Estado, las que son puestas en efectividad por sus tribunales. Lo precedente no se da en el

“...confirma que el DIPr es un derecho autónomo y no excepcional; y, por otro lado, ante la ausencia o insuficiencia de la ley, introduce como fuentes formales subsidiarias al fundamento de las leyes análogas en primer lugar, y luego a los principios generales del derecho y las doctrinas más recibidas (Art. 16 CC).”

DIPúblico, sin perjuicio de reconocer que en lo que hace a la teoría general de los actos jurídicos de derecho público los tratados internacionales son fuente formal a la que el DIPr recurre con frecuencia, tanto a nivel regional como internacional. Usa para ello la técnica del DIPúblico y sigue los criterios generales de las Convenciones de Viena en materia de interpretación e integración. Esto no implica en modo alguno reconocerle al DIPúblico el carácter de una fuente propiamente dicha (*source in itself*) del DIPr, dada la diversidad de objeto y los principales titulares de derechos de cada uno de ellos⁶.

Cabría tener presente que la CNG, antecedente de estas soluciones, se limita a usar la expresión “convenciones internacionales”, sin indicación de su naturaleza pública o privada. En cuanto al inciso segundo del art. 1º, si bien no contiene soluciones nuevas y desconocidas en el DIPr anterior, resulta muy útil su inclusión expresa en la LGDIPr. La norma establece cómo deben interpretarse e integrarse la LGDIPr y las demás normas de DIPr de fuente nacional: 1º conforme a lo dispuesto en el Título Preliminar del CC, y 2º teniendo en cuenta el carácter internacional de las relaciones jurídicas privadas previstas en ellas. En cuanto al primer mandato -porque adviértase que se trata de criterios preceptivos-, el Apéndice del Código Civil no lo establecía a texto expreso pero la doctrina fue siempre conteste en el sentido que el Título Preliminar del CC se aplica a todas las ramas del derecho, incluyendo, obviamente al DIPr.

Lo que resulta muy importante a destacar es que esta referencia expresa al Título Preliminar se realiza tanto para la interpretación como para la integración. Ello, por un lado, confirma que el DIPr es un derecho autónomo y no excepcional; y, por otro lado, ante la

ausencia o insuficiencia de la ley, introduce como fuentes formales subsidiarias al fundamento de las leyes análogas en primer lugar, y luego a los principios generales del derecho y las doctrinas más recibidas (Art. 16 CC)⁷.

En cuanto al segundo mandato, el Apéndice del CC tampoco hacía referencia al mismo, pero sí encontramos esta disposición en normas convencionales como la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, que en su art. 7 establece, entre otras cuestiones, que “En la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional...”. Esta referencia al carácter internacional de las relaciones prevista en la LGDIPr, es fundamental para evitar que la interpretación de las normas de DIPr se realice conforme exclusivamente al derecho interno de nuestro país, lo que tradicionalmente se conoce como *homeward trend* o “tirada para la querencia”. Esta tendencia -que esta expresión de la ley quiere evitar- se produce en diversas etapas de la dinámica de las normas de conflicto. En un principio, se produce al momento de calificar las relaciones dentro de las categorías del DIPr., al interpretar su alcance exclusivamente conforme a los criterios de la *lex*

fori. Los conceptos utilizados en esta disciplina, por estar destinados comúnmente a confrontarse con otros ordenamientos jurídicos, no deben interpretarse necesariamente con el alcance que les otorga nuestro sistema jurídico. Pero también se produce este *homeward trend* al momento de interpretar la ley extranjera, cuando las autoridades nacionales lo hacen sin tener en cuenta el verdadero contenido y alcance que las autoridades extranjeras otorgan a su propia ley. Así, artificialmente, el contenido y alcance de la ley extranjera pasa a ser muy parecido a la *lex fori*, y ello puede no corresponder. De esta forma, se termina soslayando el carácter internacional de la relación o situación que se somete a decisión de la autoridad.

Por último, cabe advertir que el art. 1.2 de la LGDIPr deberá leerse en consonancia con el art. 13 de la misma ley.

2.2 Orden Público Internacional

El art. 5° de la LGDIPr establece: “*Los tribunales u otras autoridades competentes, mediante decisión fundada, declararán inaplicables los preceptos de la ley extranjera cuando*

ellos contraríen en forma grave, concreta y manifiesta, principios fundamentales de orden público internacional en los que la República asienta su individualidad jurídica. Entre otras, esta situación tendrá lugar cuando la aplicación del derecho extranjero resulte inconciliable con los derechos fundamentales consagrados en la Constitución y en las Convenciones internacionales de las que la República sea parte”.

Las fuentes de esta norma son la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado⁸, art. 5, la Declaración uruguaya⁹ acerca del alcance que la República le otorga al orden público, hecha al firmar la CNG, los Protocolos Adicionales a los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940, arts. 4, el Código General del Proceso, art. 525.5, y el Apéndice del Código Civil, art. 2404.

La LGDIPr introduce en el sistema general de DIPr el concepto de orden público internacional y refrenda con ello la mejor doctrina uruguaya sobre el tema, que encontrara en la Declaración de 1979 una expresión muy clara y rotunda. El derecho uruguayo distingue claramente entre el orden público internacional y las normas

de aplicación necesaria o inmediata y los regula en forma separada en los arts. 5 y 6. Reconocemos que, como afirma Dolinger, “ambos institutos tienen la misma justificación filosófica, a saber, que se debe establecer una limitación en cuanto a hasta dónde llegará cada Estado en su espíritu de tolerancia para aplicar derecho extranjero: cuando los intereses del Estado son manifiestamente claros y fuertes, las normas de conflicto deben ceder y las normas materiales del Estado prevalecerán. El multilateralismo no se ve perjudicado, porque los defensores del multilateralismo siempre han tenido en cuenta la protección de los intereses del Estado, como se desprende claramente de la teoría de Savigny...” (Dolinger, 2001, p. 35). Agrega Dolinger que “...el multilateralismo o el universalismo nunca han estado exentos de valores. La aplicación del derecho extranjero refleja el valor fundamental de la tolerancia, la comprensión, la cooperación mutua y, sobre todo, la búsqueda del derecho más adecuado. Y la limitación al ejercicio de este valor por las necesidades de seguridad del foro vuelve a ser un valor, aunque de naturaleza diferente al primero. Todo es un equilibrio de valores y principios complejo, interesante y gratificante” (Dolinger, 2001, p. 35).

La doctrina continúa advirtiendo las dificultades que ofrece el orden público internacional para reemplazar al orden público interno¹⁰, porque, se afirma, no ha alcanzado todavía su madurez¹¹. Empero, es preciso indicar que hace ya más de 60 años el jurista uruguayo Quintín Alfonsín distinguía en su Teoría¹² el orden público internacional actuando en forma preceptiva a posteriori, o a priori como regla (orden público positivo, según parte de la doctrina), antecedente de las llamadas normas de aplicación inmediata o necesaria.

Ya en 1975, en la primera CIDIP, a Uruguay le tocó insistir en la distinción entre orden público internacional y orden público interno, con un escaso resultado en los textos positivos, sin perjuicio de la repercusión de la discusión de su planteo. En la CIDIP-II¹³ se volvió sobre el tema, limitándose la fórmula alcanzada al orden público según las normas de cada Estado (art. 5 CNG), lo cual motivó que Uruguay hiciera una Declaración acerca del contenido y alcance del orden público internacional, solución ésta que se ha abierto camino en la jurisprudencia y ha sido de unánime recibo en la doctrina nacional.

La reiteración de la expresión “manifestamente” en el texto de las distintas Convenciones como un adverbio limitante (de recibo generalizado en el Sistema Interamericano y sin duda por tanto un progreso) se erige en la barrera más alta que “así pueda disuadir a los jueces y las autoridades competentes a recurrir con demasiada frecuencia a este elemento perturbador” (en alusión al orden público)¹⁴. El orden público, por su contenido y por su finalidad, refleja “el conjunto de valores fundamentales o esenciales del orden jurídico del foro”¹⁵.

La fórmula concreta adoptada ahora por LGDIPr, contiene dos innovaciones que no son menores en relación con los antecedentes, y que profundizan la línea conceptual iniciada por Uruguay con la Declaración hecha en ocasión de la aprobación de la CNG, justamente para evitar “recurrir con demasiada frecuencia a este elemento perturbador” al decir de Foyer¹⁶.

La primera innovación es el agregado que no se había incluido en la modificación al Art. 2404 del Apéndice hecha por la ley 16.603, en cuanto que la excepción de OPI debe aplicarse cuando los preceptos de la ley extranjera contraríen “en forma grave, concreta y manifiesta”, principios

fundamentales. La incorporación de estas condiciones valorativas sobre el tipo de violación a los principios fundamentales de OPI suponen, a nuestro juicio, la aceptación de la excepción en sentido moderado. No alcanza con que la ley extranjera viole “en abstracto” nuestros principios, sino que la violación debe provenir de los efectos concretos que para determinado caso -el que el juez tiene a su resolución- se producen. Determinados efectos de la misma ley extranjera pueden ser violatorias de nuestro OPI y otros no. La violación debe además ser grave. Por cierto que la “gravedad” será medida por el juez en el caso concreto, pero no alcanza con una mera inadaptación menor de la ley extranjera al orden jurídico del juez. Debe, finalmente, ser manifiesta, evidente, no forzada; obvia, quizás, para cualquier operador jurídico.

La segunda innovación es la mención de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución de la República y en las convenciones internacionales de las que es parte, como casos que componen el OPI de nuestro país. De manera que la “individualidad” jurídica de la República se caracteriza también por esas disposiciones, compartidas con gran parte de la comunidad internacional. Así, el Uruguay declara compartir su identidad

con los demás países ratificantes de esas convenciones internacionales. Y la norma reconoce, también, que muchos principios tienen consagración positiva en las normas constitucionales, conectando así los derechos de los privados con los derechos y libertades protegidos por la carta magna. El punto será, indudablemente, objeto de importantes desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales en el futuro. En definitiva, la norma no se aparta de los desarrollos de Uruguay sobre esta excepción a la aplicación del derecho extranjero, sino que por el contrario explicita positivamente algunos límites y conceptos, profundizando así la línea anterior.

2.3 Normas de aplicación inmediata o necesaria

El art. 6° de la LGDIPr establece: “Las relaciones jurídicas privadas internacionales que son reguladas o están abarcadas por normas imperativas de aplicación necesaria que la República haya adoptado para el cumplimiento de políticas sociales y económicas, no serán sometidas a las normas de conflicto. Puede el tribunal, cuando lo considere pertinente, aplicar las disposiciones imperativas del derecho de otro Estado con el cual el caso tenga vínculos relevantes”.

Las fuentes principales de esta norma son la Ley Federal sobre Derecho Internacional Privado de 18 de diciembre de 1987 (Suiza), arts. 18 y 19 y el Art. 11 de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (CIDIPV, México, 1994).

Las normas de aplicación inmediata no estaban reguladas en el DIPr de fuente interna uruguayo, ni lo están en la CNG ni en los Protocolos Adicionales a los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940, por lo que el art. 6 de la LGDIPr viene a llenar un vacío en nuestro sistema de DIPr.

Con respecto a las normas de aplicación inmediata o necesaria cuando ellas son, como en el caso uruguayo, acogidas en una ley nacional de DIPr, su aplicación está notoriamente vinculada a las situaciones en las cuales podría tener que aplicarse el derecho extranjero por mandato de una regla de conflicto, porque de no ser así estaríamos en presencia de normas de orden público interno^{17/18}.

La novedad de la LGDIPr es doble. Por un lado, la disposición que excluye de la aplicación de las normas de conflicto a aquellas relaciones jurídicas privadas que, no obstante su internacionalidad,

están reguladas o están abarcadas por normas imperativas de aplicación necesaria, las que, a su vez, se definen por su objetivo: el cumplimiento de políticas sociales y económicas. Típicos ejemplos pueden ser (sin que aquí nos estemos pronunciando definitivamente al respecto) algunas normas del derecho laboral, de la protección de consumidores, de defensa y promoción de la competencia, etc. Y por otro lado, la segunda novedad, es que los tribunales uruguayos están facultados, aunque no obligados, a aplicar las disposiciones imperativas del derecho de otro Estado con el cual el caso tenga vínculos relevantes, nueva expresión del principio de internacionalidad.

Cabe señalar que la fórmula uruguayo de aplicación preceptiva de las normas de aplicación inmediata del foro y facultativa de las de terceros Estados^{19/20} es la misma que la adoptada por la ley suiza en sus arts. 18 y 19. A ese respecto Andrea Bonomi realiza un análisis exhaustivo del que destaca, entre otras, la idea de que las condiciones para conferir imperatividad internacional a determinadas normas internas las fija exclusivamente el ordenamiento al que pertenecen²¹, aun cuando el autor reconoce el uso moderado que de esas normas ha hecho la jurisprudencia suiza. La previsión de las llamadas normas

“Los únicos dos tratados internacionales existentes relacionados con el ciberespacio son, por un lado, la Convención de Budapest sobre el Cibercrimen, del Consejo de Europa, y, por el otro, la Convención de la Unión Africana sobre la Seguridad Cibernética y la Protección de Datos Personales que aún no está en vigor.”

de aplicación necesaria, no contempladas en la CNG, constituye un evidente avance con respecto al desarrollo del DIPr en el plano regional, en concordancia con el nivel internacional.

2.4 Aplicación armónica

El art. 11 establece: “Las normas competentes para regular los diferentes aspectos de una situación determinada, deben ser aplicadas armónicamente, tomando en consideración la finalidad perseguida por cada uno de los respectivos derechos. Las eventuales dificultades que puedan surgir se resolverán tomando en cuenta la equidad en el caso concreto”.

Las fuentes de esta norma son la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado (CIDIP-I, Montevideo, 1979), art. 9 y el art. 7 Ley venezolana de Derecho Internacional Privado de 1998.

La solución del art. 9 de la CNG se mantiene en el art. 11 de la LGDIPr, aunque mejorando su redacción, ya que sustituye la expresión “diferentes aspectos de una misma relación jurídica” que utiliza la CNG, por la expresión “diferentes aspectos de una situación determinada”^{22/23}, lo cual, como veremos, amplía su ámbito de aplicación.

Dicha modificación responde a que la situación que se plantea con frecuencia en la práctica es que, como consecuencia del normal funcionamiento del sistema de conflicto del juez, resulten aplicables a cada una de las relaciones jurídicas que componen el caso, normas materiales pertenecientes a distintos ordenamientos jurídicos. La hipótesis prevista en el art. 9 de la CNG, según surge del tenor literal de la norma, es aquella en que haya un desmembramiento o *dépécage*, es decir que el legislador regule por leyes distintas los diversos aspectos de una misma relación jurídica. Este caso

es excepcional en nuestro DIPr, que adopta en general la técnica de regulación unitaria de cada relación jurídica. Mediante la redacción del art. 11 de la LGDIPr se desvincula el problema de la inadaptación al *dépécage*, que obviamente también queda comprendido, para aplicar el criterio de armonización a todo el funcionamiento de la norma de conflicto, desde la calificación misma, hasta la cuestión previa, pasando por el reenvío -el art. 12 refiere expresamente al art. 11-²⁴.

Se trata de una herramienta que los jueces deberán utilizar con extrema prudencia, para no tergiversar el alcance y sentido de cada una de las legislaciones que deben aplicarse al mismo caso. Por ello, el primer mandato es el cumplimiento de las finalidades perseguidas por las legislaciones aplicables y recién en caso de dificultades para cumplir dicho mandato, recurrirá a la equidad en el caso concreto.

III. Temas de Derecho Internacional de Familia

3.1 Uniones no matrimoniales

El art. 27 de la LGDIPr establece: “La capacidad de las personas para constituir las, la forma, la existencia y

la validez de las mismas se rigen por la ley del lugar donde han sido registradas o reconocidas por autoridad competente. Los efectos derivados de estas uniones no matrimoniales se rigen por la ley del Estado en donde se pretendan hacer valer. La disolución de las uniones no matrimoniales se rige por la ley del domicilio común de las partes. Cuando las partes tuvieren domicilios en Estados diferentes, la disolución de la unión no matrimonial se regirá por la ley del Estado del domicilio del actor o del demandado, a opción del actor”.

Esta norma viene a llenar un vacío normativo importante, ya que el Apéndice del CC no regulaba las uniones no matrimoniales como categoría autónoma, por lo que las mismas eran

“la segunda novedad, es que los tribunales uruguayos están facultados, aunque no obligados, a aplicar las disposiciones imperativas del derecho de otro Estado con el cual el caso tenga vínculos relevantes, nueva expresión del principio de internacionalidad.”

calificada en la categoría amplia y residual “estado”. Obviamente, esta no era la solución más adecuada²⁵, por lo que la nueva ley cumplirá una función importante: brindar una solución clara en cuanto a la ley (y jurisdicción, art. 57.C) aplicable a esta categoría, brindando certeza, previsibilidad y justicia. Nótese que la ley de unión concubiniaria N° 18246 contiene normas materiales internas, pero no normas de DIPr.

Los fundamentos de la innovación que implica el art. 27 de la LGDIPr radican en la necesidad de dar una regulación adecuada a esta “nueva” categoría en el DIPr de fuente nacional o autónoma. Podemos decir que en cierta medida el art. 27 toma ciertos criterios relativos al matrimonio adaptándolos a las uniones no matrimoniales: el inciso 1° le otorga a la categoría “uniones no matrimoniales” el mismo alcance extensivo que a la categoría matrimonio, esto es, capacidad para constituir la, forma, existencia y validez. La adaptación consiste en que la ley aplicable es la del lugar donde han sido registradas o reconocidas por autoridad competente, lo que facilita la validez y eficacia extraterritorial de este formato familiar.

El derecho comparado muestra que en general existen dos modos de formalización de estas uniones, uno el registro y otro el proceso judicial. De allí que la ley no sólo haga referencia al registro sino cualquier otra forma de reconocimiento por autoridad competente, lo que incluye, pero no lo limita a la autoridad judicial.

El inciso 2° regula los efectos derivados de estas uniones no matrimoniales, con alcance general y sin hacer distinciones, por lo que abarca tanto a los personales como a los patrimoniales, rigiéndose todos por la ley del Estado en donde se pretendan hacer valer, lo cual es una solución diferente a la matrimonial, porque se entendió que al respecto cada país puede tener diferencias importantes, al ser esta una figura jurídica todavía nueva en el derecho comparado, desde el punto de vista histórico. Lo esencial para la Comisión redactora fue otorgar una regulación concreta y cierta a una categoría jurídica no prevista en la legislación anterior.

En cuanto a la disolución de las uniones no matrimoniales, también existe un paralelismo con el divorcio (art. 26), ya que se rige por la ley del domicilio común de las partes, y cuando estas tuvieren domicilios en Estados

diferentes, por la ley del Estado del domicilio del actor o del demandado, a opción del actor.

3.2 Filiación

El art. 28 de la LGDIPr establece: “La filiación se rige por la ley del domicilio conyugal al tiempo del nacimiento del hijo. En su defecto se rige por la ley del domicilio de la madre al tiempo del nacimiento del hijo. Sin perjuicio de lo anterior, la filiación puede también determinarse, indistintamente: A) Conforme con la ley del Estado de su residencia habitual si la persona de cuya filiación se trata es menor de edad. B) Conforme con la ley de su domicilio si la persona de cuya filiación se trata es mayor de edad. C) Conforme con la ley del Estado del domicilio del demandado o la del último domicilio de éste si ha fallecido.”

Las fuentes de esta norma son la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica de 1969, art. 17.5, y la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (art. 25).

El Apéndice del Código Civil no preveía la categoría filiación en forma autónoma, lo que generó discusiones a

nivel doctrinario con respecto al problema de la calificación de esta cuestión en el ámbito del DIPr de fuente interna. Las dos posiciones históricas fueron la del propio codificador (Álvaro Vargas Guillemette) de calificar la filiación como una cuestión de “estado” de las personas físicas, prevista en el art. 2393, y la de Alfonsín, que entendía que existía un vacío a ser integrado por las soluciones de los Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 y de 1940²⁶.

Desde el comienzo del trabajo de la Comisión Redactora de la LGDIPr se tuvo claro que había que regular la filiación como una categoría autónoma y única, sin distinción entre tipos filiatorios, como lo hacen los Tratados de Montevideo, que en este punto son propios de otra época. Al formar parte del Convenio de San José de Costa Rica sobre Derechos Humanos y de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, Uruguay se ha comprometido a ir adaptando su legislación hacia el reconocimiento de la igualdad de derechos respecto a los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio^{27/28}.

La LGDIPr, a través de su art. 28, viene a cumplir con el mandato de las normas de DDHH, en especial del

“...a propuesta de Fresnedo, la filiación se rige por la ley del domicilio de la madre al tiempo del nacimiento del hijo, atendiendo a una realidad natural y social: la certeza respecto de la maternidad y el cuidado del niño que esta ejerce desde su concepción.”

art. 17.5 de la CADH, de regular la filiación en forma genérica y sin distinciones ni discriminaciones entre tipos filiatorios. Este avance de la LGDIPr nos parece fundamental. Si bien al comienzo se había propuesto regular la filiación, sin efectuar ningún tipo de distinción, por la ley del domicilio común de los padres, como primer criterio, finalmente el texto aprobado opta por la ley del domicilio conyugal al tiempo del nacimiento del hijo. En su defecto, y a propuesta de Fresnedo, la filiación se rige por la ley del domicilio de la madre al tiempo del nacimiento del hijo, atendiendo a una realidad natural y social: la certeza respecto de la maternidad y el cuidado del niño que esta ejerce desde su concepción. La LGDIPr no pretendió incursionar en la regulación específica

de las diversas formas de maternidad subrogada, gestación por sustitución, u otras formas de reproducción humana asistida, sin perjuicio de que mientras dicha regulación especial a nivel internacional no exista, pueda recurrirse a las normas generales.

Los criterios de los incisos 1º y 2º son subsidiarios. En ambos casos se determina temporalmente la realización del punto de conexión al tiempo del nacimiento del hijo. El inciso tercero permite recurrir, en forma indistinta y sin perjuicio de las anteriores, a otras tres conexiones para determinar la filiación: a) a la ley del Estado de su residencia habitual si la persona de cuya filiación se trata es menor de edad; b) a la ley de su domicilio si la persona de cuya filiación se trata es mayor de edad; y c) a la ley del Estado del domicilio del demandado, o la del último domicilio de este si ha fallecido.

Nada se dice respecto de las consecuencias de la filiación, pero ello no es necesario ya que, al no distinguirse entre filiación legítima y natural, las consecuencias serán las propias del régimen de la patria potestad y de las relaciones personales entre padres e hijos (Art. 21), las obligaciones alimentarias (Art. 29), y el régimen de

las sucesiones (Arts. 30-32). Los redactores excluyeron expresamente la filiación adoptiva, puesto que ella está regulada en el Código de la Niñez y la Adolescencia cuyas disposiciones en esta materia (Art. 149-159), por ser especiales, se mantienen plenamente vigentes tal como se manifiesta en la Exposición de Motivos²⁹.

IV. Obligaciones contractuales

El Capítulo IX, Sección I, regula las obligaciones contractuales (arts. 44-51). Analizaremos aquí sólo algunas de dichas normas, limitándonos a mencionar brevemente las otras.

4.1 Internacionalidad del contrato

El art. 44 establece: “Se entiende que un contrato es internacional si las partes tienen su residencia habitual o su establecimiento en Estados diferentes o el contrato tiene vínculos objetivos relevantes con más de un Estado. El contrato no puede ser internacionalizado por mera voluntad de las partes. En su aplicación a los contratos internacionales, esta ley será interpretada de la manera más amplia posible.”

El art. 44 de la LGDIPr refiere específicamente a la internacionalidad del contrato, y deja claro que la sola voluntad de las partes no es suficiente para internacionalizar un contrato, ya que exige que la internacionalidad se manifieste a través de elementos objetivos localizados en Estados diferentes. Esta solución sigue la adoptada por la Convención de México en su art. 1.2, y se aparta de la solución de la Convención sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de Roma de 1980, que en su art. 1 establecía que la Convención era aplicable “en las situaciones que entrañen conflicto de leyes”, admitiendo que la sola voluntad de las partes internacionalice un contrato nacional³⁰. Ello fue planteado por la Delegación uruguaya en la Reunión de Expertos de Tucson de 1993, integrada por los profesores Didier Operti y Ronald Herbert frente al proyecto que había elaborado el Prof. José Luis Siqueiros, basado en este punto en la solución europea referida. El punto había sido discutido con anterioridad en Montevideo, en la CIDIP-IV, resolviéndose que la internacionalidad debía circunscribirse a aquellos supuestos donde ésta se manifieste a través de elementos objetivos localizados en Estados diferentes³¹.

La solución de la LGDIPr es totalmente compatible con la establecida en la Convención de México. También lo es con la solución vigente de los Tratados de Montevideo, aunque no haya coincidencia terminológica, ya que lugar de cumplimiento y de celebración son criterios de internacionalidad que se infieren de las conexiones adoptadas por los Tratados (y antes, por el Apéndice), al igual que el domicilio, residencia habitual o establecimiento, todas ellas objetivas.

4.2 Ley aplicable por acuerdo de partes

El art. 45 establece: “Los contratos internacionales pueden ser sometidos por las partes al derecho que ellas elijan.

“De acuerdo con lo establecido en los artículos 13 y 51 de la presente ley, las partes pueden elegir normas de derecho generalmente aceptadas a nivel internacional como un conjunto de reglas neutrales y equilibradas, siempre que estas emanen de organismos internacionales en los que la República Oriental del Uruguay sea parte.

“La remisión al derecho vigente en un Estado debe entenderse con exclusión de sus normas relativas al conflicto de leyes.

“El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o desprenderse inequívocamente de las cláusulas contractuales consideradas en su conjunto.

“Dicha elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo. La elección del derecho puede ser hecha o modificada en todo momento. Si ella es posterior a la celebración del contrato se retrotrae al momento de su perfeccionamiento, bajo reserva de los derechos de terceros y de lo ya ejecutado conforme a la ley oportunamente aplicable.”

Comentemos algunos de los puntos regulados por esta norma.

Esta ley supone un cambio importante respecto a la normativa anterior (arts. 2399 y 2403 CC), ya que invierte los términos en materia de autonomía de la voluntad: en el Apéndice del Código Civil, el principio general era que la ley aplicable a los contratos la establecía el legislador en forma preceptiva, y sólo admitía que las partes eligieran la ley reguladora de sus contratos cuando la ley competente así lo admitía, ya fuera ésta la de un Estado extranjero o una norma especial del Derecho Uruguayo. La nueva Ley General establece como principio general que la ley reguladora de

los contratos es la que elijan las partes (art. 45 inc. 1o), y establece soluciones subsidiarias (art. 48) para el caso en que éstas no lo hagan o que dicha elección no sea válida o eficaz.

El Apéndice del CC no establecía nada al respecto de lo previsto en el inc. 2 del Art. 45, sin perjuicio de la norma general del art. 16 CC. Se trata de una novedad trascendente que se suma a la posibilidad de elegir la ley. Las partes no solamente podrán elegir una ley estatal aplicable al contrato, sino que podrían perfectamente desprenderse de todo derecho estatal para referirse a normas que emanen de organismos internacionales en los que Uruguay se parte³². El caso típico es el de los Principios de UNIDROIT sobre los contratos internacionales. Esto tiene mucha más relevancia práctica de lo que podemos suponer, porque muchas veces las partes de un contrato no son conocedoras del derecho de otros estados, pero sí se sienten seguras de recurrir a normativa emanada de organismos internacionales que recogen principios generales o prácticas generalmente aceptadas.

El inciso 4º tiene su fuente en el art. 7º de la Convención de México. Busca garantizar que respecto de la

“La nueva Ley General establece como principio general que la ley reguladora de los contratos es la que elijan las partes (art. 45 inc. 1o), y establece soluciones subsidiarias (art. 48) para el caso en que éstas no lo hagan o que dicha elección no sea válida o eficaz.”

elección de la ley existió un acuerdo válido entre ambas partes del contrato, que hubo consentimiento válido de ambas partes. Este consentimiento no puede estar viciado ni puede ser presunto o supuesto, esto es, en términos de la Real Academia, no puede ser “Considerado real o verdadero sin la seguridad de que lo sea”³³. En ocasión de la aprobación de la CI Contratos en México, la delegación uruguaya fue muy cuidadosa de reafirmar que la elección es válida cuando hay libre consentimiento de las partes. La libertad de contratación, el libre consentimiento y la prohibición del abuso de derecho son principios fundamentales en los que Uruguay asienta su ordenamiento jurídico. La aplicación concreta de estos principios a nuestra materia, debe ser objeto de

desarrollo específico. A los efectos de su interpretación, es pertinente traer a colación las manifestaciones de Lorenzo en cuanto a que “en este proyecto no existe disposición alguna que pueda decirse que genera, promueve o siquiera soslaya ningún tipo de abuso de una parte sobre la otra”.

Tal como se explica en la Exposición de Motivos, el fundamento del cambio fue armonizar las soluciones uruguayas autónomas o nacionales en materia de regulación de los contratos internacionales con las tendencias mundiales. A esos efectos, el inciso 1° establece como regla general que los contratos pueden ser sometidos por las partes al derecho que ellas elijan, sin perjuicio de las soluciones especiales y demás disposiciones previstas en la ley, dentro de cuyo marco regulador podrá actuar la voluntad de las partes. En particular, para que el acuerdo de las partes sobre esta elección sea válido, el mismo debe ser “expreso o desprenderse inequívocamente de las cláusulas contractuales consideradas en su conjunto” (art. 45.4).

Esta disposición, tomada en forma casi textual del art. 7.1 de la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales, garantiza, como no podía ser

de otra manera, que existió voluntad y consentimiento de ambas partes en cuanto a la elección de la ley aplicable al contrato. El acuerdo puede establecerse a texto expreso, o resultar inequívocamente de las cláusulas contractuales en su conjunto. Esto puede ocurrir por ejemplo cuando en el contrato se hacen referencias permanentes a leyes y reglamentaciones específicas de determinado país o situaciones similares. De todas formas, esta deducción en cuanto a la ley aplicable debe ser inequívoca, no puede caber duda al respecto, dado que en puridad se trata de una elección tácita, esto es, dicho en los términos de la Real Academia, “que no se expresa, pero se sobrentiende”³⁴.

La LGDIPr regula las obligaciones contractuales sin distinción alguna en cuanto a su naturaleza en los arts. 44 y siguientes. Utiliza la expresión “contratos internacionales” sin ningún tipo de distingo basado en la naturaleza civil o comercial de los mismos. El reconocimiento de la especialidad del derecho comercial internacional establecido en el art. 13 de la LGDIPr no altera lo antedicho sino que dispone que en caso de tratarse de relaciones comerciales internacionales (por ej.: contratos internacionales), “no resueltas en convenciones internacionales,

en leyes especiales o en la presente ley, se dirimen consultando prioritariamente las restantes fuentes del derecho comercial internacional mediante la aplicación de los procedimientos de integración previstos en el inciso segundo del artículo 1° de la presente ley” (art. 13.2). Además, agrega el art. 13.4 que “Se aplicarán, cuando corresponda, los usos que sean ampliamente conocidos y regularmente observados en el tráfico mercantil por los sujetos participantes, o de general aceptación en dicho tráfico, y los principios generales del derecho comercial internacional reconocidos por los organismos internacionales de los que la República forma parte”³⁵.

4.3 Ley aplicable sin acuerdo de partes

El art. 48 establece: “En defecto de elección del derecho aplicable de conformidad con lo establecido en el artículo 45 de la presente ley, o si tal elección resultare inválida o ineficaz, los contratos internacionales se rigen en cuanto a su existencia, validez total o parcial, interpretación, efectos, modos de extinción de las obligaciones, y en suma todo lo relativo a cualquier aspecto de los mismos, por la ley del lugar de su cumplimiento, el que se interpretará conforme a los siguientes

criterios: A) Los contratos sobre cosas ciertas e individualizadas, se rigen por la ley donde ellas existían al tiempo de su celebración. B) Los que recaigan sobre cosa fungible o cosas determinadas por su género, por la ley del domicilio del deudor de la obligación característica del contrato, al tiempo en que fueron celebrados. C) Los que versen sobre prestación de servicios: 1) Si el servicio recae sobre cosas, por la ley del lugar donde ellas existían al tiempo de su celebración. 2) Si su eficacia se relaciona con algún lugar en especial, por la de aquel en donde hayan de producir sus efectos. 3) Fuera de estos casos, por la ley del lugar del domicilio del deudor de la prestación característica del contrato al tiempo de la celebración del mismo.”

La fuente de esta norma se encuentra en el Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889, arts. 33-34 y en el homónimo de 1940, arts. 37-38. Las soluciones contenidas en las fuentes referidas se mantienen en esta ley, con mínimos cambios, a saber:

En el acápite de la norma se aclara, como es lógico y acorde con el art. 45, que estas soluciones se aplican en defecto de elección válida y eficaz por las partes. Recuérdese que en el

Apéndice del CC esta era la solución de principio, al igual que lo sigue siendo para la doctrina uruguaya en los Tratados de Montevideo.

En cuanto a las cuestiones comprendidas en el ámbito de aplicación de la ley aplicable, el texto de la ley tiene algunas variantes de redacción, pero no de fondo. Los criterios de interpretación del punto de conexión lugar de cumplimiento siguen siendo preceptivos, igual que en las fuentes mencionadas, lo que se desprende del tenor literal gramatical del acápite del art. 48, que utiliza el modo imperativo: “el que se interpretará...”. En cuanto a los referidos criterios de interpretación, contenidos en los literales A, B y C, se mantienen idénticos, aunque con la aclaración de que cuando la norma hace referencia al deudor, lo está haciendo al deudor de la prestación característica, y no al incumplidor. Ello constituye una mera aclaración, no una modificación al régimen anterior, ya que la expresión deudor en las fuentes mencionadas siempre se interpretó de esa manera, como referida a quien debe la prestación característica del contrato, que nunca es pagar el precio, sino que es quien debe entregar la cosa, prestar el servicio, etc³⁶.

4.4 Criterios subsidiarios

El art. 49 establece: “Se rigen por la ley del lugar de su celebración, los actos y contratos respecto de los cuales no pueda determinarse la ley aplicable al tiempo de ser celebrados, según las reglas contenidas en el artículo 48 de la presente ley. Cuando la ley aplicable no pueda ser determinada en base al inciso primero el contrato se regirá por la ley del país con el cual presente los lazos más estrechos”.

Las fuentes de esta norma son el TMDCI 1889, art. 35 in fine, el TMDCI, art. 40, y la C.I. Contratos (CIDIP-V, México, 1994), art. 9. Brevemente, cabe señalar que el fundamento de la innovación que se incorpora está en evitar que no se pueda determinar, al tiempo de la celebración del contrato, cuál es el derecho aplicable al mismo. La innovación -relativa- está en el inciso segundo, dado que el inciso primero mantiene las soluciones existentes en las tres fuentes clásicas.

4.5 Soluciones especiales

El art. 50 establece en su acápite: “No son aplicables las normas anteriores del presente capítulo a los siguientes

contratos aunque revistan la calidad de internacionales, los cuales se regirán por las normas que a continuación se indican: (...)", y siguen las soluciones especiales. Analizaremos aquí sólo algunas de ellas.

4.5.1 Contratos otorgados en relaciones de consumo

El literal E) del art. 50 regula los contratos internacionales otorgados en relaciones de consumo, los que no contaban con normas específicas de DIPr con anterioridad a esta ley, y quedaban sometidas, por tanto, al régimen general de los contratos. Como se manifiesta en la exposición de motivos, en materia de relaciones de consumo se entendió que pese a su especialidad, debía incluirse un estatuto mínimo para determinar la ley aplicable, dada su importancia para el país, en particular en las zonas de turismo.

El literal E) prevé 3 hipótesis: la primera constituye la regla general y refiere a la ley del Estado donde los bienes se adquieren o los servicios se utilizan por parte del consumidor. Dicha conexión puede coincidir o no con el domicilio del consumidor. Un ejemplo en que se daría esta primera hipótesis sería la de un turista domiciliado en un Estado extranjero que

llega a Uruguay y decide contratar su alojamiento en un hotel de plaza, o una excursión por el día con una empresa local para visitar determinados destinos turísticos en el país. Además, visita una galería de arte y compra dos cuadros de un pintor nacional que colgará en su domicilio. Todos estos contratos -internacionales conforme al art. 44.1- se regirán por la ley uruguaya, porque los bienes se adquieren en Uruguay y los servicios se utilizan en Uruguay.

Cuando los bienes se adquieren o los servicios se utilizan en más de un país o no pudiese determinarse, por otras circunstancias, la ley del Estado donde los bienes se adquieren o los servicios se utilizan, opera la segunda hipótesis, que establece que la ley aplicable será la del domicilio del consumidor. Un ejemplo de esta segunda hipótesis sería el caso de un turista con domicilio en Uruguay que viaja a Madrid por trabajo, y al finalizar sus actividades laborales allí, contrata con una empresa de turismo con establecimiento en Madrid una excursión por Europa visitando varios países. Desde el punto de vista del DIPr uruguayo (art. 50.E).2) dicho contrato se regiría por la ley uruguaya por tener aquí su domicilio el consumidor turista.

4.5.2 Contratos de seguros y de transporte

Respecto de los literales G) y H) del art. 50, se entendió que habiéndose aprobado las leyes Nos 19.678 y 19.246 poco tiempo antes de la aprobación de esta ley general, no correspondía regular nuevamente dichos temas en esta última, sino que lo más adecuado era remitir la regulación de esos contratos a dichas leyes especiales. El texto aprobado de los literales G) y H) logró poner fin a largas discusiones entre sectores involucrados en la materia y opiniones contrapuestas aportadas a la discusión parlamentaria por diversas instituciones de las áreas concernidas, tanto privadas como públicas. El literal G establece: “Los contratos de seguros se rigen por la Ley de Contratos de Seguros N.º 19.678, de 26 de octubre de 2018”. Esta ley tiene normas específicas sobre ley aplicable y jurisdicción competente para los seguros³⁷.

El literal H) establece: “Los contratos de transporte por agua se rigen por la Ley de Derecho Comercial Marítimo N.º 19.246, de 15 de agosto de 2014”. Y la misma se remite al Tratado de Derecho de la Navegación Comercial Internacional de Montevideo de 1940. Este a su vez regula el contrato

de transporte por agua en los artículos 25 a 27 y establece que la ley aplicable y jurisdicción competente en los contratos de transporte por agua es la del Estado del lugar de cumplimiento de la obligación, entendiéndose por tal “el del puerto de la descarga de las mercaderías o desembarque de las personas”. Estaba claro desde un comienzo que estos contratos no podían quedar sometidos al régimen general de la autonomía de la voluntad, consagrado en el art. 45. Así lo manifestaba el Prof. Herbert, en una de sus propuestas a la Comisión Redactora, en los siguientes términos: “El principal problema se plantea, no respecto a los fletamentos en general (ya sea por viaje, por tiempo o a casco desnudo) sino respecto de los transportes de bultos o contenedores que se documentan en conocimientos de embarque. Creo entonces que podemos salvar la omisión si se efectúa la aclaración correspondiente, excluyendo la autonomía de la voluntad conflictual de esta categoría específica.”

La redacción final de la LGDIPr plantea un problema en la medida que sólo refiere a los contratos de transporte por agua, no a los de transporte aéreo y terrestre. Ambas categorías estaban incluidas en los diversos antecedentes del art. 50 actual. La versión del 2008

excluye del régimen de la autonomía de la voluntad, “al contrato de transporte de mercaderías documentado exclusivamente por carta de porte, conocimiento de embarque, guía aérea, documento de transporte multimodal, o documentos análogos, cuando éstas deban entregarse en la República.” En la versión del 2008 estos contratos se regulan por la ley del lugar de cumplimiento, entendiéndose por tal la del lugar donde debe entregarse la mercadería. La ratio legis de dicha solución era que en esos casos el documento de transporte no necesariamente refleja la voluntad de todas las partes del contrato al ser redactado unilateralmente por el transportista mediante condiciones generales unilaterales impresas al dorso del mismo. La eventual cláusula de elección de ley y/o juez es por tanto unilateral, por lo que podría considerarse en principio no consentida por la contraparte del transportista. Este punto había sido objeto de discusión en el grupo de trabajo y se había llegado a una fórmula que contemplaba las situaciones indicadas.

Ahora bien, el texto aprobado del art. 50.H) de la LGDIPr refiere exclusivamente a los contratos de transporte por agua. ¿Cómo se regulan entonces los demás “contratos de transporte

de mercaderías exclusivamente documentados por carta de porte, conocimiento de embarque, guía aérea, documento de transporte multimodal, o documentos análogos...”? En la versión taquigráfica de la Comisión, no hay ninguna referencia al transporte terrestre, ni nadie propone la eliminación del inciso 9 de la propuesta del Instituto y la Comisión Redactora. No obstante éste no aparece en la versión final. ¿Cuál es entonces la solución para otros contratos de transporte no incluidos en los literales G y H del art.50? Entendemos que el contrato de transporte de pasajeros es un de contrato celebrado por consumidores de un servicio y por lo tanto los alcanza la norma especial del literal E del art. 50. Tampoco parece plantear un problema el transporte aéreo internacional de mercaderías ya que el mismo se rige por el sistema de Varsovia y particularmente por la Convención de Montreal de 1999³⁸ la que regula con normas materiales todo lo referido al transporte de carga o pasajeros y tiene reglas específicas sobre jurisdicción competente, las cuales además son de orden público.

Respecto del transporte terrestre debe señalarse que con Argentina y Paraguay rige el Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional de

1940. Y el mismo regula la ley aplicable al transporte terrestre y mixto en los artículos 14 a 18. ¿Qué pasa entonces con el transporte terrestre de mercaderías con los países con los que no tenemos tratado? Vislumbramos en una primera aproximación, algunas interpretaciones teóricamente posibles: la primera, concluir que para los mismos rige la autonomía de la voluntad establecida en el art. 45.;

la segunda, aplicar un razonamiento análogo al efectuado en materia de contratos individuales de trabajo y recurrir a las normas subsidiarias del Art. 48; la tercera sería entender que se trata de contratos con consumidores y por lo tanto se rigen por la regla del literal E del art. 50; y la cuarta sería que existe un vacío a ser integrado conforme al art. 16 CC. Nos inclinamos por esta última.

¹ Los integrantes del Grupo bajo la presidencia del Prof. Operti, fueron los Profs. Dres. Ronald Herbert (†), Eduardo Tellechea, Marcelo Solari (†), Berta Feder (†), Carmen González y Cecilia Fresnedo. Posteriormente se sumaron los Profs. Dres. Jorge Talice, Gonzalo Lorenzo y Paul Arrighi, todos integrantes del Instituto Uruguayo de Derecho Internacional Privado.

² CIDIP-I, Montevideo, 1979.

³ Ver especialmente art. 1 de dicha ley, que establece: “Los supuestos de hecho relacionados con los ordenamientos jurídicos extranjeros se regularán, por las normas de derecho internacional público sobre la materia, en particular, las establecidas en los tratados internacionales vigentes en Venezuela; en su defecto, se aplicarán las normas de derecho internacional privado venezolanas; a falta de ellas, se utilizará la analogía, y, finalmente, se regirán por los principios de derecho internacional privado generalmente aceptados”. En la exposición de motivos de dicha ley, p. 57, se indica que se han agregado “como fuentes primarias, las normas de derecho internacional público”.

⁴ El Derecho Internacional Público es una disciplina que se ocupa de las relaciones entre los Estados y naturalmente protege la efectiva aplicación de la norma de conflicto, pero no le impone a ésta contenido alguno, desde que la conexión, sea considerada justicia formal o material, resuelve con criterios de DIPr la aplicación de la ley en el espacio.

⁵ Batiffol 1976, pp. 2 y 27.

⁶ Lo expuesto no excluye la aplicación de normas pertenecientes al DIPúblico consuetudinario, reguladoras de problemas de DIPr. Cfr. GOLDSCHMIDT, Werner, Derecho Internacional Privado. Derecho de la Tolerancia, 5ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1985, p. 35, párrafo 36. Parece alinearse en esta posición la Profesora Tatiana B. de MAEKELT cuando expresa en su Teoría General de DIPr, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005, p. 199, que “por tratarse de materias distintas, se aplicarán simultáneamente o guardando la prelación que debe responder al contenido del Tratado.” Se extiende sobre el tema y cita doctrina básicamente venezolana.

⁷ El alcance de estas disposiciones del Título Preliminar, lo trata más detalladamente en otro lugar Lorenzo (2020, pp.31-39), con posición todavía abierta al debate.

⁸ CIDIP-I, Montevideo, 1979.

⁹ Ver texto de la Declaración en: <https://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-45.html> (último acceso: 21 de enero de 2023).

¹⁰ Dolinger, 2001, P. 34.

¹¹ Salah Mohamed Mahud, 2005, pp. 151-264.

¹² Alfonsín, 1982, p. 561.

¹³ Montevideo, 1979.

¹⁴ Foyer, 2005, p. 291.

¹⁵ Bucher-Bonomi, 2004, p. 127.

¹⁶ Foyer, 2005, p. 291.

¹⁷ Von Overbeck, 2000, p. 553.

¹⁸ Ver sobre el tema: BONOMI, Andrea, Le norme imperative nel diritto internazionale privato, Publications of the Swiss Institute of Comparative Law (33), Zurich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1998, p. 140 y 147.

¹⁹ Parra-Aranguren, 2001, p. 102.

²⁰ Afirma el autor: “It is difficult to understand, moreover, why the 1998 (Venezuelan) Act did not incorporate the possibility of considering the *lois d’application* immediate of foreign laws, as is set forth in Article 11 of the Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts (CIDIP-V; Mexico, 1994), ratified by Venezuela...”. On the contrary, and though Uruguay has not yet ratified the referred Convention, Article 6.2 of the Uruguayan Act on PIL admits that the court can take into consideration mandatory rules of a third State when the case has relevant connections with that State.

²¹ Bonomi, 1998, p. 145.

²² Neuhaus, 1981, p. 179.

²³ Agrega el autor: “The formulation of Article 9 of the 1979 Inter-American Convention on General Rules of PIL is a great achievement, which has no precedent in Europe.”

²⁴ Fresnedo, 2004, pp. 216-217; 266-267.

²⁵ Fresnedo, 2013, p. 240 y ss.

²⁶ Fresnedo, 2013, p. 318 y ss.

²⁷ En el plano legislativo el parlamento uruguayo ha ido introduciendo algunas modificaciones tendientes a la adaptación de la normativa, particularmente en materia de sucesión, donde se ha eliminado el distinto tratamiento que existía en nuestro C.Civil para hijos legítimos e ilegítimos (arts. 887 y 893 C.Civil, texto dado por la Ley 15.855 de 25/3/1987).

²⁸ Como afirman Juan Carlos Fernández Rozas y Sixto Sánchez Lorenzo, “...las normas internacionales de derechos humanos forman parte del Derecho internacional general actuando como un importante límite tanto para el legislador como para el juez interno en la reglamentación de las relaciones privadas internacionales”. (1991 p. 132).

²⁹ C.E. 175212. Asunto 14a./2009, ingresado al Senado el 16 de marzo de 2009 (Carpeta del Senado 1461/09, Repartido 1068), p. 10.

³⁰ Ver sobre el punto: FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, “Los contratos de transporte y de seguros frente a la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales”, en *Revista de Transporte y Seguros* No. 8, Ed. F.C.U. pp. 157-176, p. 158 y 159; “La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, aprobada en la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-V), México, 1994”, en *Anuario de Derecho Comercial* N.º 7, 1996, pp. 191-211, p. 194 y 195; OPERTTI BADÁN, Didier y FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, *Contratos Comerciales Internacionales. Últimos desarrollos teórico-positivos en el ámbito internacional*, Montevideo, FCU, 1997, p. 30-31.

³¹ Informe de la Reunión de Expertos sobre Contratación Internacional; OEA/Ser.K/XXI.5, CIDIP-V/14/93, Base N.º 1, pp. 14-15.

³² El art. 45.2 sigue la solución de los Principios de La Haya sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales de 2015.

³³ Diccionario de la Real Academia española, 2021, extraído el 9 de marzo de 2021 de <https://dle.rae.es/supuesto#RQhQYKD>

³⁴ Diccionario de la Real Academia española, 2021, extraído el 9 de marzo de 2021 de <https://dle.rae.es/t%C3%A1cito?m—form>,

³⁵ Lorenzo Idiarte, 2020, 29-31.

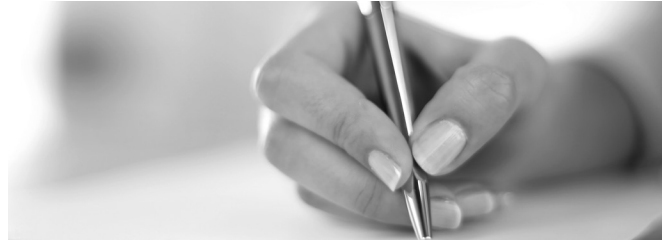
³⁶ Alfonsín, 1950, pp. 79- 80.

³⁷ Ley N° 19.678 Artículo 117. (Ley aplicable a los contratos de seguros).- Los contratos de seguros se rigen por la ley del Estado del lugar de cumplimiento de la prestación característica. Se entiende por tal el lugar del domicilio de la sucursal, agencia u oficina de la empresa aseguradora que haya celebrado el contrato y emitido la póliza. Esta norma incluye todos los seguros de transporte sea este marítimo, aéreo, terrestre o multimodal y también los contratos de seguro de vida, pensiones, retiro en todas sus variedades, los seguros de responsabilidad civil, cauciones, crédito a la exportación y similares. Salvo pacto en contrario, los contratos de reaseguros se rigen por la ley del lugar de localización del riesgo cedido, entendiéndose por tal el del domicilio del asegurador cedente. Artículo 119. (Carácter imperativo).- Las reglas de competencia legislativa y judicial determinadas en este capítulo son de orden público y no pueden ser modificadas por la voluntad de las partes, salvo lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 117 de esta ley. Artículo 119. (Carácter imperativo).- Las reglas de competencia legislativa y judicial determinadas en este capítulo son de orden público y no pueden ser modificadas por la voluntad de las partes, salvo lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 117 de esta ley.

³⁸ Ley N.° 19.169.

Sobre la autora

Cecilia Fresnedo de Aguirre

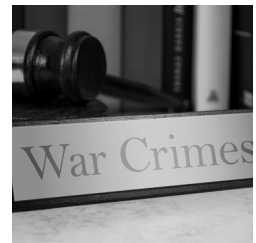


Cecilia Fresnedo de Aguirre es miembro del Comité Jurídico Interamericano, consultora internacional y profesora de Derecho Internacional Privado en la Universidad de la República y en la Universidad Católica del Uruguay. Previamente se ha desempeñado como corresponsal en Uruguay del UNIDROIT y colaboradora de la *Uniform Law Review*. Ha representado al Uruguay en diversos foros de codificación del DIP, como las Conferencias de La Haya sobre DIP y las Conferencias Interamericanas sobre Derecho internacional Privado (CIDIP - OEA). Como profesora ha

dictado cursos de postgrado y conferencias en más de 20 universidades e instituciones nacionales y extranjeras, y es además autora de 19 libros y 130 artículos sobre temas de su especialidad. Su tesis, “La Autonomía de la Voluntad en la Contratación Internacional”, publicada en 1991 por FCU, recibió el Premio único en Obras de Ciencias Sociales y Jurídicas del Ministerio de Educación y Cultura. Es Doctora en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad de la República, y fue Becaria Fulbright en la Universidad de California en Davis.

Sumario

- I.** *Limitaciones del recurso a la fuerza;*
- II.** *Fuentes del derecho internacional de los conflictos armados;*
- III.** *El ius in bello, los medios de hacer la guerra;*
- IV.** *La distinción entre combatientes y no combatientes;*
- V.** *La ocupación de guerra;*
- VI.** *Conclusión*



**Luis García
Corrochano Moyano**

El Derecho Internacional en las situaciones de conflicto armado internacional

I. Limitaciones del recurso a la fuerza

El derecho internacional clásico permitía el recurso a la guerra. Esta estuvo considerada como un medio legítimo al que se podía recurrir para zanjar una controversia. Alrededor de la licitud de la guerra se desarrolló toda una compleja argumentación destinada a resolver el problema moral del recurso a la fuerza, que desembocó en el concepto de “guerra justa”.

Sin embargo, desde principios del siglo XX se buscó limitar el empleo de la fuerza en las relaciones entre Estados, incentivando el desarrollo de los medios pacíficos de solución de controversias. Ya fuese como recurso o como amenaza, la guerra se vio sucesivamente limitada como instrumento de las relaciones internacionales, a la vez que una fuerte corriente en favor del desarme o la limitación de armamentos se fue desarrollando,

hasta hoy, en busca de limitar o prohibir el uso de armas convencionales, atómicas, químicas y bacteriológicas, en un difícil intento de evitar que los conflictos armados extiendan en sus efectos destructivos más allá de su propia duración.

En la Segunda Conferencia de Paz de La Haya, en 1907, se firmó el Convenio para la limitación del uso de la fuerza en el cobro de deudas internacionales, conocido como “Convenio Drago - Porter”, en honor de sus promotores. Por medio de este instrumento los estados renunciaban al uso de la fuerza para el cobro de deudas y acreencias, lo que hasta entonces era una práctica comúnmente aceptada. Terminada la primera guerra mundial, los países occidentales buscaron un sistema de coordinación política permanente que pudiera evitar nuevos enfrentamientos, de esa manera crearon la Sociedad de Naciones, que en su tratado constitutivo limitó el

“En la Segunda Conferencia de Paz de La Haya, en 1907, se firmó el Convenio para la limitación del uso de la fuerza en el cobro de deudas internacionales, conocido como “Convenio Drago - Porter”, en honor de sus promotores. Por medio de este instrumento los estados renunciaban al uso de la fuerza para el cobro de deudas y acreencias, lo que hasta entonces era una práctica comúnmente aceptada.”

recurso a la guerra para los casos en que esta sea defensiva o se realizara con el fin de lograr la ejecución de un derecho.

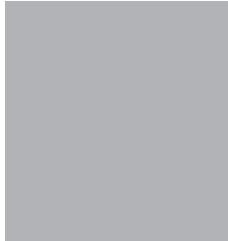
Posteriormente, los representantes de los gobiernos de Francia y los Estados Unidos de Norteamérica, señores Briand y Kellog, firman en París el 26 de agosto de 1928 el Tratado de renuncia a la guerra, o Pacto Briand – Kellog, en el cual estipulan la renuncia a la guerra como forma de solucionar controversias entre sus estados. Este

tratado quedo abierto a la adhesión de otros estados, y rápidamente convocó buen número de ellos, la mayor parte de los cuales participaron en la conflagración mundial de 1939 – 1945.

Al finalizar la segunda guerra mundial, se buscó establecer un mecanismo más seguro para la prevención de conflictos armados en gran escala, así llegamos a lo que significa prácticamente la proscripción de la guerra, a través de la Carta de las Naciones Unidas, la cual condena toda amenaza o empleo de la fuerza, y únicamente reconoce el derecho de legítima defensa frente a una agresión. Sin embargo, el mismo documento crea el concepto de “seguridad colectiva” y prevé determinados mecanismos como las operaciones de restablecimiento de la paz, que constituyen verdaderas acciones bélicas bajo el comando de las Naciones Unidas.

II. Fuentes del derecho internacional de los conflictos armados

En el derecho internacional público de los conflictos armados se reconocen dos fuentes principales: la costumbre y los tratados. La costumbre o usos de la guerra, como también se le denomina, constituye el conjunto de



prácticas seguidas por los Estados en casos de conflicto armado. Con más razón aún que en derecho internacional de la paz, en el caso del derecho internacional de los conflictos armados podemos hablar de costumbres locales, o costumbres particulares, y aún de la costumbre seguida por cada una de las grandes potencias, toda vez que ha sido difícil lograr una gran cantidad de acuerdos en lo que concierne a la guerra.

El primer intento de lograr una codificación de los usos y costumbres de la guerra se dio en 1856 durante el Congreso de París, cuya Declaración sobre los principios del derecho marítimo en tiempo de guerra estableció la abolición del corso y el principio de efectividad del bloqueo naval.

El intento de regulación positiva, esto es la codificación de las reglas a seguir en caso de conflicto armado, continuó siendo en mayor o menor medida una preocupación de los Estados

europeos y las potencias, que contraponían sus diversos intereses políticos, económicos y estratégicos, con el difícil objetivo de lograr una codificación que pudiera conciliarlos y dejara a todos igualmente satisfechos.

“Al finalizar la segunda guerra mundial, se buscó establecer un mecanismo más seguro para la prevención de conflictos armados en gran escala, así llegamos a lo que significa prácticamente la proscripción de la guerra, a través de la Carta de las Naciones Unidas, la cual condena toda amenaza o empleo de la fuerza, y únicamente reconoce el derecho de legítima defensa frente a una agresión.”

El siguiente paso en la codificación del derecho de la guerra fue el **Convenio de Ginebra de 1864**, convenio de carácter humanitario que establecía el respeto, asistencia y protección a los heridos y enfermos, así como el respeto del personal médico y religioso.

La Declaración de Bruselas de 1874 recogió la costumbre internacional acerca de los principios aplicables a la guerra terrestre, la distinción entre combatiente y no combatiente, así como las características de la ocupación de guerra.

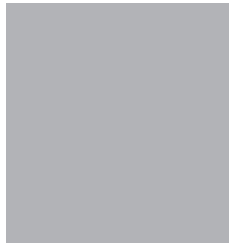
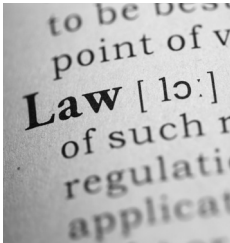
La Convención de La Haya de 1899 recogió los aportes de la Declaración de Bruselas sobre la guerra terrestre y adaptó a la guerra marítima de los principios del derecho internacional humanitario enunciados en la Convención de Ginebra de 1864.

La Convención de La Haya de 1907 tuvo una obra más prolífica en cuanto a la producción de textos convencionales destinados a regular la guerra en sus diversos aspectos, desde la declaratoria de guerra, pasando por la guerra terrestre, algunos aspectos de la guerra naval, la neutralidad, e incluso la creación de un tribunal internacional de presas marítimas.

En 1909 se redactó la **Declaración de Londres** sobre la guerra naval, que reglamentaba el bloqueo en tiempo de guerra, el contrabando de guerra, la asistencia hostil, la destrucción de las presas neutrales, la transferencia de pabellón, el carácter enemigo de las naves, el convoy, la resistencia a la visita y los daños y perjuicios.

Otros instrumentos relevantes son el **Convenio de Washington de 1922** se buscaba una reducción en la capacidad ofensiva de los navíos de guerra, regular el empleo de los submarinos e impedir el empleo de gases asfixiantes; el Convenio de Londres de 1930 sobre la limitación y reducción de los armamentos navales, que incluía el empleo de los submarinos, y el Protocolo de Londres de 1936 sobre el ataque de submarinos a navíos de comercio.

Los Convenios de Ginebra de 1949 para el mejoramiento de la suerte de los heridos, enfermos de fuerzas armadas en tierra, heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar, tratamiento de los prisioneros de guerra y tratamiento de la población civil, constituyen el núcleo normativo del derecho internacional humanitario actual. De igual manera, los **dos Protocolos adicionales de 1977 a los**



Convenios de Ginebra contienen disposiciones humanitarias aplicables a los conflictos armados de carácter internacional y no internacional.

III. El *ius in bello*, los medios de hacer la guerra

La primera restricción que imponen los usos y costumbres de la guerra es que los medios de hacer la guerra no son ilimitados¹. La lucha debe ser conducida de manera leal por los adversarios, sin abusar de la buena fe del enemigo y cumpliendo los compromisos contraídos. Entre esas limitaciones tenemos:

- La perfidia, en tanto abuso de la buena fe o violación de los compromisos contraídos².
- El uso de pabellón falso para realizar actos de beligerancia³.
- El respeto a los no combatientes y neutrales⁴.
- La prohibición de la guerra de aniquilamiento⁵.
- El respeto de los que se rinden o deponen las armas⁶.
- El respeto y trato humano de los prisioneros de guerra⁷, heridos, enfermos y náufragos⁸.
- Uso o empleo de armas prohibidas, como gases asfixiantes, balas explosivas o armas que causen daños o sufrimientos innecesarios⁹.
- Bombardeo exclusivo a objetivos militares y respeto de las localidades no defendidas¹⁰.
- Respeto de los buques hospitalarios enemigos, neutrales y particulares, y del personal médico y religioso¹¹.
- Las represalias deben guardar proporción con el hecho que las motiva¹².

“La primera restricción que imponen los usos y costumbres de la guerra es que los medios de hacer la guerra no son ilimitados ⁴⁶² . La lucha debe ser conducida de manera leal por los adversarios, sin abusar de la buena fe del enemigo y cumpliendo los compromisos contraídos.”

Los medios lícitos son todos aquellos no péfidos o no prohibidos, ya sea por la costumbre o los convenios, capaces de disminuir o afectar el poder ofensivo o defensivo del enemigo y que puedan ocasionar su derrota. En principio, todo enfrentamiento entre buques enemigos tendrá como objetivo el hundimiento o inutilización total de los navíos de guerra del adversario, la destrucción de todo aparato o construcción de guerra que éste posea a lo largo de su litoral, el dragado de minas, etc., de manera tal que se pueda asegurar el dominio de los mares para una de las partes en conflicto. El objetivo varía tratándose de la marina militar, que se persigue destruir, y de la marina mercante, de la que se pretende apropiar, así como del contrabando y la mercancía enemiga ¹³ .

Puede emplearse como medio de guerra el bombardeo, siguiendo la clásica distinción entre localidades defendidas y no defendidas preconizada por el derecho de La Haya, teniendo en cuenta que al hablar de localidad defendida nos referimos a aquella que posee una capacidad defensiva activa, como baterías terrestres o una escuadra que la protege; una defensa pasiva es por ejemplo el minado submarino, pero no constituye un medio de defensa activo, y no está permitido como represalia bombardear una ciudad cuyo puerto o litoral ha sido minado ¹⁴ .

El empleo de minas submarinas es otra modalidad bélica autorizada, siempre que cumpla con determinadas condiciones, la principal de las cuales es que dichas minas se desactiven en cuanto dejan de estar bajo control de quien las coloca, debiendo tomar las precauciones del caso para no perjudicar a la navegación pacífica ¹⁵ ; no obstante que su uso se halla reglamentado, varía según la doctrina que aplica cada Estado en función de sus propios intereses.

Respecto al ataque de naves y aeronaves enemigas, aquellas de carácter militar son siempre objetivos militares y es lícita su destrucción. La naves mercantes y aeronaves civiles sólo pueden ser atacadas y destruidas si se tornan objetivos militares ¹⁶ .

IV. La distinción entre combatientes y no combatientes

Durante mucho tiempo no existió la diferencia entre ciudadano de un estado y la calidad de combatiente enemigo, y por lo tanto de objetivo militar. Esta diferencia surge conceptualmente gracias al filósofo ginebrino Juan Jacobo Rousseau, quién en su obra “El Contrato Social” da una nueva definición de la guerra y sus participantes:

“La guerra no es una relación de hombre a hombre, sino una relación de Estado a Estado, en la cual los particulares no son enemigos más que accidentalmente, no como hombres ni como ciudadanos, sino como soldados; no como miembros de la patria, sino como defensores. Finalmente, cada Estado no puede tener como enemigos más que otros Estados, y no los hombres, atendiendo a que entre cosas de distinta naturaleza no se puede establecer ninguna verdadera relación”¹⁷.

Continuando la senda trazada por Rousseau, la evolución del derecho de la guerra durante el siglo XIX busca

distinguir a los simples ciudadanos de aquellos que representan al Estado en su lucha frente a otro Estado, es decir a los combatientes, únicos con derecho a combatir, y, por lo tanto, capaces de atacar y ser atacados. Encontramos ya esta distinción en el Código redactado por Francis Lieber en 1863, y en la práctica seguida durante la Guerra de Secesión norteamericana (1862 - 1866). En el desarrollo de estas ideas encontramos otro hecho decisivo, la Guerra Franco Prusiana de 1870, en la que actúan como combatientes los francotiradores y cuerpos francos que se forman para defender el territorio francés frente al invasor alemán. La categoría de combatientes es aceptada y definida por las potencias concurrentes a la Conferencia de Bruselas de 1874, que en el Proyecto de Declaración define a los combatientes de la siguiente manera:

9.- Las leyes, los derechos y deberes de la guerra no se aplican solamente al ejército, sino también a las milicias y a los cuerpos de voluntarios que reúnan las condiciones siguientes:

- 1° Tener a la cabeza una persona responsable por sus subordinados;
- 2° Tener un signo distintivo fijo y reconocible a distancia;
- 3° Portar las armas abiertamente, y

4° Conformarse en sus operaciones a las leyes y costumbres de la guerra.

En los países en que las milicias constituyen el ejército o son parte de él, están comprendidas en la denominación de ejército¹⁸.

En Bruselas se produce un conflicto de intereses entre las grandes potencias territoriales, especialmente Alemania, Francia, Gran Bretaña y Rusia, posibles ocupantes, por asegurar el dominio territorial y el respeto del estatuto de combatiente, y, en consecuencia, la represión de quienes actuaran de manera irregular. Frente a esto, los pequeños estados como Bélgica, Holanda y Suiza, potenciales países ocupados, mostraron su interés en la posibilidad de proteger a los ciudadanos que se alistaran formando milicias o cuerpos de voluntarios para la defensa del territorio nacional. El siguiente artículo del Proyecto de Declaración de Bruselas contemplaba el caso de la denominada “leva en masa”:

10.- La población de un territorio no ocupado que, ante la proximidad del enemigo, tome espontáneamente las armas para combatir a las tropas invasoras sin tener

tiempo de organizarse conforme al artículo 9, será considerada como beligerante si respeta las leyes y costumbres de la guerra.

Esta asimilación de la población en armas a los combatientes regulares tiene como objetivo permitir que se les apliquen las normas del derecho de la guerra y el derecho humanitario, que a su vez están obligadas a respetar. En realidad, este caso opera como una excepción a la distinción entre combatientes y no combatientes que ya se gestaba desde el siglo XVIII, por cuanto en esta situación la población civil alzada en armas contra el invasor adquiere el estatuto de combatiente.

La distinción entre enemigo y neutral es otro concepto básico a tener en cuenta durante el desarrollo del conflicto. Será beligerante aquel que interviene en el conflicto, y aquel que se le enfrenta o colabora con el adversario será considerado enemigo; por lo tanto, tendrá la calidad de neutral al que no interviene en el conflicto y por lo tanto no favorece a ninguna de las partes. Sólo se puede ser neutral frente a ambas partes en conflicto¹⁹, la intervención en favor de una de ellas termina con la neutralidad e incluye al interventor en uno de los bandos beligerantes, convirtiéndolo por lo tanto

en sujeto activo en el conflicto. En suma, es beligerante aquel que tiene derecho a combatir.

La guerra, declarada o, de hecho, significa un enfrentamiento entre fuerzas armadas estatales, por lo tanto, sólo se considerará combatiente o beligerante a aquel que preste servicios en las fuerzas armadas del país hostil, o sin ser militar realice acciones destinadas a perjudicar al enemigo y su capacidad ofensiva. En tal sentido, la población civil, aunque inevitablemente sufrirá las consecuencias de la guerra, tiene un papel similar al del neutral, en tanto no sea objeto de ataque por parte de la milicia enemiga.

V. La ocupación de guerra

La ocupación de guerra es en sí un hecho militar y también una institución jurídica autónoma y la única forma de ocupación militar reconocida por el derecho internacional público²⁰. Prefigurada desde mediados del siglo XVIII como institución con personalidad propia²¹, su elaboración doctrinal data de mediados del XIX a través de la obra de Heffter (1844), quien distingue la ocupación de la invasión y la conquista, y Halleck (1861) que es el primero en tratar la ocupación de guerra como institución jurídica²². La

“La ocupación de guerra es en sí un hecho militar y también una institución jurídica autónoma y la única forma de ocupación militar reconocida por el derecho internacional público.”

ocupación de guerra toma cuerpo luego en el Código redactado por Francis Lieber en 1863, considerada como la primera presentación sistemática de la ocupación de guerra en un manual de instrucción militar²³. La Declaración de Bruselas (1874) definió esta institución de la manera siguiente: “*Un territorio es considerado como ocupado cuando se encuentra de hecho bajo autoridad del ejército enemigo*”. La misma definición fue recogida en los convenios de La Haya de 1899 y 1907, y ampliada su esfera de protección de la población civil en territorio ocupado por el IV Convenio de Ginebra de 1949.

En principio la ocupación es un estado de hecho²⁴, es la presencia de un ejército enemigo como consecuencia de una invasión. La invasión puede ser pacífica o violenta, pero en el marco de una relación de conflicto, es

“...la ocupación no es un hecho definitivo sino provisional, dura tanto como el conflicto, y en ocasiones un tiempo más, pero no es una situación estable, está destinada a terminar.”

por eso que se habla de un “ejército enemigo”. Pero la ocupación no es un hecho aislado, hace falta situarla en el espacio y en el tiempo. En el espacio, la ocupación es siempre territorial; como un mismo territorio no tolera dos autoridades concurrentes, una de ellas (la más fuerte) debe desplazar a la otra. A partir del momento en que el territorio es abandonado por el ejército local, o este último es desplazado por el ejército enemigo, la autoridad sobre el territorio pasa del primero al segundo. Este criterio factual es esencial para distinguir la ocupación de su etapa precedente, la invasión.

En el tiempo, la ocupación no es un hecho efímero, debe tener una cierta duración para considerar que produce efectos jurídicos²⁵. Igualmente, la ocupación no es un hecho definitivo sino provisional, dura tanto como el conflicto, y en ocasiones un tiempo más, pero no es una situación estable,

está destinada a terminar. En el derecho internacional del siglo XIX se reconocía el derecho de conquista, en ese tiempo, el territorio ocupado pasaba a poder del vencedor terminado el conflicto. Actualmente no se reconoce tal derecho ni la validez de las posesiones territoriales obtenidas por la fuerza, de manera que, al término de la ocupación, el territorio se reintegra a su Estado de origen. Finalmente, la ocupación debe ser efectiva, es decir, el ocupante debe ejercer su autoridad y no encontrar resistencia de la población o el ejército enemigo, debe ejercer su autoridad sobre el territorio ocupado.

No existe una regla fija para considerar a un territorio como ocupado. Ni el número de efectivos establecidos ni el tiempo pasado sobre la plaza tienen una importancia suficientemente definitiva para dar una respuesta categórica. Por autoridad “establecida y en capacidad de ejercicio”, se entiende que toda resistencia a cesado, es decir que ni el ejército ni la población del país oponen una resistencia activa ni impiden las actividades del ejército ocupante. La capacidad de ejercicio está dada por el hecho consumado del establecimiento de una autoridad distinta que la autoridad legal, pero que es obedecida y capaz de preservar el orden público²⁶.

Tanto en el tiempo como en el espacio, la ocupación de guerra conoce también límites en su ejercicio. El límite de su ejercicio es la no transmisión de la soberanía. El límite temporal está dado por el tiempo durante el cual la ocupación es efectiva. La limitación espacial concierne a los territorios efectivamente situados bajo la autoridad del ejército ocupante. Desarrollaremos estas ideas en las líneas siguientes.

La ocupación de guerra nace de la necesidad de distinguir esta institución de la invasión y de la conquista, distinción que es relativamente reciente. En efecto, toda ocupación es producto de una invasión, pero no toda invasión da lugar a una ocupación. La invasión es la penetración, pacífica o violenta, de un ejército en el territorio de otro país; como tal, la invasión es un hecho puramente militar, el invasor no busca desplazar a la autoridad nacional del territorio invadido ni asumir sus funciones. La ocupación implica la invasión, pero además implica el desplazamiento de la autoridad local y la asunción de sus funciones por el ocupante. Así lo entiende Rousseau:

“Entre las dos situaciones la distinción es de orden cronológico. La invasión, irrupción brutal del

enemigo sobre el territorio del adversario, prepara la vía para la ocupación, es decir la instalación más o menos duradera pero esencialmente temporal de la autoridad militar enemiga. Mientras que la ocupación corresponde a una situación jurídica específica, la invasión no es más que un fenómeno militar, que no suscita más problemas que los habituales en la conducción de las hostilidades”²⁷.

La conquista va más allá, implica la anexión del territorio ocupado²⁸. La ocupación está a medio camino entre la invasión y la conquista, representa un difícil equilibrio entre los poderes de la potencia ocupante y los derechos de la potencia ocupada.

En síntesis, la ocupación de guerra se diferencia la posesión de un territorio enemigo durante el conflicto, territorio que puede cambiar de manos en el curso del mismo, de la conquista, que sitúa de manera permanente un territorio bajo el mando de una autoridad. La ocupación de guerra se extiende a los territorios efectivamente sometidos a la autoridad del ejército ocupante durante el conflicto. La ocupación no desplaza la soberanía, es decir, el ocupante no adquiere para sí el territorio ocupado; el derecho

“...toda ocupación es producto de una invasión, pero no toda invasión da lugar a una ocupación.”

internacional le reconoce al ocupante el derecho y obligación de administrar el territorio ocupado por el tiempo que dure la ocupación. La ocupación suspende la soberanía del Estado sobre la parte ocupada de su territorio, sin que ello implique que el ocupante adquiere dicho territorio.

En tanto poder delegado, el poder del ocupante conoce los límites de la legislación nacional en vigor del Estado ocupado. La doctrina está dividida en este punto; algunos piensan que el poder del ocupante va más allá de los límites constitucionales del gobierno legal, otros piensan que ese poder está limitado por el marco constitucional del país ocupado. En cualquier caso, el ocupante está obligado a asegurar el orden público y respetar las leyes del país ocupado “salvo impedimento absoluto”.

VI. Conclusión

Como podemos apreciar, aun cuando a lo largo del siglo XX hubo un esfuerzo sostenido por limitar el recurso a la fuerza, sin que se pueda hablar aún de una total proscripción de la guerra en las relaciones internacionales (como los hechos más recientes nos permiten constatar). Sin embargo, las prescripciones acerca de cómo emplear la fuerza en conflictos armados sigue en vigor, pues en cualquier circunstancia, el uso de la fuerza no se puede considerar como ilimitado o excluido de toda norma. Quedan pues, las normas del llamado derecho en la guerra (*ius in bello*) en plena vigencia y obligatoriedad, y aunque muchas de ellas están ya rebasadas por las nuevas tecnologías y a primera vista resultan manifiestamente obsoletas, sin embargo, los principios que las inspiran siguen siendo actuales y plenamente aplicables, pues antes que dirigirse a los medios ofensivos únicamente, atienden a cuestiones fundamentales como la conducción de las hostilidades, la restricción en el uso de ciertas armas, y esencialmente, a la protección de la vida y la integridad de los combatientes y no combatientes.

1. OPPENHEIM, L. Ob. Cit., p. 2.
2. ROUSSEAU, C. Ob. Cit., p. 601.
3. ROUSSEAU, C. Ob. Cit., pp. 601-602.
4. ROUSSEAU, C. Ob. Cit., pp. 602-606.
5. DE ALBUQUERQUE MELLO, C. Ob. Cit., p. 1188.
6. OPPENHEIM, L. Ob. Cit., p. 17.
7. MONACO, Riccardo. *Manuale di Diritto Internazionale Pubblico*, Turín: UTET, 1982, p. 686-689.
8. OPPENHEIM, L. Ob. Cit., p. 45 y ss.
9. OPPENHEIM, L. Ob. Cit., p. 42.
10. SORENSEN, Max (ed.). *Manual de derecho internacional público*, México D.F.: Fondo de Cultura Económica 1985, p. 756. DE ALBUQUERQUE MELLO, C. Ob. Cit., p. 1189.
11. OPPENHEIM, L. Ob. Cit., p. 23.
12. OPPENHEIM, L. Ob. Cit., p. 112 y ss.
13. MONACO, R. Ob. Cit., pp. 678-679.
14. DE ALBUQUERQUE MELLO, C. Ob. Cit., p. 1189.
15. SMITH, H. Ob. Cit., p. 651 y ss. MONACO, R. Ob. Cit., pp. 683-684.
16. *Manual de San Remo de 1994*, párrafos 60 y 63.
17. ROUSSEAU, Jean Jacques. *Du contrat social*, París: Bordas, 1985, pp. 68 - 69.
18. Proyecto de Declaración internacional concerniente a las leyes y costumbres de la guerra, adoptada por la Conferencia de Bruselas (julio - agosto 1874).
19. XIII Convenio de La Haya de 1907 relativo a los derechos y deberes de las potencias neutrales en caso de guerra marítima, artículos 9º y 10º.
20. GLAHN, Gerard von. *The occupation of enemy territory*, Minneapolis: University of Minnesota Press, 1957, p. 27: "El derecho internacional convencional reconoce sólo una forma de ocupación militar: la ocupación de guerra, esto es, la ocupación de todo o parte del territorio enemigo en tiempo de guerra, este es el tipo de ocupación previsto por el Reglamento de La Haya y el Cuarto Convenio de Ginebra de 1949".
21. HAGGENMACHER, Peter. "Occupation militaire en droit international: Genèse et profil d'une institution juridique"; en: *Relations Internationales*, N° 79, Automne 1994, p. 293: "A decir verdad, la mayor parte de los elementos que constituyen el régimen clásico de la ocupación están todos al menos prefigurados desde el siglo XVIII".
22. HALLECK, Henry. *International Law*, Volúmen II, 4ª edición, Londres: Kegan Paul, Trench, Trübner & Co. Ltd., 1908, 673 p. Ver Capítulo XXXIII Derechos de la ocupación militar.
23. GRABER, Doris. *The development of the Law of the Belligerent Occupation 1863 - 1914. A historical survey*, Nueva York: Columbia University Press, 1949, p. 5.
24. PILLET, Antoine. *Les lois actuelles de la guerre*, París, Arthur Rousseau Editeur, 1901, pp. 480 - 481: "La palabra estado de hecho que caracteriza a la ocupación es buena, la palabra poder de hecho aplicada al derecho del ocupante no es muy exacta".

²⁵ ROLIN, Alberic. *Le droit moderne de la guerre*, Tomo I, Bruselas: Albert Dewit, Libraire – Editeur, 1920, p. 431: “La ocupación no es solamente el hecho de tomar posesión, hecho instantáneo; ella implica también una situación duradera, el resultado de ese hecho, el hecho de estar y mantenerse en posesión.”

²⁶ PILLET, A. *Ob. Cit.*, p. 241: “Para que el orden, esa condición esencial de toda vida social, subsista, es necesario que haya constantemente una persona capaz de asegurar su mantenimiento por la fuerza. En caso de ocupación, esa persona no puede ser otra que el ocupante.”

²⁷ ROUSSEAU, Charles. *Le droit des conflits armés*, París: A. Pedone, 1983, p. 134.

²⁸ GREENSPAN, M. *The Modern Law of Land Warfare*, California: University Press, 1959, p. 215: “La ocupación militar debe distinguirse del sometimiento, cuando un territorio es no sólo conquistado, sino anexado por el conquistador. En el sometimiento, el invasor no sólo reclama la posesión del territorio, sino la soberanía sobre él”.

Sobre el autor

Luis García Corrochano Moyano

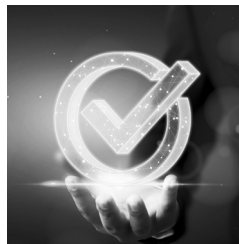


Abogado. Doctor en Derecho Internacional. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas – UPC. Miembro y ex presidente del Comité Jurídico Interamericano de la OEA. Ex presidente del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas de la Contraloría General de la República. Ex presidente del Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional – IHLADI. Miembro de la Asociación Española de Profesores

de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales – AEPDIRI. Miembro de la Asociación Internacional de Derecho del Mar – ASSIDMER. Miembro de la Asociación de Política Exterior Española – APEE. Miembro de la Sociedad Latino Americana y Caribeña de Derecho del Mar – SLACDMAR. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho Internacional – SPDI. Profesor de Derecho Internacional Público de la Academia Diplomática del Perú.

Sumario

- I.** *Introducción;*
- II.** *Las leyes modelo de 2010 y 2020;*
- III.** *Transparencia activa;*
- IV.** *Perspectiva de género;*
- V.** *Enfoque de Derechos Humanos;*
- VI.** *Acciones ante la no entrega de la información;*
- VII.** *Conclusiones*



**Jaime
Moreno-Valle¹**

Saber es Poder: La Ley Modelo Interamericana 2.0 sobre Acceso a la Información Pública y su potencial como ecualizador social

“La gente piensa que el conocimiento es poder, pero el conocimiento no es poder hasta que se aplica.”
- Dale Carnegie

“Bueno es dar cuando nos piden; pero mejor es dar sin que nos pidan, como buenos entendedores.”
- Jalil Gibran

I. Introducción

La información pública es aquella que está en poder de los sujetos obligados (casi siempre autoridades gubernamentales), y que, por haber sido generada con nuestros impuestos, nos pertenece a todos. Dicha información a menudo puede ser un factor determinante para las decisiones que tomamos, los derechos que ejercemos y la forma en que lo hacemos, y nuestras interacciones con los servicios y servidores públicos, entre otros.

Pensemos en la señora que antes de comprar una casa, acude al registro público de la propiedad para verificar que la propiedad esté libre de gravámenes, el empresario que quiere conocer las bases para participar en una licitación pública, o el campesino que quiere saber cómo beneficiarse de algún subsidio agropecuario.

Mientras que la Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce la libertad de investigar y recibir informaciones y opiniones², en nuestra región la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole³. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido de manera expresa y específica el derecho a obtener información pública como un derecho humano fundamental⁴. Lo anterior resalta el gran

desarrollo que este derecho ha tenido en nuestra región.

Este derecho tiene un doble carácter: por un lado, es un bien en sí mismo, que nos permite conocer nuestros derechos y está relacionado, por ejemplo, con el derecho a la verdad, la rendición de cuentas y la transparencia; por otra parte, es un medio o instrumento para concretar derechos, que pueden ser civiles, políticos, económicos, sociales y culturales⁵. Es por esto último que se le conoce como “derecho llave”, que sirve para garantizar otros derechos fundamentales. Por ejemplo, permite un control social en casos de vulneración de derechos, y fortalece mecanismos que protejan los derechos de los grupos más vulnerables.

En el caso específico de las mujeres, existe amplia documentación sobre los potenciales beneficios del acceso a la información para mejorar sus condiciones de vida, abriendo espacios para atacar problemáticas como la menor participación laboral, y las barreras para tener acceso a la banca, a la educación y a los cargos de representación popular⁶.

Adicionalmente, en la medida en que los ciudadanos puedan conocer el “estado de la situación” en cuanto a sus

derechos, podrán proponer mejoras, demandando el avance en la obtención de nuevos derechos y, al mismo tiempo, evitar que se retroceda en aquellos ya conseguidos⁷.

La experiencia colectiva del colonialismo, aunque diferenciada entre los Estados miembros de la OEA, ha sido uno de los muchos factores que han contribuido a los altos niveles de estratificación y segregación social, en particular con respecto a las mujeres, los afrodescendientes y las comunidades indígenas. Adicionalmente, la experiencia aun relativamente reciente de regímenes autoritarios ha enmarcado el ejercicio del derecho de acceso a la información pública en una exigencia más amplia de consolidación democrática y de justicia social⁸.

El problema se presenta cuando no todas las personas tienen la misma capacidad de ejercer este derecho, ya sea por no contar con acceso confiable y constante a las tecnologías de información, por tener imposibilidades físicas para presentarse a hacer una consulta o solicitud en las instalaciones del sujeto obligado, por no contar con los medios económicos para cubrir el pago correspondiente, por temor a la discriminación, o por temor a represalias, entre otros motivos.



Es precisamente por esto que la Organización de los Estados Americanos (OEA), a través de sus distintos órganos se ha interesado desde hace 20 años⁹ por crear conciencia sobre la importancia de este derecho y fortalecer las capacidades de sus Estados miembros para una adecuada y equitativa implementación del mismo.

Este artículo aborda temas selectos de la Ley Modelo Interamericana 2.0 sobre Acceso a la Información Pública que, en opinión del autor, son los que se relacionan de manera más directa con la consecución de un ejercicio más igualitario y asequible del derecho de acceso a la información pública y la promoción de los derechos humanos. No obstante, es importante señalar al lector que el texto completo de dicho instrumento desarrolla de manera más amplia temas igualmente relevantes como por ejemplo la reserva de información, las atribuciones esenciales y no esenciales del Órgano Garante y la figura del Oficial de Información.

II. Las leyes modelo de 2010 y 2020

En junio de 2010, la Asamblea General de la OEA aprobó la resolución sobre la *Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública*¹⁰, resultado de un amplio proceso de consultas con la participación de órganos, agencias y entidades de la OEA, Estados miembros y organizaciones de la sociedad civil, con miras a proporcionar el marco jurídico necesario para garantizar la participación ciudadana en un sistema democrático, el fortalecimiento de la rendición de cuentas, la confianza en las instituciones gubernamentales y garantizar los derechos humanos.

Es pertinente señalar que las leyes modelo pertenecen a la familia de instrumentos de derecho internacional conocidas como soft law o derecho no vinculante. Aprobadas mediante resoluciones de los cuerpos políticos,

“Este artículo aborda temas selectos de la Ley Modelo Interamericana 2.0 sobre Acceso a la Información Pública que, en opinión del autor, son los que se relacionan de manera más directa con la consecución de un ejercicio más igualitario y asequible del derecho de acceso a la información pública y la promoción de los derechos humanos. No obstante, es importante señalar al lector que el texto completo de dicho instrumento desarrolla de manera más amplia temas igualmente relevantes como por ejemplo la reserva de información, las atribuciones esenciales y no esenciales del Órgano Garante y la figura del Oficial de Información.”

estas leyes contienen un clausulado al que los Estados pueden recurrir para crear o reformar sus marcos jurídicos. En este sentido, ofrecen gran flexibilidad puesto que un Estado puede

tomar como referencia para sus procesos internos tanto o tan poco del texto como considere conveniente, a diferencia de un instrumento vinculante como un Tratado, que debe incorporarse en su totalidad (salvo aquellas cláusulas respecto de las cuales el Estado haya hecho reserva).

Así, la Ley Modelo de 2010 contribuyó de manera significativa al desarrollo del tema en la región, nutriendo procesos legislativos y normativos en países como Argentina, Costa Rica, Guatemala, Honduras, Panamá y Perú, todos ellos anfitriones de una serie de talleres organizados por el Departamento de Derecho Internacional (DDI) de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la OEA entre 2012 y 2017.

En esta coyuntura, el DDI sumó fuerzas con la Red de Transparencia y Acceso a la Información Pública (RTA), una dinámica agrupación de 35 autoridades en la materia, provenientes de 18 países iberoamericanos, además de una fundación internacional, una Red Federal de Argentina y dos Organismos Internacionales. En el seno de la RTA y en su carácter de Miembro Adherente de ésta, la OEA tuvo la oportunidad de mantener un diálogo permanente con los órganos garantes de la región, no solo para difundir la

Jaime Moreno-Valle

Saber es Poder: La Ley Modelo Interamericana 2.0 sobre Acceso a la Información Pública y su potencial como equalizador social



Ley Modelo, como medio para lograr elevar el estándar regional, sino también para explorar oportunidades de modernizar y enriquecerla.

Es así como en 2018, a partir de un mandato de la Asamblea General de la OEA¹¹, el DDI desarrolla un amplio proceso de consultas con los Estados miembros, la sociedad civil, y expertos en el tema, para identificar las áreas temáticas en las que se estima necesario la actualización o ampliación de la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública, tomando debidamente en consideración también los más recientes desarrollos regionales y globales en materia de protección de datos personales.

Este proceso se desarrolló durante dos años, con el apoyo tanto de la RTA como del Programa de cooperación de la Unión Europea con América Latina EUROsociAL+, en los

que se trabajó de manera muy cercana con los órganos garantes para lograr textos consensuados con un alto nivel técnico, incorporando aspectos novedosos que serán explicados detalladamente en los siguientes capítulos.

El resultado de todo este trabajo fue un documento de propuestas y conclusiones presentado por el DDI a la consideración del Comité Jurídico Interamericano (CJI), órgano consultivo de la OEA en materia jurídica. El CJI a su vez preparó un informe que fue transmitido a los órganos políticos de la Organización, hasta que finalmente el 21 de octubre de 2020, la Asamblea General aprobó la *Ley Modelo Interamericana 2.0 sobre Acceso a la Información Pública*¹².

La Ley Modelo 2.0 recoge una década de experiencias en la región y hace historia al ser el primer instrumento jurídico interamericano en incorporar una perspectiva de género desde

su diseño, para lo cual se contó con valiosos aportes de la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM).

Esto, sumado a conceptos que ya estaban plasmados en la Ley Modelo de 2010, como la anonimidad del solicitante y la no discriminación entre solicitudes de información basada en el contenido de las mismas, ofrece un conjunto de soluciones para hacer que el derecho de acceso a la información pública sea lo más efectivo posible.

El objetivo es que la Ley Modelo 2.0 sea tomada en cuenta por los Estados como un insumo para sus procesos de reforma legislativa y fortalecimiento normativo, detonando un nuevo salto cualitativo a nivel regional.

III. Transparencia activa

La columna vertebral del sistema propuesto por la Ley Modelo 2.0 es la difusión proactiva de información pública por parte de los sujetos obligados, eliminando o por lo menos reduciendo la necesidad de presentar solicitudes de información, reduciendo así significativamente la carga burocrática para el sujeto obligado y facilitando el acceso a la información pública por parte de la ciudadanía.

La transparencia activa debe ajustarse a los principios de gratuidad (entregar la información sin costo, salvo casos excepcionales); no discriminación (acceso libre de barreras relativas a qué información se solicita); oportunidad (divulgar la información en el menor tiempo posible); accesibilidad (procedimientos simples y expeditos) e integridad (la información debe ser completa, comprensible, útil, fidedigna, veraz).

Así, los sujetos obligados por la Ley Modelo 2.0, principalmente las personas físicas o jurídicas que reciben fondos públicos, en todos los niveles y ramas de la estructura gubernamental¹³, tienen que divulgar cierto tipo de información de manera automática. Esta obligación es lo que constituye la transparencia activa (llamada también en algunos Estados transparencia o divulgación oficiosa) y se debe cumplir mediante dos avenidas: la divulgación proactiva de información clave y la implementación de esquemas de publicación.

A. Información clave

Uno de los pilares de la Ley Modelo 2.0 es la obligación de los sujetos obligados de divulgar de manera proactiva

ciertos tipos de información comunes a todos ellos, como la referente a sus presupuestos, jerarquía, servicios prestados, funciones, cargos directivos, contratos otorgados, etc. Esta información se denomina colectivamente “información clave”¹⁴.

Esta obligación tiene cuatro finalidades principales:

- i. contribuye a la transparencia en la gestión pública, dando lineamientos claros al sujeto obligado sobre la información que debe dar a conocer, lo cual a su vez genera una costumbre entre los funcionarios públicos de conservar y difundir la información que generen o posean en el marco de sus atribuciones, erosionando así la cultura de la opacidad y el secretismo;
- ii. facilita el ejercicio del derecho de acceso a la información pública al eliminar la necesidad de presentar una solicitud de información para conocer la información clave, ya que, por lo general, el público puede consultarla en cualquier momento vía la página web del sujeto obligado;
- iii. la divulgación de información en formato de datos abiertos permite su reutilización para maximizar

“La Ley Modelo 2.0 recoge una década de experiencias en la región y hace historia al ser el primer instrumento jurídico interamericano en incorporar una perspectiva de género desde su diseño, para lo cual se contó con valiosos aportes de la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM).”

su aprovechamiento y generar nueva información; y

- iv. reduce la carga administrativa para los sujetos obligados, quienes reciben un número menor de solicitudes de información como consecuencia precisamente de esta divulgación proactiva.

Las clases de información clave identificadas por la Ley Modelo 2.0 son, a saber:

- v. **información sobre el sujeto obligado** – incluyendo por ejemplo la descripción detallada de los servicios que brinda directamente al público; su estructura orgánica, programas estratégicos y planes

de trabajo; los procedimientos para presentar denuncias y solicitudes de información; su marco normativo; los informes que por disposición legal generen en cumplimiento de sus facultades, y el índice de información clasificada como reservada o confidencial;

vi. **información sobre los funcionarios públicos** – incluyendo por ejemplo los nombres y cargos de funcionarios, escalas salariales, declaraciones juradas de intereses y patrimoniales, agendas de los funcionarios públicos de mayor jerarquía que tengan contacto con el público, procedimientos de selección y contratación de personal, prestaciones y sanciones administrativas;

vii. **información financiera** – incluyendo por ejemplo el presupuesto y planes de gasto correspondientes al año fiscal en curso, ejecuciones presupuestarias, estados de cuenta al cierre del ejercicio, proyectos de obra pública, reglas de gestión financiera y mecanismos de control; montos destinados a gastos de cualquier tipo de programas o campañas de comunicación social y publicidad oficial, y listado de las empresas y personas que hayan incumplido contratos con el sujeto obligado;

viii. **mecanismos de participación ciudadana** – incluyendo por ejemplo procedimientos generales de participación ciudadana; formas de participación ciudadana con carácter vinculante y de gobierno abierto; mecanismos de control social, repositorio de todas las solicitudes de información recibidas, así como las respuestas otorgadas a las mismas; y

ix. **necesidades de grupos específicos** – incluyendo por ejemplo información relevante y necesaria sobre los programas sociales destinados a atender las necesidades de grupos específicos de la sociedad como los menores de edad, los adultos mayores, el colectivo afro-descendiente, el colectivo de Lesbianas, Gays, Bisexuales, personas Transgénero e Intersexuales (LGBTI), y los miembros de las comunidades indígenas, así como de las personas con discapacidad, y los subsidios otorgados a dichos sectores de la sociedad.

En muchos casos, la Ley Modelo 2.0 prescribe que los informes, reportes y registros de información clave sean divulgados de manera desagregada, a fin de que se puedan identificar elementos

individuales que permitan obtener un conocimiento más preciso sobre el uso de los fondos públicos y la gestión de los sujetos obligados.

B. Esquemas de publicación

A diferencia de la información clave, los esquemas de publicación incluyen información que le es específica a un sujeto obligado, por estar vinculada estrechamente con las actividades de éste, más que con su naturaleza jurídica y administrativa. El esquema es desarrollado por el sujeto obligado, pues éste mejor que nadie sabe qué información es necesario divulgar para el mejor cumplimiento de sus funciones institucionales.

Un esquema de publicación debe atender las necesidades más relevantes de conocimiento útil por parte de los ciudadanos, fomentar la gradualidad en la inclusión de la información, y promover la igualdad de oportunidades para todos los sectores de la población, a través de la inclusión de información que sea relevante a sus intereses y necesidades particulares. En este sentido, puede contener horarios y lugares de atención al público, noticias y comunicados, información para consumo inmediato,

antecedentes institucionales, biografías de los altos mandos, actividades de difusión, tutoriales, accesibilidad a servicios, etc.

En el caso, por ejemplo, de un ministerio de salud, además de cumplir con sus obligaciones de difundir información clave, el ministerio deberá desarrollar un esquema de publicación que alerte a la población sobre riesgos sanitarios actuales e inminentes, indique dónde y cuándo se van administrar las vacunas y refuerzos contra el COVID-19, información actualizada sobre medidas de prevención, preguntas frecuentes sobre el contagio y los síntomas de dicha enfermedad, disponibilidad de tratamientos a nivel nacional, etc.

Si bien cada sujeto obligado debe diseñar su propio esquema de publicación, el Órgano Garante puede tener la facultad de aprobar o por lo menos hacer observaciones a dicho diseño. La Ley Modelo 2.0 elimina el requisito de la previa aprobación del esquema de publicación por parte del Órgano Garante, lo cual agiliza la divulgación de este tipo de información. En este orden de ideas, la Ley Modelo 2.0 faculta al Órgano Garante para diseñar modelos de esquema para que los sujetos obligados simplemente lo adapten a sus necesidades.

La Ley Modelo 2.0 va un paso más allá de la simple descripción de las obligaciones de transparencia activa, pues identifica dos elementos esenciales para asegurar su debido cumplimiento.

En primer lugar, faculta al Órgano Garante para fiscalizar, emitir lineamientos técnicos, coordinar esfuerzos de los sujetos obligados, establecer formatos de publicación que faciliten la debida homologación de la información, y establecer las sanciones administrativas correspondientes, entre otras¹⁵.

En segundo lugar, impone al sujeto obligado la carga de asegurarse de poner a disposición de las personas que no tengan acceso a internet un espacio físico con equipos de computación y la asistencia de personal calificado que les faciliten el acceso a la información, así como de contar con un Oficial de Información, funcionario que será responsable de cumplir con las obligaciones institucionales de transparencia activa¹⁶.

Finalmente, la Ley Modelo 2.0 crea un puente entre la divulgación pasiva (aquella que se hace solamente cuando alguien solicita la información) y la transparencia activa, pues incorpora a la transparencia activa la información

previamente divulgada, estableciendo que cuando cierta información se haya solicitado una vez y se haya entregado en formato electrónico, ésta deberá hacerse pública inmediatamente en la página web del sujeto obligado. Si hay información que se haya entregado en otro formato, pero después haya sido sujeto de una segunda solicitud, dicha información deberá hacerse pública de manera proactiva en la página web del sujeto obligado, con independencia del formato en que se encuentre¹⁷.

Si bien la Ley Modelo 2.0 no lo dice expresamente, como sí lo hacen las leyes de algunos Estados miembros, para cumplir realmente sus fines, la transparencia activa debe ser efectiva. Esto implica que no siempre basta publicar información en la página web institucional; la información publicada por los sujetos obligados, en el marco de la política de transparencia proactiva, se debe difundir en los medios y formatos que más convengan al público al que va dirigida¹⁸.

En el caso de las personas que viven lejos de los centros urbanos y no cuentan con acceso a internet, podría pensarse en ajustar la divulgación a los medios disponibles, como materiales impresos, uso de radio comunitaria, visitas de concientización, etc.

IV. Perspectiva de género

En todo el mundo, las mujeres continúan enfrentándose a la discriminación y a la violencia de género, a que se les excluya de una participación significativa en procesos de toma de decisiones y a que se les nieguen oportunidades educativas y económicas. Las estructuras normativas que confinan a las mujeres en roles de género específicos en la sociedad también las hacen más propensas a experimentar pobreza. Todo esto significa que las mujeres se enfrentan a importantes barreras al desafiar las mismas estructuras y normas que las discriminan¹⁹.

Cuando las mujeres pueden acceder a la información, pueden utilizarla para cambiar su situación y las estructuras que las rodean, además de proteger otros derechos fundamentales. Esto conduce a sociedades más igualitarias que garantizan mejor los derechos humanos, y hace que las instituciones sean más responsables en todos los niveles. El acceso a la información tiene entonces la capacidad de convertirse en una suerte de equalizador social.

Lo anterior justifica y explica el rol de la Ley Modelo 2.0 en la promoción de la igualdad en general y de la inclusión

social y perspectiva de género en particular. En este sentido, son varias las innovaciones que introduce este instrumento, no en un capítulo expreso, sino de manera transversal a lo largo del texto.

A. Perspectiva de Género en la Transparencia Activa

En primer lugar, respecto de la transparencia activa es importante señalar que, en muchos casos, la información clave debe difundirse de manera que permita identificar las disparidades y brechas de género. Así, los sujetos obligados deben divulgar información desagregada por género sobre el número total de funcionarios, los cargos que desempeñan y su jerarquía, así como sus funciones y deberes. También se divulgan las escalas salariales correspondientes a todas las categorías de funcionarios, actualizadas cada vez que se realicen reclasificaciones de puestos o aumentos de salarios, lo cual permite a la sociedad identificar desequilibrios entre la compensación que reciben los hombres respecto de las mujeres, aunque los sujetos obligados deben además hacer este ejercicio directamente y publicar información sobre la brecha salarial existente entre géneros²⁰.

De igual forma, los sujetos obligados deben publicar información sobre sus presupuestos, planes de gasto y ejecuciones presupuestarias, desagregando la información por rubros, e identificando los proyectos y subsidios específicos destinados a satisfacer las necesidades de ciertos grupos de la sociedad, entre ellos, las mujeres. Deben también publicar una descripción de los mecanismos o procedimientos generales de participación ciudadana; formas de participación ciudadana con carácter vinculante y de gobierno abierto; mecanismos de control social, contraloría social, veeduría social o similares, detallando los resultados del uso e implementación de dichos mecanismos o procedimientos desagregados por género y edad²¹.

Las obligaciones de transparencia activa incluyen también el deber de publicar información relevante y necesaria para promover una mayor equidad de género, como por ejemplo, programas que benefician a las mujeres, estadísticas o indicadores con relación a la inclusión laboral y la salud, indicadores de progreso y estadísticas que permitan verificar el cumplimiento en la implementación de la equidad de género, la atención de las necesidades de otros grupos específicos de la sociedad y el impacto generado para dichos grupos²².

B. El Órgano Garante y la Perspectiva de Género

La Ley Modelo 2.0 fortalece la figura del Órgano Garante, confiriéndole atribuciones importantes para promover y visibilizar el desempeño de los sujetos obligados en la incorporación de la perspectiva de género. Con ese fin, establece que la integración del Órgano Garante deberá reflejar una diversidad de experiencia y talento, y paridad entre los géneros²³, y tendrá la facultad de publicar periódicamente la lista de sujetos obligados que cumplan o incumplan con la incorporación de la perspectiva de género.

Los sujetos obligados deberán presentar informes anuales al Órgano Garante sobre las actividades que realicen para el cumplimiento de la ley de la materia. Para efectos de evaluar la implementación de dicha ley, estos informes deben incluir, por lo menos, información sobre el número de solicitudes de información recibidas, concedidas en su totalidad o en parte, y denegadas, desagregando por género cuando sea posible, así como cualquier otra información relacionada con grupos indígenas, personas en situaciones económicas desfavorables, mujeres, personas con discapacidad²⁴, afrodescendientes, entre otros²⁴.

El Órgano Garante a su vez debe publicar informes anuales sobre sus actividades y sobre la implementación de la ley de la materia, mismos que deberán incluir información estadística desagregada que permita identificar y dimensionar la existencia de desigualdades que requieran la adopción de medidas diferenciadas y las medidas y propuestas que impulsará para propiciar la reducción de brechas entre los distintos sectores de la sociedad²⁵.

Como puede verse, la Ley Modelo 2.0 no pretende resolver los problemas que se presentan al interior de cada sujeto obligado para incorporar efectivamente una perspectiva de género en su trabajo diario, pero sí es una valiosa herramienta que nos permite identificar y visibilizar focos rojos, medir avances, detectar oportunidades para la participación de distintos actores sociales, y fortalecer los mecanismos de participación social y la rendición de cuentas.

Finalmente, estas disposiciones buscan ir generando hacia el interior del sujeto obligado una conciencia y normalización de las conductas, procedimientos y actitudes que son necesarias para lograr una auténtica equidad entre los géneros.

“...faculta al Órgano Garante para fiscalizar, emitir lineamientos técnicos, coordinar esfuerzos de los sujetos obligados, establecer formatos de publicación que faciliten la debida homologación de la información, y establecer las sanciones administrativas correspondientes, entre otras.”

V. Enfoque de Derechos Humanos

Como hemos señalado anteriormente, la Ley Modelo 2.0 tiene un robusto enfoque en la protección de los derechos de las personas. Especial cuidado se ha puesto en procurar que las personas puedan ejercitar el derecho de acceso a la información pública sin temor a represalias por parte de las autoridades gubernamentales. En este sentido, el ordenamiento establece expresamente que la persona solicitante no será sancionada, castigada o procesada por ejercitar su derecho de acceso a la información pública y dispone que toda persona tiene el derecho de realizar

“...impone al sujeto obligado la carga de asegurarse de poner a disposición de las personas que no tengan acceso a internet un espacio físico con equipos de computación y la asistencia de personal calificado que les faciliten el acceso a la información, así como de contar con un Oficial de Información, funcionario que será responsable de cumplir con las obligaciones institucionales de transparencia activa.”

solicitudes de dicha información en forma anónima; y a no ser sujeto de cualquier discriminación que pueda basarse en la naturaleza de la solicitud²⁶.

En este mismo tenor, las ya mencionadas obligaciones de transparencia activa incluyen la publicación de información sobre los estándares de protección de derechos humanos contenidos en tratados internacionales, así como recomendaciones, informes o resoluciones emitidas por los organismos públicos del Estado u organismos

internacionales en esta materia y las acciones que han llevado a cabo para su implementación²⁷.

En particular, la información relacionada con violaciones graves de los derechos humanos o de delitos contra la humanidad está sujeta a una alta presunción de divulgación, y en ningún caso podrá negarse su entrega o divulgación invocando razones de seguridad nacional²⁸. Se pretende con esto promover la rendición de cuentas por estas violaciones, ofrecer a las víctimas mayores oportunidades de acceder a una reparación efectiva, y evitar el uso caprichoso de la reserva de información. En estos casos, la autoridad competente para calificar dichos actos como violatorios de los derechos humanos será el Órgano Garante, a petición de los sujetos obligados o de cualquier persona, en la inteligencia de que dicha calificación solamente es válida para efectos de divulgación de la información.

Consciente del contexto histórico de nuestra región, la Ley Modelo 2.0 reconoce que existe un interés público preponderante en cuanto a la divulgación a la sociedad en su conjunto de la información sobre violaciones de los derechos humanos cometidas bajo regímenes anteriores. En ese sentido, establece que, en los Estados sometidos

a procesos de justicia transicional, en los que se garanticen la verdad, justicia, y reparación y existan garantías de no repetición, se debe proteger y preservar la integridad de todos los documentos que contengan dicha información y publicarlos inmediatamente²⁹.

En cuanto a la protección de las personas en situación de vulnerabilidad, los sujetos obligados deben también difundir proactivamente información relevante y necesaria sobre los programas sociales que destinen a atender las necesidades de grupos específicos de la sociedad como los menores de edad, los adultos mayores, el colectivo afrodescendiente, el colectivo LGBTI+, los miembros de las comunidades indígenas y las personas con discapacidad. Igualmente, los sujetos obligados deberán presentar informes anuales al Órgano Garante los cuales deben incluir cualquier información relacionada estos grupos, con el fin de evaluar la implementación de la ley de la materia³⁰.

En este sentido, es importante distinguir que lo que se pretende evaluar específicamente es la cantidad y calidad de información que el sujeto obligado ha divulgado sobre actividades y programas destinados a dar atención a los grupos anteriormente señalados, no la efectividad ni el impacto de dichas

actividades, pues esto corresponde al propio sujeto obligado y otras autoridades, según el ordenamiento interno de cada Estado miembro.

En el régimen de excepciones de la Ley Modelo 2.0 existen también disposiciones diseñadas para proteger los derechos de las personas en lo individual. Los sujetos obligados pueden negar el acceso a la información pública cuando consideren que su divulgación pudiese dañar intereses privados como el derecho a la privacidad, el derecho al honor y a la propia imagen, entre otros. Esta información generalmente se considera confidencial y como ya se explicó, puede estar exenta de divulgación.

Al invocar la confidencialidad para negar una solicitud de información, el sujeto obligado deberá aplicar la llamada prueba del interés público. Este ejercicio de ponderación tiene como propósito que la decisión del sujeto obligado represente un beneficio mayor para la población que el perjuicio que la apertura y divulgación de la información causarían a un interés privado³¹.

La prueba de interés público requiere que el derecho adoptado como preferente sea el adecuado para el logro de un fin constitucionalmente válido y

“Cuando las mujeres pueden acceder a la información, pueden utilizarla para cambiar su situación y las estructuras que las rodean, además de proteger otros derechos fundamentales. Esto conduce a sociedades más igualitarias que garantizan mejor los derechos humanos, y hace que las instituciones sean más responsables en todos los niveles. El acceso a la información tiene entonces la capacidad de convertirse en una suerte de ecualizador social.”

que no exista un medio alternativo menos lesivo que la divulgación de la información. No obstante, la autoridad puede determinar la entrega parcial de la información, o recurrir al método de tachas, entre otras opciones.

Asimismo, cuando se solicite a las autoridades públicas información que se refiera a terceras personas, dichos terceros tienen derecho a ser informados de la existencia de la solicitud³² de información y contarán con un plazo razonable para manifestar lo que a su

derecho corresponda ante el sujeto obligado que recibió la solicitud. Si bien estas manifestaciones de terceros no necesariamente son vinculantes para el sujeto obligado, constituyen de menos una garantía de audiencia que puede tener efectos jurídicos en la medida en la que influyen sobre la conducta del sujeto obligado respecto de la entrega de esa información, o incluso dar lugar a acciones administrativas o judiciales en su contra si el tercero perjudicado invoca la acción de los tribunales para detener la entrega de información o tomar medidas en contra del sujeto obligado por haberla divulgado, por ejemplo.

VI. Acciones ante la no entrega de la información

Cuando el sujeto obligado incumpla con sus obligaciones de responder a una solicitud de información pública de manera oportuna, niegue la información sin causa prevista en el estricto régimen de excepciones previsto por la Ley Modelo 2.0, o incumpla cualquier otra disposición relacionada con la gestión de solicitudes de información, la persona solicitante tiene distintas opciones para hacer valer sus derechos.

En primer lugar, puede recurrir a la máxima autoridad del sujeto obligado en cuestión (apelación interna). El sujeto obligado debe hacer del conocimiento público la existencia y funcionamiento del procedimiento correspondiente³³.

En segundo lugar, la Ley Modelo 2.0 establece que se puede acudir al Órgano Garante (apelación externa) para pedirle que tome las medidas correspondientes³⁴. La apelación externa puede realizarse de manera alternativa o sucesiva a la apelación interna. La idea es que la persona solicitante pueda recurrir a procesos sencillos, ágiles y de bajo costo para ejercer sus derechos. No obstante, en algunos Estados miembros, el Órgano Garante tiene atribuciones muy limitadas, por lo que es necesario realizar la apelación externa ante la autoridad judicial.

Finalmente, cuando un sujeto obligado no cumpla con sus obligaciones de transparencia activa, cualquier persona puede acudir ante el Órgano Garante para denunciar el hecho y que éste ejerza sus facultades de monitoreo y en su caso, sanción³⁵.

VII. Conclusiones

La Ley Modelo 2.0 es el resultado de la suma de esfuerzos tanto de la OEA (a través de la Asamblea General, Secretaría General, Comisión Interamericana de Mujeres, Comité Jurídico Interamericano, entre otros), los órganos garantes de la región, representantes de la sociedad civil, académicos, redes y agencias de cooperación internacional que participaron en los procesos de consulta, aportando sus experiencias, conocimientos, creatividad, recursos y sugerencias para lograr dar un salto cualitativo en la región.

“Al invocar la confidencialidad para negar una solicitud de información, el sujeto obligado deberá aplicar la llamada prueba del interés público. Este ejercicio de ponderación tiene como propósito que la decisión del sujeto obligado represente un beneficio mayor para la población que el perjuicio que la apertura y divulgación de la información causarían a un interés privado.”

Teniendo presente que, cuando las mujeres y los grupos en situación de vulnerabilidad tienen la posibilidad de acceder a la información pública, cuentan con una valiosa herramienta para cambiar su situación y su entorno, este esfuerzo se centró en encaminar el desarrollo del derecho de acceso a la información pública hacia un efecto equalizador que permita empoderar a todos los miembros de la sociedad, con el fin de fomentar sociedades más justas, inclusivas e igualitarias, con instituciones públicas responsables y transparentes, capaces de garantizar los derechos humanos.

No obstante el valor intrínseco de la Ley Modelo 2.0 como referente y estándar en la región, y como instrumento jurídico de avanzada a nivel mundial, hay algunos temas que quedan pendientes y que cada Estado deberá abordar como mejor considere.

Uno de estos temas es el referente a la canalización y desagregación de información a la cual nos hemos referido anteriormente. Los sujetos obligados difunden proactivamente información que *asumen* que interesa a ciertos grupos³⁶. Pero para realmente *saber* qué información es la que las personas que pertenecen a esos grupos consultan o solicitan, los sujetos

obligados necesitan obtener a su vez cierta información de la persona solicitante, por ejemplo, género, edad, etnia, orientación sexual. Esto es la única forma en la que pueden desagregar la información conforme a las obligaciones de transparencia activa que hemos explicado anteriormente, por ejemplo, la obligación de identificar cuántas solicitudes son presentadas por mujeres, o qué temas son los que más consultan los adultos mayores. Dicho de otra forma, *si no sé que X está solicitando determinada información, ¿cómo voy a saber qué tipo de información le interesa a X?*

Como hemos señalado, la Ley Modelo 2.0 establece que la persona solicitante no tiene que proporcionar ninguna información sobre sí misma. ¿Cómo conciliar esto con un interés legítimo de los sujetos obligados de recolectar la información que necesitan para poder desagregar información y conocer las necesidades de acceso a la información sin basarse solo en supuestos?

A fin de recolectar dicha información, los sujetos obligados pueden hacer uso de formatos de solicitudes de información con rubros mínimos a ser completados por las personas solicitantes. No obstante, la omisión del requisito de completar dichos

formatos no puede ser una precondition para el procesamiento de la solicitud. Teniendo en cuenta el derecho a la anonimidad, sería perfectamente posible que una persona solicite información pública y proporcione con veracidad datos estadísticos generales como su edad, género, y pertenencia a algún grupo en situación de vulnerabilidad, sin usar nunca su nombre verdadero ni proporcionar ninguna otra información que permita que se le identifique.

Una práctica como la anteriormente descrita podría generar un círculo virtuoso que permita por un lado que las personas obtengan información que les sirve e interesa, manteniendo su anonimidad en todo momento; y por otro lado que el sujeto obligado cuente con información estadística que le permita difundir proactivamente la información que interesa de manera especial a ciertos grupos sociales con un nivel de especificidad cada vez mayor, además de darle mejores herramientas para el monitoreo de los resultados de sus respectivos programas de inclusión y difusión.

En la opinión de este autor, el éxito de este círculo virtuoso depende principalmente de tres factores: i) que las personas solicitantes tengan

suficiente confianza en que el sujeto obligado no utilizará esa información estadística para tratar de identificarles ni intentará tomar ninguna represalia; ii) que las personas solicitantes confíen en que el sujeto obligado tiene la intención y la capacidad de procesar esa información estadística y traducirla en resultados que beneficien al grupo o grupos sociales a los que la persona crea pertenecer, y iii) que el sujeto obligado efectivamente haga buen uso de esa información y tenga la intención y los recursos para traducirla en las acciones que la Ley Modelo 2.0 establece y que hemos explicado anteriormente (informes desagregados, programas sociales, etc).

Lo anterior ilustra cómo la sociedad y en particular quienes consultan o solicitan información tienen un rol importante que jugar en el desarrollo de la transparencia activa y en general, de la conducta de los sujetos obligados en lo referente a la incorporación de una perspectiva de género y de inclusión social.

Otra tarea para los Estados miembros es que su marco normativo en materia de acceso a la información pública sea un reflejo del entorno tecnológico, cultural y socioeconómico para que la transparencia activa sea realmente

“En la opinión de este autor, el éxito de este círculo virtuoso depende principalmente de tres factores: i) que las personas solicitantes tengan suficiente confianza en que el sujeto obligado no utilizará esa información estadística para tratar de identificarles ni intentará tomar ninguna represalia; ii) que las personas solicitantes confíen en que el sujeto obligado tiene la intención y la capacidad de procesar esa información estadística y traducirla en resultados que beneficien al grupo o grupos sociales a los que la persona crea pertenecer, y iii) que el sujeto obligado efectivamente haga buen uso de esa información y tenga la intención y los recursos para traducirla en las acciones que la Ley Modelo 2.0 establece y que hemos explicado anteriormente (informes desagregados, programas sociales, etc).”

efectiva. En ese sentido, se deben tomar en cuenta, por ejemplo, la necesidad de divulgar cierta información en idiomas distintos (en beneficio de los pueblos indígenas y los migrantes), y de ofrecer alternativas de accesibilidad para personas invidentes o que tengan capacidad auditiva reducida. En lugares con altos niveles de analfabetismo, conviene ofrecer opciones como la posibilidad de solicitar información verbalmente de manera presencial y obtener un recibo para el seguimiento del trámite.

Finalmente, no debemos perder de vista a los jóvenes. Con independencia de que puedan o no identificarse como miembros de algún grupo en situación de vulnerabilidad, es esencial que se fomente una cultura del conocimiento del derecho inclusivo de acceso a la información pública entre la juventud, ya que en ella se encuentran tanto los futuros solicitantes de información como los futuros funcionarios públicos que generarán, controlarán y custodiarán la información que nos pertenece a todos.

- ¹. Las opiniones y puntos de vista contenidos en este trabajo son expresadas a título personal, bajo responsabilidad del autor y no necesariamente representan la postura oficial de la Organización de los Estados Americanos.
- ². Asamblea General de la ONU. (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos (217 [III] A). París, artículo 19.
- ³. Organización de los Estados Americanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", 22 de noviembre de 1969, artículo 13.
- ⁴. Corte IDH. Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151.
- ⁵. ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C. El acceso a la información como derecho. Anuario de Derecho a la Comunicación. Buenos Aires: Siglo XXI, 2000.
- ⁶. CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA El Derecho de Acceso a la Información Pública como Derecho Llave para el Acceso a otros derechos fundamentales Experiencias levantadas a partir de reclamos ante el Consejo para la Transparencia. Ediciones Consejo para la Transparencia, Santiago Chile, Septiembre 2018, páginas 12 a 18.
- ⁷. Ibid.
- ⁸. FOREST, MAXIME, Derecho de acceso a la información e igualdad de género: Una reflexión desde Europa. Herramientas Eurosocial N° 13/2019. Madrid, julio de 2018.
- ⁹. Véanse: Organización de los Estados Americanos. Asamblea General OEA/Ser.P AG/RES. 1932 (XXXIII-O/03), ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA: FORTALECIMIENTO DE LA DEMOCRACIA, 10 de junio de 2003; Organización de los Estados Americanos. Asamblea General OEA/Ser.P AG/RES. 2057 (XXXIV-O/04) ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA: FORTALECIMIENTO DE LA DEMOCRACIA 8 de junio de 2004; Organización de los Estados Americanos. Asamblea General OEA/Ser.P AG/RES. 2121 (XXXV-O/05) ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA: FORTALECIMIENTO DE LA DEMOCRACIA, 7 de junio de 2005; Organización de los Estados Americanos. Asamblea General OEA/Ser.P AG/RES. 2252 (XXXVI-O/06) ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA: FORTALECIMIENTO DE LA DEMOCRACIA, 6 de junio de 2006; Organización de los Estados Americanos. Asamblea General OEA/Ser.P AG/RES. 2288 (XXXVII-O/07) ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA: FORTALECIMIENTO DE LA DEMOCRACIA, 5 de junio de 2007; Organización de los Estados Americanos. Asamblea General OEA/Ser.P AG/RES. 2418 (XXXVIII-O/08) ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA: FORTALECIMIENTO DE LA DEMOCRACIA, 3 de junio de 2008; Organización de los Estados Americanos. Asamblea General OEA/Ser.P AG/RES. 2514 (XXXIX-O/09) ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA: FORTALECIMIENTO DE LA DEMOCRACIA, 4 de junio de 2009; Organización de los Estados Americanos. Asamblea General OEA/Ser.P AG/RES. 2661 (XLI-O/11) ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES, 7 de junio de 2011;

Organización de los Estados Americanos. Asamblea General OEA/Ser.P AG/RES. 2727 (XLII-O/12) ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES, 4 de junio de 2012; Organización de los Estados Americanos. Asamblea General OEA/Ser.P AG/RES. 2811 (XLIII-O/13) ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES, 6 de junio de 2013; Organización de los Estados Americanos. Asamblea General OEA/Ser.P AG/RES. 2842 (XLIV-O/14) ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES, 4 de junio de 2014; Organización de los Estados Americanos. Asamblea General OEA/Ser.P AG/RES. 2885 (XLVI-O/16) PROGRAMA INTERAMERICANO SOBRE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA, 14 de junio de 2016; Organización de los Estados Americanos. Asamblea General OEA/Ser.P AG/RES. 2905 (XLVII-O/17) DERECHO INTERNACIONAL, 21 de junio de 2017; Organización de los Estados Americanos. Asamblea General OEA/Ser.P AG/RES. 2927 (XLVIII-O/18), FORTALECIMIENTO DE LA DEMOCRACIA, 5 de junio de 2018, sección I, párrafo iv; Organización de los Estados Americanos. Asamblea General OEA/Ser.P AG/RES. 2931 (XLIX-O/19) FORTALECIMIENTO DE LA DEMOCRACIA, 27 de junio de 2019, sección I, párrafo xii; y Organización de los Estados Americanos. Asamblea General OEA/Ser.P AG/RES. 2958 (L-O/20) FORTALECIMIENTO DE LA DEMOCRACIA, 21 de octubre de 2020. Sección I párrafo xi.

¹⁰ Organización de los Estados Americanos. Asamblea General. Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública [OEA/Ser.P AG/RES. 2607 (XL-O/10)].

¹¹ Organización de los Estados Americanos. Asamblea General OEA/Ser.P AG/RES. 2927 (XLVIII-O/18), FORTALECIMIENTO DE LA DEMOCRACIA, 5 de junio de 2018, sección I, párrafo iv.

¹² Organización de los Estados Americanos. Asamblea General OEA/Ser.P AG/RES. 2958 (L-O/20) FORTALECIMIENTO DE LA DEMOCRACIA, 21 de octubre de 2020. Sección I párrafo xi.

¹³ Son también sujetos obligados los órganos, organismos o entidades independientes o autónomos de propiedad del gobierno o controlados por el mismo, y los fondos públicos, así como a cualquier persona física o moral que reciba y ejerza recursos o beneficios públicos o realice actos de autoridad en el ámbito nacional o federal.

¹⁴ Organización de los Estados Americanos. Asamblea General. Ley Modelo Interamericana 2.0 sobre Acceso a la Información Pública [OEA/Ser.P AG/RES.2958 (L-O/20)], artículos 5 y 6.

¹⁵ Ibid, artículo 63.

¹⁶ Ibid, artículo 7, párrafo 1.

¹⁷ Ibid, artículo 10.

¹⁸ Véase por ejemplo el artículo 52 de la Ley General de Transparencia y Acceso a la

Información Pública (México) publicado en el Diario Oficial de la Federación el 4 de mayo de 2015.

¹⁹. ARTÍCULO 19. Enfrentar la Desigualdad de Género Mediante el Acceso a la Información. Londres, 2019.

²⁰. Organización de los Estados Americanos. Asamblea General. Ley Modelo Interamericana 2.0 sobre Acceso a la Información Pública [OEA/Ser.P AG/RES.2958 (L-O/20)], artículo 6 B.

²¹. Ibid, artículo 6 C, D.

²². Ibid, artículo 6 E.

²³. Ibid, artículo 57 párrafo 2.

²⁴. Ibid, artículo 65 j.

²⁵. Ibid, artículo 66 e.

²⁶. Ibid, artículo 3.

²⁷. Ibid, artículo 6 E.

²⁸. Ibid, artículo 27.

²⁹. Ibid, artículo 27, párrafo 5.

³⁰. Ibid, artículo 65.

³¹. Ibid, artículo 36.

³². Ibid, artículo 15.

³³. Ibid, artículos 48 y 50.

³⁴. Ibid, artículo 51.

³⁵. Ibid, artículo 63.

³⁶. BERLINER, Daniel; BAGOZZI, Benjamin; PALMER-RUBIN Brian, What Information Do Citizens Want? Evidence From One Million Information Requests in Mexico. World Development Volume 109, September 2018, Pages 222-235.

Sobre el autor

Jaime Moreno-Valle

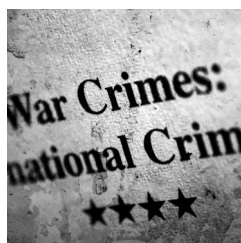


Jaime Moreno-Valle, es Oficial Jurídico Principal del Departamento de Derecho Internacional de la OEA, en donde coordina el desarrollo de proyectos y actividades relacionadas principalmente con el derecho de acceso a la información pública, la protección de datos personales y los neuro derechos, además de brindar apoyo técnico al Comité Jurídico Interamericano y a los órganos políticos de la Organización. Ha coordinado varias publicaciones jurídicas e institucionales y dictado clases en distintos cursos a academias diplomáticas y en el Curso de Derecho Internacional del CJI-OEA, el cual también coordinó durante cinco años. Previamente se desempeñó en el Departamento de

Asuntos Internacionales de la OEA, enfocado en temas de vinculación institucional y relaciones con organismos internacionales. En el sector privado, se desempeñó como abogado en firmas internacionales como Arthur Andersen y Baker & McKenzie, en donde asesoró a clientes multinacionales en temas de derecho corporativo, contratos mercantiles y telecomunicaciones. Es abogado (Universidad Iberoamericana, Ciudad de México), y obtuvo su maestría en derecho (Universidad de Georgetown, Washington, D.C), miembro de la Barra de Abogados de Nueva York (2007) y la Barra de Abogados del Distrito de Columbia (2018).

Sumario

- I.** *Introducción;*
- II.** *Breve introducción al derecho internacional humanitario y a sus medios de aplicación;*
- III.** *Las medidas nacionales de implementación del DIH;*
- IV.** *El Servicio de Asesoramiento en DIH del CICR;*
- V.** *La relación del CICR y la Organización de Estados Americanos (OEA) y la promoción del DIH;*
- VI.** *A modo de colofón*



La adopción de medidas nacionales de implementación del DIH en los países de América y el Caribe y la contribución del CICR¹

**Gabriel Pablo
Valladares**

I. Introducción

La adhesión a los tratados internacionales de Derecho Internacional Humanitario (en adelante DIH) por parte de los Estados, es apenas un primer paso para que las normas que están en potencia en dichos textos puedan ser puestas en acto cuando estallan los conflictos armados.

Para que el DIH sea conocido y respetado, es necesario tomar medidas concretas para su implementación a nivel nacional. La mayoría de esas medidas deben ser tomadas en tiempo de paz, a fin de crear un marco jurídico que garantice que las autoridades nacionales, las organizaciones internacionales, las fuerzas armadas y otros portadores de armas, comprendan y respeten las normas, que se tomen las medidas prácticas pertinentes y además que se prevengan y se sancionen las violaciones del DIH. Esas medidas son imprescindibles para

garantizar que se respete el derecho y, con ello, se logre aliviar los sufrimientos que generan invariablemente los conflictos armados en todo el mundo.

Estas medidas proporcionan herramientas sin las cuales los Estados no pueden cumplir con las obligaciones que les incumben con base en el DIH. Su adopción implica un acercamiento estratégico y una acción concertada e integrada, que a menudo tiene que ser, además, permanente.

El Comité Internacional de la Cruz Roja (en adelante CICR) siempre ha tenido un reconocido papel en el desarrollo y la promoción del DIH. Consciente de los retos que conlleva su pleno respeto, el CICR creó en 1996 un Servicio de Asesoramiento en DIH a fin de fortalecer su capacidad de prestar servicios a los Estados en esa materia. En virtud de ello, se comentan algunos aspectos de la

“La resolución se basa en el reconocimiento generalizado de que, para proteger a las personas afectadas por los conflictos armados, es necesario un mayor respeto del derecho internacional humanitario (DIH), y que la implementación y desarrollo nacional del DIH es una medida fundamental para alcanzar este objetivo.”

acción del CICR para colaborar con las autoridades gubernamentales en el cumplimiento de las obligaciones convencionales del DIH a las que se han comprometido cuando ratificaron o adhirieron a los tratados pertinentes en la materia.

En diciembre de 2019, la XXXIII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja aprobó la resolución 1 (33IC/19/R1) “Acercar el DIH: hoja de ruta para una mejor implementación del derecho internacional humanitario a nivel nacional”². La resolución se basa en el reconocimiento generalizado de que, para proteger a las personas afectadas

por los conflictos armados, es necesario un mayor respeto del derecho internacional humanitario (DIH), y que la implementación y desarrollo nacional del DIH es una medida fundamental para alcanzar este objetivo.

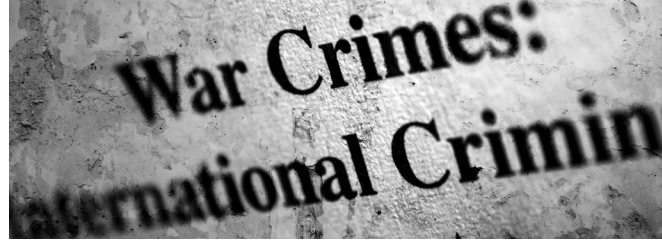
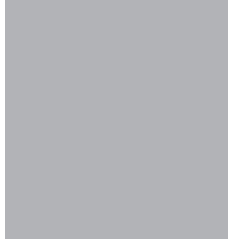
En este trabajo se hace referencia a varias medidas nacionales para implementar el DIH, usando como ejemplos, aunque no exhaustivos, aquellas medidas que han sido adoptadas en los países de América y el Caribe. Varias de estas medidas se han inspirado en las acciones sugeridas por la resolución 1 recientemente mencionada.

II. Breve introducción al derecho internacional humanitario y a sus medios de aplicación

Tal como enseña el profesor colombiano Alejandro Valencia Villa, *“el DIH parte de la triste realidad de que los conflictos armados existen. El DIH pretende civilizar o mitigar de alguna manera los efectos de las confrontaciones armadas por intermedio de una ética en el combate y de esta manera reducir los costes que produce”*³.

**Gabriel Pablo
Valladares**

La adopción de medidas nacionales de implementación del DIH en los países de América y el Caribe y la contribución del CICR



El profesor de origen polaco Christophe Swinarki, sostenía que, *“desde los orígenes del derecho internacional, los Estados vislumbraban que sería necesario que toda acción bélica fuera sometida a un régimen de derecho a fin de hacerla compatible con los principios fundamentales de la convivencia internacional, como así también, para que se mantuviera dentro de límites razonables y evitar que los conflictos armados tuvieran el aspecto de total barbarie”*⁴.

En ese orden de ideas, puede comprobarse que la Comunidad Internacional se ha dotado de normas para controlar el recurso al uso de la fuerza en sus relaciones internacionales, pero también ha desarrollado un cuerpo normativo para dar protección a las personas afectadas por los conflictos armados y que permita limitar ciertos métodos y medios de combate, en base a cuestiones de estricta índole humanitaria.

Conforme el CICR, el DIH son las normas internacionales, de origen convencional o consuetudinario, especialmente destinadas a solucionar los problemas de índole humanitaria que se derivan directamente de los conflictos armados, internacionales o no, y limitan, por razones humanitarias, el derecho de las partes en conflicto a utilizar los métodos y medios de hacer la guerra de su elección o que protegen a las personas y los

“...el DIH parte de la triste realidad de que los conflictos armados existen. El DIH pretende civilizar o mitigar de alguna manera los efectos de las confrontaciones armadas por intermedio de una ética en el combate y de esta manera reducir los costes que produce.”

“el DIH comprende las normas y principios del derecho internacional que establecen reglas mínimas de humanidad que deben ser respetadas en cualquier situación de conflicto armado, pudiéndose concluir que tiene dos propósitos bien definidos: proteger a las personas afectadas por los conflictos armados de carácter internacional o no internacional y regular las hostilidades basadas en un equilibrio entre la necesidad militar y las consideraciones de humanidad.”

bienes afectados o que pueden verse afectados por el conflicto.

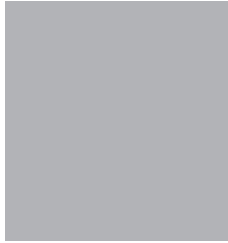
En pocas palabras, el DIH comprende las normas y principios del derecho internacional que establecen reglas mínimas de humanidad que deben ser respetadas en cualquier situación de conflicto armado, pudiéndose concluir que tiene dos propósitos bien definidos: proteger a las personas

afectadas por los conflictos armados de carácter internacional o no internacional y regular las hostilidades basadas en un equilibrio entre la necesidad militar y las consideraciones de humanidad.

Así, este derecho, entre otras disposiciones, va a proteger a quienes no participan en un conflicto armado, como la población civil, el personal sanitario o los trabajadores humanitarios; a los que ya no pueden luchar, como los soldados heridos o los prisioneros; prohíbe los ataques contra la población civil y los considera crímenes de guerra; reconoce el derecho de la población civil a obtener protección contra los peligros de los conflictos armados y a recibir la ayuda necesaria; obliga a que se tomen todas las medidas posibles para evitar cualquier daño a la población, sus casas o sus medios de subsistencia, como fuentes de agua, cultivos o ganado; establece que los enfermos y los heridos tienen derecho a recibir ayuda, independientemente del bando al que pertenezcan; especifica que los trabajadores sanitarios, sus vehículos y los hospitales dedicados a tratamiento humanitario no deben ser atacados; prohíbe la tortura y el trato humillante o denigrante a prisioneros; especifica que los detenidos deben recibir alimento y agua, y también se les debe

**Gabriel Pablo
Valladares**

La adopción de medidas nacionales de implementación del DIH en los países de América y el Caribe y la contribución del CICR



permitir comunicarse con sus seres queridos; limita el empleo de armas y tácticas durante los conflictos armados, a fin de evitar sufrimiento innecesario y prohíbe expresamente la violación u otras formas de violencia sexual en el contexto de un conflicto armado.

La codificación de este derecho en el ámbito universal comenzó en el siglo XIX. Es conocido, que el DIH contemporáneo nació tras las tareas de salvamento y socorro imparciales emprendidas por Henry Dunant en favor de los soldados heridos en el campo de batalla de Solferino, norte de Italia, en junio de 1859 y en las propuestas que posteriormente consignó en su obra “Recuerdos de Solferino”⁵. A la iniciativa de Dunant se debe el Movimiento Internacional de la Cruz Roja y la Medialuna Roja⁶ y la aprobación del primer *Convenio de Ginebra para el Mejoramiento de la Suerte de los Militares Heridos de los Ejércitos en Campaña*, firmado en 1864.

Si bien el DIH contemporáneo nace en el siglo XIX, ciertos elementos considerados como la base del pensamiento humanitario, que además han sido útiles para el desarrollo de las normas internacionales destinadas a ser aplicadas en conflictos armados, se habían gestado antes, inclusive desde la prehistoria y han dado cuerpo, a través de los usos y costumbre acuñados en los campos de batalla, en períodos sucesivos de la historia.

Los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, que han sido desarrollados y completados por otros tres acuerdos, los Protocolos adicionales I y II adoptados en 1977, relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados y el Protocolo adicional III, adoptado en 2005, relativo a la adopción de un emblema distintivo adicional, contienen la mayor parte de las normas del DIH. Sin embargo, las normas del DIH no se agotan con los instrumentos

internacionales mencionados precedentemente, existen otros tratados de DIH que complementan esos instrumentos fundamentales. Algunos de esos tratados prohíben o limitan el empleo de determinados medios y métodos de guerra; otros protegen a determinadas categorías de personas y de bienes.

La mayor parte de la doctrina coincide en que existen tres medios para la aplicación del DIH: los que son de carácter preventivo; los de control y los que sirven para reprimir penalmente a las personas sospechadas de cometer u dar órdenes de cometer cualquiera violación del citado derecho.

El objeto de los medios preventivos es hacer cumplir a los Estados la obligación contraída al ratificar los tratados internacionales de DIH, es decir, respetar y hacer respetar esta rama del derecho internacional público. En prieta síntesis:

- La difusión y la integración del DIH en los planes de estudios, la educación, la doctrina militar y los mecanismos de control o sanción.
- Traducir los tratados de DIH en el idioma nacional o, en caso de ser necesario, a las lenguas vernáculas.

- Transformar el DIH en derecho interno cuando sea necesario y adoptar disposiciones legislativas y reglamentarias para garantizar su cumplimiento.
- Capacitar personal para facilitar la implementación del DIH y nombrar asesores jurídicos en las fuerzas armadas.
- Garantizar el respeto de los emblemas de la Cruz Roja, la Media Luna Roja y el Cristal Rojo.

Los medios de control son los que están previstos para toda la duración de los conflictos con el objeto de velar por la observancia del DIH. Algunos de ellos se mencionan a continuación:

- Potencias protectoras o sus sustitutos: las Potencias protectoras son Estados neutrales designados para salvaguardar los intereses de las partes en conflicto, y sus súbditos, en países enemigos. El papel de la Potencia protectora es realizar acciones de socorro y protección en favor de las víctimas y vigilar que se respete el DIH, por ejemplo, mediante visitas a prisioneros de guerra o internados civiles. Una organización internacional que ofrezca todas

las garantías de imparcialidad y eficacia puede actuar como sustituto de la Potencia protectora.

- Procedimiento de investigación: se debe iniciar una investigación de presuntas violaciones del DIH si así lo solicita una parte en conflicto y si las partes correspondientes se ponen de acuerdo sobre los procedimientos que han de seguirse.
- Comisión Internacional Humanitaria de Encuesta: esta comisión, establecida en virtud del artículo 90 del Protocolo adicional I, puede investigar presuntas violaciones graves y otras infracciones de los Convenios de Ginebra y del Protocolo adicional I y facilitar, mediante sus buenos oficios, el restablecimiento del respeto de los Convenios de Ginebra. Si bien su competencia formal se extiende solo a situaciones de conflicto armado internacional, la Comisión ha expresado su disposición a realizar investigaciones en relación con conflictos armados sin carácter internacional, si las partes dan su consentimiento.
- Cooperación con las Naciones Unidas: en caso de violaciones graves del DIH, los Estados Parte en los Convenios de Ginebra y sus

“La mayor parte de la doctrina coincide en que existen tres medios para la aplicación del DIH: los que son de carácter preventivo; los de control y los que sirven para reprimir penalmente a las personas sospechadas de cometer u dar órdenes de cometer cualquiera violación del citado derecho.”

Protocolos adicionales deben actuar en cooperación con las Naciones Unidas y de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.

- CICR: es un componente clave del proceso de vigilancia del respeto del DIH en virtud del cometido que le fue encomendado en los Convenios de Ginebra, sus Protocolos adicionales y los Estatutos del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja.

Las medidas para la represión penal de las violaciones del DIH, que abordaremos más adelante detalladamente, se basan en las obligaciones de las partes en conflicto de prevenir y poner término a todas las violaciones.

En síntesis, esas obligaciones son:

- La obligación de los Estados de reprimir, a través de procesos a nivel nacional, las violaciones que se consideran crímenes de guerra.
- La obligación de los mandos militares de iniciar acciones disciplinarias o legales contra los autores de violaciones de los Convenios de Ginebra y sus Protocolos adicionales.
- La obligación de los Estados de garantizar que los superiores que no tomaron todas las medidas factibles y a su alcance para prevenir o reprimir infracciones del DIH respondan ante la Justicia por su eventual responsabilidad penal y/o disciplinaria.
- La obligación de los Estados de brindarse asistencia mutua en relación con asuntos penales. Estas medidas son una importante herramienta para disuadir de cometer violaciones del DIH. La causa principal de sufrimiento en los conflictos armados es la incapacidad de respetar el derecho en vigor, así sea por falta de medios o de voluntad política, y no la deficiencia o la ausencia de normas.

III. Las medidas nacionales de implementación del DIH

La obligación de implementar el DIH a nivel nacional incumbe principalmente a los Estados. El CICR entiende que los términos “implementación a nivel nacional” abarcan todas las medidas que se deben adoptar a fin de que las normas del DIH sean respetadas cabalmente.

La implementación del DIH abarca todas las medidas que se han de tomar para garantizar el pleno respeto de sus normas. Así pues, no sólo es preciso aplicar dichas normas una vez iniciado el combate, sino que hay que adoptar algunas medidas, tanto en tiempo de paz y también en tiempo de guerra, para garantizar que: todas las personas, tanto civiles como militares, conozcan las normas del DIH; existan las necesarias estructuras, las disposiciones administrativas y el personal para poder aplicar el DIH; se prevengan las violaciones del DIH y cuando proceda, se sancionen a quienes violan estas normas o quienes dan ordenes de cometer infracciones graves. Dichas medidas son esenciales para garantizar la eficaz aplicación de este derecho.

La responsabilidad de los Estados en esta materia está establecida

particularmente en el artículo 1 común a los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, que dispone que los Estados deben respetar y hacer respetar los Convenios en todas las circunstancias.

Para que los tratados de DIH puedan ser aplicados por las partes involucradas en los conflictos armados, es preciso adoptar medidas para poner en práctica sus disposiciones. Aunque sea posible aplicar buena parte de los tratados directamente, es imprescindible que sus normas sean no solo conocidas, sino también incorporadas cuanto antes en el derecho interno, lo cual no siempre sucede. Además, es menester mencionar que son varias las normas que necesitan algún tipo de acción complementaria por parte de los Estados para que el derecho sea efectivamente respetado en un conflicto armado. Las comisiones nacionales de aplicación del DIH, que abordaremos más adelante, son herramientas especialmente útiles para elaborar y orientar esta acción complementaria.

Las medidas que los Estados se comprometieron a adoptar son de naturaleza diversa, abarcan tanto ajustes legislativos y reglamentarios como medidas de índole administrativa,

práctica y educativas. A continuación, se exploran algunas de esas medidas.

III.a- Ser parte en los tratados de DIH

En primer lugar, es importante que los Estados ratifiquen los tratados de DIH. Esos convenios, que regulan la conducción de las hostilidades y están destinados a proteger a las personas que no

“...ser parte en los tratados implica comprometerse jurídicamente a largo plazo y afirmar al mismo tiempo su voluntad con respecto a la Comunidad Internacional. La ratificación o adhesión a un tratado de DIH, según sea el caso, lo que hace es transmitir un claro mensaje de que el Estado está dispuesto a obligarse por normas destinadas a reducir lo máximo posible el sufrimiento que, lamentablemente, es inherente a toda situación de conflicto armado..”

participan o que han dejado de participar en las hostilidades, constituyen la base jurídica esencial para salvaguardar la vida y la dignidad de las personas afectadas por los conflictos armados.

Para afirmar la voluntad de respetar el DIH, ser parte en los tratados implica comprometerse jurídicamente a largo plazo y afirmar al mismo tiempo su voluntad con respecto a la Comunidad Internacional. La ratificación o adhesión a un tratado de DIH, según sea el caso, lo que hace es transmitir un claro mensaje de que el Estado está dispuesto a obligarse por normas destinadas a reducir lo máximo posible el sufrimiento que, lamentablemente, es inherente a toda situación de conflicto armado. Inclusive, cuando un Estado pasa a ser parte en un tratado de DIH, se refuerza la imagen de ese tratado ante las instancias decisorias y la opinión pública.

Para resumir, es importante que los Estados ratifiquen los tratados de DIH porque son el resultado de un consenso internacional sobre la necesidad de limitar los efectos de los conflictos armados. La ratificación universal de los tratados de DIH, como los Convenios de Ginebra de 1949, permitiría un mayor grado de previsión y protección de las personas afectadas por los conflictos armados,

dado que las mismas normas se aplicarían a todas las partes.

La resolución 1 de la XXXIII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja expresa *“la esperanza de que otros tratados de DIH pertinentes alcancen también aceptación universal”* y *“alienta a todos los Estados que todavía no lo hayan hecho a que consideren la ratificación o la adhesión a los tratados de DIH en los que aún no son parte”* (OP4).

Cada vez más Estados reconocen las obligaciones dimanantes de los tratados de DIH; por esa vía contribuyen a consolidar el marco internacional de derechos fundamentales y ayudan a proteger a las personas más vulnerables en tiempo de conflicto armado.

Los países de las Américas y el Caribe suelen manifestar el consentimiento en obligarse por los tratados de DIH ante la Comunidad Internacional de forma bastante rápida, apuntándose en la región un importante número de ratificaciones y adhesiones de esos tratados, tanto sean de protección de personas o bienes o de limitación de métodos y medios de guerra⁷. Por ejemplo, puede comprobarse que en el trienio de 2018 a 2020, más de veinte países de Américas y Caribe

ratificaron el Tratado de Prohibición de las Armas Nucleares (TPAN) adoptado el 7 de Julio de 2017⁸, lo que representaba el 42% de las ratificaciones necesarias para que entrara en vigor.

III.b Dar a conocer el derecho internacional humanitario

En virtud de los tratados de DIH, los Estados tienen la obligación de tomar medidas para dar a conocer sus disposiciones.

Los Convenios de Ginebra de 1949, artículos común, 47 del Convenio I, 48 del Convenio II, 127 del Convenio III, y 144 del Convenio IV, disponen que los Estados *“se comprometen a difundir lo más ampliamente posible, tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra, el texto del presente Convenio en el país respectivo, y especialmente a incorporar su estudio en los programas de instrucción militar y, si es posible, civil, de modo que sus principios sean reconocidos por el conjunto de la población, especialmente por las fuerzas armadas combatientes”* (CG 47/48/127/144). A ello debe sumarse la prescripción del artículo 89 del Protocolo Adicional I de 1977 que establece que *“Las autoridades militares o civiles que, en*

“Para que las normas del DIH sean respetadas, es indispensable que las conozcan no sólo quienes deben aplicarlas más directamente, como es el caso de las fuerzas armadas, sino también toda la población. La difusión de dichas normas entre los funcionarios y los responsables gubernamentales, los miembros de los círculos académicos, la escuelas primarias y secundarias, los círculos médicos y los medios de comunicación es fundamental para propiciar una cultura del DIH y fomentar su respeto.”

tiempo de conflicto armado, asuman responsabilidades en cuanto a la aplicación de los Convenios y del presente Protocolo deberán estar plenamente al corriente de su texto”.

Para que las normas del DIH sean respetadas, es indispensable que las conozcan no sólo quienes deben

aplicarlas más directamente, como es el caso de las fuerzas armadas, sino también toda la población. La difusión de dichas normas entre los funcionarios y los responsables gubernamentales, los miembros de los círculos académicos, las escuelas primarias y secundarias, los círculos médicos y los medios de comunicación es fundamental para propiciar una cultura del DIH y fomentar su respeto.

La resolución 1 de la XXXIV Conferencia Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja se hace eco de la norma convencional y *“alienta firmemente a intensificar... las iniciativas de los Estados para difundir el DIH y promover el respeto de esta rama del derecho, mediante acciones de sensibilización de personas civiles y del personal militar”* (OP3). Asimismo, alienta la exploración de *“nuevos métodos, innovadores y adecuados, para promover el respeto por el DIH, entre otros, el uso de medios digitales y de otro tipo, como videojuegos y, cuando sea posible, consideren en ellos las voces de las personas afectadas por conflictos armados y su percepción del DIH”* (OP10). También, alienta a los actores involucrados en la difusión a prestar *“particular atención a quienes deben implementar o aplicar el DIH, como personal militar, funcionarios públicos, parlamentarios,*

fiscales y jueces, y, al mismo tiempo, a continuar difundiendo el DIH a nivel interno lo más ampliamente posible al público en general, incluidos los jóvenes” (OP8).

A lo largo del trienio 2020-2022, el mundo padeció la pandemia internacional del COVID-19. Aún en ese momento de extrema dificultad para la Comunidad Internacional, los Estados de América y el Caribe continuaron con su compromiso de difundir el DIH. En ese periodo, el CICR cooperó activamente con las unidades académicas del continente impulsando la integración del DIH en los programas de enseñanza⁹.

Con el objetivo de enriquecer el debate público y cultivar el apoyo a la promoción y difusión del DIH y también a las actividades del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja, estudiantes universitarios de Argentina, Brasil, Colombia y México participaron de varias competencias internacionales de DIH, como el concurso Jean Pictet. A su vez la región fue sede de varios concursos de DIH organizados por Universidades de Argentina (III Concurso Regional de Alegatos y Simulación en DIH organizado por el Observatorio de DIH de la Universidad de Buenos

Aires y el CICR); Brasil (Primer Concurso de Monografías de DIH para Universidades de Brasil, organizado por la Clínica de DIH de la Universidad Federal de Río Grande do Sul y el CICR); Colombia (Concurso Iberoamericano de DIH organizado por la Universidad de La Sabana y el CICR), Ecuador (VIII edición del Concurso nacional interuniversitario de DIH “Manuel Muñoz Borrero” en la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE y CICR), México (Competencias Víctor Carlos García Moreno -simulacro de juicio ante la Corte Penal Internacional- y Sergio García Ramírez -procedimiento ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos-) y Perú (Concurso de Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú -“Yachay”- con apoyo del CICR), entre otras iniciativas similares. También se han organizado en la mayoría de los países de la región varias jornadas o seminarios virtuales que abordaron diversos temas de actualidad del DIH, por ejemplo, la aplicabilidad de sus normas a la ciberguerra y a los sistemas de armas autónomas letales.

Asimismo, la difusión e integración del DIH en las fuerzas armadas es una medida esencial para traducir la normativa internacional en mecanismos

concretos para garantizar la protección de las personas y de los bienes en caso de conflicto armado, de modo que los miembros de las fuerzas armadas orienten su acción de acuerdo con lo establecido en las normas del DIH. Por ello, la integración de las normas y principios del DIH debe reflejarse cabalmente en la doctrina militar, la educación, la formación y el entrenamiento, así como en los procedimientos sistemáticos de operaciones y en la elección del armamento. El CICR colabora, a través de su programa con las fuerzas armadas, con las tareas emprendidas para integrar las normas del DIH en los ejes mencionados.

La resolución 1 de la XXXIII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja *“alienta enérgicamente a los Estados a que hagan todos los esfuerzos posibles para integrar aún más el DIH en la doctrina, la educación y la formación militares y en todos los niveles de planificación y de toma de decisiones en el ámbito militar, a fin de que el DIH se incorpore plenamente en la práctica militar y se refleje en los valores militares” (OP7). A su vez, “recuerda la importancia de la disponibilidad de asesores jurídicos dentro de las fuerzas armadas de los Estados para que pres-ten asesoramiento a los comandantes,*

“Por ello, la integración de las normas y principios del DIH debe reflejarse cabalmente en la doctrina militar, la educación, la formación y el entrenamiento, así como en los procedimientos sistemáticos de operaciones y en la elección del armamento.”

en el nivel apropiado, sobre la aplicación del DIH” (OP7) y también “reconoce los efectos positivos que puede tener la integración del DIH en la práctica militar sobre el comportamiento en el campo de batalla, por ejemplo, mediante la formulación de doctrina y procedimientos que integren principios y conceptos del DIH, el asesoramiento jurídico en materia de DIH a los comandantes durante las operaciones militares y la formación en DIH” (PP12).

En los países de la región de América y el Caribe existen planes nacionales que contienen un conjunto de órdenes y disposiciones jerárquicamente organizadas, que velan por el cumplimiento de la difusión y la enseñanza del DIH en las fuerzas armadas en

todos sus niveles. Asimismo, se realizan tareas de integración en la doctrina militar y el entrenamiento de las fuerzas armadas de la región y se revisa ese proceso dinámico periódicamente para poder adecuarlo a los nuevos tratados de DIH ratificados recientemente por los Estados.

Algunos ejemplos del bienio 2020/21: en Argentina, el Instituto Nacional de Derecho Aeronáutico y Espacial continuó dictando cursos con categoría de posgrado de DIH para militares y civiles; en Brasil, el Curso de la actual Escuela Superior de Defensa (Ex ESG Campus Brasilia), entrena a los nuevos multiplicadores de DIH; en Bolivia, la Dirección de Derechos Humanos e Interculturalidad del Ministerio de Defensa y el CICR realizaron 18 talleres sobre DIH y Derechos Humanos; en El Salvador, se han realizado capacitaciones virtuales y presenciales sobre DIH, uso de la fuerza, operaciones de mantenimiento de paz, para el personal que integra los contingentes del país a ser desplegados en la FINUL (Líbano) y la MINUSMA (Malí); el Departamento de Defensa de los Estados Unidos de Norte América revisó en 2020 la Directiva 2311.01, conocida como el Programa de derecho de la guerra del Departamento de Defensa; la Conferencia de las Fuerzas Armadas Centroamericanas (CFAC),

realizó una edición del Concurso de DIH para Academias Militares de la CFAC, en 2021, entre otras actividades organizadas en la región.

III.c- medidas para poder ante los tribunales a los sospechosos de cometer o dar órdenes de cometer infracciones graves del DIH

Desde el momento de la recepción en el derecho nacional de los cuatro Convenios de Ginebra y el Protocolo adicional I, pesa sobre el Estado Parte la obligación incondicional, convencionalmente asumida en su artículo 1 común, de respetar y hacer respetar dichos instrumentos internacionales en todas las circunstancias, confirmando y reforzando, respecto a ellos, la virtualidad del principio general de derecho *pacta sunt servanda* contenido en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

Dicha obligación convencional, de naturaleza incondicional, comporta entre otros extremos, que sobre cada Estado Parte recaiga el deber de hacer cuanto sea posible para que las disposiciones convencionales sean rigurosamente observadas por sus órganos judiciales y administrativos y por las

“...tomar todas las medidas legislativas necesarias para fijar las adecuadas sanciones penales que hayan de aplicarse a las personas que cometan, o den orden de cometer, cualquiera de las infracciones graves.”

personas que se encuentren bajo su jurisdicción.

Cuando un Estado expresa su consentimiento en obligarse por los tratados de DIH, pesará sobre este, la obligación imperativa contenida en los respectivos párrafos primeros de los artículos 49 del I Convenio; 50 del II Convenio; 129 del III Convenio y 146 del IV Convenio: “tomar todas las medidas legislativas necesarias para fijar las adecuadas sanciones penales que hayan de aplicarse a las personas que cometan, o den orden de cometer, cualquiera de las infracciones graves”.

La resolución 1 de la XXXIII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja también lo *recuerda en su OP 11 y 12*.

Las infracciones graves del DIH enunciadas en los artículos 50 del I Convenio, 51 del II Convenio, 130 del III Convenio y 147 del IV Convenio, imponiendo por su parte el Protocolo adicional I en su artículo 86. - como deber de los Estados Parte en este y en los Convenios-, el de reprimir las infracciones graves de unos y de otros, que son anunciadas en los artículos 11.4 y 85.2, 3 y 4 respecto de las que, en su artículo 85.5 se establece que deben ser consideradas crímenes de guerra.

Si bien la mayoría de los doctrinarios coinciden en que la obligación de castigar las violaciones del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo adicional II, aplicables a los conflictos armados sin carácter internacional, no están previstas explícitamente en los tratados, es claro que cuando los Convenios de Ginebra de 1949 disponen en sus artículos 49 del I Convenio, 50 del II Convenio, 129 del III Convenio y 146 del IV Convenio que cada “Parte Contratante tomará las oportunas medidas para que cesen, aparte de las infracciones graves definidas en el artículo siguiente, los actos contrarios a las disposiciones del presente Convenio”, exigen una sanción, la cual no puede ser otra que una de tipo penal que abarca, inclusive, el

caso de violaciones graves del artículo 3 común¹⁰. A ello hay que sumar que existe un derecho reconocido de carácter consuetudinario por el cual los Estados pueden perseguir penalmente a los autores de dichas violaciones invocando el principio de jurisdicción universal¹¹.

El Estatuto de Roma de 1998 establece una Corte Penal Internacional que tiene competencia respecto de los crímenes de guerra. Es importante recordar que dicha Corte no se sustituye a las jurisdicciones nacionales. Son ante todo los Estados a quienes incumbe la obligación y la responsabilidad de enjuiciar a los presuntos criminales de guerra.

Cabe notar que el Estatuto de Roma no obliga explícitamente a los Estados Parte de castigar los crímenes de la competencia de la Corte. Pero sí lo supone, puesto que el mecanismo de complementariedad que prevé depende de la posibilidad de los Estados de reprimir dichos crímenes en el ámbito nacional. Ello conlleva obligaciones en materia legislativa respecto a la tipificación de los crímenes e inclusive por lo que atañe a las reglas generales que rigen la improcedencia del cargo oficial, la responsabilidad de los superiores, la imprescriptibilidad o las circunstancias eximentes de responsabilidad penal.

La adecuación del derecho penal al Estatuto de Roma no debe menoscabar las obligaciones que dimanar de los Convenios de Ginebra de 1949 y su Protocolo adicional I. Se trata, por el contrario, de armonizar el régimen establecido en estos dos últimos con aquel estipulado por el Estatuto.

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional codifica también una serie de crímenes de guerra que no siempre se corresponden con una infracción grave en el sentido de los Convenios de Ginebra de 1949 o del Protocolo adicional I. En efecto, el artículo 8 del Estatuto de Roma define cincuenta crímenes de guerra repartidos en cuatro categorías, o sea: 1) infracciones graves de los Convenios de Ginebra; 2) otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales; 3) violaciones graves del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra y 4) otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados internos.

Al comparar los Convenios de Ginebra y su Protocolo Adicional I con el Estatuto de Roma, resulta que este identifica una serie de crímenes de guerra que no figuran en la lista de las infracciones graves de los tratados mencionados.

Por otro lado, conviene destacar que el Protocolo adicional I enumera algunos crímenes que no aparecen en el Estatuto de Roma. Se trata, en particular, de los ataques contra obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas; de los ataques contra localidades no defendidas y zonas desmilitarizadas y de la demora injustificable en la repatriación de los prisioneros de guerra o de personas civiles, definidos por los artículos 85(3) (c), 85(3) (d) y 85(4) (b) del Protocolo adicional I, respectivamente.

Además de los Convenios de Ginebra de 1949, el Protocolo adicional I y el Estatuto de Roma, existen otros tratados de DIH, o con contenidos de este, que deben tener un correlato de normas penales en el ordenamiento jurídico interno de los Estados para que puedan perseguir judicialmente a sus infractores¹².

Asimismo, cabe recordar que la Norma 158 del Estudio sobre el DIH consuetudinario del CICR plantea que los Estados deben investigar los crímenes de guerra posiblemente cometidos por sus ciudadanos o sus fuerzas armadas, así como en su territorio, y encausar, si procede, a los imputados; también les corresponde investigar otros crímenes de guerra

“Los 35 Estados Americanos son parte de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, mientras que el Protocolo adicional I cuenta con 34 ratificaciones. Por consiguiente, los Estados Americanos se han comprometido, bajo el derecho internacional, a castigar los crímenes de guerra según el sistema que establecen estos tratados.”

que sean de su competencia y encausar, si procede, a los imputados.

Todas las normas mencionadas precedentemente, como también el principio de jurisdicción universal, la responsabilidad del superior y la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra, deben ser receptados por el ordenamiento jurídico interno de los Estados parte en los Convenios de Ginebra de 1949 y Protocolo Adicional I de Ginebra de 1977, para que sea posible una efectiva persecución penal de las personas que cometieron u ordenaron cometer infracciones graves del DIH.

Los 35 Estados Americanos son parte de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, mientras que el Protocolo adicional I cuenta con 34 ratificaciones. Por consiguiente, los Estados Americanos se han comprometido, bajo el derecho internacional, a castigar los crímenes de guerra según el sistema que establecen estos tratados. Varios países de América y el Caribe han adoptado legislación para reprimir penalmente las infracciones graves del DIH, por ejemplo: Argentina (Ley 26.200), Bolivia (el nuevo Código del Sistema Penal boliviano incorpora los crímenes internacionales recogidos en el Estatuto de Roma, incluidos los crímenes de guerra); Uruguay (Ley 18.026), Chile (Ley 20.357), Ecuador (Código Orgánico Integral Penal que incorporó definitivamente en el Capítulo Primero del Título IV las “Graves violaciones a los derechos humanos y delitos contra el derecho internacional humanitario”), República Dominicana (Ley 550-14 que establece el Código Penal tipificando el genocidio, la desaparición forzada de personas, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra), Paraguay (Ley 5877).

III.d- Proteger los emblemas de la Cruz Roja, la Media Luna Roja y el Cristal Rojo

En los Convenios de Ginebra de 1949 y los Protocolos adicionales de 1977 y 2005 se estipula que la Cruz Roja, la Media Luna Roja y el Cristal Rojo (para los Estados parte en el Protocolo adicional III), son protegidos por el derecho internacional.

En las disposiciones de dichos instrumentos se definen qué personas y qué servicios tienen derecho a usar los emblemas, así como los fines para los que pueden ser utilizados. Queda prohibido el uso no autorizado de los emblemas. El uso del emblema suele autorizarse para proteger los servicios sanitarios de las fuerzas armadas y, en tiempo de guerra, los hospitales civiles. También lo emplean las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, su Federación Internacional y el CICR.

Esta obligación dimana del hecho de que este emblema es indispensable para asistir a las personas afectadas en los conflictos armados. El respeto a estos emblemas facilita que los servicios sanitarios puedan prestar libremente socorro a los heridos en el campo de batalla pues pueden ser

identificados claramente gracias a este. Si no existieran estos signos claramente identificables, los servicios sanitarios podrían ser fácilmente objeto de ataques y confundidos con los beligerantes.

Por otra parte, el Estado debe promulgar disposiciones jurídicas en el ámbito nacional por las que se prohíba y castigue la utilización no autorizada de los emblemas, en cualesquiera circunstancias. Esta legislación debe aplicarse a toda forma de uso privado o comercial, y debe prohibir las imitaciones y todo otro diseño que pueda confundirse con la Cruz Roja, la Media Luna Roja o el Cristal Rojo.

Es fundamental que las medidas destinadas a prevenir los abusos se apliquen también a los miembros de las fuerzas armadas. Esta faceta de la protección de los emblemas podría ordenarse en el marco de las leyes y los reglamentos relativos a la disciplina militar.

La utilización abusiva de los emblemas con objeto de ocultar o proteger a combatientes o equipo militar en tiempo de conflicto armado (es decir, su uso péfido) es un crimen de guerra. Las infracciones menos graves deben ser sancionadas también.

La prevención y la represión del uso ilícito de los emblemas no se llevan a cabo únicamente por medio de la adopción de medidas penales o administrativas. El Estado debería, asimismo, informar al público, a las empresas y al sector sanitario acerca de la correcta utilización de los emblemas.

La mayor parte de los países de América y el Caribe cuentan con una ley de protección del uso del emblema de Cruz Roja, Media Luna Roja y en algunos casos también el Cristal Rojo. Por ejemplo, Ecuador, en 2014 aprobó el Código Orgánico Integral Penal donde figura la tipificación del delito de abuso de emblemas de la Cruz Roja, Media Luna Roja o cristal Rojo, una señal distintiva, de cualquier otro signo o señal que sea una imitación o que pueda prestar a confusión por parte de cualquier persona que no tenga derecho a ello; Venezuela, en 2015, publicó en la Gaceta Oficial la Ley de Protección al Nombre y Emblema de la Cruz Roja, la cual deroga la anterior legislación que databa de 1965.

Muchos Estados de América y Caribe también han reglamentado las leyes de protección del uso del Emblema, por ejemplo, México, publicó el Reglamento de la Ley para el Uso y

Protección de la Denominación y del Emblema de la Cruz Roja en el Diario Oficial de la Federación en 2014 previendo un mecanismo mediante el cual se sanciona administrativamente a quien haga uso indebido del emblema; República Dominicana, aprobó en 2014, el Decreto 249-14 que establece el Reglamento para la aplicación de la Ley sobre la Protección y Uso de los Emblemas y de las Denominaciones de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, cuyo objeto es crear las regulaciones necesarias para la aplicación de la Ley 220-07, señalando las disposiciones particulares para el uso protector e indicativo del emblema; Ecuador, en mayo de 2021, mediante el Decreto Ejecutivo 1343, emitió el Reglamento General a la Ley sobre el Uso y Protección del Emblema de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja; la Comisión Costarricense de DIH está trabajando un borrador de reglamento a la Ley 8031 para eventuales denuncias ante el uso indebido del emblema de la Cruz Roja.

También hay Estados que pretenden actualizar sus leyes en esta materia porque las leyes existentes son de antigua data, tales como el caso de Argentina y Brasil.

III.e - Adoptar otras medidas necesarias para garantizar el respeto del DIH

De conformidad con los tratados de DIH, los Estados tienen la obligación de aprobar todas las medidas necesarias en el sentido amplio del término. Dichas medidas, como ya se ha mencionado anteriormente, responden a la necesidad de plasmar el DIH en la legislación nacional, los procedimientos, las doctrinas y las infraestructuras. Estas medidas, que son de diversa naturaleza, son demasiadas para poder ser abarcadas en este corto texto, por ende, solo se hará referencia a algunas de ellas.

Como se ha mencionado anteriormente, para garantizar el pleno respeto del DIH, las personas que deben aplicarlo tienen que conocer sus disposiciones. Por ello, es importante traducir a las lenguas oficiales y/o vernáculos más utilizadas en cada Estado, los textos de los tratados de DIH, o los manuales doctrinarios, o las cartillas para los soldados. Por ejemplo, en Paraguay, una gran parte de la población domina el guaraní y por ello se ha confeccionado una cartilla para el soldado en esta lengua y también en español.

“la forma en que el derecho internacional se aplica a la utilización de las tecnologías de la información y las comunicaciones por los Estados.”

También deben adoptarse medidas que permitan verificar que cuando un Estado estudie, desarrolle, adquiera o adopte una nueva arma, o nuevos medios o métodos de guerra, tenga la obligación de determinar si su empleo, en ciertas condiciones o en todas las circunstancias, estaría prohibido por el DIH o por cualquier otra norma de derecho internacional aplicable a ese Estado, tal como lo exige el artículo 36 del Protocolo Adicional I. Por consiguiente, es fundamental establecer procedimientos en las dependencias del Estado que tenga a cargo el control, compra, transferencia y uso de las armas.

Es importante también que los Estados tomen todas las medidas necesarias para cumplir con las disposiciones de no usar, no transferir, vaciar sus arsenales según surja de las cláusulas de los tratados de DIH que prohíben o restringen ciertas armas tales como

las minas antipersonales, las municiones de racimo, las armas laser cegadoras, las armas biológicas, las armas químicas, etc.

Asimismo, el DIH impone ciertas obligaciones en cuanto a la designación y al señalamiento de ciertos bienes que deben protegerse, como, por ejemplo, los bienes culturales o las instalaciones u obras que contengan fuerzas peligrosas.

En el caso de los bienes culturales, la finalidad es prevenir que sean dañados o destruidos, como a menudo sucede en las operaciones militares y evitar las pérdidas no sólo para el país afectado, sino también para el patrimonio cultural de toda la humanidad. Se trata, en particular, de hacer operativa la Convención de La Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado y de sus dos Protocolos adicionales de 1954 y 1999, que rigen esta materia. Estos instrumentos exigen a los Estados Parte la adopción de una serie de medidas legislativas, administrativas y prácticas para el cumplimiento de sus normas.

Varios países de la región trabajan desde hace tiempo para identificar, registrar y señalar los bienes culturales

que desean proteger. Por ejemplo, Argentina inició en 2005 una campaña que, hasta el presente ha señalado decenas de establecimientos y monumentos; el Ministerio de Culturas y Turismo de Bolivia ha realizado un proyecto para colocar el emblema del Escudo Azul en más de 70 bienes culturales; la Comisión costarricense de DIH continua después de varios años con su labor de identificar inmuebles históricos que podrían ser señalizados con el escudo azul, señalizando aún en tiempo de la pandemia del COVID-19 al Archivo Nacional; la Comisión de Aplicación del DIH de El Salvador continuando las tareas de identificación, registro y señalización de bienes culturales, en noviembre de 2021, señaló con el Emblema Azul el Edificio de la Corte de Cuentas, en el Centro Histórico de San Salvador; a finales del 2021, Guatemala señaló 5 bienes culturales en la ciudad de Quetzaltenango; en 2016 y 2017, la Comisión Intersecretarial de DIH de México estudió la viabilidad de solicitar el registro de la ciudad amurallada de Campeche bajo la protección reforzada, entre otras acciones e iniciativas.

En materia de protección de instalaciones y obras que contienen fuerzas peligrosas contamos con el ejemplo

de Argentina que ya ha identificado y señalado varias represas en el país.

Los Estados también tienen que tomar providencias para establecer una Oficina Nacional de Informaciones en los términos establecidos en el Convenio III de Ginebra. En nuestra región Argentina y Paraguay las han creado oportunamente.

Es importante también que se adopten las medidas necesarias para que las Fuerzas Armadas cuenten con personal calificado en materia de DIH, que pueda en caso de conflicto armado asesorar a los comandantes operacionales cuando estos deban escoger los objetivos militares.

III.f- Conformar una Comisión Nacional de Aplicación del DIH

Los Estados son cada vez más conscientes de que la protección efectiva de las personas afectadas en los conflictos armados requiere esfuerzos sostenidos y permanentes que involucren a varias dependencias del gobierno, así como del poder legislativo y judicial. Por ende, establecer una comisión nacional de aplicación del derecho internacional humanitario obedece entonces a un deseo de facilitar

un trabajo sumamente complejo y con frecuencia altamente especializado.

No obstante que no se trata de una obligación convencional, la XXVI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (Ginebra, 1995) instó a que se establezcan tales Comisiones.

Los Estados de la región han constituido estas Comisiones denominándolas indistintamente: “Comisión Nacional Interministerial de Aplicación del Derecho Internacional Humanitario” o “Comisión Nacional de Derecho Humanitario” o “Comisión Nacional de Estudio y Aplicación del Derecho Internacional Humanitario” (en adelante CONADIH).

Las CONADIH son órganos consultivos de las autoridades, cuyo objetivo es promover, facilitar y favorecer la aplicación de este derecho a nivel nacional. Su labor debe abarcar todos los instrumentos pertinentes del DIH y no requieren una estructura determinada. Cada Estado deberá definir la organización y los objetivos de la Comisión cuando la constituya.

Tanto la organización como la definición del mandato de una Comisión son elementos claves para garantizar que pueda desempeñar las actividades

para las cuales ha sido constituida. Dichas actividades incumben a todos los Estados en virtud de los tratados en los cuales participan, independientemente si optaron recurrir a los servicios de una CONADIH, o no.

Es importante que en las CONADIH estén representados todos los Ministerios y dependencias del Estado que tengan que tomar decisiones sobre las medidas nacionales de implementación del DIH a nivel nacional, en particular los Ministerios de Relaciones Exteriores, Justicia, Defensa, Interior, Cultura, Salud y Educación, al igual que la Sociedad Nacional de la Cruz Roja o de la Media Luna Roja y miembros de la sociedad civil.

Ahora bien, dado que la finalidad de este organismo es promover la aplicación y la difusión del DIH en el plano nacional, deberían tener al menos las siguientes características:

- poder evaluar la legislación nacional existente en relación con las obligaciones que imponen los tratados de DIH;
- estar en condiciones de formular recomendaciones para promover la aplicación del derecho, así como de vigilar y velar por su aplicación. Para ello, puede proponer

nuevas leyes o enmiendas a la legislación en vigor, coordinar la adopción y el tenor de reglamentos administrativos, así como dar orientaciones sobre la interpretación y la aplicación de las normas humanitarias;

- poder desempeñar un importante papel en la tarea de impulsar la difusión del DIH. La Comisión debería tener las competencias necesarias para efectuar estudios, proponer actividades y prestar ayuda en materia de difusión del DIH en todos los sectores de la población.

Conviene subrayar que el papel que desempeñan las CONADIH ha sido destacado en varios foros regionales, tales como la Organización de los Estados Americanos (OEA), el PARLATINO, el PARLASUR, el CARICOM, que adoptaron resoluciones por las cuales instan a los Estados miembros a que apoyen dichas Comisiones y a que consideren la conveniencia de establecerlas en donde todavía no existen.

La Resolución 1 de la XXXIII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja *“reconoce el papel eficaz y el creciente número de Comisiones Nacionales de DIH y*

organismos afines que asesoran y prestan asistencia a las autoridades nacionales en la implementación, el desarrollo y la difusión del conocimiento del DIH; y alienta a los Estados que aún no lo hayan hecho a que consideren establecer tal entidad” (OP5).

Las Comisiones Nacionales de DIH de Américas y el Caribe tienden a enfrentarse a retos que comparten en común. Al respecto, cabe destacar lo benéfico que resulta el intercambio entre las Comisiones de diferentes países. Permiten no solamente aprender de las experiencias adquiridas en otras partes sino también concordar los esfuerzos dirigidos hacia un objetivo similar, por ejemplo, comparar legislaciones que ponen en práctica una disposición convencional determinada, o analizar el impacto de una estrategia de difusión.

El CICR ha promovido varios encuentros de CONADIH de América y el Caribe desde 1999 hasta el presente. La mayoría de esas reuniones contaron con el apoyo y auspicio de la OEA.

En la región “sub examine” veinte países han establecido CONADIH o entes similares: Argentina (1994);

Bolivia (1992); Canadá (1998); Chile (1994); Colombia (2000); Costa Rica (2004); Ecuador (2006); El Salvador (1997); Guatemala (1999); Honduras (2007); México (2009); Nicaragua (1999); Panamá (1997)¹³; Paraguay (1995); Perú (2001); República Dominicana (1995); Trinidad y Tobago (2001 ad hoc); Uruguay (1992) y Venezuela (2015).

IV. El Servicio de Asesoramiento en DIH del CICR

Según el artículo 5(2)(c) de los Estatutos del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, el CICR está encargado de “*trabajar por la fiel aplicación del derecho internacional humanitario*”.

Este mandato se puntualizó en la resolución 1 de la XXVI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, la cual suscribió tanto la Declaración Final de la Conferencia Internacional para la Protección de las Víctimas de la Guerra, aprobada el 1 de septiembre de 1993, como las recomendaciones formuladas por el Grupo Intergubernamental de Expertos, que se reunió en enero de 1995, en Ginebra, Suiza.

Como estructura especializada del CICR, el Servicio de Asesoramiento apoya a los Estados en las tareas de implementación del DIH a nivel nacional. Ofrece apoyo a las autoridades nacionales sobre medidas específicas de implementación que son necesarias para cumplir sus obligaciones en la materia, así como a los organismos nacionales de DIH que se hayan establecido para facilitar la implementación de este derecho a nivel nacional.

Por otro lado, el Servicio fomenta el intercambio de información sobre medidas de implementación y contribuye a fortalecer la capacidad institucional, a pedido de las autoridades nacionales y de otros actores interesados. Para ello, el Servicio mantiene contactos bilaterales con las autoridades nacionales, organiza talleres temáticos para expertos y auspicia reuniones internacionales y regionales para las autoridades relevantes de cada país.

El Servicio de Asesoramiento funciona de manera descentralizada, con un equipo de expertos en la sede del CICR en Ginebra y asesores jurídicos radicados en las diferentes regiones del mundo. El asesoramiento jurídico como el técnico toman en cuenta las necesidades específicas, sistemas

políticos y tradición en derecho de los Estados que beneficia. En el continente americano, el Servicio de Asesoramiento cuenta con asesores en Bogotá, Brasilia, Caracas, Ciudad de Guatemala, Ciudad de México, Ciudad de Panamá, Lima, San Salvador, Tegucigalpa y Washington, D.C.

Como parte de sus actividades, el Servicio ha elaborado una serie de fichas técnicas, estudios de compatibilidad, leyes modelos y otros documentos especializados en DIH¹⁴.

Para fomentar la comprensión del DIH e impulsar la labor del CICR en torno a la implementación del DIH, el Servicio de Asesoramiento también colabora con organizaciones internacionales y regionales pertinentes, como la UNESCO, la Secretaría de la Commonwealth, el Consejo de Europa, la Organización de Estados Americanos, y la Unión Africana.

Durante 2020-2021, el Servicio asesoró en aspectos jurídicos y técnicos a las autoridades América y el Caribe, fomentó el intercambio entre las 20 Comisiones Nacionales de aplicación del DIH de la región y promovió la aplicación del DIH en los 35 Estados. El servicio prestado consistió en lo siguiente, entre otras acciones:

- asesorar a los Estados sobre el contenido de los tratados de DIH en los cuales todavía no son Parte para facilitar su ratificación;
- asesorar técnicamente a las autoridades responsables de hacer frente a la enfermedad por la COVID-19 (a través de documentos y capacitaciones virtuales) para la elaboración de protocolos de acción y protección;
- orientar a los Estados sobre la compatibilidad de la legislación nacional con el DIH;
- preparar opiniones jurídicas para los Estados sobre proyectos de ley, con miras a garantizar la conformidad con el DIH, incluyendo, en el ámbito del derecho penal internacional;
- asesorar a los Estados en la formulación de medidas legislativas y reguladoras para prevenir la desaparición de personas, esclarecer la suerte y el paradero de las personas desaparecidas, y responder a las necesidades de sus familiares;
- diseñar, con las autoridades competentes, estrategias encaminadas a fortalecer el funcionamiento de las comisiones nacionales de DIH y apoyar su ejecución;

“...el Servicio de Asesoramiento apoya a los Estados en las tareas de implementación del DIH a nivel nacional. Ofrece apoyo a las autoridades nacionales sobre medidas específicas de implementación que son necesarias para cumplir sus obligaciones en la materia, así como a los organismos nacionales de DIH que se hayan establecido para facilitar la implementación de este derecho a nivel nacional.”

- facilitar los intercambios entre las Comisiones Nacionales de DIH y expertos externos;
- informar a los Estados sobre los avances en materia de DIH, por ejemplo, acerca de los debates entablados en torno al Tratado sobre el comercio de armas o a las nuevas tecnologías como las armas autónomas o las operaciones cibernéticas;

- organizar reuniones de expertos gubernamentales sobre temas relativos al DIH y su aplicación nacional;
- dictar conferencias sobre temas relativos al DIH y su aplicación nacional;
- organizar o participar en cursos para la formación profesional de las autoridades;
- difundir información sobre medidas de aplicación nacional del DIH, incluso a través del banco de datos que el CICR pone a disposición de los Estados y el público en general; dicho banco se actualiza regularmente con información relativa a los 35 Estados del continente¹⁵.
- Promocionó la adhesión de las CONADIH de la región a la Comunidad de CONADIH para el intercambio de buenas prácticas.

V. La relación del CICR y la Organización de Estados Americanos (OEA) y la promoción del DIH¹⁶

La OEA ha promovido el DIH entre sus países miembros desde larga data y ha organizado, en asociación con el

CICR, varios eventos relativos a esta rama del Derecho, en especial a través de su Departamento de Derecho Internacional.

En 2005, el Departamento de Cooperación y Difusión jurídica de la OEA, el Gobierno de Canadá y el CICR crearon la Red de DIH, un foro de intercambio de informaciones e iniciativas entre instituciones académicas, organizaciones no gubernamentales y expertos para ayudar a los esfuerzos de los Estados miembros de la OEA para implementar en las legislaciones nacionales las normas y principios del DIH y de las Convenciones Interamericanas relacionadas¹⁷.

La resolución de la Asamblea General AG/RES. 2959 (L-O/20), “Derecho Internacional”, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 21 de octubre de 2020, encomendó a la Secretaría General a que continúe fortaleciendo la cooperación entre la OEA y el CICR en el ámbito de la promoción del respeto del DIH y de los principios que lo rigen. Además, encomendó al Consejo Permanente que celebre, durante el primer semestre de 2021, una sesión extraordinaria sobre temas de actualidad del DIH entre otros, la aplicabilidad de esta normativa a la cuestión de las armas autónomas letales. Dicha sesión fue celebrada en abril 2021.

Mediante la resolución de la Asamblea General AG/RES. 2959 (L-O/20), también se invita a los Estados miembros a que continúen el apoyo de los mecanismos nacionales encargados de la aplicación y difusión del DIH y las Comisiones Nacionales de DIH. En este sentido, oficiales de la OEA participaron en la Reunión Regional de Comisiones Nacionales de DIH y organismos afines organizada bajo el auspicio de Ecuador y el apoyo del CICR en febrero de 2021 virtualmente.

Cabe mencionar que la Resolución AG/RES. 2961 (L-O/20) – aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 21 de octubre de 2020 – titulada “Promoción de los derechos humanos” aborda también temáticas ligadas a la atención de las necesidades de las personas migrantes y desplazadas, así como las necesidades humanitarias de las personas desaparecidas y sus familias - materias que resultan de sumo interés tanto para el CICR como para la OEA y sus Estados parte.

La Resolución AG/RES.2959 (L-O/20) encomendó a la Secretaría General organizar, en el marco de la CAJP, un curso dirigido a los Estados miembros, funcionarios de la Organización y el público en general, con el

objeto de promover el conocimiento y respeto del DIH y de los instrumentos regionales relacionados, incluidas las medidas para su efectiva implementación. En este sentido, el séptimo curso sobre DIH fue celebrado en junio de 2021 a través del Departamento de Derecho Internacional y en coordinación con el CICR. Además del curso mencionado, se realizaron varios otros eventos de difusión de temas de actualidad del DIH organizados por el Departamento de inclusión social, el Colegio Interamericano de Defensa, el Comité Jurídico Interamericano, con la participación del CICR.

El CICR mantiene también una relación cercana con el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), institución de naturaleza académica creada a través de un convenio celebrado entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Gobierno de Costa Rica. Una de las actividades que refleja la cooperación entre las dos instituciones es la cátedra Jean Pictet, que el CICR está invitado a dictar como parte del curso interdisciplinario organizado anualmente por el Instituto.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Instituto Interamericano

de Derechos Humanos y el CICR convocaron y organizaron recientemente el primer Concurso regional universitario de ensayos sobre derechos humanos y DIH. El Concurso estuvo abierto a estudiantes universitarios de Belice, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México y Nicaragua.

La 50ª Asamblea General de la OEA, celebrada en 2020 en Washington, D.C. y la 51ª Asamblea General, celebrada virtualmente en 2021 en Guatemala adoptaron varias resoluciones con contenidos de DIH, a saber: AG/RES. 2959 (L-O/20) Derecho internacional - ii. Promoción y respeto del derecho internacional humanitario; AG/RES. 2961 (L-O/20): Promoción y protección de derechos humanos - viii. Personas desaparecidas y la atención a las necesidades de sus familiares; AG/RES. 2974 (LI-O/21): Derecho internacional iv. Promoción de la Corte Penal Internacional.

VI. A modo de colofón

Como surge de lo expresado en este trabajo, el respeto del DIH requiere una acción por parte de los Estados, tanto en el ámbito internacional, como en el nacional.

Los Estados deben expresar su consentimiento en obligarse por los tratados de DIH ante la Comunidad Internacional y lo ideal sería que así lo hicieran todos para poder universalizarlos, tal como ocurrió con los Convenios de Ginebra de 1949. Asimismo, para que el DIH pueda ser aplicado por las partes en los conflictos armados, es preciso adoptar medidas para poner en práctica sus disposiciones. Aunque sea posible aplicar buena parte de los tratados directamente, es imprescindible que sus normas sean no sólo conocidas, sino también incorporadas en el derecho interno.

La Resolución 1 de la XXXIII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja es una buena guía para que los Estados avancen en la implementación a nivel nacional y tal como su nombre lo indica, se trata de usarla como una hoja de ruta para una mejor implementación del DIH.

También es importante que los Estados se manifiesten en los foros internacionales en defensa de los preceptos consagrados por el DIH y que expongan su trabajo en materia de implementación en informes voluntarios.

**Gabriel Pablo
Valladares**

La adopción de medidas nacionales de implementación del DIH en los países de América y el Caribe y la contribución del CICR

También es importante que los Estados realicen promesas ante la Conferencia Internacional de Cruz Roja y Media Luna Roja tomando compromisos para la implementación de las normas de DIH que aún no hayan sido incorporadas en sus ordenamientos jurídicos internos. El Servicio de asesoramiento en DIH del CICR está siempre dispuesto a colaborar con las autoridades nacionales que deciden trabajar en la implementación de las normas aplicables en los conflictos armados.

En la medida que todos los Estados trabajen para “acercar el DIH a casa”, más elevadas serán las posibilidades de cumplir con el objeto de los tratados de DIH, sea para proteger a quienes no participan o han dejado de participar de los conflictos armados o para prohibir o limitar el uso de métodos y medios de guerra, tal como lo disponen esos instrumentos internacionales.

¹. Este artículo aborda una parte de los temas que el autor desarrolló durante el espacio cedido al Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) en el XLVII Curso de Derecho Internacional, organizado por el Comité Jurídico Interamericano y el Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la Organización de Estados Americanos, bajo el tema central: “ El CICR y los desafíos de la implementación del DIH a nivel nacional”.

². Para consultar la Resolución 1 (33IC/19/R1): (<https://www.icrc.org/es>) Acercar el DIH: hoja de ruta para una mejor implementación del derecho internacional humanitario a nivel nacional

³. Conforme Alejandro Valencia Villa, en “Derecho internacional humanitario Conceptos básicos Infracciones en el conflicto armado colombiano”, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Segunda edición actualizada, Bogotá, pág. 15, enero de 2013

⁴. Conf. SWINARSKI, Christophe, “Principales nociones e institutos del derecho internacional humanitario como sistema de protección de la persona humana”, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, pag.13, San José de Costa Rica, 1991.

⁵. Jean Henri Dunant (también conocido como Henry Dunant) nació el 8 de mayo de 1828, en Ginebra. En su juventud conformo “La Sociedad Filantrópica para socorrer ancianos y enfermos detenidos” e hizo parte de “La Unión de Jóvenes Cristianos de Ginebra” mostrando un alto espíritu altruista y humanitario. Fue cofundador del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja. Recibió el Premio Nóbel de la Paz el 10 de diciembre de 1901. Murió a los 82 años, el 30 de octubre de 1910 en Heiden.

⁶. El Movimiento Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja está conformado por el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) que es su fundador y que trabaja en protección y asistencia de víctimas de conflictos armados y situaciones de violencia interna y es el promotor y el guardián del derecho internacional humanitario; la Federación Internacional de Sociedades de Cruz Roja y Media Luna Roja , que dirige las operaciones internacionales de socorro del Movimiento en caso de catástrofes naturales o tecnológicas y apoya a las Sociedades Nacionales en sus programas a personas vulnerables y por último, las Sociedades Nacionales de Cruz Roja o de Media Luna Roja, que son auxiliares públicos de sus propios Estados en materia humanitaria. Los tres componentes se rigen por siete principios fundamentales comunes, pero son completamente autónomos y tienen gobernanza, presupuesto y gestión independiente una respecto de la otra. Cada cuatro años los tres componentes del Movimiento se reúnen con los Estados Parte del Convenio I de Ginebra de 1949 en la Conferencia Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja.

⁷. Estado de Ratificación de instrumentos internacionales de DIH a nivel mundial, con especial referencia a América y el Caribe. Protección de las personas afectadas por los conflictos armados (al 31 de diciembre de 2021): Cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 (GC I-IV 1949), son partes en estos Convenios 196 Estados, entre ellos, 35 del continente americano. Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales del 8 de junio de 1977 (AP I 1977), son partes en este tratado 174 Estados, entre ellos, 34 del continente americano. Declaración prevista en el artículo 90 I (AP I DEC ART. 90), han reconocido la

competencia de la Comisión Internacional de Encuesta Humanitaria 76 Estados Parte, entre ellos, 13 del continente americano. 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 del 8 de junio de 1977 (AP II 1977): actualmente, 169 Estados son partes en el Protocolo II, entre ellos, 33 del continente americano. Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la aprobación de un signo distintivo adicional del 8 de diciembre de 2005 (AP III 2005), a la fecha, 79 Estados son partes en este Protocolo, entre ellos, 20 del continente americano. Protocolo facultativo a la Convención sobre los derechos del niño relativo a la participación de los niños en los conflictos armados del 25 de mayo de 2000 (OPT PROT. CRC 2000), este Protocolo cuenta con 172 Estados Parte, entre ellos, 30 del continente americano. Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas del 20 de diciembre de 2006 (CPED 2006, son partes en esta Convención 68 Estados, entre ellos, 15 del continente americano. Derecho penal internacional con contenidos de DIH (al 31 de diciembre de 2021): Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad del 26 de noviembre de 1968 (CSL 1968), actualmente, son partes en este instrumento 56 Estados, entre ellos, 13 del continente americano. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional del 17 de julio de 1998 (ICC 1998), actualmente, 123 Estados son partes en el Estatuto de Roma, entre ellos, 29 del continente americano. Enmienda del artículo 8(2)(e) del Estatuto de Roma (ICC AMDT 2010), actualmente, son partes en esta enmienda 43 Estados, entre ellos, 11 del continente americano. Protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado (al 31 de diciembre de 2021): Convención sobre la protección de bienes culturales en caso de conflicto armado del 14 de mayo de 1954 (HAGUE CONV. 1954), esta Convención cuenta con 133 Estados Parte, entre ellos, 22 del continente americano. Protocolo I a la Convención del 14 de mayo de 1954 (HAGUE PROT. 1954), actualmente, son partes en este instrumento 110 Estados, entre ellos, 19 del continente americano. Protocolo II a la Convención del 26 de marzo de 1999 (HAGUE PROT. 1999), hasta el momento, este Protocolo tiene 84 Estados Parte, entre ellos, 18 del continente americano. Protección del medio ambiente en caso de conflicto armado (al 31 de diciembre de 2021): Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles del 10 de diciembre de 1976 (ENMOD CONV. 1976), son partes en esta Convención 78 Estados, entre ellos, 16 del continente americano. Limitan o prohíben el uso de ciertas armas (al 31 de diciembre de 2021): Protocolo sobre la prohibición del uso en la guerra de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos del 17 de junio de 1925 (GENEVA GAS PROT. 1925), son partes en este instrumento 146 Estados, entre ellos, 28 del continente americano. Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y sobre su destrucción del 10 de abril de 1972 (BWC 1972), actualmente, 183 Estados son partes en esta Convención, entre ellos, 34 del continente americano. Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados del 10 de octubre de 1980 (CCW 1980) y sus Protocolos anexos, actualmente, la Convención cuenta con 125 Estados Parte, incluidos

25 del continente americano. Protocolo sobre fragmentos no localizables del 10 de octubre de 1980 (CCW PROT. I 1980): 118 Estados Parte, entre ellos, 24 del continente americano. Protocolo sobre minas, armas trampa y otros artefactos del 10 de octubre de 1980 (CCW PROT. II 1980): 95 Estados Parte, entre ellos, 17 del continente americano. Protocolo sobre armas incendiarias del 10 de octubre de 1980 (CCW PROT. III 1980): 115 Estados Parte, entre ellos, 24 del continente americano. Protocolo sobre armas láser cegadoras del 13 de octubre de 1995 (CCW PROT. IV 1995): 109 Estados Parte, entre ellos, 24 del continente americano. Protocolo sobre minas, armas trampa y otros artefactos, según fue enmendado el 3 de mayo de 1996 (CCW PROT. IIA 1996): 106 Estados Parte, entre ellos, 22 del continente americano. Protocolo sobre restos explosivos de guerra del 28 de noviembre 2003 (CCW PROT. V 2003): 97 Estados Parte, entre ellos, 20 del continente americano. Enmienda de 2001 del artículo 1 de la Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados (CCW AMDT 2001), son partes en esta enmienda 87 Estados, entre ellos, 20 del continente americano. Convención sobre la prohibición, el desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción del 13 de enero de 1993 (CWC 1993), son partes en esta Convención 193 Estados, entre ellos, 35 del continente americano. Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción del 18 de septiembre de 1997 (AP MINE BAN CONV. 1997), son partes en la Convención 164 Estados, entre ellos, 33 del continente americano. Convención sobre municiones en racimo del 30 de mayo de 2008 (CLUSTER MUNITIONS 2008): son partes en esta Convención 110 Estados, entre ellos, 25 del continente americano. Tratado sobre el comercio de armas del 2 de abril de 2013 (ATT 2013), actualmente, 105 Estados son partes en el ATT, entre ellos, 27 del continente americano. Tratado sobre la prohibición de las armas nucleares del 7 de julio de 2017 (TPNW 2017), actualmente, 61 Estados son partes en el instrumento, 23 de ellos del continente americano.

⁸. Ratificaciones del TPAN en América y el Caribe entre 2018 y 2020: Antigua y Barbuda (25/11/2019); Belize (19/5/2020); Bolivia (9/8/2019); Costa Rica (5/7/18); Cuba (30/1/2018); Dominica (18/10/2019); Ecuador (25/9/2019); El Salvador (30/1/2019); Honduras (24/10/2020); Jamaica (23/10/2020); México (16/1/2018); Nicaragua (19/7/2018); Panamá (11/4/2019); Paraguay (23/1/2020); Saint Kitts and Nevis (9/8/2020); Santa Lucía (23/1/2019); San Vicente y Granadinas (31/7/2019); Surinam (18/10/2018); Trinidad y Tobago (26/9/2019); Uruguay (25/7/2018); Venezuela (27/3/2018).

⁹. Véase “PARTICIPACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS EN LOS TRATADOS DE RELEVANCIA PARA EL DIH Y SU APLICACIÓN NACIONAL, AVANCES Y ACTIVIDADES EN AMÉRICA, INFORME 2020-2021”, Preámbulo de Romina Soledad Moller, CICR 2022.

¹⁰. Véase ICTY, *Prosecutor v. Delalic*, IT-96-21-A, par. 163 y 167.

¹¹. Véase, por ejemplo, ICTY, *Prosecutor v. Tadic*, *Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, 2 October 1995, par. 134; También: Jean-Marie Henckaerts / Luis Doswald Beck, *Customary International Humanitarian Law*, Volume I, Cambridge University Press, 2005, p. 551 ss.

¹² Otros tratados de DIH que exigen adoptar legislación penal: Convención para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado (La Haya, 1954); Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado (1999); Convención sobre la Prohibición de Desarrollo, Producción y Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Tóxicas y sobre su Destrucción (1972); Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles (1976); Protocolo sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Minas, Armas Trampa y Otros Artefactos según fue enmendado el 3 de mayo de 1996 (Protocolo II según fue enmendado el 3 de mayo de 1996) y otros protocolos de la CCAC 1980; Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción (1993); Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción (1997); Protocolo facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, del 25 de mayo de 2000; Convención sobre las Municiones de Racimo, Dublín, mayo de 2008, entre otros.

¹³ A través del Decreto Ejecutivo número 44 del 12 de mayo de 2022, el gobierno dio a conocer la creación de la comisión permanente para la aplicación del derecho internacional humanitario (CPDIH), reemplazando la Comisión Nacional Permanente para la Aplicación del Derecho Internacional Humanitario de 1997.

¹⁴ Véase: <https://www.icrc.org/es/aplicacion-nacional-del-dih-documentacion-tematica>.

¹⁵ Para consultar la base de datos sobre el estado de ratificación de tratados de DIH: IHL Treaties - Treaties and States Parties (icrc.org) en <https://www.icrc.org/es> Para consultar sobre las medidas nacionales de implementación del DIH de cada Estado: National Practice - IHL Databases - ICRC Para consulta sobre DIH consuetudinario: <https://ihl-databases.icrc.org/en/customary-ihl>

¹⁶ Véase “PARTICIPACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS EN LOS TRATADOS DE RELEVANCIA PARA EL DIH Y SU APLICACIÓN NACIONAL, AVANCES Y ACTIVIDADES EN AMÉRICA, INFORME 2020-2021”, pags. 34 a 36, CICR 2022.

Sobre el autor

Gabriel Pablo Valladares

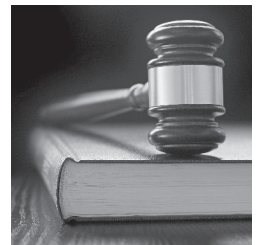


Gabriel Pablo Valladares, abogado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Desde 1998 es Asesor Jurídico de la Delegación Regional del CICR para Argentina, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay y Representante para Argentina desde 2018. Fue profesor adjunto interino de derecho internacional público y de derecho internacional humanitario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires; profesor adjunto de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Flores, Argentina; profesor de Derecho Internacional Humanitario de la Maestría de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de La Plata, Argentina; profesor invitado del Posgrado *lato sensu* em Direito dos

conflitos armados, de la Universidad de Brasilia, Brasil; profesor del módulo de derecho internacional humanitario del Postgrado en jurisdicción penal internacional y derechos humanos de la Universidad Nacional de Mar del Plata, Argentina y del Postgrado sobre ser humano y conflicto armado de la Facultad de derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Ha sido corresponsal del Asser Instituut de Holanda para su *Yearbook of International Humanitarian Law*. Es autor de obras y artículos de Derecho Internacional y ha participado en más de 400 eventos como expositor en varios países de América, Europa y África y en Organizaciones Internacionales o Regionales tales como ONU, OEA, PARLATINO y MERCOSUR.

Sumario

- I.** *Introducción;*
- II.** *El consentimiento a arbitrar prestado por el Estado;*
- III.** *El impacto de los principios de pacta sunt servanda y buena fe;*
- IV.** *El Estado y las disputas de inversión;*
- V.** *Conclusión*



I. Introducción

El arbitraje es un método alternativo y adversarial de resolución de disputas por un tercero neutral a cuya decisión las partes se someten voluntariamente con carácter vinculante y obligatorio¹.

Se define por ser: (i) alterativo a las cortes nacionales; (ii) adversarial (esto es, contradictorio y no amistoso); y (iii) cuya decisión es, en principio, final y obligatoria². Asimismo, el ordenamiento jurídico permite el funcionamiento del sistema arbitral y le da soporte, equiparando la eficacia jurídica de los laudos arbitrales (es decir, las decisiones finales emitidas por los tribunales arbitrales sobre algunas o todas las materias controvertidas).

El consentimiento a arbitrar prestado por las partes que deciden someter sus disputas a arbitraje es el pilar fundamental del sistema³. Ese consentimiento se instrumenta en un contrato

o pacto de arbitraje. De lo que se sigue que la principal fuente del arbitraje es consensual⁴.

El sometimiento a arbitrar prestado por partes privadas no merece mayores reparos dado que encuentra su fuente en el principio de la libertad contractual de rango constitucional⁵. Si bien existen constituciones que reconocen expresamente el arbitraje y el derecho a arbitrar⁶, aun en ausencia de una previsión constitucional, el principio de la autonomía de la voluntad, que permite a las partes determinar libremente el contenido de los contratos salvo excepciones⁷, es una derivación directa de la libertad contractual garantizada por las constituciones modernas⁸.

En la práctica, el arbitraje es ampliamente utilizado en disputas entre partes privadas sobre materias disponibles (es decir, que por regla pueden ser objeto de transacción).

“El arbitraje es un método alternativo y adversarial de resolución de disputas por un tercero neutral a cuya decisión las partes se someten voluntariamente con carácter vinculante y obligatorio.”

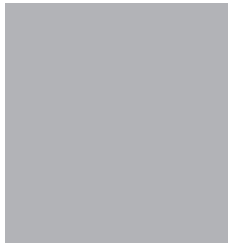
No obstante, no solo las partes privadas utilizan el arbitraje. El incremento incesante del comercio internacional y la necesidad de generar flujos de inversiones, sumado a los procesos de integración regional han llevado a una creciente utilización del arbitraje como método alternativo para la resolución de conflictos entre Estados y particulares.

Las legislaciones nacionales han previsto en forma creciente que los Estados puedan comprometer en arbitraje no ya únicamente conflictos suscitados con otros Estados –tradicionalmente regidos por el derecho internacional público– sino también conflictos patrimoniales con los particulares e incluso conflictos derivados de contratos públicos⁹.

La capacidad de las partes para someterse válidamente a arbitraje se

vincula con lo que se denomina arbitrabilidad subjetiva¹⁰. Por su parte, la arbitrabilidad objetiva hace referencia a las materias que pueden ser sometidas a arbitraje y aquellas excluidas bajo determinado ordenamiento jurídico. La regla general es que los asuntos de carácter patrimonial y disponible pueden someterse a arbitraje. Las materias excluidas del arbitraje pueden serlo porque así se indica expresamente en el ordenamiento jurídico o porque la materia en cuestión se encuentra sometida a la jurisdicción judicial exclusiva¹¹.

Los planteos relacionados con la falta de arbitrabilidad (objetiva o subjetiva) pueden afectar la validez del acuerdo arbitral o del laudo arbitral. El tribunal arbitral puede revisar estos planteos al definir su propia competencia. Por su parte, los tribunales judiciales pueden verse requeridos de resolver planteos fundados en la falta de arbitrabilidad objetiva o subjetiva en, por lo menos, las siguientes instancias: (i) al momento de demandarse la constitución del tribunal arbitral; (ii) al cuestionarse la validez de la decisión sobre jurisdicción o del laudo final; y (iii) al momento de cuestionarse el reconocimiento o ejecución del laudo¹². El examen que deben conducir los tribunales actuantes se encuentra sujeto a los límites previstos en las



reglas y ordenamientos aplicables en cada caso. En particular, la instancia de reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales extranjeros se encuentra normalmente sujeta a las normas de la Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958, que ha sido aceptada por casi 200 países y contiene una regulación que favorece dicho reconocimiento, al igual que la ejecución de los pactos arbitrales que le sirven de sustento¹³.

II. El consentimiento a arbitrar prestado por el Estado

La cuestión del sometimiento del Estado a arbitraje obliga a preguntarse si el Estado (o sus entidades) se encuentra habilitado a someter todas o determinadas disputas a arbitraje. En la respuesta se encuentra en juego el cumplimiento del requisito de la arbitrabilidad subjetiva de la parte estatal.

A diferencia de lo que sucede con las partes privadas, bajo el impero del Estado de Derecho, la actuación el Estado se rige por el principio de legalidad, conforme al cual el Estado solo puede hacer aquello que el ordenamiento jurídico le permite o habilita¹⁴.

La habilitación para que el Estado se someta a arbitraje puede encontrarse

“El incremento incesante del comercio internacional y la necesidad de generar flujos de inversiones, sumado a los procesos de integración regional han llevado a una creciente utilización del arbitraje como método alternativo para la resolución de conflictos entre Estados y particulares.”

establecida en las normas constitucionales¹⁵, en tratados¹⁶ o en otra norma general o especial¹⁷.

El asunto reviste especial relevancia porque hace a la validez del sometimiento del Estado a arbitraje¹⁸.

En Argentina, la Constitución nacional no regula expresamente el sometimiento del Estado a arbitraje. No obstante ello, la Corte Suprema de Justicia argentina (como intérprete último de la Constitución) ha establecido en su jurisprudencia tradicional que el Estado puede someter controversias a arbitraje sujeto a los siguientes límites: (i) que exista una ley que autorice el sometimiento de los asuntos en cuestión a arbitraje y (ii) se excluyen cuestiones que comprometan los atributos de la soberanía o afecten el Estado como poder público¹⁹.

El máximo tribunal argentino también sostuvo que la parte estatal debía actuar como persona jurídica de derecho privado (esto es, mediante actos *iure gestionis*, a diferencia de los actos *iure imperii* o soberanos)²⁰. Sin embargo, esa distinción parece asociada con una concepción dual de la personalidad jurídica estatal ya superada²¹, habiendo ejemplos de regímenes de disputas derivadas de contratos de

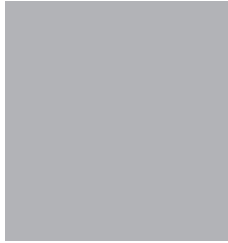
obra pública sometidas a arbitraje y más recientemente también se ha admitido el pacto de arbitraje²² en los contratos de participación público-privada regulados en la Ley 27.328 (concebidos como alternativa a los contratos administrativos y regidos por normas de derecho público)²³.

La Corte Suprema de Justicia argentina ha confirmado la ausencia de obstáculo constitucional para que el Estado someta sus disputas con partes privadas a arbitraje si existe una ley que lo habilite²⁴.

III. El impacto de los principios de *pacta sunt servanda* y buena fe

Al momento de examinar el sometimiento del Estado a arbitraje cobran relevancia también los principios de buena fe y confianza creada. Esos principios no le permiten al Estado desconocer el acuerdo de arbitraje previamente otorgado, mediante la invocación posterior de limitaciones fundadas genéricamente en el orden público o el propio ordenamiento.

En esa línea, los Estados (o sus entidades) deben actuar lealmente y de buena fe, sin poder volver sobre sus propios actos y frustrar la confianza



creada hacia terceros sin consecuencias. Por el contrario, deben cumplir de buena fe con los compromisos asumidos, los que se presumen válidos²⁵.

Estos principios han sido destacados recientemente por la Corte Suprema de Justicia argentina en el caso EN-Procuración del Tesoro Nacional (2018) en el que destacó que el Estado no podía desconocer los compromisos previos asumidos voluntariamente (en un acuerdo de arbitraje) y que acoger una pretensión semejante importaría convalidar un comportamiento contrario al principio de buena fe²⁶.

IV. El Estado y las disputas de inversión

Los principios mencionados precedentemente encuentran similar recepción en el ámbito de los compromisos internacionales. Los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena del

“Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe” y “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.”

Derecho de los Tratados de 1969 establecen, respectivamente que “*Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe*” y “*Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado*”²⁷.

Similar regla se encuentra reflejada en el artículo 3 de la Responsabilidad de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos, que dispone que: “*la caracterización de un acto de un Estado como hecho internacionalmente*

ilícito es regida por el derecho internacional". Esa caracterización no se ve afectada porque el mismo acto sea considerado lícito por el derecho interno²⁸.

"...la caracterización de un acto de un Estado como hecho internacionalmente ilícito es regida por el derecho internacional."

Es decir, en el concierto internacional, los Estados no se encuentran habilitados a invocar su propio ordenamiento interno para tratar de eludir el cumplimiento de los compromisos asumidos en tratados o acuerdos regidos por el derecho internacional. Llevada la regla a lo que aquí nos ocupa, los Estados no pueden desconocer el consentimiento a someterse a arbitraje otorgado en tratados o acuerdos internacionales mediante la invocación de limitaciones fundadas en sus propias normas internas (a riesgo de incurrir en responsabilidad internacional).

I. Fuentes del consentimiento a arbitrar en las disputas de inversión

El arbitraje de inversión es un mecanismo de solución de controversias inversor -Estado que permite a los inversores extranjeros entablar en forma directa reclamos contra el Estado receptor de la inversión ante tribunales arbitrales *ad hoc* o institucionales²⁹.

El consentimiento a arbitrar es el pilar fundamental de los arbitrajes dirigidos a resolver disputas entre un Estado y un inversor nacional de otro Estado³⁰.

Existen distintas fuentes mediante las cuales los Estados pueden prestar su consentimiento a arbitrar sus disputas de inversión:

- **Acuerdo de inversión:** mediante una cláusula contenida en el contrato celebrado entre el inversor y el Estado.
- **Legislación nacional:** mediante normas que prevén el sometimiento de las disputas legales nacidas de una inversión realizada por un inversor extranjero, contenidas en un código o ley de promoción de inversiones (general o sectorial).

- **Tratados:** mediante una cláusula que contiene una oferta de consentimiento a someter las disputas a arbitraje contenida en un tratado bilateral o multilateral de promoción y protección de inversiones (“TBI” y “MIT”, respectivamente).

Desde 1990 la fuente más habitual mediante la cual se ha prestado el consentimiento a arbitrar disputas entre inversor-Estado han sido los tratados. El objetivo de estas cláusulas es garantizar al inversor extranjero un foro arbitral neutral para resolver las disputas nacidas de su inversión en el Estado receptor, a fin de promover y facilitar el flujo de capitales necesario para el desarrollo de los Estados³¹. Ello en tanto, en ausencia de este sistema, los inversores extranjeros se encontrarían obligados a someter sus disputas a las cortes estatales del Estado receptor de la inversión³².

El consentimiento del Estado a arbitrar prestado en los tratados (TBI o MIT) ha merecido especial consideración por la doctrina y la jurisprudencia especializada.

En ese sentido, se trata de una oferta de consentimiento para someter las disputas definidas en el respectivo tratado a arbitraje. Como tal debe ser

“Desde 1990 la fuente más habitual mediante la cual se ha prestado el consentimiento a arbitrar disputas entre inversor-Estado han sido los tratados.”

aceptada por un inversor calificado bajo el TBI o MIT para que se perfeccione el acuerdo de arbitraje. Tanto la oferta de consentimiento como la aceptación deben realizarse por escrito.

El alcance de esa oferta depende de sus términos. La terminología utilizada en los tratados puede variar y, por lo tanto, atender a los términos utilizados es relevante. Lo más frecuente es que los Estados presten su consentimiento a arbitrar con términos inequívocos mediante una oferta vinculante³³.

Sin embargo, algunos tratados contienen expresiones menos claras mediante las cuales, por ejemplo, se declara que los Estados parte se obligan a prestar su consentimiento a arbitrar a futuro o bajo ciertas circunstancias³⁴. En esos casos, el consentimiento a arbitrar no se ha prestado en el

tratado y, por lo tanto, no es vinculante como oferta de consentimiento a arbitrar. Se trataría de un compromiso a hacerlo en el futuro. Mientras puede resultar discutible si los inversores tienen legitimación para requerir al Estado receptor el cumplimiento de un compromiso expresado en esos términos³⁵, cabe reconocer la legitimación de los Estados parte para exigir el cumplimiento del compromiso asumido por el otro Estado en el tratado celebrado entre ellos (incluso mediante medidas de protección diplomática)³⁶.

La oferta de consentimiento a arbitrar contenida en los TBI o MIT es abierta. No obstante, para que exista un acuerdo de arbitraje el consentimiento debe ser mutuo o recíproco. Por lo tanto, se requiere la aceptación de la oferta por el inversor protegido por el tratado en cuestión expedida dentro de los límites de aquélla³⁷.

El momento en el que se extiende por escrito la aceptación de la oferta contenida en el TBI o MIT, se perfecciona el acuerdo de arbitraje³⁸. El consentimiento mutuo así perfeccionado no puede ser revocado unilateralmente. Así lo establece expresamente el artículo 25(1) in fine de la Convención CIADI. No obstante, esa es también

una consecuencia natural del principio *pacta sunt servanda*.

Con anterioridad a la aceptación, la oferta de consentimiento a arbitrar contenida en los TBI o MIT es revocable. No obstante, toda vez que la oferta de consentimiento a arbitrar se encuentra contenida en un tratado esa revocación se encuentra sujeta a las normas y principios del derecho de los tratados. Resulta aplicable el artículo 70 de la Convención de Viena de 1969³⁹.

En esas condiciones, salvo que el texto del tratado en examen indique algo distinto, los Estados parte no se encuentran habilitados a revocar unilateralmente la oferta de consentimiento a arbitrar contenida en ellos caso por caso⁴⁰.

Así, el Estado no puede modificar el consentimiento a arbitrar brindado en un tratado mediante la inclusión de una cláusula a favor de un foro doméstico en los pliegos de bases y condiciones de una licitación (que tienen naturaleza normativa o reglamentaria) o cualquier otra norma doméstica (ver *infra*).

Como se expresó, la aceptación de la oferta de consentimiento a arbitrar contenida en un TBI o MIT

perfecciona el consentimiento. La fecha del consentimiento tiene efectos relevantes, a saber⁴¹:

- (i) el foro pactado resulta excluyente de cualquier otro, salvo reserva expresa en contrario establecida en la misma oferta (artículo 26 de la Convención CIADI);
- (ii) no se puede recurrir a la aplicación de medidas de protección diplomática (artículo 27 de la Convención CIADI);
- (iii) la distinta nacionalidad invocada por el inversor bajo el tratado debe existir al momento de la aceptación;
- (iv) los derechos y obligaciones de las partes con respecto al procedimiento arbitral son las que surgen de las reglas aplicables en ese momento, salvo acuerdo en contrario.

La cláusula de jurisdicción contenida en un TBI o MIT puede alcanzar a todas las disputas derivadas de una inversión⁴² o limitar su alcance solo a determinadas disputas⁴³.

El tipo de disputas alcanzadas por la oferta de consentimiento a arbitrar puede también verse ampliada por efecto de ciertas cláusulas que

consagran protecciones sustantivas como son: la *umbrella clause* y la cláusula de nación más favorecida (“NMF”).

La *umbrella clause* es aquella por la cual los Estados se comprometen a honrar los compromisos asumidos en relación con la inversión⁴⁴. Por efecto de esa cláusula, se eleva el incumplimiento de obligaciones específicas contenidas en contratos o en la legislación del Estado receptor, en violaciones del TBI⁴⁵.

En el caso de la NMF, esta protección obliga a otorgar al inversor el mejor tratamiento que el Estado otorgue a inversores de terceros Estados en otros TBI o MIT⁴⁶. Se ha sostenido que la protección de la NMF solo alcanzaría a los estándares de protección sustantiva sin que alcance a la cláusula de resolución de disputas (salvo que así se acuerde expresamente). Sin embargo, otros tribunales han considerado que no existe razón para

“La *umbrella clause* es aquella por la cual los Estados se comprometen a honrar los compromisos asumidos en relación con la inversión”

limitar los efectos de la cláusula de NMF quedando alcanzada también la cláusula de jurisdicción por constituir una de las principales garantías para los inversores extranjeros contenida en esos tratados⁴⁷.

¿Qué sucede con las cláusulas de resolución de disputas que prevén instancias de negociación previa o exigen someter la disputa previamente a los tribunales del Estado demandado?

Es frecuente que las cláusulas de resolución de disputas entre un Estado y el inversor de la otra parte prevean un período de negociaciones previas (llamados período de espera o “waiting periods”). Asimismo, algunos TBIs prevén el sometimiento previo de la disputa a los tribunales domésticos por un período de tiempo determinado vencido el cual, se haya o no emitido decisión final, el inversor puede someter la disputa a arbitraje.

El previo sometimiento de la disputa a los tribunales domésticos por un período determinado ha sido calificado como un derivado atenuado de los postulados de doctrina Calvo⁴⁸.

Se discute si el cumplimiento de esas instancias previas constituye una condición para consentir el arbitraje (en

cuyo caso se trataría de un presupuesto jurisdiccional y la instancia arbitral no podría abrirse sin haber cumplido esa condición), o un requisito procedimental que puede dispensarse (por ejemplo, por resultar fútil).

Los tribunales han tenido una posición dispar respecto de la calificación de estos pasos previos como requisito procedimental o jurisdiccional, no habiendo uniformidad de criterios hasta el momento⁴⁹.

No obstante, los tratados más modernos fueron eliminando el requisito de recurrir previamente a los tribunales domésticos, previéndose en su lugar la llamada cláusula de “fork in the road” que ofrece al inversor una opción excluyente de someter la disputa a arbitraje o a los tribunales nacionales⁵⁰. Asimismo, tratados recientes (como el T-MEC) han previsto expresamente la dispensa de los plazos de espera cuando se prueba su futilidad⁵¹.

Por último, ¿cómo debe interpretarse la cláusula de resolución de disputas de los TBI o MIT que contiene el consentimiento a arbitrar de los Estados? Los tribunales han adoptado distintas posturas sobre la interpretación de estas cláusulas.

Mientras algunos tribunales han sostenido que el criterio de interpretación de la cláusula de jurisdicción debería ser amplio —en consonancia con los objetivos perseguidos por los TBI de asegurar un foro neutral— otros han sostenido que el criterio debería ser restrictivo toda vez que esas cláusulas implicarían la renuncia de los Estados al derecho a someter sus disputas a sus propios tribunales. Una tercera línea de interpretación, más razonable, postula que la interpretación de estos tratados, incluida esa cláusula, no debe ser ni extensiva ni restrictiva sino que debe guiarse por los principios establecidos en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena de 1969 sobre interpretación de los tratados, que obligan a interpretarlos “de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin” (balanced approach)⁵².

II. Interacción entre el consentimiento a arbitrar prestado en TBI y MIT y las cláusulas previstas en contratos celebrados con el inversor o sus sociedades vehículo

Diversos tribunales han debido resolver la cuestión derivada de la existencia de cláusulas de resolución de

disputas contenidas en los contratos celebrados por los Estados con los inversores o sociedades vehículo, generalmente preestablecidas en los pliegos de bases y condiciones que rigen los procesos de selección de contratistas del Estado o en las leyes domésticas aplicables.

En el caso CIADI “Lanco v. Argentina” (1998) el tribunal debió resolver una disputa entre un inversor estadounidense y la República Argentina derivada de la supuesta violación del TBI entre Estados Unidos y Argentina⁵³. Lanco integró un consorcio que obtuvo la concesión de una terminal del Puerto de Buenos Aires como resultado de un proceso de licitación nacional e internacional en el que resultó adjudicataria (junto a otras compañías) de un contrato de concesión.

El inversor presentó un requerimiento de arbitraje fundado en el consentimiento a arbitrar ofrecido por Argentina en el artículo VII (4) del TBI entre Estados Unidos y Argentina a favor de un tribunal constituido bajo las reglas de la Convención CIADI⁵⁴.

Argentina sostuvo que el contrato de concesión oportunamente suscripto por el demandante contenía una cláusula de jurisdicción a favor de

los tribunales domésticos en lo contencioso administrativo federal que constituía la estipulación en contrario a la que se refiere el artículo 26 de la Convención CIADI⁵⁵.

En su decisión preliminar sobre jurisdicción el tribunal de Lanco rechazó el argumento de Argentina y sostuvo que⁵⁶:

- (i) el consentimiento a arbitrar contenido en el TBI es una invitación u oferta abierta de los Estados dirigida a los inversores protegidos por aquél;
- (ii) esa oferta de consentimiento a arbitrar es vinculante para los Estados y no para los inversores;
- (iii) con la formalización de la aceptación de la oferta se crea el consentimiento mutuo requerido para que haya acuerdo de arbitraje vinculante para ambas partes;
- (iv) la aceptación del inversor torna aplicable la regla del artículo 26 de la Convención CIADI que establece la exclusividad del arbitraje CIADI como remedio para resolver la controversia con exclusión de otro foro.

(v) el tribunal confirmó la prevalencia de la disposición de solución de controversias del TBI sobre las cláusulas contractuales de selección de foro, en lo que respecta a las reclamaciones del TBI.

(vi) resaltó que tampoco era necesario el agotamiento de las vías locales salvo estipulación en contrario, que de existir, debía surgir del mismo instrumento internacional (no de un acuerdo distinto).

En línea con ello, el tribunal de Lanco destacó la regla de abstención judicial de los tribunales locales (es decir, el deber de no injerencia) que se desprende del artículo 26 de la Convención CIADI una vez que se perfecciona el consentimiento al arbitraje del CIADI. También recordó la exposición del Estado a la responsabilidad internacional que puede resultar del incumplimiento de ese deber por parte de los tribunales⁵⁷.

La doctrina Lanco constituye una sana construcción de la interacción entre los compromisos asumidos por los Estados en los TBI y MIT y las previsiones contenidas en las legislaciones domésticas o instrumentos legales internos predispuestos por los Estados. Lo dispuesto en los TBI o

MIT prevalece sobre los instrumentos legales internos en todo lo que concierne a las disputas derivadas del incumplimiento de los primeros. Esa construcción aparece como la única que permite prevenir posibles conductas indebidas de los Estados tendientes a eludir los compromisos internacionales asumidos en aquellos tratados mediante cláusulas de foro impuestas en instrumentos internos predispuestos por un Estado sin el concurso del otro Estado parte (y, por lo tanto, en forma unilateral).

V. Conclusión

El sometimiento de los Estados al arbitraje reviste ciertas particularidades. Mientras el requisito fundamental del consentimiento a arbitrar se mantiene, la facultad de someter sus disputas (o algunas de ellas) a arbitraje y ser parte de un procedimiento arbitral se ve influido por el principio de legalidad, conforme al cual la actuación del Estado queda sujeta al ordenamiento jurídico debiendo existir una norma que lo habilite a actuar. Esa habilitación puede emanar de la Constitución, de un tratado, de la legislación (general o especial) u otra norma inferior conforme lo permita el ordenamiento en cuestión.

“Una vez prestado el consentimiento a arbitrar por el Estado éste queda obligado a respetar el compromiso asumido frente a terceros conforme a los principios de lealtad, buena fe y la confianza legítima creada, sin poder desconocer los compromisos asumidos y volver sobre sus propios actos en forma unilateral.”

El consentimiento a arbitrar prestado por el Estado puede estar expresamente condicionado o prever el cumplimiento previo de requisitos procesales. En todos los casos debe atenderse al texto de la cláusula de jurisdicción acordada, la que debe interpretarse conforme a los principios generales de interpretación de las leyes, los contratos y los tratados según sea el caso.

Una vez prestado el consentimiento a arbitrar por el Estado éste queda obligado a respetar el compromiso asumido frente a terceros conforme a los principios de lealtad, buena fe y la confianza legítima creada, sin poder

desconocer los compromisos asumidos y volver sobre sus propios actos en forma unilateral.

En el ámbito del arbitraje de inversión la fuente más frecuente del consentimiento del Estado a arbitrar son los TBI o MIT. Las cláusulas de jurisdicción contenidas en esos tratados constituyen ofertas de consentimiento a arbitrar que deben ser aceptadas por escrito por los inversores protegidos por esos instrumentos para que se perfeccione el acuerdo de arbitraje.

Los TBI y MIT se encuentran regidos por las normas y principios del derecho internacional público que prohíben a los Estados invocar sus propias normas internas para eludir el cumplimiento de los compromisos asumidos en dichos tratados, resultando aplicables los principios de *pacta sunt servanda*, buena fe y restantes previstos en los artículos 26, 27, 31 y 32 de la Convención de Viena de 1969.

- ¹. RIVERA, Julio C., “Arbitraje Comercial. Internacional y Doméstico”, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 4.
- ². Su carácter adversarial lo distingue de otros métodos alternativos de resolución de disputas como son: la negociación, la conciliación y la mediación.
- ³. GAILLARD, Emmanuel y Savage, John (eds), Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration, Kluwer Law International; Kluwer Law International (1999) pp. 30/31. AGUILAR ÁLVAREZ, Guillermo, “Article II(2) of the New York Convention and the Courts”, en VAN DEN BERG, A.J., (ed), Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention (ICCA Congress Series, vol. 9, Kluwer Law International, 1999), p. 68; AMERASINGHE, Ch. F., Jurisdiction of specific international tribunals (Martinus Nijhoff Publishers, 2009), p. 437. Hace excepción de esta regla el llamado arbitraje forzoso (que algunos autores niegan que se pueda considerar arbitraje) impuesto por ley para determinadas disputas. GAILLARD, Emmanuel y SAVAGE, John (eds), Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration, Kluwer Law, ob. cit., p. 31; RIVERA, Julio C., Arbitraje Comercial. Internacional y Doméstico, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, pp. 52/53.
- ⁴. Mientras que el arbitraje encuentra su principal fuente en la voluntad común de las partes que da origen al pacto arbitral, los árbitros ejercen una función de naturaleza jurisdiccional al resolver las controversias sometidas con carácter definitivo y, en los arbitrajes de derecho, con fuerza de verdad legal. Sobre la naturaleza del arbitraje, ver CAIVANO, Roque J., Arbitraje, 2da edición, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008, p. 24 y ss. GAILLARD, Emmanuel y SAVAGE, John (eds), Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration, Kluwer Law, ob. cit., p. 30.
- ⁵. En Argentina, ver artículos 17, 19 y 33 de la Constitución Nacional. Ver CORRA, María Inés y CAIVANO, Roque J., “Argentina: Arbitraje y Constitución”, en Revista ALARB, v. 1, 2020, p. 43.
- ⁶. CORRA, María Inés y CAIVANO, Roque J., “Argentina: Arbitraje y Constitución”, en Revista ALARB, v. 1, 2020, pp. 43/44. En Argentina, el artículo 958 del Código Civil y Comercial establece: “Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres”.
- ⁷. DALLA VÍA, Alberto R.: “Relevancia del orden público en la afirmación de la autonomía personal”, Revista de Jurisprudencia Argentina, 1998-III-1093.
- ⁸. CORRÁ, María Inés y CAIVANO, Roque J., “Argentina: Arbitraje y Constitución”, en Revista ALARB, Asociación Latinoamericana de Arbitraje, v. 1, 2020, p. 44. En EN- Procuación del Tesoro c/ (nulidad del laudo del 20-III-09) s/ recurso directo, Fallos: 341:1485, (CSJN, Noviembre 6, 2018), la Corte Suprema de Justicia argentina sostuvo al respecto que: “El derecho argentino tutela tanto la libertad de contratar, que es un aspecto de la autonomía personal, como la de configurar el contenido del contrato, que es un supuesto del derecho a ejercer industria lícita. Esta formulación es consistente con la clásica jurisprudencia de esta Corte, canónicamente enunciada en el precedente “Bourdieu”, según la cual el artículo 17 de la Constitución Nacional protege “todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad” y que “(t)odo derecho que tenga un valor

reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado sea que nazca de actos administrativos (derechos subjetivos privados o públicos)... integra el concepto constitucional de “propiedad” (conf. Fallos: 145:307, en especial página 327).”

⁹ Entre las legislaciones que incorporan el arbitraje como método de resolución de disputas relacionadas con contratos públicos se destaca la Ley 30.225 (texto único ordenado) del Perú (artículo 45 y ss) (disponible en <https://diariooficial.elperuano.pe/pdf/0022/tuo-ley-30225.pdf>). En Argentina, la Ley 27.328 de Contratos de Participación Público-Privada también previó el sometimiento de las disputas nacidas de estos contratos a arbitraje (artículos 25 y 26) (disponible en <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-27328-268322-actualizacion>). Asimismo, diversos países contienen disposiciones constitucionales que habilitan expresamente al Estado a someterse a arbitraje en las contrataciones públicas (ver así, la Constitución del Ecuador, artículo 190, disponible en <https://www.ambiente.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2018/09/Constitucion-de-la-Republica-del-Ecuador.pdf>).

¹⁰ CORRA, María Inés, “Arbitrability of Substantive Disputes”, in *Arbitration in Argentina*, Fabricio Fortese (ed), Kluwer Law International, 2020, The Netherlands, p. 41. Entre las materias excluidas en el derecho argentino se encuentran: las cuestiones sobre el estado de las personas, las que afectan el orden público, el derecho del consumidor, entre otros. No obstante, las exclusiones se encuentran definidas en los ordenamientos jurídicos y ellas pueden diferir, por lo que debe atenderse al ordenamiento jurídico aplicable en cada caso.

¹¹ CORRA, María Inés, “Arbitrability of Substantive Disputes”, in *Arbitration in Argentina*, ob. cit., pp. 46/47.

¹² CORRA, María Inés, “Arbitrability of Substantive Disputes”, in *Arbitration in Argentina*, ob. cit., pp. 57/58. Ver Ley Modelo UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional, artículos 1.5, 16 y 34.2.a(i) y 34.2.b(i) y (ii), texto recogido por un número importante de legislaciones domésticas, disponible en: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/07-87001_ebook.pdf

¹³ Ver Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958, artículos II.1 y V.1.a) y V.2.a) y b), disponible en <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/new-york-convention-s.pdf>.

¹⁴ Enseña Tawil que este principio –base de la actuación del Estado desde que dejara de ser un Estado –policía para transformarse en un Estado de Derecho– “postula el sometimiento de la Administración a la ley en todo su accionar. Pero no implica él, exclusivamente, el sometimiento del Estado a la norma jurídica en sentido formal, sino a todo el ordenamiento jurídico –entendido éste como una realidad dinámica- en decir, como lo denominara Hauriou, al bloque de legalidad”. “Bajo el principio de legalidad, el ejercicio de la actividad administrativa resulta producto de la utilización de potestades atribuidas previamente a la Administración” añadiendo que “por lo que resulta necesario la existencia de una norma que además de configurarlas, las atribuya en concreto”. Ver TAWIL, Guido S., *Administración y justicia*, Depalma, Buenos Aires, 1993, pp. 32, 37/37.

¹⁵ Ver Constitución del Ecuador, artículo 190.

¹⁶ Es el caso de los numerosos tratados de promoción y protección de inversiones y convenciones celebradas con similar objetivo a las que nos referimos infra.

¹⁷ Ver, por ejemplo, las legislaciones nacionales citadas en la nota al pie 9 supra.

¹⁸ Un precedente interesante en esta línea es el denominado Conflicto de Competencia No. 151.130/SP, del Superior Tribunal de Justicia de Brasil (27/11/2019). Como consecuencia de la devaluación de las acciones de Petrobras a causa de las investigaciones de la Operación “Lava Jato”, el gobierno federal brasileño fue demandado en una serie de procedimientos arbitrales iniciados por accionistas minoritarios de la compañía por las pérdidas sufridas. El gobierno federal pidió la declaración de la ausencia de consentimiento para el arbitraje y la consecuente invalidez de la cláusula arbitral prevista en el Estatuto de Petrobras. El Tribunal Superior de Justicia declaró, por mayoría, que (i) el tribunal federal sería el competente para procesar y juzgar pedidos de indemnización contra el gobierno federal; y que (ii) la cláusula arbitral no vincularía el gobierno federal ante la ausencia de previsión legal o regulatoria que autorice el gobierno a vincularse a esta cláusula específica. Eso porque, (iii) a pesar de la autorización del ordenamiento jurídico brasileño cuanto a la utilización del arbitraje por la administración pública directa e indirecta, en casos envolviendo el gobierno federal, el requisito del consentimiento expreso estaría sujeto al principio de la legalidad, que sólo permite al gobierno federal actuar de acuerdo con la ley, no siendo posible extraer del Estatuto de la compañía el consentimiento inequívoco del gobierno de vincularse a la cláusula compromisoria.

¹⁹ Ver Gerardo Pagano v. Estado Nacional, Fallos: 133:61 (CSJN, Noviembre 12, 1920); solución reiterada en Sociedad Anónima Puerto del Rosario c/ Gobierno Nacional; Fallos: 152:347; Cía. Italo Argentina de Electricidad v. La Nación, Fallos: 178:293 (CSJN, Agosto 16, 1937); Guido Simonini v. La Nación, Fallos: 194:155 (CSJN, Noviembre 4, 1942). Ver también CORRA, María Inés, “Arbitrability of Substantive Disputes”, in *Arbitration in Argentina*, ob. cit., pp. 55/56.

²⁰ Ver precedentes citados en la nota al pie anterior.

²¹ En la doctrina moderna, la concepción de la doble personalidad del Estado se encuentra prácticamente superada. El Estado tiene una única personalidad sin perjuicio de encontrarse habilitado a actuar bajo derecho público o bajo derecho privado (CASSAGNE, Juan C., *Curso de Derecho Administrativo*, 11º Ed., Tomo 1, La Ley, Buenos Aires, 2026, p. 216). Cabe distinguir la actuación de las empresas o sociedades estatales incorporadas bajo regímenes de derecho comercial. En esos casos, si el arbitraje fuera procedente y estuviere reconocida la facultad de someterse a arbitraje o transar en sus estatutos, estas sociedades o empresas podrán someterse a arbitraje. Ver CASSAGNE, Juan C., *Curso de Derecho Administrativo*, ob. cit., pp. 315 y 356.

²² Ver en el derecho argentino, artículo 55 de la Ley 13.064 de Obras Públicas, al amparo de la cual se creó el Tribunal Arbitral de Obras Públicas en el año 1947 que se disolvió en el año 2001. Ver Decreto 11.511/1947 y Decreto 1349/2001.

²³ Ver en el derecho argentino, Ley 27.328, artículos 25 y 26.

²⁴ Ver *Techint Compañía Técnica Internacional S.A.C.E. e.l. v. Empresa Nuclear Argentina de Centrales Eléctricas en liquidación y Nucleoeléctrica Argentina S.A.*, Fallos: 330:2215 (CSJN, Agosto 8, 2007). En Argentina las dudas sobre la validez constitucional del sometimiento del Estado a arbitraje se suscitaron a partir de lo dispuesto en el ex artículo 109 de la Constitución argentina (actual artículo 116) que dispone: “Corresponde a la Corte Suprema y

a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de (...) de los asuntos en que la Nación sea parte”. La Corte Suprema de Justicia entendió que ese artículo no impedía al Estado pactar arbitraje sujeto a las condiciones establecidas en la jurisprudencia citada en la nota al pie 19 supra y su texto.

²⁵ Mientras en los contratos del Estado cuyo objeto se encuentra principalmente regido por el derecho privado la autonomía de la voluntad se expresa con amplitud, en los contratos regidos por el derecho administrativo, el ejercicio de esa autonomía puede verse acotada por ciertas limitaciones derivadas del régimen de derecho administrativo (por ejemplo, esos contratos generalmente contienen condiciones predisuestas por el Estado en los pliegos de bases y condiciones de la contratación que los particulares deben normalmente aceptar). No obstante, ambos contratos se encuentran alcanzados por el principio básico de la buena fe que en materia contractual “abona el cumplimiento de las obligaciones pactadas a través de varias soluciones que se fundan en la conducta que se espera de una persona normal, que actúe con lealtad y sin malicia”. Del mismo modo, la jurisprudencia argentina ha rechazado la actuación del Estado que pretende, para beneficiarse a costa del contratista, desconocer o contradecir sus actos o hechos anteriores legítimos. Ver CASSAGNE, Juan C., *El contrato administrativo*, tercera edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 100.

²⁶ EN - Procuración del Tesoro Nacional c/ (nulidad del laudo del 20-III-09) s/ recurso directo, Fallos: 341:1485 (CSJN, Noviembre 6, 2018). En ese caso, a pesar de que el acuerdo de arbitraje había sido suscripto en el marco de una ley que habilitaba a hacerlo y que se había acordado que el laudo final solo estaría sujeto a la revisión de nulidad, el Estado Nación pretendió que la Corte incurriera en una revisión del mérito de lo resuelto por el tribunal arbitral. El máximo tribunal rechazó el planteo señalando que: “en ese caso, ... la cuestión no comprometía sus poderes públicos, mediaba autorización legal y el compromiso arbitral habilitaba la revisión por vía del recurso de nulidad previsto en el antiguo artículo 787 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”. En esas condiciones, agregó que: “La procedencia del recurso del Estado Nacional también afectaría la autonomía de la voluntad de las partes en cuanto acordaron que el laudo tenía carácter definitivo e inapelable, lo cual conllevaría una grave limitación en la libertad contractual amparada por la Constitución Nacional (artículos 14, 17 y 19)” y “Sobre esa base, la pretensión del Estado de desconocer lo pactado en cuanto al alcance de la revisión judicial de lo decidido por el árbitro no puede prosperar. En todo caso, el agravio causado por la falta de revisión de la sustancia del laudo, de existir, es fruto de su propia conducta discrecional (conf. Fallos: 289:158, citado, considerando 40, donde se trató un caso de arbitraje laboral libremente convenido por las partes). Hacer lugar a lo solicitado por el recurrente implicaría validar un comportamiento contrario al principio de buena fe, que requiere comportarse de acuerdo con los compromisos previos asumidos voluntariamente y que se encuentran enraizados en normas dictadas por el propio Estado Nacional, que fijan al arbitraje como mecanismo de solución de controversias (conf. inciso 1° del artículo XII del convenio aprobado por ley 23.396).” (el énfasis es propio).

²⁷ El artículo 46 de la Convención de Viena de 1969 reitera similar principio con una excepción, al afirmar que “1. El hecho de que el conocimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno

concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esta violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno”, añadiendo que “2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe.”

²⁸ Responsabilidad de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos, artículo 3, en inglés original: “The characterization of an act of a State as internationally wrongful is governed by international law. Such characterization is not affected by the characterization of the same act as lawful by internal law.”

²⁹ Normalmente en el arbitraje ad hoc o “no institucional”, se aplica el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional – UNCITRAL, sin una entidad administradora. En cambio, el arbitraje “administrado” o “institucional” se despliega en el ámbito del centro de arbitraje previsto en la cláusula de jurisdicción aplicable. El más elegido suele ser el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) creado por la Convención de 1965 (“Convención CIADI”). Otros centros por los que se opta son: la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya (PCA); la London International Arbitration Court (LIAC), la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (ICC) entre otros.

³⁰ Ver Reporte de los Directores Ejecutivos del Banco Mundial sobre la Convención CIADI, párrafo 23: “Consent of the parties is the cornerstone of the jurisdiction of the Centre.” (disponible en: https://icsid-archive.worldbank.org/en/Documents/resources/2006%20CRR_English-final.pdf).

³¹ TAWIL, Guido S., “Los Conflictos en Materia de Inversión, la Jurisdicción del CIADI y el Derecho Aplicable: a Propósito de las Recientes Decisiones en los Casos ‘Vivendi’, ‘Wena’ y ‘Maffezini’”, *Revista Brasileira de Arbitragem* (Kluwer Law International, 2003), pp. 127/128; SCHREUER, Christoph, “Consent to Investment Arbitration” (*Transnational Dispute Management* vol. 2, issue 05, 2007), p. 6. Ver también, *Siemens A.G. v. The Argentine Republic*, Caso CIADI No. ARB/02/8 (Decisión sobre jurisdicción), Agosto 3, 2004 (“*Siemens v. Argentine Republic*”). párrafos 181/182.

³² El sistema consagrado en la Convención CIADI (1965) implicó una superación de la llamada doctrina Calvo conforme a la cual, en función del principio de igualdad de los Estados, los nacionales de otros países carecían de derechos y privilegios especiales y las controversias relativas a reclamos de esos inversores extranjeros contra los Estados receptores debían dirimirse exclusivamente ante sus tribunales sin acceder a la protección diplomática. Ver BIGGS, G., “Bernardo Cremades”; Contribution to the Development of Arbitration Law in Latin America”, en FERNÁNDEZ, M.A. - BALLESTER and ARIAS LOZANO, D., *Liber Amicorum Bernardo Cremades* (Wolters Kluwer España; 2010), p. 216 y TAWIL, Guido S., *On the Internationalization of Administrative Contracts, Arbitration and the Calvo Doctrine*, en Albert Jan Van den Berg (ed), *Arbitration Advocacy in Changing Times*, ICCA Congress Series, Volumen 15 (Kluwer Law International 2011) pp. 328/334).

³³ Expresiones como “hereby consent” implican un consentimiento vinculante para los Estados parte del tratado. Ver en este sentido, entre otros, el TBI entre Reino Unido y Tanzania (1994), artículo 8(1) y el TBI entre Argentina y el Reino de los Países Bajos (1992), artículo 10(3).

³⁴ Expresiones conforme a las cuales los Estados “shall consent” a arbitrar en caso de suscitarse una disputa futura, no implican un consentimiento actual y vinculante pero sí la asunción de un compromiso legal de prestar el consentimiento a futuro. Ver en este sentido, entre otros, TBI entre Japón y Pakistán (1998), artículo 10(2); TBI entre Australia e Indonesia (1992), artículo 4(2); and entre Australia y Lituania (1998), artículo 13.3.(a).

³⁵ En estos casos, mientras el inversor protegido no podría exigir la constitución de un tribunal arbitral en tanto no se perfeccione el acuerdo de arbitraje (algo que solo sería posible mediando una oferta de consentimiento inequívoca), cabe plantearse si ese inversor estaría legitimado para interponer una demanda ante los tribunales del Estado receptor si ha nacido una controversia cubierta por el tratado y se encontraran cumplidas las condiciones previstas en el TBI, a fin de que se le ordene cumplir con el compromiso asumido en el tratado de prestar su consentimiento en esas circunstancias. Si bien los compromisos asumidos en los tratados vinculan a los Estados parte y, por lo tanto, estos son los primeros legitimados para demandar su cumplimiento, las cláusulas que contienen un compromiso de prestar el consentimiento a arbitrar cumplidas ciertas circunstancias tienen como beneficiarios directos a los inversores protegidos, motivo por el cual existiría en cabeza de ellos un interés jurídico suficiente para demandar su cumplimiento.

³⁶ SCHREUER, Christoph, “Consent to Arbitration”, en P. Muchlinski – F. Ortino – Ch. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law* (Oxford University Press, 2008), p. 836 y DUGAN, C-F., - WA LACE, D., Jr. –RUBINS, N.D. - SABAHI, B., *Consent to Arbitral Jurisdiction*, (Oxford University Press, 2008), p. 238).

³⁷ La aceptación se puede extender sin limitaciones, salvo las establecidas en la oferta (por ejemplo, que se haya establecido un plazo en el tratado aplicable para aceptar. Tal es el caso, por ejemplo, del T-MEC (2020), artículo 14.D.5.1 (c) que establece un plazo de cuatro (4) años, contado desde que el demandante tuvo conocimiento o debió tener conocimiento del incumplimiento que alega, para someter la disputa a arbitraje). Ver también SCHREUER, Christoph, “Denunciation of the ICSID Convention and Consent to Arbitration”, en M. Waibel - A. Kaushal - K. L. Chung, - C. Balchin (eds), *The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality* (Kluwer International, 2010), p. 358.

³⁸ Lo más frecuente es que la aceptación de la oferta de consentimiento para arbitrar contenida en un tratado se realice al presentar el requerimiento de arbitraje (“request for arbitration”), pero nada impide que se pueda producir en un momento anterior. SICARD-MIRABAL, Josefa –DERAINS, Yves, *Introduction to Investor- State Arbitration* (Kluwer Law International, 2018), pp. 51/52; REED, Lucy – PAULSSON, Jan, et al., *Guide to ICSID Arbitration* (Kluwer Law International, 2010), p. 38.

³⁹ SCHREUER, Christoph, “Denunciation of the ICSID Convention and Consent to Arbitration”, en M. Waibel - A. Kaushal - K. L. Chung, - C. Balchin (eds), *The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality* (Kluwer International, 2010), p. 362. El artículo

70 de la Convención de Viena de 1969 dispone:

⁴⁰ SCHREUER, Christoph, “Consent to Arbitration”, in P. Muchlinski – F. Ortino – Ch. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law* (Oxford University Press, 2008), p. 837.

⁴¹ AMERASINGHE, Ch. F., *Jurisdiction of specific international tribunals* (Martinus Nijhoff Publishers, 2009), p. 446; SCHREUER, Christoph, “Denunciation of the ICSID Convention and Consent to Arbitration”, en M. Waibel - A. Kaushal - K. L. Chung, - C. Balchin (eds), *The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality* (Kluwer International, 2010), pp. 361/364.

⁴² Ver, entre otros, TBI entre Pakistan y Suiza (1996), artículo 9(1); TBI entre Argentina y Francia (1993), artículo 8(1); TBI entre Egipto y Tanzania (1997), artículo 10(1).

⁴³ Ver, por ejemplo, Anexo 14.C, artículo 1 y artículo 14.D.3.1 del T-MEC.

⁴⁴ Ver, entre otras, TBI entre Argentina y Estados Unidos de América (1994), artículo 2(2)(c); TBI entre Argentina y Reino Unido (1993), artículo 2(2); TBI entre Reino de los Países Bajos y Paraguay (1994), artículo 3(4).

⁴⁵ Ver por todos, SCHREUER, Christoph, *Consent to Arbitration*, en P. Muchlinski – F. Ortino – Ch. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law* (Oxford University Press, 2008), p. 839. El alcance de la protección otorgada por la *umbrella clause* ha sido controvertido. Los casos *SGS v. Pakistan* (bajo el TBI Pakistan - Suiza, artículo 11) y *SGS v. Filipinas* (bajo el TBI Pakistan –Filipinas, artículo X(2)) brindan un claro ejemplo de la posición diametralmente opuesta sostenida por esos tribunales. Mientras el primer tribunal sostuvo que la cláusula paraguas no otorgaba una protección autónoma al resto de las protecciones del tratado, en la posición opuesta, el segundo tribunal afirmó que sí lo hacía. Ver *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, Caso CIADI No. ARB/01/13 (Decisión sobre Objeción a la Jurisdicción), Agosto 6, 2003, párrafos 166/167 y *SGS Société Générale de Surveillance SA v. the Republic of the Philippines*, Caso CIADI No. ARB/02/6 (Decisión sobre Jurisdicción), Enero 29, 2004, párrafos 127/128.

⁴⁶ SCHREUER, Christoph, *Consent to Arbitration*, in P. Muchlinski – F. Ortino – Ch. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law* (Oxford University Press, 2008), p. 851. TAWIL, Guido s., *Los Conflictos en Materia de Inversión, la Jurisdicción del CIADI y el Derecho Aplicable: a Propósito de las Recientes Decisiones en los Casos ‘Vivendi’, ‘Wena’ y ‘Maffezini’* (Kluwer International Law, 2003), pp. 154/155.

⁴⁷ A favor de extender la cláusula de NMF a la cláusula de jurisdicción contenida en los TBI, ver *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*, Caso CIADI No. ARB/97/7 (Decisión sobre Objeciones a la Jurisdicción), Enero 25, 2000, párrafos 61/64; *Siemens v. Argentine Republic* (Decisión sobre Jurisdicción), párrafo 120; *Hochtief AG v. The Argentine Republic*, Caso CIADI No. ARB/07/31 (Decisión sobre Jurisdicción), Octubre 24, 2011, párrafo 73; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. The Argentine Republic*, Caso CIADI No. ARB/03/19 (Decisión sobre Jurisdicción), Agosto 3, 2006, párrafo 57; *National Grid plc v. The Argentine Republic*, UNCITRAL (Decisión sobre Jurisdicción), Junio 20, 2006, párrafo 93; *RosInvestCo v. Russian Federation*, párrafos 155/156, entre otros. En contra de esa extensión, ver: *Salini v. Jordan*, párrafos 112/119;

Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, Caso CIADI No. ARB/03/24 (Decisión sobre Jurisdicción), Febrero 8, 2005, párrafo 215; Vladimir Berschader and Moïse Berschader v. The Russian Federation, Caso SCC No. 080/2004 (Laudo), Abril 21, 2006, párrafo 181; Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentine Republic, Caso CIADI No. ARB/04/14 (Laudo), Diciembre 8, 2008, párrafos 160/167; ICS Inspection and Control Services Limited (United Kingdom) v. The Republic of Argentina, Caso UNCITRAL, PCA No. 2010-9 (Laudo sobre Jurisdicción), Febrero 10, 2012, párrafos 274/318.

^{48.} SCHREUER, Christoph, “Calvo’s Grandchildren: The Return of Local Remedies en Investment Arbitration” (The Law and Practice of International Courts and Tribunals 1, 2005), p. 1; y SICARD-MIRABAL, Josefa - DERAÏNS, Yves, Introduction to Investor-State Arbitration (Kluwer Law International, 2018), p. 53.

^{49.} A favor de entender que se trata de un requisito procedimental dispensable, ver Ronald S. Lauder v. The Czech Republic, UNCITRAL (Laudo Final), Septiembre 3, 2001, párrafos 188/191. En contra: Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic, Caso CIADI No. ARB/01/3 (Decisión sobre Jurisdicción), Enero 14, 2004, párrafo 88 y Antoine Goetz et consorts v. République du Burundi, Caso CIADI No. ARB/95/3 (Laudo), Febrero 10, 1999, párrafos 90/93. En doctrina: TAWIL, Guido S. “Los Conflictos en Materia de Inversión, la Jurisdicción del CIADI y el Derecho Aplicable: a Propósito de las Recientes Decisiones en los Casos ‘Vivendi’, ‘Wena’ y ‘Maffezini’”, Revista Brasileira de Arbitragem (Kluwer Law International, 2003), p. 159. Ver también, AMERASINGHE, Ch. F., Jurisdiction of specific international tribunals (Martinus Nijhoff Publishers, 2009), pp. 119/120.

^{50.} Ver por ejemplo, TBI entre Argentina y Estado Unidos de América, artículo VII (4).

^{51.} Ver T-MEC, artículo 14.D.5.1 (b).

^{52.} Ver Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt, Caso CIADI No. ARB/84/3 (Decisión sobre jurisdicción), Abril 14, 1988, párrafo 143; OPIC Karimum Corporation v. The Bolivarian Republic of Venezuela, Caso CIADI No. ARB/10/14 (Laudo), Mayo 28, 2013, among others. Ver también, CORRÁ, María Inés, “Consent to Arbitration Given through Investment Treaties”, en Arbitration Beyond Borders: Essays in Memory of Guillermo Aguilar Álvarez, Michael Reisman y Nigel Blackaby, editores, Kluwer Law International, 2022 (en edición), section II.D.

^{53.} Lanco International Inc. v. The Argentine Republic, Caso CIADI No. ARB/97/6 (Decisión preliminar sobre jurisdicción), Diciembre 8, 1998.

^{54.} Ver TBI entre Argentina y Estados Unidos de América, artículos VII (4).

^{55.} Ver Lanco v. Argentina, párrafo 34.

^{56.} Ver Lanco v. Argentina, párrafos 34/43.

^{57.} Ver Lanco v. Argentina, párrafo 40. Ver también, CORRÁ, María Inés, “Consent to Arbitration Give through Investment Treaties”, en Arbitration Beyond Borders: Essays in Memory of Guillermo Aguilar Álvarez, Michael Reisman y Nigel Blackaby, editores, Kluwer Law International, 2022 (en edición), secciones I.A y III.

Sobre la autora

María Inés Corrá

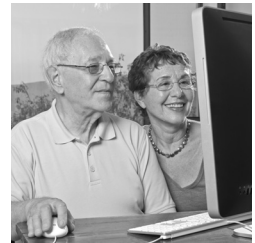


María Inés Corrá (LLM) es socia y co-directora del departamento de Arbitraje Internacional, Derecho Administrativo y Regulación Económica de Bomchil, Argentina. Es profesora de Arbitraje y Mediación de la Facultad de Derecho de la Universidad Torcuato Di Tella, de Elementos de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y de Regulación Económica Sectorial en el Máster en

Derecho Administrativo Económico de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Dicta clases en diversos programas de arbitraje internacional. Integra el directorio de la Asociación Latinoamericana de Arbitraje, es Presidente de la Comisión de Arbitraje de ICC Argentina y es miembro ex officio de la Comisión de Arbitraje & ADR de la Cámara de Comercio Internacional.

Sumario

- I.** *La globalización digital y las barreras psicopolíticas;*
- II.** *La solución interamericana;*
- III.** *El legado neoliberal y sus pecados;*
- IV.** *El tiempo reencontrado*



**Eduardo
Manuel Val**

En busca del tiempo perdido para las personas mayores en América Latina

Infelizmente la gran mayoría de las personas mayores en Nuestra América no tienen condiciones financieras de rememorar sus experiencias comiendo una “madelaine” en un desayuno proustiano.

A la decadencia física y mental, propia del paso del tiempo se suman la pobreza endémica a la que son sometidas las grandes mayorías de nuestros pueblos, las condiciones de trabajo muchas veces reñidas con los parámetros mínimos de dignidad, sea por los niveles salariales insuficientes o por las condiciones materiales en que se realizan las labores, tanto en las áreas rurales como en los grandes centros urbanos de nuestras capitales y en sus numerosos suburbios, la insuficiencia crónica de seguridad social que no los contempla y de derechos de la seguridad social.

Todas esas desgracias impactan en un segmento de nuestra población del

que poco se habla y por el que poco se hace. Las personas mayores como colectivo parecen invisibilizadas a la hora de efectivizar políticas públicas que mejoren sus condiciones de vida.

Pero esas personas existen y son muchas. Datos levantados por la CEPAL estiman que en el año 2000 las personas mayores de 60 años eran 41,3 millones en la región, esta cifra aumentaría entre 2010 y 2030 de 58, 57 millones a 119,67 millones y puede llegar en 2050 hasta 195, 87 millones de personas. Esto significa un aumento de 25% en el período.

A pesar de estos números la erosión paulatina de su valor político, económico y social como grupo se ha acelerado en los últimos cuarenta años al mismo tiempo que la narrativa neoliberal construía y diseminaba una fantasía hedonista de consumo y pragmatismo productivista la que las personas mayores parecen no tener un lugar.

“Datos levantados por la CEPAL estiman que en el año 2000 las personas mayores de 60 años eran 41,3 millones en la región, esta cifra aumentaría entre 2010 y 2030 de 58, 57 millones a 119,67 millones y puede llegar en 2050 hasta 195, 87 millones de personas. Esto significa un aumento de 25% en el período.”

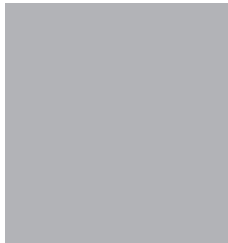
El decreciente peso político de las personas mayores en los procesos electorales ha disminuido su espacio de representación en los espacios institucionales de los estados democráticos de derecho. Una de las consecuencias de esta realidad es la falta de representantes que defiendan sus intereses a partir de aquello que en portugués denominamos “*lugar de fala*”.

Esta posición de entender los problemas y las necesidades de las personas mayores exige sentir en la propia piel y carne los dolores de una progresiva exclusión que anula su voz y relativiza su espacio ciudadano.

En lo económico la pérdida de su condición de ciudadanos activos en una sociedad capitalista relega a las personas mayores que pasan a perder su estatus de sujetos productivos para convertirse en objetos improductivos que pesan en el presupuesto general del estado. El aumento de la expectativa de vida en América Latina es vista como un problema para los economistas.

Para los gestores económicos las personas mayores de edad son una variable no deseada en sus planillas. Los costos de la seguridad social y de salud pública generados por las personas mayores de edad son vistos como un peso para las cuentas públicas. Por otro lado, los planes de salud privado alcanzan valores astronómicos para ese mismo grupo ya que se presupone que demandan servicios costosos y frecuentes. Esto hace de esa opción una posibilidad accesible solo para una minoría privilegiada y no para la mayoría de la población de personas mayores de edad.

Desde el punto de vista de su importancia social hemos pasado por una transformación de valores y la experiencia y sabiduría adquiridas con el paso del tiempo y al mismo tiempo el prestigio y autoridad ejercidas en el espacio público como también en el seno familiar han ido desapareciendo.



I. La Globalización Digital y las Barreras Psicopolíticas

Las dificultades para adquirir nuevas habilidades y competencias exigidas por la nueva sociedad de la información, concepto muy bien desarrollado por Manuel Castells, las permanentes revoluciones tecnológicas y la sofisticación de la era digital han relegado y en muchos casos excluidos a amplios segmentos de las personas mayores. Esto se agrava en las clases sociales menos favorecidas con menor educación digital y exiguo acceso financiero a los equipamientos tecnológicos.

Existen diversos problemas conexos que también llamamos de “barreras psicopolíticas” se trata del analfabetismo digital. La sociedad de información exige habilidades para acceder a servicios sociales e informaciones que son ofrecidas por internet y muchas de ellas exigen registros electrónicos llenando planillas y formularios

“Existen diversos problemas conexos que también llamamos de “barreras psicopolíticas” se trata del analfabetismo digital.”

complejos o publicar documentos en plataformas propias de los mecanismos de gobernanza digital. Claves y señas de acceso son vitales para accionar aplicativos y todo esto exige una educación digital que no está al alcance de las personas de edad. Sea porque no tienen educación tradicional suficiente para hacer una transición digital, sea porque no tienen recursos financieros para tener recursos tecnológicos propios, o simplemente porque su estado cognitivo y memorístico no permite acompañar a evolución de las Tecnologías de la Información (TI) y las actualizaciones de sus sistemas de seguridad.

Así las personas mayores de edad se encuentran en una situación de dependencia peligrosa de terceras personas para poder manipular el acceso digital a informaciones y servicios fundamentales. Dependientes de la buena voluntad y honestidad de funcionarios de entidades públicas y privadas o de familiares que pasan a controlar y tener acceso a esos datos, informaciones y hasta bienes (no olvidemos los ingresos de jubilaciones y pensiones o cuentas bancarias y aplicaciones financieras).

Esta dependencia impacta en la psicología de las personas mayores de edad que ven su autoestima afectada y la colocan en un estado de indefensión perturbador.

En un contexto, como apunta el filósofo coreano-alemán Byung Chul, han al describir “la sociedad del cansancio”, en que la mayoría de la población económicamente activa se encuentra exhausta y agotada física y mentalmente en función de políticas neoliberales que permean la producción y el empleo, y las personas mayores de edad están cada vez más solas.

Esa soledad es evidente en el aumento del número de personas de este segmento que viven solas, especialmente mujeres viudas o sin compañero/a, pero también en aquellas que, aun

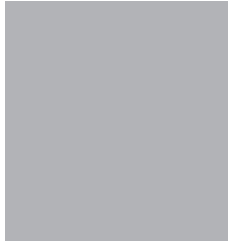
conviviendo con familiares no cuentan con ellos durante la mayor parte del día porque ellos se encuentran trabajando o estudiando y cuando retornan a la vivienda familiar están sin condiciones de dialogar, atender, cuidar y establecer una relación sensible con la persona mayor.

Si la persona mayor de edad tiene su movilidad restringida por cuestiones de salud entonces ellas se ven reclusas y aisladas o que provoca un aislamiento y retracción progresiva o cual es prejudicial en procesos de senilidad.

En términos normativos la cada vez más estrecha relación entre el derecho constitucional y el derecho internacional a partir de II Guerra Mundial, unidos umbilicalmente por los derechos humanos ha intentado mejorar esta situación.

Sea través del soft law o del derecho convencional, la sociedad internacional ha intentado aumentar una legislación protectora y eficaz. Mecanismos como el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad se han divulgado para ese objetivo de complementación y efectividad.

Los textos constitucionales contemporáneos se han edificado sobre bases que tienen su fortaleza en los derechos fundamentales articulados en



torno del principio de dignidad de la persona humana.

La legislación infra-constitucional se ha multiplicado para contemplar y beneficiar, en un movimiento inclusivo, a los más diversos grupos de vulnerabilidad. En este caso el problema tal vez se encuentre en la disputa de esos grupos por el tamaño de su participación en la distribución de los presupuestos nacionales. Esta competición a fragilizado al sector de las personas mayores de edad.

Los procesos de integración regional han contribuido desarrollando legislación común que aumente y armonice la protección a los derechos de las personas mayores.

Igualmente, positiva ha sido la ampliación y multiplicación de jurisdicciones internacionales de derechos humanos, cuyos tribunales especializados han creado jurisprudencias

importantes y obligatorias que son referencia para los tribunales de los Estados miembros.

Este tejido normativo complejo que cruza y entrecruza legislación, jurisprudencia y doctrinas nacionales con sus equivalentes Internacionales y regionales ha elevado a los derechos humanos a un plano primordial y esencial que caracteriza al actual estado democrático de derecho contemporáneo a partir del fin de la II Guerra Mundial.

Este estado democrático de derecho se irá a sustentar en el desarrollo económico e industrial necesario para reconstruir un mundo diezmado demográficamente. Estados soberanos y una pluralidad de organizaciones y agencias Internacionales especializadas van a establecer un diálogo fluido para promover la dignidad de la persona humana en un sentido universal.

“La Carta fundacional de la OEA con sus reformas y su complejidad institucional ha desarrollado un sistema jurídico-institucional importante.”

Aún en el controvertido escenario de la denominada Guerra Fría y a pesar de sus antagonismos ideológicos fue posible en Occidente consolidar un “Estado de Bienestar Social”. Los modelos europeos de Bienestar Social, sobre todo en los países escandinavos y el Welfare británico se transformaron en ejemplos siempre deseados y nunca alcanzados en la América Latina.

II. La Solución Interamericana

América Latina ha intentado seguir este modelo y como hemos afirmado en otras oportunidades, la Organización de los Estados Americanos (OEA) con su Carta Fundacional, con su Declaración de Derechos y Deberes y fundamentalmente a través de su Convención Americana de Derechos Humanos (1969).

Estos instrumentos jurídicos interamericanos son el espejo que refleja la imagen del sistema internacional de derechos humanos y su producto más acabado que es el sistema europeo de derechos humanos. Este último ha sido antecedente de todos los otros mecanismos de derechos humanos.

Pero nuestro continente que nace utópico, que se establece en el imaginario popular como el miltoniano “Paraíso Perdido”, una promesa de futuro venturoso para ondas sucesivas de inmigrantes del mundo entero que han buscado en él refugio para tantas guerras y violencias, siempre enfrentó dificultades para consolidar sus proyectos nacionales de estados democráticos de derecho.

Los traumáticos procesos de independencia en la mayoría de los países de la región y la adhesión de los estados latinoamericanos al fenómeno del constitucionalismo liberal, divulgado desde Estados Unidos desde finales del siglo XVIII y posteriormente, aunque de forma incompleta, al estado social de derechos en el siglo XX, siempre fueron pautados por inestabilidad.

Las mayorías de nuestras sociedades excluidas desde o período de conquista y la colonización nunca

consiguieron ser incluidas y nunca encontraron “estándares” de justicia social mínimos razonables. En ese sentido el discurso de derechos humanos liberal nunca se vio efectivado por una práctica efectiva y una cultura de valorización de los mismos al punto de colocarlos en condición de centralidad.

En síntesis, el estado democrático de derecho siempre ha sido más un espejismo inspirado en modelos eurocéntricos que una realidad concreta.

Eso no quiere decir que el tejido normativo de los derechos humanos no haya ganado progresivamente mayor nitidez en las últimas décadas a pesar de la erosión permanente que las políticas neoliberales han propiciado.

Autores como Hinkelheimer, Nino, Gallardo, Zaffaron, Mignolo, Segato, Gonçalves desde diferentes posiciones ideológicas han promovido una renovación de la narrativa de los derechos humanos ampliando el campo de los grupos incluidos y asumiendo un posicionamiento crítico en relación con su dimensión política.

Las líneas conceptuales de los derechos humanos han ganado, por lo menos formalmente, un espacio protagónico importante en el diálogo entre

el derecho constitucional y el derecho internacional/interamericano.

El peso institucional de la OEA y el progreso del multilateralismo han permitido crear marcos de referencia fundamentales.

La Carta fundacional de la OEA con sus reformas y su complejidad institucional ha desarrollado un sistema jurídico-institucional importante.

La Convención Americana de Derechos Humanos (1969), las prácticas jurisprudenciales de sus órganos centrales: la Comisión y la Corte interamericana de Derechos Humanos, la codificación legislativa permanente, a través de un derecho convencional de los derechos humanos cada vez más sofisticado como lo prueba el Protocolo de Derechos económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA) de San Salvador (1989) y la serie de convenciones que paulatinamente han tratado y dado protección jurídica a una diversidad de grupos de alta vulnerabilidad como las Convención de Protección a las Mujeres, la Convención contra toda forma de Racismo, y otras tantas, prueban a nuestro juicio la existencia de un derecho interamericano de derechos humanos consistente.

Aun así, el grupo de las Personas Mayores de Edad continuaba olvidado, pero como resultado de la presión ejercida por movimientos sociales de nuestra región y juristas y estudiosos interdisciplinarios de la problemática de la vejez y de la necesidad de protección jurídica a los derechos de las personas mayores de edad América Latina asumió el liderazgo y pionerismo jurídico de consensuar la Convención Americana de Derechos de la Personas Mayores.

Esta convención es el punto culminante de un movimiento internacional que alarmado por el aumento demográfico de este grupo en el mundo entero y las evidencias del agravamiento de su situación que los coloca en estado permanente de riesgo y desprotección.

En el caso particular de América Latina, la situación adquiere tintes dramáticos, como los muestran los informes de diversos centros especializados y los estudios de la Comisión de Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).

Los datos e informaciones disponibles proyectan un aumento relevante de la población de personas mayores lo que nos lleva a trabajar con una

nueva categoría que parte de la doctrina brasileña ha denominado de “supemayores” al tratar de los mayores de 80 años, aquellos que se incluyen en la Cuarta Edad superando así a la categoría de mayores de 60 años que constituyen la clásica categoría de Tercera Edad.

Esos estudios también revelan la necesidad de considerar una perspectiva de género que contemple la situación de las mujeres mayores de edad que son perjudicadas por una cultura machista que atenta contra su participación igualitaria en la vida política, social y económica, cuando son jóvenes y potencializa esa discriminación al envejecer.

III. El Legado Neoliberal y sus Pecados

La explosión demográfica y su proyección hacia el futuro, que en una visión optimista revela avances en la ciencia de la salud, progreso de la gerontología y de políticas públicas asistenciales de cuidado, oculta una realidad dramática dado el contexto de aumento de empobrecimiento de amplios sectores de nuestras sociedades lo cual repercute claramente en el segmento de personas mayores de edad.

El cuadro se torna más complicado al observar el resultado de políticas neoliberales en la región en las últimas cuatro décadas que han promovido reformas en la seguridad social y laborales y la privatización de servicios públicos notoriamente en el área estratégica para el sector como son los servicios de salud.

Millones de personas se han visto privadas de atención sanitaria pública y han visto disminuidas sus garantías de estabilidad laboral siendo lanzadas al mercado informal de trabajo y en muchos casos pasaron a integrar las filas de los desempleados estructurales que son condenados a permanecer fuera del mercado formal de trabajo. Consecuentemente no consiguen atender las exigencias de aportes jubilatorios y no cuentan con una red social de contención cuando envejecen y más necesitan de más atención para su salud para paliar el deterioro físico y mental propio de la senilidad.

Las reformas de la seguridad social han modificado los indicadores etarios para la obtención de los beneficios jubilatorios alegando el aumento de la expectativa de vida y la falta de renovación de los trabajadores en activo que aportan a los sistemas de seguridad social.

Las reformas laborales eliminaron los mecanismos de protección a la estabilidad del trabajador, tanto en el sector público como en el sector privado. La representación sindical y su poder de reivindicación y negociación ante las patronales y ante los gobiernos se han deteriorado.

La promoción y el fuerte marketing del emprendedorismo ha lanzado a las nuevas generaciones de jóvenes al mercado informal del trabajo y consecuentemente fragilizado la base del sistema de aportes jubilatorios. Las alternativas privadas a la previdencia pública se han visto desacreditadas sobre todo desde la gran crisis financiera global de 2008 y las evidencias de los riesgos de sistemas regulatorios flexibles y poco rigurosos.

Autores como Standing identifican el surgimiento de una nueva clase social, el precariado, que presenta los peligros de alienación política al mismo tiempo que se caracteriza por la relativización de valores tradicionales relacionados con la ética y la propia democracia.

En un contexto de trabajo agotador, sin límites de espacio y tiempo, amplios sectores de la población adquieren un estado de “anestesia e

insensibilidad” para con los otros. Un rechazo a la alteridad, una negación de la solidaridad y una naturalización de todas las formas de violencia.

Las personas mayores de edad son víctimas de etarismo, una discriminación estructural que les niega su papel en la sociedad contemporánea en razón de su edad.

Esta situación ha sido acompañada por la pérdida de poder adquisitivo de las jubilaciones y pensiones y el aumento de los costos de atención médica privada y gastos en remedios y fármacos.

La necesidad de tener en cuenta el derecho constitucional al cuidado ha sido una iniciativa importante y llegó a estar prevista en el artículo 50 del Proyecto de la nueva Constitución de Chile (2022) pero el proyecto no fue aprobado.

Las políticas de estímulo al emprendedorismo y a las actividades insertadas en el concepto de vejez activa y reingreso al mercado de trabajo se han mostrado insuficientes y de lejos desproporcionales para equilibrar los efectos negativos del nuevo contexto de desempleo global.

IV. El Tiempo Reencontrado

La Convención Interamericana para la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores es un paso gigante para promover la protección a este grupo extremadamente vulnerable.

Para este grupo el tiempo no es una cuestión menor. Se encuentran en el tramo final de su expectativa de vida y las soluciones tienen que llegar rápido o no serán soluciones.

No se pretende componer un réquiem para las generaciones que nos han llevado hasta donde estamos con errores o aciertos. Se trata de destacar las posibilidades con vistas a un futuro más promisor.

En ese sentido constatamos la existencia de un bloque de derecho convencional latinoamericano que rescata la protección a los Derechos humanos de las Personas Mayores.

Avanzando sobre el camino señalado por los Principios de las Naciones Unidas en favor de las personas de edad (1991), la Proclamación sobre el Envejecimiento (1992) y la Declaración Política y el Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el

Envejecimiento (2002) nuestro continente ha construido un “corpus” jurídico consolidado que revela nuestra realidad crítica y se traduce en documentos tan importantes como:

- a. La Estrategia Regional de Implementación para América latina y el Caribe del Plan de Acción Internacional de Madrid sobre Envejecimiento (2003);
- b. La Declaración de Brasilia (2007);
- c. Plan de Acción de la Organización Panamericana de la Salud de la Personas Mayores, incluido el Envejecimiento Activo y Saludable (2009);
- d. La Declaración o Compromiso de Puerto España (2009);
- e. Carta de San José sobre los Derechos de la Personas Mayores de América Latina y el Caribe (2012); y
- f. La Convención Americana sobre protección de los Derechos Humanos de las personas Mayores de Edad (2015).

Esta última ha coronado un esfuerzo de más de una década de lucha, aunque aún tiene un largo camino por delante ya que, a pesar de encontrarse

en vigor desde el 11 de enero de 2017, solo cuenta con diez ratificaciones hasta el momento.

Han ratificado e incorporado a sus ordenamientos esta Convención los siguientes países: Argentina, Bolivia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Perú, Uruguay y más recientemente Colombia, Chile y México, siendo que este último país lo ha hecho el pasado 10 de enero de 2023.

La Convención trae en su Capítulo I una serie de definiciones fundamentales como las de envejecimiento activo y saludable, persona mayor, maltrato, negligencia, abandono, cuidados paliativos, discriminación múltiple, discriminación por edad en la vejez servicios socio-sanitarios integrados y vejez, entre otras.

Estas definiciones son relevantes porque eliminan la posibilidad de subjetivismo para conceptos que deben ser incorporados a las legislaciones nacionales y a las políticas públicas de protección a las Personas Mayores.

Otros aportes importantes están en el capítulo II, artículo 3, que trae una amplia y consistente enumeración de quince principios entre los que destacamos tres de ellos, primero. el que

“...primero. el que establece la dignidad, independencia protagonismo y autonomía de la persona mayor; segundo, el que atribuye responsabilidad al Estado, la participación de la familia y de la comunidad en la integración activa, plena y productiva, de la persona mayor dentro de la sociedad, así como en su cuidado, atención, de acuerdo con la legislación interna y tercero, el principio que fija el enfoque diferencial para el goce efectivo de los derechos de la persona mayor.”

establece la dignidad, independencia protagonismo y autonomía de la persona mayor; segundo, el que atribuye responsabilidad al Estado, la participación de la familia y de la comunidad en la integración activa, plena y productiva, de la persona mayor dentro de la sociedad, así como en su cuidado, atención, de acuerdo con la legislación interna y tercero, el principio que fija el enfoque diferencial para el goce efectivo de los derechos de la persona mayor.

Otro artículo a destacar es el 19 que trata del derecho a la salud que obviamente reviste una importancia fundamental en este grupo y en especial su inciso a) que trata del derecho a una atención preferencial y el acceso universal a la salud. Este derecho fue negado en la reciente pandemia de COVID 19 cuando se aplicó a las personas mayores un mecanismo de descarte negando internación y aparatos de respiración a personas mayores de edad por considerar “a priori “que tendrán menos posibilidades de sobrevivir.

Los artículos 26 y 27 se refieren al derecho a la accesibilidad y a la movilidad personal y refuerzan el reconocimiento a los derechos políticos. No podemos olvidar que estos son centrales para resignificar el espacio que ocupan las personas mayores en el ejercicio de su ciudadanía y la reivindicación de sus intereses.

También debemos registrar que el capítulo VI de la Convención establece en su artículo 33 un mecanismo de seguimiento para fiscalizar y garantizar el cumplimiento de las disposiciones de la Convención. Este mecanismo está compuesto por una Conferencia de los Estados Parte (art.34) y un Comité de Expertos (art.35).

El monitoreo del tratado es útil para medir su efectividad y evitar que sus disposiciones se conviertan en letras muertas.

Igualmente es una innovación importante en este tipo de tratados la introducción de un sistema de peticiones individuales (art.36).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos va a contribuir para la concientización de los derechos de las personas mayores creando una Relatoría Temática sobre los Derechos de las personas Mayores, actualmente este cargo es ocupado por Margarete May Macaulay (Jamaica), con mandato iniciado en 2019 que va hasta 2023.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se sumará a este movimiento de sinergias con sentencias importantes como las de los casos *García Lucero vs. Chile* (2013) y *Poblete Vilches y Otros vs. Chile* (2018) que, aunque indirectamente tratan de los derechos de las personas mayores de Edad.

Pero no es solo el sistema interamericano que va a contribuir para promover los derechos de este grupo. En el ámbito subregional el Instituto de Políticas Públicas del MERCOSUR con

el patrocinio de la Reunión de Altas Autoridades en Derechos Humanos han colaborado con la creación del Grupo Técnico en la problemática de los Adultos y las Adultas Mayores (2008), que se ha transformado en la Comisión Permanente de las Personas Mayores (2010).

Estos esfuerzos normativos e institucionales se han traducido en una concientización relevante que ha llevado, por ejemplo, a que a través de la Ley 27.700, del 12 de febrero de 2022, a que Argentina conceda a la Convención Americana la jerarquía constitucional al incorporarla al grupo de tratados de derechos humanos incluidos en el art. 75, inciso 22, de su Constitución Nacional.

En este punto se articulan y costuran las normas del derecho internacional, del regional, del comunitario de la integración y el constitucional para “recuperar el tiempo perdido” en defensa de un grupo tan sensiblemente vulnerable como el de los Mayores de Edad.

Es necesario que recuperen su espacio, tengan voz y se reconozca su rostro no solo como parte integrante de la sociedad sino como parte vital de esta sociedad.

Sobre el autor

Eduardo Manuel Val



Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Río de Janeiro (Brasil). Profesor Asociado de la Universidad Federal Fluminense (UFF) y Coordinador del Programa de Doctorado y maestría en Derecho de la Universidad Estácio de Sá

(PPGD/UNESA). Líder del Observatorio de Acceso a Justicia en Iberoamérica (OAJI) y del Laboratorio de Estudios Interdisciplinarios en Derecho Constitucional latinoamericano (LEICLA).

Sumario

I. *Introduction*

II. *The Caribbean Court of Justice (CCJ): Two Courts in One*

III. *The CCJ's Application of International Law: Original Jurisdiction*

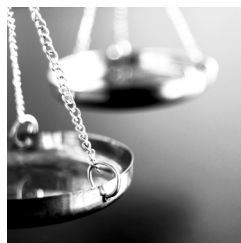
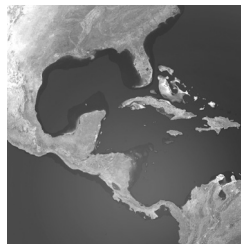
IV. *Sovereignty: A Fundamental Change of Approach*

V. *The CCJ's Innovative Creation of Remedies*

VI. *Enforcement of Decisions*

VII. *The CCJ's Application of International Law: Appellate Jurisdiction*

VIII. *Conclusion*



Jacob Wit

Emerging Caribbean Jurisprudence

I. Introduction

When compared with other international courts, the Caribbean Court of Justice is still a very young court. Nevertheless, from its inception in 2005, the Court has emerged as a player in the international law landscape with a robust jurisprudence of Community law from its role in applying and interpreting the Revised Treaty of Chaguaramas ('the Revised Treaty' or 'the RTC'), which is the founding instrument of the Caribbean Community ('CARICOM' or 'the Community'). In developing its jurisprudence in its Original Jurisdiction, the Court has consistently referred to and applied methods of interpretation, sources, and principles of international law. It has also applied and recognized, to a lesser but still significant extent, international law in its Appellate Jurisdiction.

II. The Caribbean Court of Justice (CCJ): Two Courts in One

The CCJ has a hybrid jurisdiction. On one hand, it is a municipal court of last resort in its appellate jurisdiction for civil, constitutional, and criminal matters to parties to the Agreement Establishing the Caribbean Court of Justice ('the Agreement'). Until now, four Caribbean jurisdictions have acceded to the appellate jurisdiction (Barbados, Guyana, Dominica, and Belize), with a fifth jurisdiction in the process of acceding (St. Lucia). As a multinational apex court, it is mainly meant to be a court for common law jurisdictions (in particular Commonwealth Caribbean jurisdictions), although Caribbean civil law jurisdictions, none of which have acceded to the Court's appellate jurisdiction as yet, are not excluded.

“Revised Treaty of Chaguaramas (‘the Revised Treaty’ or ‘the RTC’), which is the founding instrument of the Caribbean Community (‘CARICOM’ or ‘the Community’).”

On the other hand, both regarding its set-up and organisational structure as well as in its Original Jurisdiction, the CCJ is an international court. Both Article 211 of the Revised Treaty and Article XII of the Agreement provide that the Court shall have compulsory and exclusive jurisdiction to hear and determine disputes concerning the interpretation and application of the Revised Treaty. No other court has jurisdiction to adjudicate on such matters or disputes which arise from Member State obligations under the Revised Treaty. For this reason, all CARICOM Member States are obliged to accept the jurisdiction¹. In this emanation, it is a court of first instance, a trial court, and its decisions are final decisions, so no right of appeal of the Court’s decision is available.

III. The CCJ’s Application of International Law: Original Jurisdiction

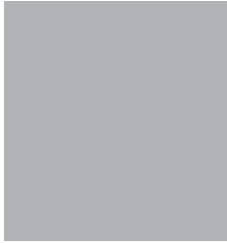
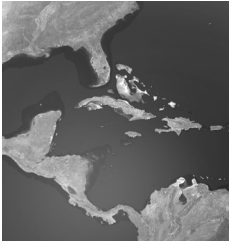
As the Court has jurisdiction to interpret and apply a multinational treaty, the Revised Treaty, it operates in the international law sphere. The application of international law has been codified in Article 217 of the Revised Treaty which provides that:

The Court, in exercising its original jurisdiction under Article 211, shall apply such rules of international law as may be applicable.

The Court may not bring in a finding of non liquet on the ground of silence or obscurity of the law.

The provisions of paragraphs 1 and 2 shall not prejudice the power of the Court to decide a dispute ex aequo et bono if the parties so agree.

The Court naturally has invoked this Article in its approach to the interpretation and application of the Revised Treaty, guiding the methods of interpretation and the sources relied on. For example, the Court has applied methods of interpretation in accordance with the Vienna Convention on the Law of Treaties, complying with



Articles 31², 32³, 26⁴, 27⁵ of the Vienna Convention when interpreting the Revised Treaty in several of its judgments.

Further, as the Court is applying and interpreting the Revised Treaty to create Community Law, the Court is guided by various sources of International Law. The Court is guided by Article 38(1) of the Statute of the International Court of Justice which indicates that international law is to be found in (i) international conventions (ii) international custom, as evidence of a general practice accepted as law; (iii) the general principles of law recognized by civilized nations and (iv) subject to the provisions of Article 59 of the Statute, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law. This approach was particularly highlighted in the early case of *Trinidad Cement Limited*

v Caribbean Community where the Court confirmed that it would also take into account the general principles and concepts of law common to the Member States (common and civil law) which are widely accepted in both legal traditions. If the general principle is widely accepted throughout the Community and relevant, it may become part of Community law⁶.

The Court has also referred to international law case law to expound on

“The CCJ has a hybrid jurisdiction. On one hand, it is a municipal court of last resort in its appellate jurisdiction for civil, constitutional, and criminal matters to parties to the Agreement Establishing the Caribbean Court of Justice (‘the Agreement’).”

“...it is a court of first instance, a trial court, and its decisions are final decisions, so no right of appeal of the Court’s decision is available.”

the general principles of accountability and proportionality. In *Myrie v The State of Barbados (No 2)*⁷ the Court held that these two principles form part of and are relevant to the application of Caribbean Community law.

Lastly, when it comes to human rights law, the Court has held that it has no jurisdiction to adjudicate violations of international human rights treaties and conventions as such, which generally provide for their own dispute resolution mechanism for alleged breaches. However, since the Court is an international court directed to apply ‘such rules of international law as may be applicable’ and human rights law is an inextricable part of international law, in the resolution of a claim properly brought in its Original Jurisdiction, the Court can and must take into account principles of international human rights law when seeking to shape and develop relevant Community law⁸.

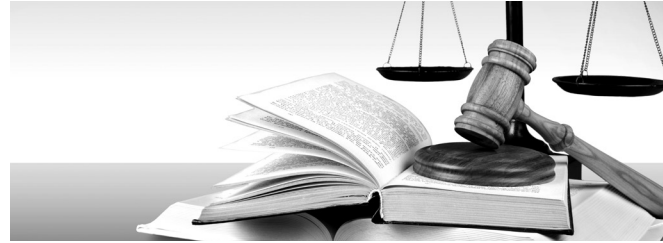
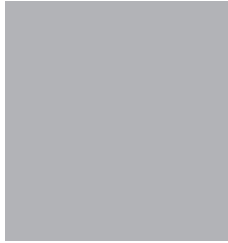
IV. Sovereignty: A Fundamental Change of Approach

In the Original Jurisdiction, four types of matters can be considered as contentious proceedings available at the Court. These are laid out in Article 211 of the Revised Treaty which reads:

1. Subject to this Treaty, the Court shall have compulsory and exclusive jurisdiction to hear and determine disputes concerning the interpretation and application of the Treaty, including:

- a. *disputes between the Member States parties to the Agreement;*
- b. *disputes between the Member States parties to the Agreement and the Community;*
- c. *referrals from national courts of the Member States parties to the Agreement;*
- d. *applications by persons in accordance with Article 222, concerning the interpretation and application of this Treaty.*

Disputes between the Member States parties to the Agreement & disputes



between the Member States parties to the Agreement and the Community.

Member States or the Community may commence proceedings by the filing of an Originating Application. The Community comprises both CARICOM as well as its organs (see Articles 10 and 23 of the Revised Treaty) and bodies (see Article 18 of the Revised Treaty) which are taken to reflect the will of CARICOM⁹.

Referrals by National Courts

Article 214 of the Revised Treaty provides:

Where a national court or tribunal of a Member State is seised of an issue whose resolution involves a question concerning the interpretation or application of this Treaty, the court or tribunal concerned shall, if it considers

that a decision on the question is necessary to enable it to deliver judgment, refer the question to the Court for determination before delivering judgment.

To date, the Court has received no referrals from a national court, despite issues of Community law arising in matters before them. One reason for this may be the fact that non-State parties, natural and juridical persons, have sufficient direct access to the Court along the route of Article 222 of the Revised Treaty. Another reason may be that individuals are unaware of how to vindicate their rights through a referral before the Court (or that national judges are unfamiliar with this mechanism). To raise awareness, the Court has embarked on a sensitisation campaign on this referral process, with the inaugural workshop having been held in Belize in November 2022.

Applications by persons concerning the interpretation and application of the Revised Treaty

Persons may apply to the Court for leave to bring an action against a Member State or the Community concerning the interpretation and application of the Revised Treaty. Before parties can bring an action before the Court, the party must establish locus standi before the Court. The conditions which must be satisfied are found in Article 222 of the RTC which byzantinely provides:

Persons, natural or juridical, of a Contracting Party may, with the special leave of the Court, be allowed to appear as parties in proceedings before the Court where:

- a. *the Court has determined in any particular case that this Treaty intended that a right or benefit conferred by or under this Treaty on a Contracting Party shall ensure to the benefit of such persons directly; and*
- b. *the persons concerned have established that such persons have been prejudiced in respect of the enjoyment of the right or benefit mentioned in paragraph (a) of this Article; and*

- c. *the Contracting Party entitled to espouse the claim in proceedings before the Court has:*
 - (i) *omitted or declined to espouse the claim, or*
 - (ii) *expressly agreed that the persons concerned may espouse the claim instead of the Contracting Party so entitled; and*
- d. *the Court has found that the interest of justice requires that the persons be allowed to espouse the claim.*

So, by virtue of Articles 211 and 222 of the Revised Treaty, persons from Member States have direct access to the Court, so long as they are able to fulfil the requirements under Article 222.

Any application for special leave before the Court must situate itself within the meaning of the phrase 'Persons, natural or juridical of a Contracting Party.' The interpretation of the phrase was expounded in *Trinidad Cement Limited, TCL Guyana Limited v Co-operative Republic of Guyana*¹⁰ where the Court held that the provisions of Article 222 are intended to be available to persons of a Contracting Party, whether

Community nationals or otherwise, who can establish injury or prejudice in the enjoyment of a right or benefit conferred on a Contracting Party which enured to their benefit directly. The Court rejected the view that the phrase only refers to nationals of a Contracting Party as defined in Article 32(5)(a) of the RTC, which limits the concept of a national company or other legal entity. On the contrary, for a company to fall within the meaning of a national of a Member State, the Court ruled that it is sufficient for such an entity to be incorporated or registered in a Contracting Party.

The applications by persons are usually brought against a Member State but they can also be brought against the Community. In *Trinidad Cement Limited v Caribbean Community*¹¹, special leave was granted to the Claimant to challenge a decision of the Secretary General of the Community and the Council for Trade & Economic Development (COTED), an important Organ of the Community. The Community in its objections to the grant of leave submitted that Article 222 of the Revised Treaty dealt only with a restricted category of cases in which rights or benefits of persons under the treaty were prejudiced. However, the applicant's case

was that an organ of the Community was acting *ultra vires*. This, the Community argued, did not fall within the category of cases that could be brought by "persons". The Community urged the Court that Article 187 of the RTC (Scope of the Chapter) in relation to Disputes Settlement had to be read with Article 211. It would then be apparent that "allegations that an organ or body of the Community has acted *ultra vires*" (see paragraph (c) of Article 187¹²) are only justiciable by the Court if made in a dispute brought to the Court by a Member State. The Court disagreed; Article 187 does not purport to present an exhaustive statement of the types of disputes that may come before this Court. Moreover, Article 211 deals with the quite different matter of jurisdiction, and when read with Article 222 gives the Court power, as a matter of procedure, to enable private entities to appear before it in all manner of disputes concerning the interpretation and application of the Revised Treaty including allegations that a body or organ of the Community acted *ultra vires*. Furthermore, the suggestion that to admit a direct challenge by a private party to the decision and process of the Community would greatly hinder the functioning of the Community and constrain the

exercise of state sovereignty by Member States parties to the Revised Treaty was held by the Court to be erroneous. Laying down the ground rule for its jurisdiction, the Court stated:

[32] By signing and ratifying the Revised Treaty and thereby conferring on this Court ipso facto a compulsory and exclusive jurisdiction to hear and determine disputes concerning the interpretation and application of the Revised Treaty, the Member States transformed the erstwhile voluntary arrangements in CARICOM into a rule-based system, thus creating and accepting a regional system under the rule of law. A challenge by a private party to decisions of the Community is therefore not only not precluded, but is a manifestation of such a system. Therefore it is not correct to say that by such challenge the functioning of the Community will be greatly hindered or that the exercise of state sovereignty by Member States parties to the Revised Treaty would be unduly constrained. The rule of law brings with it legal certainty and protection of rights of states and individuals alike, but at the same time of necessity it creates

legal accountability. Even if such accountability imposes some constraint upon the exercise of sovereign rights of states, the very acceptance of such a constraint in a treaty is in itself an act of sovereignty.

It should also be noted that persons, natural or juridical, can sue their own State. In *Trinidad Cement Limited, TCL Guyana Incorporated v The State of the Co-operative Republic of Guyana*¹³ the question as to whether a private entity of a Contracting Party was entitled to bring proceedings against that Contracting Party arose based on the wording of Article 222(c) of the RTC. Adopting a teleological approach to interpreting this Article, the Court ruled that it was not the intention of the Treaty to prohibit a private entity from bringing proceedings against its own State. Firstly, any such prohibition would frustrate the achievement of the goals of the RTC. It would impact negatively not only on nationals within the meaning of Article 32(5) but also on companies owned by non-nationals (including nationals of other States of the Community) who chose to be incorporated in an allegedly delinquent State. The latter could be encouraged to violate the RTC with impunity in

circumstances where such persons were the only ones who suffered prejudice. Secondly, nothing in the Agreement precludes a private entity that “has a substantial interest of a legal nature which may be affected by a decision of the Court” from applying to intervene in a matter in which its own State is the defendant. Subject to the decision of the Court, such a private entity is therefore clearly entitled to appear on the opposite side of its State of nationality when intervening in proceedings before the Court. And thirdly, considering Article 7 of the Treaty, if restricted, then private entities could suffer a severe disadvantage “on grounds of nationality only” and equal access to justice, a fundamental principle of law subscribed to by all the Contracting Parties, would be compromised.

Importantly, in order to institute a claim before the Court, an applicant must satisfy that the Revised Treaty intended that a right or benefit conferred by or under this Treaty on a Contracting Party to which the applicant belongs should enure to the benefit of him/her/it directly and that the applicant has been prejudiced in respect of the enjoyment of the right or benefit. The Revised Treaty is silent as to the standard of proof that

an applicant must attain at the special leave stage. The Court, however, has held that the standard to be met is that of “an arguable case.” It is sufficient for the applicant merely to make out that each of these two conditions can or will be satisfied since these are substantive requirements that must eventually be fully satisfied by an applicant in order to ultimately be granted relief. If the threshold was higher, the special leave procedure would lose its preliminary character. It must be noted that the jurisprudentially developed standard is now laid out in the rules of the court which states that the applicant must establish, on the facts that ‘that it is arguable that the Treaty intended that a right or benefit conferred by or under the Treaty on the Contracting Party to which the applicant belongs should enure to the benefit of the applicant directly and that it is arguable that the applicant has been prejudiced in respect of the enjoyment of that right or benefit’¹⁴?

Out of the decisions on leave has emerged the recognition of the applicability of the correlative rights doctrine in Community law. In *Trinidad Cement Limited, TCL Guyana Limited v Co-operative Republic of Guyana*¹⁵, the Court held that many of the rights and benefits under the Revised

“Importantly, in order to institute a claim before the Court, an applicant must satisfy that the Revised Treaty intended that a right or benefit conferred by or under this Treaty on a Contracting Party to which the applicant belongs should enure to the benefit of him/her/it directly and that the applicant has been prejudiced in respect of the enjoyment of the right or benefit.”

Treaty are to be derived or inferred from correlative obligations imposed upon the Contracting Parties, as usually, unless specifically otherwise indicated, the obligations set out in the Treaty are imposed on Member States. Where an obligation is thus imposed, it is capable of yielding a correlative right that enures directly to the benefit of private entities throughout the entire Community.

It must be highlighted, that the Court also adjudicates over matters of a non-contentious nature that are available in the Original Jurisdiction,

namely Advisory Opinions¹⁶ and the Review of Decisions of the Competition Commission¹⁷. The former concerns issues surrounding the interpretation and application of the Revised Treaty and are requested by at least two Member State parties to a dispute or the Community. So far, the Court has only received one request for an Advisory Opinion, which was issued in 2020¹⁸. With respect to the latter, the Competition Commission may, by request by a Member State or of its own motion, investigate anti-competitive business conduct of an enterprise in another Member State or in the CSME (the Caribbean Single Market and Economy). A party aggrieved by the determination by the Commission may apply to the Court for a review of a determination.

Finally, it is important to note that a unique feature of the CCJ, which sets it apart from other international courts, is that the judgments of the Court create legally binding precedents. Article 221 of the Revised Treaty states:

“Judgments of the Court shall constitute legally binding precedents for parties in proceedings before the Court unless such judgments have been revised in accordance with Article 219.”

This feature is to be contrasted with that of other international courts, for example, the International Court of Justice (see Article 59 of the ICJ Statute) and the European Court of Justice. The Court has interpreted Article 221 as “embracing a system of binding precedent for all Member States and the Community” (see *Myrie v Barbados* [2012] CCJ 3 (OJ)).

V. The CCJ’s Innovative Creation of Remedies

The Revised Treaty contains no specific provisions for the sanctions attached to breach of its provisions and equally, there is a general absence of provisions granting remedies for a breach. This is compared to the European Union instruments, for example, which set out the available remedies and sanctions.

Indeed, the Revised Treaty has only made provision for interim measures, where Article 218 of the Revised Treaty and Article XIX of Agreement give the Court the power to prescribe, if it considers the circumstances so require, any interim measures that ought to be taken to preserve the rights of a party. As parties, understandably, sought various reliefs

and as the Revised Treaty had to be made effective (to be provided with legal “teeth”), the Court has had to fill in the gaps as matters came before it, making use of international law sources and appropriate methods of interpretation to create or fashion appropriate remedies.

Over the years, the Court has thus recognised and/or awarded the following remedies: Declarations; Mandatory Orders; Compensatory Damages (material & immaterial); Restitution; the judicial Creation of a Limitation Period; Judicial review of actions of both Member States and the Community; Nullification of a decision of the Community; Interest; and Costs Orders.

Declarations

The Court has granted declarations, for example, in *Trinidad Cement Limited and TCL Guyana Incorporated v The State of the Co-operative Republic of Guyana*¹⁹. In that case, the Claimants alleged that Guyana violated Article 82 of the Revised Treaty by removing the Common External Tariff (CET) on cement without the requisite authorisation from COTED. The Court declared that Guyana had

violated Article 82 of the Revised Treaty by failing to implement and maintain the CET.

Mandatory Orders

In *Trinidad Cement Limited v Caribbean Community*²⁰, the issue of whether the Court could grant coercive relief was considered. TCL claimed that it was entitled to mandatory orders quashing the decisions of the Secretary-General and COTED respectively on the ground that the decisions were ultra vires. In response, it was argued that coercive measures are not appropriate remedies against Organs of the Community. The question which arose was: “Is this Court, in an appropriate case, entitled to grant injunctive or other coercive relief or is the Court limited to the issuance of a declaration? Should the Court merely assume that the Community, or Member States for that matter, will in good faith implement their international obligations as clarified by the Court?”

The Court examined provisions of the Revised Treaty and the Agreement and observed the following. Firstly, Article 218 of the Revised Treaty and Article XIX of the Agreement gave power to the Court to prescribe interim measures (it would be illogical

for the Treaty to authorise the Court to make interim but prohibiting it to make final mandatory orders). Second, Member States, Organs and Bodies of the Community or persons to whom judgment is made against must comply with that judgment according to Article XV of the Agreement. Further, Article XXVI of the Agreement enjoins all the Contracting Parties to ensure that all authorities of a Contracting Party act in aid of the Court and that any judgment, decree, order, sentence of the Court given in exercise of its jurisdiction shall be enforced by all courts and authorities in any territory of the Contracting Parties as if it were a judgment, decree, order or sentence of a superior court of that Contracting Party. Not only does this indicate that the Court can make orders that must be enforced but it is also clear that declarations other than orders cannot be enforced. Finally, observing the Court’s duty to enforce the rule of law and render the Revised Treaty effective, there must be competence to award appropriate relief. As such, coercive remedies are available to the Court.

Based on the same reasoning, the Court also made a mandatory order in *TCL v Guyana*, i.e., that Guyana within 28 days of the order granted,

do implement, and thereafter maintain the CET in respect of cement from non-CARICOM sources.

Damages

In *Trinidad Cement Limited and TCL Guyana v The State of the Co-operative Republic of Guyana*²¹, the CCJ held that damages could be awarded for breach of the Revised Treaty. In this case, TCL challenged Guyana's unauthorised decision to remove the CET on building cement imported from outside CARICOM. The Court considered the European Court of Justice's case *C-6 and 9/90 Francovich v Italy* [1991] ECR-I-5357, where the ECJ had ruled that the principle of State liability was inherent in the new legal system created by the EEC Treaty and based its ruling on two grounds: the principle of effectiveness and Article 5 EC (which is equivalent to Article 9 of the Revised Treaty, the general undertaking provision). The Court held that under the Revised Treaty, a similar principle applies and that the new Single Market based on the rule of law implies the remedy of compensation.

The Court laid out the factors necessary to succeed on a claim for damages as State liability in damages is not

automatic. In fact, a party will have to demonstrate that the provision alleged to be breached was intended to benefit that party; that such breach is serious; that there is substantial loss; and that there is a causal link between the breach by the State and the loss or damage to that party. Ultimately, the Court did not order damages in this case as there was an insufficient evidentiary basis to sustain such a claim.

This need for evidence of a breach and proof of damage or loss to succeed on a claim for damages was an issue which also arose in *Hummingbird Rice Mills Limited v Suriname & The Caribbean Community*²² where, once again, the claim for compensatory damages failed. In this case, the Claimant, which was just one of a conglomerate of companies, failed to adduce sufficient and adequate evidence to prove that it had suffered loss as a result of the breach by Suriname. Therefore, despite the severity of Suriname's breach, the Claimant was denied damages.

It is important to note that the damages awarded by the Court are compensatory in nature. They may be awarded for both pecuniary loss and damage and moral, non-material or non-pecuniary loss or damage, as is the norm

in international law. In *Myrie v The State of Barbados*²³, the Court confirmed that damages awarded by the Court under the Revised Treaty regime are only compensatory in nature as there is no room for exemplary or punitive damages in the Court's Original Jurisdiction. These damages are not recognized in international law. But also, as the Court further pointed out, although exemplary damages are recognized in all common law states of the Community, only those remedies known to both legal traditions of the Community can be applied in the Original Jurisdiction. As civil law jurisdictions do not allow exemplary damages, these cannot form part of a legal structure that encompasses both traditions.

Restitution

In *Rudisa Beverages & Juices NV and Caribbean International Distributors Inc and The State of Guyana*²⁴, the Court held that the collection of the environmental tax on non-returnable beverage containers imported from another Member State was incompatible with Article 87(1) of the Revised Treaty. Guyana was ordered to cease the collection of the environmental tax on these goods which

qualified for Community treatment and to return the sums it had collected to the claimants. This matter laid the basis for the Court's decision in *SM Jaleel & Co. Ltd & Guyana Beverages Inc v The Co-operative Republic of Guyana*²⁵, which was based on the same facts put forward by the claimants in Rudisa. In SM Jaleel, however, Guyana put forward two defences, claiming that the claimants passed on the tax to purchasers of the beverages that they produced, and reimbursement would unjustly enrich the claimants. Secondly, that the claimants are barred by laches from maintaining any claim for reimbursement because they failed to challenge Guyana's collection of the environmental tax at the earliest possible reasonable opportunity. The Court considered ECJ case law on the passing on defence which revealed that the position in the EU is that the supervisory EU law defers to the doctrine of 'unjust enrichment' in the national law of its Member States. So, passing on is a defence to the extent that the claimant would otherwise be unjustly enriched in the eyes of national law. A Member State must therefore repay a trader the amount of ultra vires tax unlawfully collected from him unless the State proves that its reimbursement of the trader would, under national

law, constitute unjust enrichment of the trader because the tax had been passed on direct to its customers.

The Court observed that unlike the ECJ, it had no mandate to defer to national law, but in developing Community law, it must have regard to principles of international law including the general principles of law as reflected, for instance, in national law reflecting common values and interests. However, the Court was in a stronger position than the ECJ in that, unlike the ECJ, it has the original exclusive jurisdiction to interpret and apply Community law under the Revised Treaty. It has to develop a Community law uniformly applicable throughout CARICOM and in dealing with the current circumstances must, of course, take account of fundamental provisions of the Revised Treaty that provide guidance as to what may constitute “unjust” enrichment. In the end, the Court held that unjust enrichment precludes any defence of passing on being available to Guyana. The claimants would be prejudiced in the enjoyment of their rights and benefits under the Revised Treaty if they were denied restoration of their money paid to Guyana pursuant to the ultra vires tax. Any such defence would allow the State unlawfully to be

enriched which would be a violation of the rule of law.

Creation of a Limitation Period

No provision is made in the Revised Treaty for a limitation period for the filing of proceedings. In *SM Jaleel*, the Court considered case law from the European Court of Justice and ultimately held it to be unsuitable. After considering sources of international law dealing with limitation periods and the limitation periods²⁶ for restitution or similar claims applicable in the Member States, the Court found that a period of five years in the circumstances is neither too long nor unduly short for a claimant to commence restitution proceedings. The five-year period would run from the time that the claimant knew, or at the very least reasonably should have known, that the defendant State was in breach of the Revised Treaty.

Judicial Review

The CCJ also has ruled that it has the power to scrutinize or review decisions of Member States of CARICOM and the Community to determine whether they are in accordance with the rule of law. This was espoused

in *Trinidad Cement Limited v The Caribbean Community*²⁷ where the Court observed that the provisions of the Revised Treaty make it plain that the Revised Treaty has made available to States and to private entities, mandatory resolution of disputes by the Court in accordance with the rule of law. Accordingly, when interpreting and applying the Revised Treaty to facts, the power of judicial review is implicit in that mandate.

Nonetheless, the Court will always endeavor to strike a balance when reviewing an impugned decision. The Court has to be careful not to frustrate or hinder the ability of Community organs and bodies to enjoy the necessary flexibility in their management of the Community, but equally, the Community must be accountable and operate within the rule of law. The ultimate aim of this remedy is the idea that the conduct or exercise of power by a CARICOM institution, body or Member State should not escape the Court's scrutiny²⁸.

Nullification of a Community Decision

The Court has acknowledged that, in principle, it is possible for it to annul a decision of CARICOM. In *Trinidad*

*Cement Limited v Caribbean Community*²⁹ the Claimant sought a quashing and revocation of the decision of the Secretary-General and COTED to authorise suspensions of the Common External Tariff on the grounds that the decisions were ultra vires, irrational and/or illegal and/or unreasonable. The Court did not order a quashing of the Secretary General's decision as the circumstances were not sufficiently serious in nature to warrant it and expressed its belief that to do so without an adequate grace period would cause serious disruption to the commercial transactions already concluded.

Interest

In *SM Jaleel & Co. Ltd & Guyana Beverages Inc v Guyana*³⁰, the claimants sought an order for interest on their judgment sums. Although granted, the Court refused the Claimants' request that the interest on the monies to be paid be ordered at a rate to be determined by the Court as of the time that the Court deems appropriate in the interests of justice. The Court reiterated what it stated in *Rudisa*; that is, in the absence of detailed particulars supported by requisite cogent evidence, the Court cannot come to a proper quantification of interest.

It did, however, award simple interest on the judgment debt at the rate of 4% per annum from the date of the judgment (by analogy with the standard position of, in this case, Guyanese law).

Costs Orders

The Court can make orders as to costs based on its rules of procedure, the Caribbean Court of Justice (Original Jurisdiction) Rules, 2021. Part 29.1(1) of the Rules provides that a decision as to costs may be given in the judgment or in the order which closes the proceedings or, in respect of particular costs at any stage of the proceedings. Part 29.1(2) outlines the default position that the unsuccessful party shall be ordered to pay the costs if they have been applied for in the successful party's pleadings. Costs may be shared among several unsuccessful parties. Costs have been awarded by the Court in a variety of computations, demonstrating the Court's flexibility in determining what it considers as adequate based on the facts at hand³¹.

The Rules go further where each party succeeds on some and fails on other heads, or where the circumstances are exceptional. In such cases, the Court

may order that the costs be shared or that the parties bear their own costs: Part 29.1(3). *In Hummingbird Rice Mills v Suriname and The Caribbean Community*³² this rule was examined by the Court, which held that what does or does not amount to exceptional circumstances is to be determined on a case-by-case basis. However, the Court will not erode the basic principle that the unsuccessful party shall be ordered to pay the costs. The Court explained nevertheless:

"...At this nursery stage of the development of Caribbean Community law, it is important that the burden of establishing the basic principles underpinning the Single Market should not weigh too heavily and disproportionately on private entities and thus discourage the bringing of important issues of economic integration law before the Court..."

VI. Enforcement of Decisions

Strict and prompt compliance with orders of the Court is required according to Article 215 of the Revised Treaty which states that "The Member States, Organs, Bodies of the Community, entities or persons to whom a judgment of the Court applies, shall

comply with that judgment promptly.” The obligation to comply with the Court’s orders also works hand in hand with the general undertaking provision in Article 224 of the Revised Treaty which provides that each Member State undertakes to employ its best endeavours to complete the constitutional and legislative procedures required for its participation in the regime establishing the Court as soon as possible. Article XXVI of the Agreement also states that:

The Contracting Parties agree to take all the necessary steps, including the enactment of legislation to ensure that:

all authorities of a Contracting Party act in aid of the Court and that any judgment, decree, order or sentence of the Court given in exercise of its jurisdiction shall be enforced by all courts and authorities in any territory of the Contracting Parties as if it were a judgment, decree, order or sentence of a superior court of that Contracting Party;

the Court has power to make any order for the purpose of securing the attendance of any person, the discovery or production of any document, or the investigation or punishment of any contempt of

court that any superior court of a Contracting Party has power to make as respects the area within its jurisdiction.

The Court has underscored the importance of Article 215 of the Revised Treaty as well as its own responsibility to monitor compliance with its orders. This is essential to ensuring the protection of Community rights of CARICOM nationals. The Court has held that compliance and implementation are also required by fundamental principles of Community law, in particular the principles of access to justice, effectiveness of Community law and the rule of law itself. Community rights under the Revised Treaty would be illusory if the orders of the Court are not executed³³.

Additionally, the Court’s responsibility for enforcement is buttressed in its rules. The Caribbean Court of Justice (Original Jurisdiction) Rules, 2021 stipulate that a judgment or order of the Court takes effect from the date of its delivery unless the Court orders otherwise and, in the Original Jurisdiction, judgments and orders shall be enforced in accordance with Article XXVI of the Agreement and local legislation implementing such Article.

The question arises as to how far the Court can go in seeking to enforce an order. In *Trinidad Cement Limited and TCL Guyana Incorporated v Guyana*³⁴, the applicants sought an order compelling the Attorney General of Guyana to attend court and show cause why he should not be held in contempt of court for failing to implement and give effect to the Court's order previously granted that Guyana implement and thereafter maintain the CET in respect of cement from non-CARICOM sources within 28 days of the order. The applicants further prayed for a declaration that such failure constituted a contempt of court.

After examining whether it had to power to make orders for contempt of court and noting that it did have jurisdiction under the Agreement to treat with non-compliance, the Court noted that there was no express power to enforce its orders by way of contempt proceedings. Further, it was unclear, based on the authorities, whether international courts have an inherent jurisdiction in civil contempt in non-criminal cases and whether there was an implied power to deal with civil contempt under the Agreement. Accordingly, the Court dismissed the application, but granted

a declaration to the effect that Guyana had breached its obligation under Article 215 of the Revised Treaty. In the end, the orders of the Court were complied with. In fact, up to the present there has been full compliance with all the judgments of the Court in its Original Jurisdiction.

VII. The CCJ's Application of International Law: Appellate Jurisdiction

Within the other jurisdiction of the Court, the Appellate Jurisdiction, the Court, perhaps more than other (common law) apex courts, has been inclined to refer to and has diligently applied international law in its decisions. Some of the cases where the Court has referred to international law in their judgments are the following.

In *Attorney General of Barbados v Joseph & Boyce*³⁵, one of the Court's first cases, the Court addressed the effect of international law not incorporated or transformed into domestic law. Barbados had ratified the American Convention on Human Rights but had not created the necessary legislation to give effect to its obligations domestically. The Court held that the promotion of universal standards of

human rights showed a tendency towards a confluence of domestic and international jurisprudence and consequently a ratified but unincorporated treaty could give rise to certain legitimate expectations.

In *Gibson v The Attorney General of Barbados*³⁶, the Court was tasked with the interpretation of section 18 of the Barbados Constitution which guarantees the right to protection of the law. In its judgment, the Court referred to Article 6(3)(b) of the European Convention on Human Rights (which was analogous to section 18(2)(c) of the Constitution), to Article 14(3)(b) of the International Covenant on Civil and Political Rights, to the United Nations Human Rights Committee commentary on “facilities” and to several judgments of the Inter-American Court of Human Rights.

Another landmark decision of the Court was from an appeal from Belize, *Maya Leaders Alliance v Attorney General of Belize*³⁷. This appeal concerned a constitutional claim against the Government of Belize³⁷ where the appellants alleged that the Government failed to recognize and protect their customary land rights in breach of the Constitution, specifically under right to the protection against

the arbitrary deprivation of property, the right to equality and non-discrimination and the right to protection of the law. The Court observed that Belize’s obligations under international law were to protect and recognise the rights of indigenous peoples. The Court referenced the Universal Declaration of Human Rights, the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, the International Covenant on Civil and Political Rights, the Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, the Convention on the Rights of the Child; the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples and several decisions of the Inter-American Court of Human Rights which all emphasised the responsibility for recognizing and protecting indigenous property rights.

VIII. Conclusion

In the 19 years since its inception, the Caribbean Court of Justice in its Original Jurisdiction has carried out its responsibility in interpreting and applying the Revised Treaty, ensuring that the Treaty’s provisions are adhered to by Member States and the Community and allowing private

individuals to vindicate their rights under the Treaty. In so doing, a robust jurisprudence has emerged. Influenced by sources and principles of international law, a body of Community law exceptionally based on the *terra firma* of legal precedent and binding Member States, CARICOM and private entities alike, has developed. The Court's interpretation of the Revised Treaty, its reasoning, its

creation and fashioning of appropriate remedies and enforcement of these remedies have all been, in some form, influenced by international law. The Court's other jurisdiction, its Appellate Jurisdiction has also benefited from this international law influence, where the Court has referenced and applied international instruments and principles in delivering its final decisions.

1. Article 216, Revised Treaty of Chaguaramas.
2. 1. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.
3. Recourse may be had to supplementary means of interpretation, including the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion, in order to confirm the meaning resulting from the application of article 31, or to determine the meaning when the interpretation according to article 31:
 - (a) leaves the meaning ambiguous or obscure; or
 - (b) leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable.
4. Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith.
5. A party may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform a treaty. This rule is without prejudice to article 46.
6. [2009] CCJ 2 (OJ) at [41].
7. [2013] CCJ 3 (OJ).
8. Ibid at [10].
9. See *Doreen Johnson v Caribbean Centre for Development Administration* [2009] CCJ 3 (OJ).
10. [2008] CCJ 1 OJ.
11. [2009] CCJ 2 (OJ).
12. Art. 187, RTC: The provisions of this Chapter shall apply to the settlement of disputes concerning the interpretation and application of the Treaty, including: (c) allegations that an organ or body of the Community has acted ultra vires;
13. [2009] CCJ 1 (OJ) at [36] – [44].
14. See Part 10.4(2) of the Caribbean Court of Justice (Original Jurisdiction) Rules, 2021.
15. [2008] CCJ 1 OJ.
16. Art XIII of the Agreement; Art 212 of the RTC; Part 10A.3 of the Caribbean Court of Justice (Original Jurisdiction) Rules.
17. Art. 175(12), Art. 174(4); Part 10A.5 of the CCJ (OJ) Rules.
18. In the matter of a request for an Advisory Opinion by the Caribbean Community pursuant to Article 212 of the Revised Treaty of Chaguaramas and Rule 11.3(1) of the Caribbean Court of Justice (Original Jurisdiction) Rules 2019 [2020] CCJ 1 (OJ) (AO).
19. [2009] CCJ 5 (OJ).
20. [2009] CCJ 4 (OJ).
21. [2009] CCJ 5 (OJ).
22. [2012] CCJ 1 (OJ).
23. [2013] CCJ 3 (OJ).
24. [2014] CCJ 1 (OJ).
25. [2017] CCJ 2 (OJ).
26. Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods (Limitation Convention); the NAFTA treaty; the 1930 Codification Conference of the League of Nations, the The International Law Commission's 1958 Draft Articles; the Iran-US Claims Tribunal in *Iran National Airlines v United States* 7 (1987) 17 Iran-U.S. Claims Tribunal Rep. 187.

^{27.} [2009] CCJ 4 (OJ).

^{28.} See also *Trinidad Cement Limited v The Competition Commission* [2012] CCJ OJ 4.

^{29.} [2009] CCJ 4 (OJ).

^{30.} [2017] CCJ 2 (OJ).

^{31.} Compare *Trinidad Cement Limited and TCL Guyana Incorporated v Co-operative Republic of Guyana* [2009] CCJ 5 (OJ); *Trinidad Cement Limited v The Caribbean Community* [2009] CCJ 4 (OJ); *Shanique Myrie v The State of Barbados* [2013] CCJ 3 (OJ); *TCL v Competition Commission* [2013] CCJ 2 (OJ); *Rudisa Beverages & Juices NV and Caribbean International Distributors Inc and The State of Guyana* [2014] CCJ 1 (OJ); *Hummingbird Rice Mills v Suriname* [2012] CCJ 2 (OJ) and *SM Jaleel v Guyana* [2017] CCJ 2 (OJ).

^{32.} [2012] CCJ 2 (OJ).

^{33.} *Rudisa Beverages & Juices N V and Caribbean International Distributors Inc v Guyana* [2014] CCJ 1 (OJ) at [38].

^{34.} [2010] CCJ 1 (OJ).

^{35.} [2006] 69 WIR 104.

^{36.} [2010] CCJ 3 (AJ).

^{37.} [2015] CCJ 15(AJ).

About the author

Jacob Wit



Jacob Wit is a citizen of the Kingdom of The Netherlands. He took the degree of Master of Laws with honours from Vrije Universiteit (Free University) of Amsterdam in 1977. Mr. Justice Wit was admitted in March 1978 as a Judicial Trainee at the Studiecentrum Rechtspleging (Training and Study Centre for the Judiciary) in Zutphen, where he remained until 1984. During this period, he held the posts of Law Clerk in the Rotterdam 8 District Court (1978-1980); Deputy Prosecutor at the Amsterdam District Court (1980-1982); and worked as an Attorney-at-Law with the Law Firm of Van Doorne & Sjollema in Rotterdam. Mr. Justice Wit was appointed by Her Majesty Queen Beatrix of the Netherlands as Deputy Judge of the Rotterdam District Court in

January 1984, Judge of that court in March 1985, and Judge of the Joint Court of the Netherlands Antilles and Aruba on 1 October 1986. There he functioned as Coordinating Judge, Court of First Instance, Curaçao (1993-1996); Coordinator Judge of Instruction, Netherlands Antilles (1994-1997); Coordinating Judge for the Dutch Windward Islands of Sint Maarten, Sint Eustatius and Saba and from 2001 to 2005 as Senior Justice and Acting Chief Justice. He is a Judicial Educator and a Lecturer in Law. The Honourable Mr. Justice Jacob Wit took the Oath of Office as a Judge of the Caribbean Court of Justice on Wednesday 1 June 2005 and was in 2010 installed as President of the Constitutional Court of St. Maarten (a part-time judicial office).

Parte II

Justicia Internacional



Sumario

- I. *Introduction;*
- II. *Formal avenues*
- III. *Informal avenues;*
- IV. *Conclusion*



Participation of State and Non-State Actors in contentious cases before the International Court of Justice: An Empirical Analysis

**Paula Wojcikiewicz
Almeida**

I - Introduction

The institution of *amici curiae* is one that may affect the expanding of procedural rules. *Amici curiae* are ‘those actors who do not themselves have a legally protected interest in the particular case and yet want to intervene’¹, thereby opening litigation to issues of public or general interest². Their goal is to ‘introduce public interest considerations into the decision – and, indirectly, to impact on the development of international law’³.

The case law of the ICJ also deals with issues involving public interest or individuals’ rights, with cases regarding diplomatic protection providing a prominent example⁴. Indeed, states may ‘litigate the international rights of their citizens or citizens of other states’⁵. Notably, human rights cases are not only being litigated in tribunals established specifically for that purpose. The ICJ has dealt with

genocide, war crimes and other human rights violations, for instance, in the *Application of the Genocide Convention* case, as well as in *Jurisdictional Immunities*⁶. Environmental law cases, such as the *Gabčíkovo-Nagy-maros*⁷ case, also generate issues that reflect widespread concern or broad public interest. Even boundary disputes may have an important impact on individuals. This illustrates the increasing impression that international litigation has rarely been a matter of private concern or interest affecting exclusively the parties in dispute⁸ and may stimulate public interest in the work of the Court⁹.

Despite the institution of *amicus curiae* being accepted and regulated by many courts and tribunals¹⁰, there remains considerable disagreement within the ICJ in this regard and it appears reluctant to expand the disputes beyond the limits initially prescribed

“Their goal is to ‘introduce public interest considerations into the decision – and, indirectly, to impact on the development of international law’.”

by the parties to the proceedings¹¹, in contentious cases. The ICJ Statute and ICJ Rules contain no provision on *amicus curiae* participation in contentious cases. The lack of an express mention to *amicus curiae* briefs does not indicate, however, that the referred practice would be proscribed by the Court, especially in contentious proceedings.

By applying empirical research methodology for mapping the ICJ practice concerning *amicus curiae* submissions and other forms of submitting relevant information to the Court, the following discussion will first be proceeded with a general overview of this category of participants and will be followed by an analysis of *amicus curiae* submissions by a variety of state and non-state actors (NSAs) in ICJ contentious cases¹². It also includes informal ways of participation by state and NSAs and their potential influence in the proceedings.

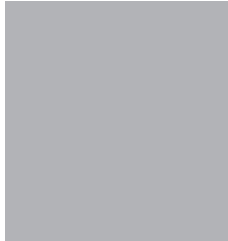
II - Formal avenues

In contentious cases, the ICJ Registrar issues notifications to inform states and international organizations of the case, giving the opportunity to furnish information to the Court via written and oral statements. The Court’s notifications to state and NSAs were based under four main provisions: Articles 34(2)-(3), 50, 62 and 63 ICJ Statute, and Article 43(2) ICJ Rules.

According to Article 34(2) ICJ Statute, the Court ‘may request of public international organizations information relevant to cases before it’¹³ and/or shall receive such information from such organization ‘on their own initiative’¹⁴. The ICJ Rules (as amended in 2005) define a ‘public international organization’ as ‘an international organization of states’¹⁵. The controversies concerning the interpretation of Article 34(2), in particular, whether it could be interpreted more broadly so as to encompass ‘international public organizations’, have been resolved by the Court’s deciding not to accept submissions from international organizations other than those of an intergovernmental structure¹⁶. Indeed, in the *Asylum* case, the Court confined the application of Article 34 to ‘public international organizations’¹⁷.

**Paula Wojcikiewicz
Almeida**

Participation of State and Non-State Actors in contentious cases before the International Court of Justice: An Empirical Analysis



Article 34(3) ICJ Statute provides an avenue for public international organizations to be notified by the Registrar and eventually present written observations in the framework of intervention proceedings based on Article 63(2) ICJ Statute.

Article 43(2) ICJ Rules (as amended in 2005) allows the organizations so notified to submit observations on the particular provisions of the convention the construction of which is in question. The idea behind the new Article 43 is to consider that both states and international organizations may hold a comparable interest in taking part in the proceedings in which the construction of a convention is discussed before the Court. The procedure to be followed in this case is provided for in Article 69(3) ICJ Rules.

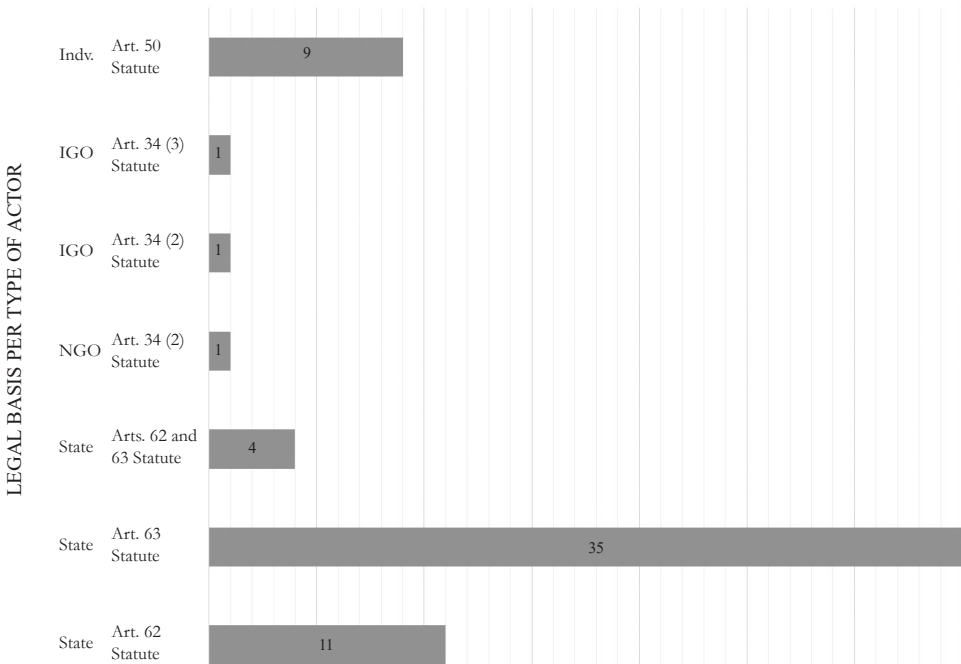
If participation under Article 34 is considered by the Court to be limited to organizations composed of states¹⁸, other non-state entities, such

"...the Court 'may request of public international organizations information relevant to cases before it' 649 and/or shall receive such information from such organization 'on their own initiative'."

as nongovernmental organizations (NGOs) and individuals, may seek to submit information to the Court on the basis of Article 50 ICJ Statute. According to this provision, the Court may invite individuals, bodies, bureaus, commissions or other organizations to carry out an enquiry or to give an expert opinion. Article 50 is supplemented by Article 67 ICJ Rules, which allows individuals or intergovernmental organizations (IGOs) to be heard in their limited capacity as experts.

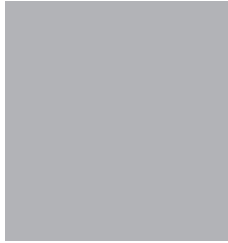
Finally, the particular interests of third States in an ongoing dispute before the Court may be pursued via intervention proceedings under Art. 62 or Art. 63. According to Art. 62 of the Statute, a third State may request to intervene whenever it has an interest of a legal nature which may be affected by the decision in the case, whereas the right of a third State to intervene on a question of interpretation of a treaty of which it is party is recognized by Article 63 of the Statute¹⁹.

Figure 1 shows the number of participants that submitted information to the Court, either in response to an ICJ notification or via a proprio motu request, under distinct legal basis: Article 34(2) and (3) ICJ Statute are usually analysed together due to their systematic context and historical development²⁰. In practice, the opportunity given to international organizations to transmit information relevant to cases before the Court (Article 34(2)) and to submit observations



NUMBER OF PARTICIPANTS THAT SUBMITTED OR ATTEMPTED TO SUBMIT INFORMATION TO THE ICJ

Figure 1: Legal basis used by state and NSAs participation in contentious cases (1949-2022).



related to the construction of a convention in question in a case before the Court (Article 34(3)) represent two distinct modes of participation in proceedings.

The Court has only once been furnished with information by an IGO under Article 34(2), in the case *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Ukraine v. Russia)²¹. Before this occurrence, the article was referred to in the text of one request from an NGO to submit observations to the ICJ, whose request for participation was subsequently denied by the Court²². Besides the Court's seemingly unwillingness to request information from IGOs under Article 34(2), intergovernmental organizations are also to blame for the underuse of Art. 34(2), since they could present information on their own initiative and have not done so yet. As put by Dupuy and

"...empirical research confirms the hypothesis that Article 34 'is unlikely to be a means for NGOs to have access to the ICJ in contentious cases'."

Hoss, 'intergovernmental organizations do not seem to be particularly interested in taking the initiative on the basis of Article 34, para 2 of requesting the Court to receive information which they would consider as relevant to a case pending before it'²³.

In contrast to the ICJ's scant practice on Article 34(2), as of 14 December 2022, Article 34(3) has been referred to by the Court in 40 notifications for IGOs to submit observations (see Figure 3). However, even following notification by the Court under Article 34(3), only in one occurrence has an IGO taken the opportunity to

“In other words, the Court could accept amicus curiae briefs on the basis of its powers for collecting evidence.”

provide the Court with their observations, in the *Aerial Incident of 3 July 1988 case*²⁴. On the other hand, no NGO has ever been notified under Article 34(3). Therefore, empirical research confirms the hypothesis that Article 34 ‘is unlikely to be a means for NGOs to have access to the ICJ in contentious cases’²⁵.

Article 50 ICJ Statute provided the legal basis for four expert opinions submitted by nine individuals: in the *Corfu Channel case*²⁶, in the *Gulf of Maine case*²⁷, in the joined cases *Maritime Delimitation (Costa Rica v. Nicaragua)*²⁸ and *Land Boundary (Costa Rica v. Nicaragua)*, and in the *Armed Activities (DRC v. Uganda) case*²⁹. No IGO has to date been invited to submit an enquiry or to give an expert opinion on this basis. Arguably, NGOs and other NSAs would be more likely to have access to the ICJ by using Article 50 ICJ Statute³⁰. It has been suggested that Article 50

provides a potential avenue for the Court to invite NSAs to participate as amicus curiae in contentious cases³¹ but neither the Court nor NSAs have explored the potentials of this provision³². NSAs would be able to contribute information as expert witnesses by requesting that the Court appoint them to give their opinion³³. Therefore, without any change to the ICJ Rules the Court could permit NSAs that so requested to submit information via expert opinions. In other words, the Court could accept amicus curiae briefs on the basis of its powers for collecting evidence³⁴.

The prevailing tension between bilateral and community interests in dispute settlement is reflected in the third-party intervention mechanism before the ICJ. According to Art. 62 of the Statute, a third State may request to intervene whenever it has an interest of a legal nature which may be affected by the decision in the case. Whereas the right of a third State to intervene on a question of interpretation of a treaty of which it is party is recognized by Article 63 of the Statute³⁵. Intervention under Article 63 enjoys a limited object, which ‘is to allow a third State not party to the proceedings, but party to a convention whose construction is in question in

those proceedings, to present to the Court its observations on the construction of that convention³⁶.

States have submitted applications for permission to intervene in ICJ contentious cases under the mechanisms of either discretionary intervention (Art. 62 Statute) or intervention ‘as of right’ (Art. 63 Statute). Among these submissions, 11 applications for permission to intervene were filed on the grounds of Art. 62 ICJ Statute; 35 on the grounds of Art. 63, and four under a two-fold legal basis of both Arts 62 and 63 (see figure 2).

The analysis of ICJ practice concerning *amicus curiae* submissions cannot be restricted to the situations in which observations were effectively submitted to the Court by state and NSAs. Efforts from the ICJ to notify every relevant state actor to submit written statements could also demonstrate, on the one hand, the Court’s openness to *amicus curiae* participation; and, on the other hand, the organizations’ unwillingness to present observations. According to Dupuy and Hoss, this lack of practice illustrates the limited and narrow scope of Article 34³⁷, which appears to be outdated and certainly

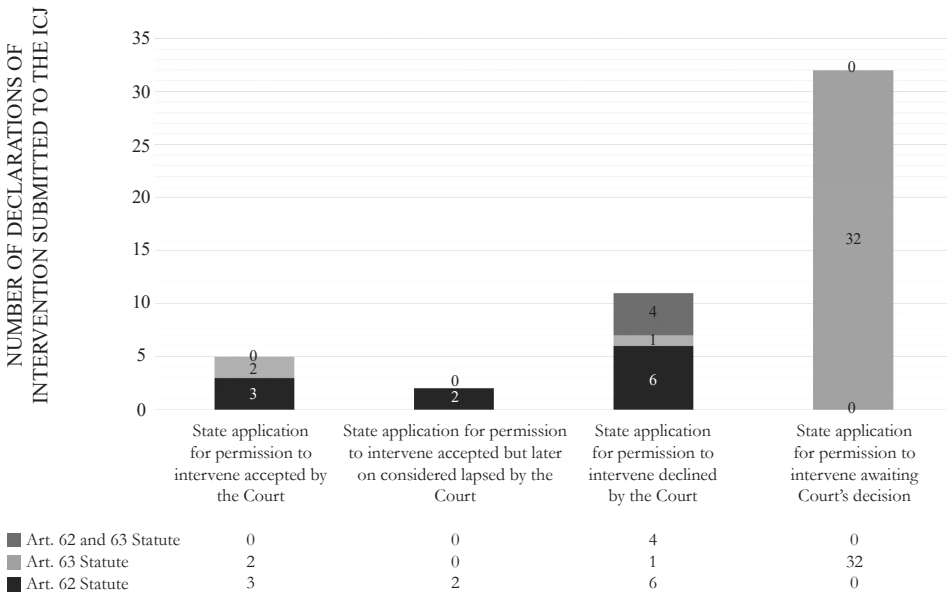
disconnected from the contemporary developments characterizing the international community nowadays³⁸. Whatever the case may be, there is no doubt that international organizations could make an active use of Article 34, thereby motivating an expanded interpretation of this provision by the Court.

States

ICJ procedural law contains no express provision allowing for state submission as *amici curiae* in contentious proceedings. The ICJ Statute does not provide a specific mechanism for a state to submit its views without ‘officially’ intervening³⁹. The lack of an express impediment to *amici curiae* briefs does not indicate, however, that the referred practice would be proscribed by the Court, notably in contentious proceedings. Indeed, there is nothing in the ICJ Statute which could be understood as preventing the Court from accepting views submitted by states as *amici curiae*⁴⁰. The possibility to participate via *amicus curiae* submission would allow states to expand procedural rules whenever they do not fulfil the requirements for intervention and yet want to express an opinion relevant to the dispute⁴¹.

The practice of the ICJ appears to support this view. In its judgment on the application for intervention by Malta in the *Continental Shelf* case⁴², the Court referred to *amicus curiae* in order to distinguish Malta's request for intervention from objective presentations in the form of *amicus curiae* briefs⁴³, without openly condemning this practice⁴⁴. Malta's application was denied for it had 'said too little' to convince the Court of its pertinent 'legal interest'⁴⁵.

Most commonly, the particular interests of third States in an ongoing dispute before the Court may be pursued via intervention proceedings under Art. 62 or Art. 63 ICJ Statute. Figure 2 below shows the outcome of state applications for permission to intervene submitted to the Court under three legal bases: Article 62, Article 63, or under a two-fold legal basis of both Arts. 62 and 63 ICJ Statute:



OUTCOME OF STATE APPLICATIONS FOR PERMISSION TO INTERVENE

Figure 2: Outcome of State applications for permission to intervene in ICJ contentious cases (1949-2022).

As of December 2022, the Court has only granted permission for seven states to intervene in contentious cases, of which two based its claim under Art. 63 (Cuba in *Haya de la Torre*⁴⁶, and New Zealand in *Whaling in the Antarctic*⁴⁷), and three under Art. 62 (Nicaragua in *Land, Island and Maritime Frontier Dispute*⁴⁸, Equatorial Guinea in *Land and Maritime Boundary*⁴⁹, and Greece in *Jurisdictional Immunities*⁵⁰).

The Court had admitted the applications of Fiji under Art. 62 in both *Nuclear Tests* cases⁵¹, but has later on considered that the applications lapsed⁵². Meanwhile, the Court has not granted permission of intervention to 11 states, six of which based its request under Art. 62⁵³, four under Arts. 62 and 63 combined⁵⁴, and one under Article 63 (El Salvador in *Military and Paramilitary*)⁵⁵.

In May 2022, 41 states and the European Union issued an unprecedented joint statement manifesting their intention to ‘explore all options to support Ukraine in its efforts before the ICJ and to consider a possible intervention’⁵⁶ in the *Allegations of Genocide (Ukraine v. Russia)* case⁵⁷. Before this case, Art. 63 ICJ Statute had only been invoked three times.

“The analysis of ICJ practice concerning amicus curiae submissions cannot be restricted to the situations in which observations were effectively submitted to the Court by state and NSAs.”

As of 14 December 2022, 33 states have already submitted requests for permission to intervene under Art. 63 ICJ Statute, all of which still await Court’s decision⁵⁸.

The declarations of intervention submitted to the ICJ by Bulgaria⁵⁹, Norway⁶⁰, and Canada and The Netherlands⁶¹ have mentioned a letter of 31 October 2022 from the ICJ Registrar (Document No 157450), which is still not available to the public in the ICJ’s website. According to the States’ declarations, the letter sets 15 December 2022 as time-limit for the submission of declarations by States willing to intervene in the case.

Likewise, on 2 September 2020, the governments of the Netherlands and Canada issued a joint statement to ‘express their joint intention to intervene in the matter of *The Gambia v.*

“According to Art 34 (2) ICJ Statute, the Court ‘may request of public international organizations information relevant to cases before it’ 701 and/or shall receive such information from such organization ‘on their own initiative’.”

Myanmar⁶², in reference to the *Application of the Genocide Convention* case between the two states⁶³. However, as of December 2022, no formal request for intervention or *amicus curiae* participation has been made in the case.

IGOs

As mentioned above, most notifications received by IGOs were based on Article 34(3) ICJ Statute, often combined with the procedural provision of Article 43(2) ICJ Rules. According to an amendment to Article 43 ICJ Rules (which, as mentioned above, entered into force in 2005), the Court may direct the Registrar to notify any public international organization that

is party to a convention the construction of which is at issue in a case before the Court. Therefore, any public international organization or IGO duly notified may submit its written observations on the particular provisions of a convention before the closure of the written proceedings and, if the Court so desires, be able to supplement its observations orally⁶⁴.

According to Art 34 (2) ICJ Statute, the Court ‘may request of public international organizations information relevant to cases before it’⁶⁵ and/or shall receive such information from such organization ‘on their own initiative’⁶⁶. This provision represents a direct avenue for participation (requested or *proprio motu*), regardless of the construction of a convention to which the organization is a party.

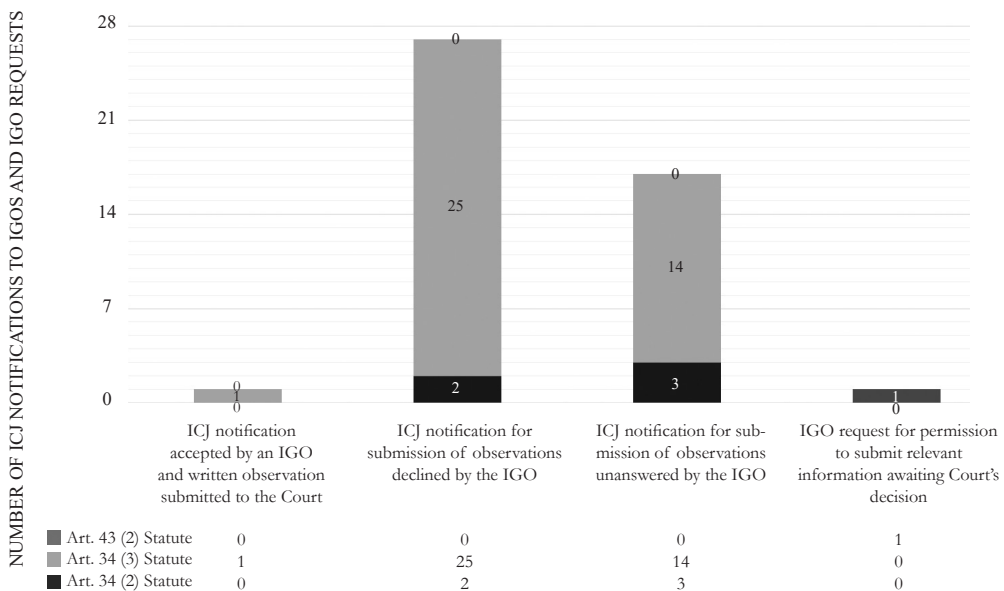
Overall and as of 14 December 2022, the Court had issued 45 notifications to IGOs, either under Article 34(3) ICJ Statute or under Article 43(2) ICJ Rules. As shown in Figure 3 below, these notifications can be separated into three groups: 27 ICJ notifications to submit observations were explicitly declined by the IGOs to whom they were addressed, 17 ICJ notifications were left unanswered by the relevant IGOs, one notification was positively

answered, resulting in one observation submitted by the International Civil Aviation Organisation in the *Aerial Incident of 3 July 1988* case⁶⁷. The Court has also received one request by an IGO for permission to submit observations under Article 34 (2) ICJ Statute, which still awaits the decision of the Court:

The empirical research confirms that IGOs appear as the actor that has received the highest number of notifications in ICJ contentious cases. Despite the Court's effort to notify IGOs potentially interested to submit

information, only one ICJ notification under Article 34 (3) Statute has been positively answered by the International Civil Aviation Organization (ICAO) in the *Aerial Incident of 3 July 1988* case⁶⁸, whereby the organization furnished information regarding ICAO Council proceedings.

Article 34 (3) ICJ Statute served as base for 39 ICJ notifications to the relevant IGOs, of which 25 were declined⁶⁹: In 14 occasions, the notifications have not been answered by the organizations⁷⁰. Article 43(2) ICJ Rules has also been used to notify an



OUTCOME OF ICJ NOTIFICATIONS TO IGOs AND IGO REQUESTS TO THE COURT

Figure 3: Number of ICJ notifications to IGOs in contentious cases (1949-2022).

“The submission by the European Union in the case concerning the Genocide Convention (Ukraine v. Russia) 709 marks the first use of Article 34 (2) ICJ Statute by an IGO.”

IGO – the European Union (formerly the European Community) – without any mention of Article 34(3) ICJ Statute. The IGO has rejected the opportunity to submit observations in two cases⁷¹ and has not answered to the Court’s notification in three other occasions⁷².

The submission by the European Union in the case concerning the Genocide Convention (Ukraine v. Russia)⁷³ marks the first use of Article 34 (2) ICJ Statute by an IGO. Although not available to the public in the Court’s website as of 14 December 2022, the EU declaration is likely to concern reports from the Organization for Security and Co-operation in Europe (OSCE) concerning the alleged genocidal acts in the Donbas region.

Finally, there are several instances in which the ICJ could have used the legal basis of Article 34(3) to address notifications to IGOs for the submission of observations, but failed to do so⁷⁴. Notifications for submission of observations might have been expected, although not issued, in the following cases⁷⁵: *East Timor*⁷⁶, expected from the United Nations on questions of self-determination; *Fisheries Jurisdiction*⁷⁷, expected from Northwest Atlantic Fisheries Organization (NAFO) with respect to the Convention on Future Multilateral Cooperation in the Northwest Atlantic Fisheries; *Breard*⁷⁸, *LaGrand*⁷⁹, and *Avena*⁸⁰, all expected from the United Nations regarding the Vienna Convention on Consular Relations; *Gabčíkovo-Nagymaros*⁸¹, expected from the United Nations regarding the Vienna Convention on the Law of Treaties; *Aerial Incident of 10 August 1999*⁸², expected from the ICAO; *Pulp Mills*⁸³, expected from the International Finance Corporation; and the Legality of Use of Force cases⁸⁴, all expected from the United Nations. Moreover, there have also been situations in which IGOs could have been more active in submitting information to the Court⁸⁵.

NGOs

In practice the Court has never received *amicus curiae* submissions from NGOs in contentious cases. As indicated above, Article 34 ICJ Statute limits the possibility of presenting information only to international organizations composed of states. However, some relevant observations can be drawn from the *Asylum case*⁸⁶. During the proceedings, an NGO – the International League for the Rights of Man – made an unsuccessful attempt to obtain leave of the ICJ to participate pursuant to Article 34(2) ICJ Statute⁸⁷.

In order to take advantage of Article 34(2) ICJ Statute, the League requested the Court to determine whether it would be considered as a public international organization within the meaning of Article 34⁸⁸. Although it was contended that its recognition as a public international organization entitled to present information would further the purpose of the ICJ and would preserve international human rights⁸⁹, the League's request was denied by the Court, which did not fix a time-limit for the submission of observations⁹⁰. Indeed, the Court made it clear that Article 34 ICJ Statute finds no application since the League

"In practice the Court has never received *amicus curiae* submissions from NGOs in contentious cases."

'cannot be characterized as public international organization as envisaged by Statute'⁹¹.

Since the *Asylum* case, there appears to exist no subsequent attempts by NGOs to submit information to the ICJ in contentious proceedings⁹².

Individuals

As far as individuals are concerned, the ICJ Statute seems to confirm that they have no voice before the Court. Article 34 ICJ Statute was intentionally drafted by the Committee of Jurists to exclude individuals from appearing before the ICJ⁹³. Therefore, in principle, individuals have no voice before the Court; the only possibility to act on their behalf rests in the hands of their states when exercising diplomatic protection.

However, it is frequently affirmed that Article 50 ICJ Statute could provide a potential avenue for the Court to

invite individuals or IGOs to participate as *amicus curiae* in contentious cases. This article, supplemented by Article 67 ICJ Rules, allows individuals or IGOs to be heard in their limited capacity of experts. Yet, no IGO has to date been invited to submit an enquiry or to give an expert opinion on this basis. As mentioned above, the Court has only applied this legal basis for requesting expert opinions from individuals.

The Court's scant practice does not indicate an intention to interpret expansively the scope of an individual's

capacity under Article 50, to include the possibility to present *amicus curiae* briefs⁹⁴. The individuals solicited by the Court have acted exclusively in the capacity of experts, as mentioned above (Part B.1) and as shown in Figure 4 below:

In the *Corfu Channel* case⁹⁵ two experts were solicited by an order from the Court⁹⁶: Mr. J. B. Berck, Rear-Admiral of the Royal Netherlands Navy and Mr. G. de Rooy, Director of Naval Construction from the Royal Netherlands Navy. In the *Gulf of Maine* case⁹⁷, Canada and the USA signed a

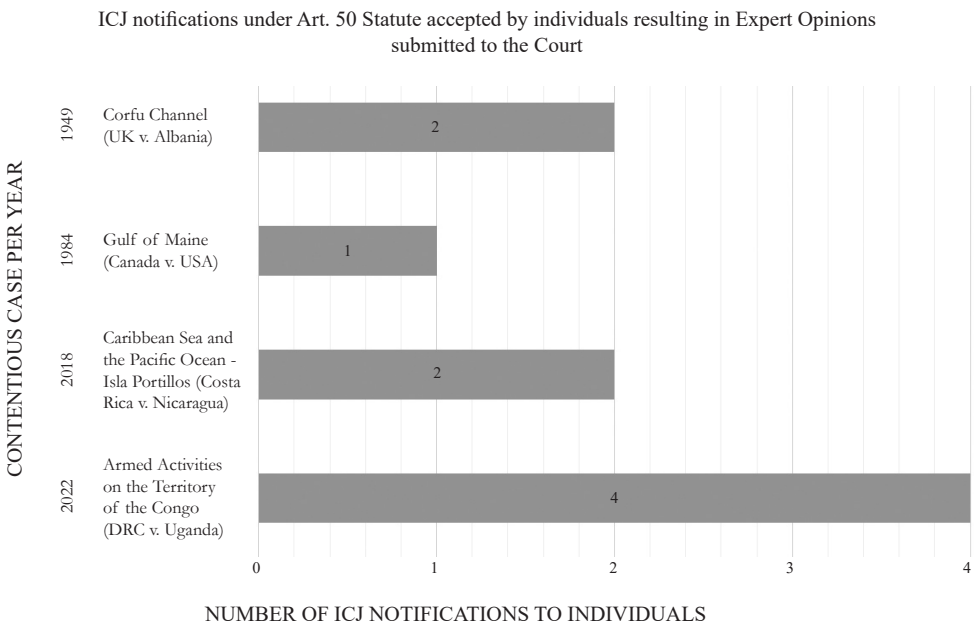


Figure 4: Number of ICJ notifications accepted by expert individuals in contentious cases (1949-2022).

special agreement to bring their dispute before a Chamber of the Court and nominated former Commander Beazley of the British Royal Navy and member of the British delegation to the third UN Conference on the Law of the Sea as an expert to assist it in technical matters⁹⁸. In *Maritime Delimitation* (Costa Rica v. Nicaragua) and in *Land Boundary* (Costa Rica v. Nicaragua)⁹⁹ (cases joined in February 2017), two independent experts, Mr. Eric Fouache and Mr. Francisco Gutiérrez, were requested to produce a report¹⁰⁰. Finally, in the *Armed Activities (DRC v Uganda)* case¹⁰¹, the Court appointed Ms. Debarati Guha-Sapir, Mr. Michael Nest, Mr. Geoffrey Senogles, and Mr. Henrik Urdal as experts for the determination of the amount of reparation.

In contrast, the ICJ has not often made use of the appointment of experts in its case history. The Court has either rejected parties' requests to commission an expert opinion or has concluded *proprio motu* that such an appointment was unnecessary¹⁰². However, there are cases in which the Court could have resorted to the legal basis of Article 50 ICJ Statute, as discussed by the doctrine and in dissenting or separate opinion of judges¹⁰³.

"There is no doubt that ICJ procedural law remains outdated and disconnected from the contemporary developments characterizing the international community nowadays. Broadening the possibilities for amicus curiae submissions would imply the recognition of the plurilateral"

III - Informal avenues

The insufficiency of the statutory avenues for amici curiae participation before the World Court has given way to informal avenues of participation.

A. States

In the *Gabčíkovo-Nagymaros* case the ICJ allowed for submissions by NGOs to be introduced as part of the submissions of the disputing parties¹⁰⁴ in the 'scientific reports' referred to in the annexes to the memorials. Such submissions would not be technically considered as *amicus curiae* briefs since they were included

in the written submissions of a state. However, the possibility of asking one of the parties to annex the information to its submissions without necessarily adopting the views as its own would represent an avenue for organizations wishing to make their views known to the Court.

Information provided by other means and by other actors was also taken into account by the Court. In the case *Military and Paramilitary Activities (Nicaragua v. USA)*¹⁰⁵ both parties submitted to the Court a large number of documentary material of various kinds from various sources¹⁰⁶. Even though the material seemed to meet high standards of objectivity, the Court was careful enough not to consider it as evidence, but rather as auxiliary material, that is, as information for corroborating the existence of a fact¹⁰⁷. Hence, such information was admitted by the Court as being in the public domain¹⁰⁸.

IGOs

In addition to formal ways of participation, IGOs can also play an important role in stimulating states to initiate proceedings before the ICJ. More recently, an issue has been raised

in the *Application of the Genocide Convention (The Gambia v. Myanmar)* case¹⁰⁹. Gambia's application concerned alleged violations of the Genocide Convention and was supported by documents and statements provided by the Organization of Islamic Cooperation (OIC)¹¹⁰, an inter-governmental organization created in 1969 to be the 'collective voice of the Muslim world'¹¹¹. Myanmar contended that the Court had no jurisdiction, since Gambia would be acting 'rather as a 'proxy' and 'on behalf of' the OIC' under Article 34 ICJ Statute¹¹². After the public hearings on the preliminary objections raised by Myanmar the Court concluded that The Gambia, as a party to the Genocide Convention, had standing to invoke the responsibility of Myanmar for the alleged breaches of the Convention¹¹³.

NGOs and individuals

Other forms of participation include that of NGOs playing an important role in the institution of proceedings. Indeed, although in *Obligation to Prosecute or Extradite* the ICJ received no request for submitting information, the Human Rights Watch was said to have influenced Belgium's initiative to file an application before the ICJ¹¹⁴.

Some cases might demonstrate an ancillary influence of individuals in the proceedings, notably, whenever national companies have their interests protected by the state via diplomatic protection¹¹⁵. In these cases, direct representation by the affected individuals would not only stimulate public interest, but also enhance confidence in the work of the Court¹¹⁶.

IV - Conclusion

There is no doubt that ICJ procedural law remains outdated and disconnected from the contemporary developments characterizing the international community nowadays. Broadening

the possibilities for *amicus curiae* submissions would imply the recognition of the plurilateral nature of international disputes. This would require not only the expansion of the active legitimacy for submitting *amicus curiae* briefs, but also the enlargement of its scope, notably, when global public goods are at stake. If one takes into account the goal to introduce public interest considerations in judicial proceedings, the ‘friends of court’ could also contribute to upholding rules aimed at protecting fundamental values of the international community and, ultimately, to strengthening the democratic legitimization of judicial decisions.

1. Armin von Bogdandy and Ingo Venzke, 'On the Democratic Legitimation of International Judicial Lawmaking' (2011) 12 *GermanLJ* 1341, 1366-7. See also Philippe Sands and Ruth Mackenzie, 'International Courts and Tribunals, Amicus Curiae' in MPEPIL (OUP online, last updated 2008); Hervé Ascensio, 'L'amicus curiae devant les juridictions internationales' (2001) 105 *RGDIP* 897.
2. Dinah Shelton, 'The Participation of Nongovernmental Organizations in International Judicial Proceedings' (1994) 88 *AJIL* 612.
3. Yaël Ronen and Yael Naggan, 'Chapter 37: Third Parties' in Cesare PR Romano, Karen Alter and Yuval Shany (eds) *The Oxford Handbook of International Adjudication* (OUP 2013) 821.
4. Jona Razzaque, 'Changing Role of Friends of the Court in the International Courts and Tribunals' (2002) *Non-State Actors and International Law* 1, 175; Lance Bartholomeusz, 'The Amicus Curiae before International Courts and Tribunals' [2005] *NSAIL* 209, 216.
5. Shelton (n 2) 613.
6. Application of the Genocide Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v Serbia) (Merits) (Judgment of 3 February) [2015] *ICJ Rep* 3; Jurisdictional Immunities of the State (Germany v Italy: Greece Intervening) (Judgment of 3 February) [2012] *ICJ Rep* 99. See also Shelton (n 2) 614.
7. Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v Slovakia) (Judgment of 25 September) [1997] *ICJ Rep* 7.
8. Shelton (n 2) 614-5.
9. Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-1996* (Nijhoff 1997) vol II, 654-5.
10. See eg Arts 84(1), 84(2) *ITLOS Rules of the Tribunal*; Rule 37(2)(a) *ICSID Arbitration Rules*; Art 36(2) *ECHR*; Arts 2(3), 44 *IACtHR Rules*; Rule 103 *ICC Rules of Procedure and Evidence*; Rule 74 *ICTY Rules of Procedure and Evidence*; Rule 74 *ICTR Rules of Procedure and Evidence*. In the WTO the institution of amicus curiae was accepted by the WTO Appellate Body based on a broad interpretation of Art 13 *DSU*. For more details on amicus curiae before tribunals other than the ICJ see Razzaque (n 4) 169-200; Bartholomeusz (n 4) 209-86; Shelton (n 2) 611-42; Eric De Brabandere, 'NGOs and the "Public Interest": The Legality and Rationale of Amicus Curiae Interventions in International Economic and Investment Disputes' (2011) 12 *ChiJIntL* 85.
11. See Ronen and Naggan (n 3) 823.
12. For the purpose of this Chapter the broadest definition of non-state actors (NSA) is used: 'all entities that are not States'. See *ILA (Committee on Non-State Actors), 'Final Report'* (2016) (Johannesburg Conference) 4 para 21.
13. The procedure is outlined in Art 69(1) *ICJ Rules*.
14. See Art 69(2) *ICJ Rules*.
15. See Art 69(4) *ICJ Rules*.
16. Pierre-Marie Dupuy and Cristina Hoss, 'Article 34' in Andreas Zimmermann and Christian J Tams (eds), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary* (3rd edn, OUP 2019) paras 3-4.
17. 'Court finds Article 34 Statute not applicable since International League of Rights Man

cannot be characterized as public international organization as envisaged by Statute'. Asylum (Colombia v Peru) (Correspondence) 'The Registrar to Mr. Robert Delson, Member of the Board of Directors of the International League for the Rights of Man (telegram)' (doc 66, 16 March 1950) 228, in response to 'Mr. Robert Delson, Member of the Board of Directors of the International League for the Rights of Man to the Registrar' (doc 63, 7 March 1950) 227. See also Asylum (Colombia v Peru) (Judgment of 20 November) [1950] ICJ Rep 266.

¹⁸ Hersch Lauterpacht, 'The Revision of the Statute of the International Court of Justice' (with an editorial note by Elihu Lauterpacht) (2002) 1 LPICT 55, 109.

¹⁹ For a general assessment, see Yuji Iwasawa, 'Third Parties Before International Tribunals: The ICJ and the WTO' in Nisuke Ando, Edward McWhinney and Rüdiger Wolfrum (eds), *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda*, vol 1 (Kluwer Law International 2002); and A.J.J. de Hoogh, 'Intervention Under Article 62 of The Statute and the Quest for Incidental Jurisdiction without the Consent of the Principal Parties' [1993] *Leiden Journal of International Law* 6, 17.

²⁰ Dupuy and Hoss (n 16) para 2.

²¹ Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation) (Pending). ICJ Press release 2022/29 <http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket.htm> accessed 25 August 2022.

²² Asylum (Correspondence) 'Mr. Robert Delson to the Registrar' (n 17).

²³ Dupuy and Hoss (n 16) para 17.

²⁴ Aerial Incident of 3 July 1988 (Iran v United States) (Observations of the International Civil Aviation Organization) (4 December 1992), 617 ff.

²⁵ Bartholomeusz (n 4) 216.

²⁶ Corfu Channel (United Kingdom v Albania) (Compensation) (Judgment of 15 December) [1949] ICJ Rep 244.

²⁷ Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada v United States of America) (Judgment of 12 October) [1984] ICJ Rep 246.

²⁸ See Maritime Delimitation in the Caribbean Sea and the Pacific Ocean (Costa Rica v. Nicaragua) and Land Boundary in the Northern Part of Isla Portillos (Costa Rica v. Nicaragua), Judgment, I.C.J. Reports 2018, p. 139.

²⁹ Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v Uganda) (Merits) (Judgment of 19 December) [2005] ICJ Rep 168.

³⁰ Bartholomeusz (n 4) 216.

³¹ Bartholomeusz (n 4) 214; Paolo Palchetti, 'Opening the International Court of Justice to Third States – Intervention and Beyond' (2002) 6 *MaxPlanckYrbkUNL* 170.

³² Bartholomeusz (n 4) 215.

³³ Shelton (n 2) 627-8.

³⁴ Palchetti (n 31) 170.

³⁵ For a general assessment, see Yuji Iwasawa, 'Third Parties Before International Tribunals: The ICJ and the WTO' in Nisuke Ando, Edward McWhinney and Rüdiger Wolfrum (eds), *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda*, vol 1 (Kluwer Law International 2002); and A.J.J. de Hoogh, 'Intervention Under Article 62 of The Statute and the Quest for Incidental Jurisdiction without the Consent of the Principal Parties' [1993] *Leiden Journal of International Law* 6, 17.

- ³⁶: Whaling in the Antarctic (Australia/Japan) (Declaration of Intervention: Order) [2013] ICJ Rep 3, para 7.
- ³⁷: Dupuy and Hoss (n 16) para 17.
- ³⁸: *ibid* para 5.
- ³⁹: On the aspect of the legal basis for state intervention before the ICJ in contentious cases see Paula Wojcikiewicz Almeida, 'Enhancing ICJ Procedures in Order to Promote Global Public Goods: Overcoming the Prevailing Tension between Bilateralism and Community Interests' in Christina Binder, Pierre d'Argent and Photini Pazartzis (eds), ESIL Conference Paper Series, Conference Paper No 12/2017. See also Christine Chinkin, 'Third Party Intervention Before the International Court of Justice' (1986) 80 AJIL 515.
- ⁴⁰: Palchetti (n 31) 167; Giorgio Gaja, 'A New Way for Submitting Observations on the Construction of Multilateral Treaties to the International Court of Justice' in Ulrich Fastenrath and others (eds), *From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Bruno Simma* (OUP 2011) 670.
- ⁴¹: Bogdandy and Venzke (n 1) 1366-7. See also Sands and Mackenzie (n 1); Ascensio (n 1) 897.
- ⁴²: Continental Shelf (Tunisia v Libyan Arab Jamahiriya) (Application by Malta to Intervene) (Judgment of 14 April) [1981] ICJ Rep 3.
- ⁴³: See Palchetti (n 31) 167.
- ⁴⁴: Continental Shelf (Tunisia v Libyan Arab Jamahiriya) (n 42) 18 para 32. See Palchetti (n 31) 167.
- ⁴⁵: See Chinkin (n 39) 505; Continental Shelf (Tunisia v Libyan Arab Jamahiriya) (n 42) 18-9 paras 31, 34.
- ⁴⁶: Haya de La Torre, *supra*.
- ⁴⁷: Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan) (Order of 6 February: Declaration of Intervention of New Zealand) [2013] ICJ Rep 3.
- ⁴⁸: Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador v Honduras) (Judgment: Application to Intervene) [1990] ICJ Rep 92.
- ⁴⁹: Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v Nigeria) (Order of 21 October: Application to Intervene) [1999] ICJ Rep. 1029.
- ⁵⁰: Jurisdictional Immunities of the State (Germany v Italy) (Order of 4 July: Application for Permission to Intervene) [2011] ICJ Rep. 494.
- ⁵¹: Nuclear Tests (New Zealand v. France) (Order of 12 July: Application to Intervene) [1973] ICJ Rep 324; Nuclear Tests (Australia v. France) (Order of 12 July: Application to Intervene) [1973] ICJ Rep 320.
- ⁵²: Nuclear Tests (New Zealand v. France) (Order of 20 December: Application to Intervene) [1974] ICJ Rep 535; Nuclear Tests (Australia v. France) (Order of 20 December: Application to Intervene) [1974] ICJ Rep 530.
- ⁵³: See cases Continental Shelf (Tunisia v Libyan Jamahiriya) (Judgment: Application to Intervene)[1981] ICJ Rep 3; Continental Shelf (Libyan Jamahiriya v Malta) (Judgment: Application to Intervene) [1984] ICJ Rep 3; Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia v Malaysia) (Judgment: Application for Permission to Intervene)[2001]ICJ Rep 575; Territorial

and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia) (Judgment: Application for Permission to Intervene) [2011] ICJ Rep 348 and (Judgment: Application for Permission to Intervene) [2011] ICJ Rep 420.

⁵⁴ See case Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court's Judgment of 20 December 1974 in the Nuclear Tests (New Zealand v France)(Applications for Intervention) [1995] Available at: <https://www.icj-cij.org/en/case/97/intervention>.

⁵⁵ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) (Order of 4 October: Declaration of Intervention) [1984] ICJ Rep 215.

⁵⁶ United Kingdom, 'Ukraine's Application against Russia before the International Court of Justice: Joint Statement' (Gov.UK, 20 May 2022). See also Brian McGarry, 'Mass Intervention?: The Joint Statement of 41 States on Ukraine v. Russia' (EJIL:Talk!, 30 May 2022).

⁵⁷ Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v Russian Federation) (Provisional Measures: Order of 16 March) General List No 182 [2022] ICJ 1.

⁵⁸ A total of 32 Declarations of Intervention have been submitted to the Court. The joint declaration of Canada and the Netherlands on 7 December 2022 turns the total number of applicant states into 33: New Zealand, Latvia, Lithuania, United Kingdom, European Union, Germany, United States of America, Sweden, Romania, France, Poland, Italy, Denmark, Ireland, Finland, Estonia, Spain, Australia, Portugal, Austria, Luxembourg, Greece, Croatia, Czechia, Bulgaria, Malta, Norway, Belgium, Canada and The Netherlands, Canada and The Netherlands, Slovakia, Slovenia, Cyprus, Liechtenstein. (Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation) List of Declarations of Intervention available at: <https://www.icj-cij.org/en/case/182/intervention> accessed 14 December 2022.

⁵⁹ Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation) (Declarations of Intervention of Bulgaria) <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/182/182-20221118-WRI-01-00-EN.pdf> accessed 14 December 2022.

⁶⁰ Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation) (Declarations of Intervention of Norway) <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/182/182-20221124-WRI-02-00-EN.pdf> accessed 14 December 2022.

⁶¹ Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation) (Declarations of Intervention of Canada and The Netherlands) <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/182/182-20221207-WRI-02-00-EN.pdf> accessed 14 December 2022.

⁶² Canada and the Kingdom of the Netherlands, 'Joint Statement of Canada and the Kingdom of the Netherlands regarding Intention to Intervene in The Gambia v. Myanmar case at the International Court of Justice' (Government of the Netherlands, 2 September 2020).

⁶³ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v Myanmar) (Provisional Measures: Order of 23 January) [2020] ICJ Rep 3.

- ⁶⁴. See Art 69(2) ICJ Rules.
- ⁶⁵. The procedure is outlined in Art 69(1) of the Rules of Court.
- ⁶⁶. See Art 69(2) of the Rules of Court.
- ⁶⁷. See Aerial Incident (Iran v US) (n 24).
- ⁶⁸. See Aerial Incident (Iran v US) (n 24).
- ⁶⁹. See cases: Jurisdiction of the ICAO Council (India v. Pakistan), Lockerbie (Libya v. UK / USA), Border and Transborder (Nicaragua v. Honduras), Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Honduras), Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua), Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia), Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium / Canada / France / Germany / Italy / Netherlands / Portugal / UK), Armed Activities New Application (DRC v. Rwanda), Maritime Dispute (Peru v. Chile), Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan), Genocide Convention (Croatia v. Serbia), Obligation to Negotiate (Bolivia v. Chile), Armed Activities (DRC v. Uganda), Continental Shelf (Nicaragua v. Colombia), Alleged Violations (Nicaragua v. Colombia), Immunities and Criminal Proceedings (Equatorial Guinea v. France), Maritime Delimitation case (Somalia v. Kenya).
- ⁷⁰. See cases Genocide Convention (Bosnia v. Serbia), Application of the ICERD (Georgia v. Russia), Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. UK), Certain Activities (Costa Rica v. Nicaragua), Financing of Terrorism (Ukraine v. Russia), Immunities and Criminal Proceedings (Equatorial Guinea v. France).
- ⁷¹. Maritime Delimitation in the Indian Ocean (Somalia v Kenya) (Preliminary Objections) (Judgment of 2 February) [2017] ICJ Rep 3, Immunities and Criminal Proceedings (Equatorial Guinea v France) (Judgment of 11 December) [2020] ICJ Rep 300.
- ⁷². Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v Ukraine) (Judgment of 3 February) [2009] ICJ Rep 61, Maritime Delimitation in the Caribbean Sea and the Pacific Ocean (Costa Rica v Nicaragua) and Land Boundary (Costa Rica v Nicaragua) (Judgment of 2 February) [2018] ICJ Rep 139.
- ⁷³. Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation) (Pending). ICJ Press release 2022/29 <<http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket.htm>>accessed 25 August 2022
- ⁷⁴. Aerial Incident of 27 July 1955 (Israel v Bulgaria) (Preliminary Objections) (Judgment of 26 May) [1959] ICJ Rep 127; South West Africa (Ethiopia v South Africa ; Liberia v South Africa) (Preliminary Objections) (Judgment of 21 December) [1962] ICJ Rep 319 ; Corfu Channel (n 26); Rights of Nationals of the United States of America in Morocco (France v United States of America) (Judgment of 27 August) [1952] ICJ Rep 176.
- ⁷⁵. Dupuy and Hoss (n 16) para 17 .
- ⁷⁶. East Timor (Portugal v Australia) (Judgment of 30 June) [1995] ICJ Rep 90 .
- ⁷⁷. Fisheries Jurisdiction (Spain v Canada) (Jurisdiction) (Judgment of 4 December) [1998] ICJ Rep 432 .
- ⁷⁸. Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay v United States of America) (Provisional Measures: Order of 9 April) [1998] ICJ Rep 248.
- ⁷⁹. LaGrand (Germany v United States of America) (Provisional Measures : Order of 3 March) [1999] ICJ Rep 9.

- ⁸⁰. *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v United States of America)* (Merits) (Judgment of 31 March) [2004] ICJ Rep 12.
- ⁸¹. *Gabčíkovo-Nagymaros* (n 7) .
- ⁸². *Aerial Incident of 10 August 1999 (Pakistan v India)* (Judgment of 21 June) [2000] ICJ Rep 12.
- ⁸³. *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v Uruguay)* (Judgment of 20 April) [2010] ICJ Rep 14.
- ⁸⁴. *Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v Belgium)* (Preliminary Objections) (Judgment of 15 December) [2004] ICJ Rep 279; *Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v Canada)* (Preliminary Objections) (Judgment of 15 December) [2004] ICJ Rep 429; *Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v France)* (Preliminary Objections) (Judgment of 15 December) [2004] ICJ Rep 575; *Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v Germany)* (Preliminary Objections) (Judgment of 15 December) [2004] ICJ Rep 720; *Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v Italy)* (Preliminary Objections) (Judgment of 15 December) [2004] ICJ Rep 865; *Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v Netherlands)* (Preliminary Objections) (Judgment of 15 December) [2004] ICJ Rep 1011; *Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v Portugal)* (Preliminary Objections) (Judgment of 15 December) [2004] ICJ Rep 1160; *Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v United Kingdom)* (Preliminary Objections) (Judgment of 15 December) [2004] ICJ Rep 1307; *Legality of Use of Force (Yugoslavia v United States of America)* (Provisional Measures : Order of 2 June) [1999] ICJ Rep 916; *Legality of Use of Force (Yugoslavia v Spain)* (Provisional Measures: Order of 2 June) [1999] ICJ Rep 761.
- ⁸⁵. *Dupuy and Hoss* (n 16) para 10.
- ⁸⁶. *Asylum* (n 17).
- ⁸⁷. *Asylum* (n 17) (Correspondence) (doc 63 , 7 March 1950) .
- ⁸⁸. *ibid* .
- ⁸⁹. *ibid* .
- ⁹⁰. See in this regard *Razzaque* (n 4) 172.
- ⁹¹. *Asylum* (Correspondence) ‘The Registrar to Mr. Robert Delson’ (n 17) .
- ⁹². *Dupuy and Hoss* (n 16) para 41.
- ⁹³. *Lauterpacht* (n 18) 109.
- ⁹⁴. *Bartholomeusz* (n 4) 216-7.
- ⁹⁵. *Corfu Channel* (n 26). See Annex 2 ‘Experts’ Report of 1 December 1949)’ *ibid* 258 ff.
- ⁹⁶. *Corfu Channel* (n 26) (Appointment of Expert: Order of 19 November) [1949] ICJ Rep 238.
- ⁹⁷. *Gulf of Maine* (n 27).
- ⁹⁸. *ibid* (n 27) (Appointment of Expert: Order of 30 March) [1984] ICJ Rep 165.
- ⁹⁹. *Maritime Delimitation (Costa Rica v Nicaragua)* (n 28).
- ¹⁰⁰. *ibid* (Decision to Obtain an Expert Opinion: Order of 31 May) [2016] ICJ Rep 237. See also *ibid* ‘Expert Opinion: Professor Eric Fouache and Professor Francisco Gutiérrez’ (30 April 2017).
- ¹⁰¹. *Armed Activities* (n 29).

- ¹⁰². Christian J Tams and James G Devaney, 'Article 50' in Zimmermann and Tams (eds) (n 16) para 9.
- ¹⁰³. See Daniel Peat, 'The Use of Court-Appointed Experts by the International Court of Justice' (2014) University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No 60/2014 (October 2014), also published in (2013) 84 BYIL 271. See also Tams and Devaney (n 102) para 10.
- ¹⁰⁴. See Gabčíkovo-Nagymaros (n 7).
- ¹⁰⁵. Military and Paramilitary Activities (n 55) (Merits) (Judgment of 27 June) [1986] ICJ Rep 14.
- ¹⁰⁶. The material included press articles' reports, book extracts and statements by state representatives: some appearing in the official records of states' official organs and international or regional organizations, others reported by the press in interviews or press conferences. See Military and Paramilitary Activities (n 105) paras 62-5.
- ¹⁰⁷. *i bid* para 62.
- ¹⁰⁸. *i bid* paras 63 - 5. Although newspaper information should not in itself be considered judicial evidence, the ICJ concluded that facts of public knowledge 'may nevertheless be established by means of these sources of information, and the Court can attach a certain amount of weight to such public knowledge'. Military and Paramilitary Activities (n 105) para 63. For other cases in which the Court admitted information available in the public domain see United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v Iran) (Judgment of 24 May) [1980] ICJ Rep 3, 9-10, paras 12-3.
- ¹⁰⁹. Genocide Convention (The Gambia v Myanmar) (n 63).
- ¹¹⁰. Human Rights Watch, 'Questions and Answers on Gambia's Genocide Case against Myanmar before the International Court of Justice' (5 December 2019) <hrw.org/news/2019/12/05/questions-and-answers-gambias-genocide-case-against-myanmar-international-court#_Why_has_Gambia> accessed 26 October 2022. Genocide Convention (The Gambia v Myanmar) (n 63) para 23.
- ¹¹¹. OIC, 'History' (Organisation of Islamic Cooperation).
- ¹¹². Genocide Convention (The Gambia v Myanmar) (n 63) paras 23-5.
- ¹¹³. Genocide Convention (The Gambia v Myanmar) (n 63) (Judgement of 22 July 2022).
- ¹¹⁴. See Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v Senegal) (Judgment of 20 July) [2012] ICJ Rep 422. See also Dupuy and Hoss (n 16) para 4.
- ¹¹⁵. See cases Elettronica Sicula S.P.A. (ELSI) (United States of America v Italy) (Judgment of 20 July) [1989] ICJ Rep 15; Anglo-Iranian Oil Co. (United Kingdom v Iran) (Preliminary Objections) (Judgment of 22 July) [1952] ICJ Rep 93; Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v United States of America) (Merits) (Judgment of 6 November) [2003] ICJ Rep 161; Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v Democratic Republic of the Congo) (Merits) (Judgment of 30 November) [2010] ICJ Rep 639.
- ¹¹⁶. Rosenne (n 9) 654-5; Razzaque (n 4) 175; Bartholomeusz (n 4).

Paula Wojcikiewicz Almeida

About the author



Professor of International Law and EU Law, Getulio Vargas Foundation Law School in Rio de Janeiro (since 2008). Director of the Jean Monnet Centre of Excellence on EU-South America Global Governance, sponsored by the European Commission at the Getulio Vargas Foundation Law School. Associate Researcher at the Institute of International and European Law at the Sorbonne (IREDIÉS). Professor of the Post-Graduate Programs of the Getulio Vargas Foundation Law School and of the Masters in International Relations of the Faculty of Social Sciences, Getulio Vargas Foundation in Rio de Janeiro. Qualified as ‘maître des conférences’ in Public Law (France, CNU). Chair of the Interest Group on ‘International Courts and Tribunals’ of the Latin American Society of International Law (LASIL). Doctorate with honors *summa cum*

laude in International and European Law at the Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne in Public International and European Law – Université Paris XI, Faculté Jean Monnet. Post-doctoral visiting scholar at the Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (2014). Visiting professor at the École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne (2019). Visiting professor at the University of Salzburg (since 2017). The author would like to express her gratitude to Giulia Tavares Romay, Mariana Gouveia de Oliveira and Gabriela Hühne Porto, researchers of the Jean Monnet Centre of Excellence on EU-South America Global Governance at FGV, who devoted their time in the collection of the data and in the elaboration and analysis of the figures discussed in this Chapter.

La Organización de los Estados Americanos

La Organización de los Estados Americanos (OEA) es la organización regional más antigua del mundo, ya que se remonta a la Primera Conferencia Internacional de Estados Americanos, celebrada en Washington D.C., de octubre de 1889 a abril de 1890. En esta reunión se aprobó la creación de la Unión Internacional de Repúblicas Americanas. La Carta de la OEA se suscribió en Bogotá en 1948 y entró en vigencia en diciembre de 1951. Posteriormente la Carta fue enmendada por el Protocolo de Buenos Aires, suscrito en 1967, el cual entró en vigencia en febrero de 1970; por el Protocolo de Cartagena de Indias, suscrito en 1985, el cual entró en vigencia en noviembre de 1988; por el Protocolo de Managua, suscrito en 1993, el cual entró en vigencia el 29 de enero de 1996; y por el Protocolo de Washington, suscrito en 1992, el cual entró en vigor el 25 de septiembre de 1997. En la actualidad la OEA tiene 35 Estados miembros. Además, la Organización ha otorgado categoría de Observador Permanente a varios Estados, así como a la Unión Europea.

Los propósitos esenciales de la OEA son los siguientes: afianzar la paz y la seguridad del Continente; promover y consolidar la democracia representativa dentro del respeto al principio de no intervención; prevenir las posibles causas de dificultades y asegurar la solución pacífica de las controversias que surjan entre los Estados Miembros; organizar la acción solidaria de éstos en caso de agresión; procurar la solución de los problemas políticos, jurídicos y económicos que se susciten entre ellos; promover, por medio de la acción cooperativa, su desarrollo económico, social y cultural, y alcanzar una efectiva limitación de armamentos convencionales que permita dedicar el mayor número de recursos al desarrollo económico y social de los Estados miembros.

La OEA realiza sus fines por medio de los siguientes órganos: la Asamblea General; la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores; los Consejos (el Consejo Permanente y el Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral); el Comité Jurídico Interamericano; la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; la Secretaría General; las Conferencias Especializadas; los Organismos Especializados, y otras entidades establecidas por la Asamblea General.

La Asamblea General celebra períodos ordinarios de sesiones una vez por año. En circunstancias especiales se reúne en períodos extraordinarios de sesiones. La Reunión de Consulta se convoca con el fin de considerar asuntos de carácter urgente y de interés común, y para servir de Órgano de Consulta en la aplicación del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR), que es el principal instrumento para la acción solidaria en caso de agresión. El Consejo Permanente conoce de los asuntos que le encomienda la Asamblea General o la Reunión de Consulta y ejecuta las decisiones de ambas cuando su cumplimiento no haya sido encomendado a otra entidad; vela por el mantenimiento de las relaciones de amistad entre los Estados miembros así como por la observancia de las normas que regulan el funcionamiento de la Secretaría General, y además, actúa provisionalmente como Órgano de Consulta para la aplicación del TIAR. La Secretaría General es el órgano central y permanente de la OEA. La Sede tanto del Consejo Permanente como de la Secretaría General está ubicada en Washington, D.C.

Estados Miembros: Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas (Commonwealth de las), Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Dominica (Commonwealth de), Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Grenada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Saint Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.

ISBN: 978-0-8270-7636-5

