



INFORME ANUAL DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO A LA ASAMBLEA GENERAL • 2020

**ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS**

COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO



**OEA**

Más derechos para más gente

CJI

**INFORME ANUAL  
DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO  
A LA ASAMBLEA GENERAL**

**2020**

SECRETARÍA GENERAL  
ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS  
WASHINGTON, D.C.  
[www.oas.org/cji](http://www.oas.org/cji)

## LA ORGANIZACION DE LOS ESTADOS AMERICANOS

La Organización de 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 72 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 estos 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 periodos ordinarios de sesiones una vez por año. En circunstancias especiales se reúne en periodos 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, Colombia, Costa Rica, Cuba, Chile, 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.**

© Organización de los Estados Americanos

## 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.

##### 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.

\* Reformada por el Protocolo de Buenos Aires en 1967, por el Protocolo de Cartagena de Indias en 1985, por el Protocolo de Washington en 1992, y por el Protocolo de Managua en 1993.

# ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS

## COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO



CJI

97° PERÍODO ORDINARIO DE SESIONES  
3 – 7 agosto de 2020  
Sesión virtual

OEA/Ser. Q  
CJI/doc. 625/20  
7 agosto 2020  
Original: español

# INFORME ANUAL DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO A LA ASAMBLEA GENERAL

## 2020

Secretaría General  
Organización de los Estados Americanos  
[www.oas.org/cji](http://www.oas.org/cji)

## **NOTA EXPLICATIVA**

Hasta el año 1990, las “Actas Finales” y los “Informes Anuales del Comité Jurídico Interamericano” han sido publicados por la Secretaría General de la OEA en la serie denominada “Informes y Recomendaciones”. A partir de 1997, el Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos reinició la publicación de los mencionados documentos, bajo el título de “Informe Anual del Comité Jurídico Interamericano a la Asamblea General”.

De acuerdo a lo que dispone el “Manual de clasificación para la serie de documentos oficiales de la OEA”, se adjudica al Comité Jurídico Interamericano la sigla OEA/Ser. Q, seguido de la sigla CJI, para clasificar los documentos emitidos por este Órgano (véase listas de resoluciones y documentos anexos).



## TABLA DE CONTENIDO

	<b>Página</b>
NOTA EXPLICATIVA	III
TABLA DE CONTENIDO	V
RESOLUCIONES APROBADAS POR EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO	VI
DOCUMENTOS QUE SE INCLUYEN EN EL PRESENTE INFORME ANUAL	VII
INTRODUCCIÓN	9
<b>CAPÍTULO I</b>	<b>13</b>
1. EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO: ORIGEN, BASES JURÍDICAS, ESTRUCTURA Y PROPÓSITOS	15
2. PERÍODO QUE COMPRENDE EL INFORME ANUAL DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO	16
A. NONAGÉSIMO SEXTO PERÍODO ORDINARIO DE SESIONES	16
B. NONAGÉSIMO SÉPTIMO PERÍODO ORDINARIO DE SESIONES	18
<b>CAPÍTULO II</b>	<b>25</b>
TEMAS TRATADOS POR EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO DURANTE LOS PERÍODOS ORDINARIOS DE SESIONES CORRESPONDIENTES AL AÑO 2020	27
<b>TEMAS EN CONSIDERACIÓN 27</b>	
1. GUÍA PARA LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONVENCIONALIDAD	27
2. EFICACIA DE LAS DECISIONES JUDICIALES EXTRANJERAS A LA LUZ DE LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE EFICACIA EXTRATERRITORIAL DE LAS SENTENCIAS Y LAUDOS ARBITRALES EXTRANJEROS	52
3. PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES	75
4. RECIBOS ELECTRÓNICOS PARA PRODUCTOS AGRÍCOLAS	111
5. CIBERSEGURIDAD (SEGURIDAD CIBERNÉTICA)	115
6. INTERFERENCIA EXTRANJERA EN EL PROCESO ELECTORAL DE UN ESTADO: UNA AMENAZA A LA DEMOCRACIA Y LA SOBERANÍA DE LOS ESTADOS, RESPUESTAS DEL DERECHO INTERNACIONAL	183
7. LINEAMIENTOS PARA UN DESARROLLO NORMATIVO ULTERIOR DEL ASILO DIPLOMÁTICO	185
8. DERECHO INTERNACIONAL CONSUECUDINARIO PARTICULAR EN EL CONTEXTO DEL CONTINENTE	187
9. EL FRAUDE ELECTORAL COMO ILÍCITO INTERNACIONAL DEL SISTEMA INTERAMERICANO	190
10. LEY MODELO SOBRE EL USO DE FUEGOS ARTIFICIALES, SEA PARA USO PERSONAL O EN ESPECTÁCULOS PIROTÉCNICOS MASIVOS	193
11. LOS ASPECTOS JURÍDICOS DE LA DEUDA EXTERNA	196
12. GUÍA DEL DERECHO APLICABLE A LAS INVERSIONES EXTRANJERAS	196
13. INCORPORACIÓN DE LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LAS EMPRESAS Y LOS DERECHOS HUMANOS	196
<b>TEMAS TERMINADOS</b>	<b>197</b>
1. ACUERDOS VINCULANTES Y NO VINCULANTES	197
2. ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA	359
<b>CAPÍTULO III</b>	<b>469</b>
ACTIVIDADES REALIZADAS POR EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO DURANTE EL AÑO 2020	471
A. PARTICIPACIÓN DE LOS PRESIDENTES DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO ANTE ASAMBLEA GENERAL DE LA OEA Y LA COMISIÓN DE ASUNTOS JURÍDICOS Y POLÍTICOS	471
B. CURSO DE DERECHO INTERNACIONAL	480
C. RELACIONES DE COOPERACIÓN CON OTROS ORGANISMOS INTERAMERICANOS Y CON ORGANIZACIONES REGIONALES O MUNDIALES SIMILARES	480
<b>ÍNDICES</b>	<b>483</b>
<b>INDICE ONOMÁSTICO</b>	<b>485</b>
<b>INDICE POR ASUNTO</b>	<b>487</b>

**RESOLUCIONES APROBADAS POR EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO**

	<b>Página</b>
CJI/RES. 253 (XCV-O/19)	16
TEMARIO PARA EL NONAGÉSIMO SEXTO PERÍODO ORDINARIO DE SESIONES DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO (RIO DE JANEIRO, BRASIL, 2 AL 6 MARZO DE 2020)	
CJI/RES. 251 (XCV-O/19)	17
FECHAS Y SEDE DEL NONAGÉSIMO SEXTO Y NONAGÉSIMO SÉPTIMO PERÍODOS ORDINARIOS DE SESIONES DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO	
CJI/RES. 254 (XCVI-O/20)	18
HOMENAJE A MARIA LÚCIA IECKER VIEIRA	
CJI/RES. 256 (XCVI-O/20)	19
TEMARIO PARA EL NONAGÉSIMO SÉPTIMO PERÍODO ORDINARIO DE SESIONES DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO (RIO DE JANEIRO, BRASIL, 29 JULIO HASTA 7 DE AGOSTO DE 2020)	
CJI/RES. 261 (XCVII-O/20)	20
HOMENAJE AL DOCTOR DUNCAN B. HOLLIS	
CJI/RES. 262 (XCVII-O/20)	21
HOMENAJE AL DOCTOR ALIX RICHARD	
CJI/RES. 263 (XCVII-O/20)	22
HOMENAJE AL DOCTOR IÑIGO SALVADOR CRESPO	
CJI/RES. 264 (XCVII-O/20)	22
AGRADECIMIENTO A LA DOCTORA RUTH STELLA CORREA PALACIO	
CJI/RES. 260 (XCVII-O/20)	182
DERECHO INTERNACIONAL Y OPERACIONES CIBERNÉTICAS DEL ESTADO	
CJI/RES. 259 (XCVII-O/20)	284
DIRECTRICES DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO PARA LOS ACUERDOS VINCULANTES Y NO VINCULANTES	
CJI/RES. 255 (XCVI-O/20)	363
PROPUESTA DE LEY MODELO INTERAMERICANA 2.0 SOBRE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA	

\* \* \*

## DOCUMENTOS QUE SE INCLUYEN EN EL PRESENTE INFORME ANUAL

	<b>Página</b>
CJI/DOC. 604/20 GUÍA PARA LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONVENCIONALIDAD (PRESENTADO POR LA DOCTORA RUTH STELLA CORREA PALACIO)	42
CJI/DOC. 611/20 PROCEDIMIENTOS INTERNOS PARA EL RECONOCIMIENTO Y LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EXTRANJERAS: RECOMENDACIONES (PRESENTADO POR LA DOCTORA RUTH STELLA CORREA PALACIO)	60
CJI/DOC.606/20 CORR.1 LA ACTUALIZACIÓN DE LOS PRINCIPIOS SOBRE LA PRIVACIDAD Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES (PRESENTADO POR LA DOCTORA MARIANA SALAZAR ALBORNOZ)	81
CJI/DOC. 616/20 REV.1 CORR.1 COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO. PROYECTO DE ACTUALIZACIÓN A LOS “PRINCIPIOS SOBRE LA PRIVACIDAD Y LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES, CON ANOTACIONES” ADOPTADA POR EL CJI EN 2015	85
CJI/DOC. 603/20 REV.1 CORR.1 DERECHO INTERNACIONAL Y OPERACIONES CIBERNÉTICAS DEL ESTADO: MEJORA DE LA TRANSPARENCIA. CUARTO INFORME (PRESENTADO POR EL PROFESOR DUNCAN B. HOLLIS)	123
CJI/DOC. 615/20 REV.1 DERECHO INTERNACIONAL Y OPERACIONES CIBERNÉTICAS DEL ESTADO: MEJORA DE LA TRANSPARENCIA. QUINTO INFORME (PRESENTADO POR EL PROFESOR DUNCAN B. HOLLIS)	147
CJI/DOC. 600/20 ACUERDOS VINCULANTES Y NO VINCULANTES: SEXTO INFORME (PRESENTADO POR EL PROFESOR DUNCAN B. HOLLIS)	211
CJI/DOC. 614/20 REV. 1 CORR.1 ACUERDOS VINCULANTES Y NO VINCULANTES: INFORME FINAL (PRESENTADO POR EL PROFESOR DUNCAN B. HOLLIS)	285
CJI/DOC. 607/20 PROPUESTA DE LEY MODELO INTERAMERICANA 2.0 SOBRE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA 2.0	364

CJI/DOC. 612/20	471
INFORME DE LA DOCTORA RUTH STELLA CORREA PALACIO, PRESIDENTA DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO ANTE LA COMISIÓN DE ASUNTOS JURÍDICOS Y POLÍTICOS – (CAJP) (14 DE MAYO 2020)	
CP/CAJP/INF. 774/20	474
PRESENTACIÓN DEL INFORME ANUAL DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO POR PARTE DE SU PRESIDENTA, DOCTORA RUTH CORRREA PALACIO ANTE LA COMISIÓN DE ASUNTOS JURÍDICOS Y POLÍTICOS (DOCUMENTO ELABORADO POR EL DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL)	
CJI/DOC.626/20	478
INFORME DEL PRESIDENTE DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO ANTE LA ASAMBLEA GENERAL DE LA OEA (SESIÓN VIRTUAL, 21 DE OCTUBRE DE 2020) (PRESENTADO POR EL DOCTOR LUIS GARCÍA CORROCHANO MOYANO)	

# **INTRODUCCIÓN**



El Comité Jurídico Interamericano tiene el honor de presentar a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos su informe anual que contiene las actividades realizadas durante el año 2020, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 91 f) de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y 13 de su Estatuto, y las instrucciones de las resoluciones de la Asamblea General relativas a la preparación de los informes anuales de los órganos, organismos y entidades de la Organización ante dicho órgano, tales como las resoluciones AG/RES. 2886 (XLVI-O/16), AG/RES. 2909 (XLVII-O/17), AG/RES. 2926 (XLVIII-O/18), AG/RES. 2930 (XLIX-O/19) y AG/RES. 2959 (L-O/20) adoptadas en los últimos años.

En el año 2020, el Comité Jurídico Interamericano celebró una sesión de trabajo en su sede en la ciudad de Rio de Janeiro, Brasil y la otra tuvo lugar de manera virtual debido a la pandemia del virus COVID-19. La primera sesión correspondiente a su nonagésimo sexto período ordinario se celebró del 2 al 6 de marzo, 2020; mientras que la segunda sesión, relativa al nonagésimo séptimo período ordinario tuvo lugar entre el 3 y el 7 de agosto, 2020.

En el período comprendido por este informe, el Comité adoptó la “Propuesta de Ley Modelo Interamericana 2.0” sobre Acceso a la Información Pública que actualiza el documento elaborado por el CJI en el 2010 y espera brindar mayores garantías a los ciudadanos del continente, a la luz de las buenas prácticas de los Estados. En su elaboración se ha contado con la opinión de órganos garantes, legisladores, sociedad civil y académicos y el apoyo de la Red de Transparencia y Acceso a la Información (RTA) y el programa EuroSOCIAL+. Asimismo, el CJI adoptó unas “Directrices para los Acuerdos Vinculantes y No Vinculantes” que ofrecen un conjunto concreto y detallado de definiciones, puntos de entendimiento y prácticas óptimas que los Estados pueden considerar utilizar en la negociación, adopción o aplicación de diferentes tipos de acuerdos internacionales y en su interacción con los diversos actores que se encargan de ello (Estados, entidades gubernamentales y unidades territoriales). Ambos documentos han sido remitidos a la Asamblea General de la OEA para su debido conocimiento y consideración.

En el ámbito de la ciberseguridad, el Comité recomendó a la Asamblea General de la OEA que apoye la aplicabilidad del derecho internacional a las operaciones estatales en el ciberespacio a través de una declaración incluida en el texto de una resolución que presenta el quinto y último informe del Dr. Duncan Hollis sobre el tema, titulado “Derecho Internacional y Operaciones Cibernéticas del Estado”. Dicho informe subraya, entre otros, la necesidad de brindar a los Estados Miembros de la OEA parámetros claros sobre la aplicación del derecho internacional al ciberespacio y el mejor entendimiento de las normas que intervienen. Adicionalmente, el Comité avanzó la discusión de los variados temas que conforman su agenda, tales como: “Eficacia de las decisiones judiciales extranjeras a la luz de la Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros”; “Recibos electrónicos para productos agrícolas”; “Guía para la aplicación del principio de la convencionalidad”; “Protección de datos personales”; “Ley Modelo sobre el uso de fuegos artificiales, sea para uso personal o en espectáculos pirotécnicos masivos”; y, “Derecho internacional consuetudinario particular en el contexto del continente americano”. Cabe señalar que se decidió mantener el tema de la “ciberseguridad” en la agenda, aunque con un alcance más amplio.

Dos nuevos temas fueron incluidos en su agenda por iniciativa propia: “Guía del derecho aplicable a las inversiones extranjeras” e “Incorporación de los principios rectores de las Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos”. Al finalizar su sesión de agosto de 2020, la agenda del Comité estaba compuesta de trece temas.

El presente Informe Anual contiene los estudios en los temas anteriormente citados y comprende tres capítulos. El primer capítulo explica los orígenes, las bases jurídicas y la estructura del Comité Jurídico Interamericano, además rinde cuenta de las sesiones que tuvieron lugar durante el año. El capítulo segundo describe los temas desarrollados por el Comité Jurídico e incorpora los textos de las

resoluciones aprobadas y documentos específicos. Finalmente, el tercer capítulo, refiere a las actividades emprendidas por el Comité y sus miembros en el último año. Como es costumbre, el Informe presenta una lista detallada de las resoluciones y documentos aprobados.

El Informe Anual del año de 2020 ha sido aprobado en su redacción por el doctor Luis García-Corrochano Moyano en su calidad de Presidente del Comité Jurídico Interamericano.

Esta información puede ser consultada en la página web del Comité Jurídico Interamericano en: <http://www.oas.org/es/sla/cji/default.asp>

\* \* \*

## **CAPÍTULO I**



## 1. El Comité Jurídico Interamericano: origen, bases jurídicas, estructura y propósitos

El más antiguo antecedente del Comité Jurídico Interamericano lo constituye la Junta Internacional de Jurisconsultos de Rio de Janeiro, creada por la Tercera Conferencia Internacional Americana de 1906. Su primera reunión se efectuó en 1912, aunque el período de mayor importancia fue durante el año 1927 en el cual se aprobaron doce proyectos de convención de derecho internacional público y el Código Bustamante en el campo del derecho internacional privado.

Posteriormente en 1933, durante la VII Conferencia Panamericana de Montevideo, se establecieron las Comisiones Nacionales para la Codificación del Derecho Internacional así como la Comisión Interamericana de Expertos cuya primera sesión se celebró en la ciudad de Washington, D.C., en abril de 1937.

Entre el 26 de septiembre y el 3 de octubre de 1939 se realizó la Primera Reunión de Ministros de Relaciones Exteriores de las Repúblicas Americanas en la cual se creó el Comité Interamericano de Neutralidad. Este Comité actuó durante más de dos años hasta que en 1942 fue transformado en el Comité Jurídico Interamericano por la Tercera Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, celebrada en Rio de Janeiro, mediante resolución XXVI. Se determinó además que el Comité Jurídico Interamericano tuviera su sede en la ciudad de Rio de Janeiro.

En 1948, la IX Conferencia Internacional Americana, reunida en Bogotá, adoptó la “Carta de la Organización de los Estados Americanos”, mediante la cual se creó el Consejo Interamericano de Jurisconsultos con un representante por cada Estado Miembro con funciones de consulta y de promoción del desarrollo progresivo en los asuntos jurídicos de la OEA. Su Comisión Permanente sería el propio Comité Jurídico Interamericano, integrado por nueve juristas de los Estados Miembros y encargado, con amplia autonomía técnica, de emprender los estudios y trabajos preparatorios que le fueran confiados por determinados órganos de la Organización.

Más tarde, en 1967, la III Conferencia Interamericana Extraordinaria, reunida en Buenos Aires, Argentina, aprobó el “Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos” o “Protocolo de Buenos Aires”, mediante el cual se elimina el Consejo Interamericano de Jurisconsultos cuyas funciones pasaron al Comité Jurídico Interamericano, elevándolo así al nivel de órgano principal de la OEA.

El Comité Jurídico Interamericano tiene como atribuciones básicas, según el artículo 99 de la Carta, las de:

... 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.

Le compete, asimismo, según el artículo 100 de la Carta:

... emprender 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.

El Comité Jurídico Interamericano tiene su sede en la ciudad de Rio de Janeiro pero puede celebrar reuniones en cualquier otro lugar que oportunamente designe, previa consulta con el Estado Miembro correspondiente. Este cuerpo consultivo de la Organización en asuntos jurídicos está integrado por once juristas nacionales de los Estados Miembros de la Organización, los cuales representan el conjunto de los Estados y tienen la más amplia autonomía técnica.

## 2. Período que comprende el Informe Anual del Comité Jurídico Interamericano

### A. Nonagésimo sexto período ordinario de sesiones

El 96º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano se celebró del 2 al 6 de marzo de 2020 en la sede del Comité en Rio de Janeiro, Brasil.

Los miembros del Comité Jurídico Interamericano que estuvieron presentes durante dicho período ordinario de sesiones fueron los siguientes, según orden de precedencia determinado mediante sorteo durante la primera sesión, y de conformidad con el artículo 28 b del “Reglamento del Comité Jurídico Interamericano”:

- José Antonio Moreno Rodríguez (Paraguay)
- Luis García-Corrochano Moyano (Perú)
- Ruth Stella Correa Palacio (Colombia)
- Duncan B. Hollis (Estados Unidos)
- Milenko Bertrand-Galindo Arriagada (Chile)
- Miguel Angel Espeche Gil (Argentina)
- George Rodrigo Bandeira Galindo (Brasil)
- Mariana Salazar Albornoz (México)
- Eric P. Rudge (Suriname)

No estuvieron presentes los doctores Alix Richard e Íñigo Salvador Crespo. La Presidenta doctora Ruth Correa Palacio, dio la bienvenida al doctor Eric P. Rudge de Suriname quien asistía a su primera sesión, habiendo sido elegido por la Asamblea General en junio de 2019, en cuya ocasión fue reelecto el doctor José Moreno Rodríguez de Paraguay.

En representación de la Secretaría General brindaron apoyo técnico y administrativo los doctores Jean-Michel Arrighi, Secretario de Asuntos Jurídicos; Dante Negro, Director del Departamento de Derecho Internacional; y Luis Toro Utillano, Oficial Jurídico Principal de dicho Departamento, así como Maria Lúcia Iecker Vieira y Maria C. de Souza Gomes de la Secretaría del Comité.

El Comité Jurídico Interamericano tuvo ante sí el siguiente temario aprobado mediante resolución CJI/RES. 253 (XCV-O/19) “Temario para el nonagésimo sexto período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano”:

#### CJI/RES. 253 (XCV-O/19)

#### TEMARIO PARA EL NONAGÉSIMO SEXTO PERÍODO ORDINARIO DE SESIONES DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO

(Rio de Janeiro, Brasil, 2 al 6 marzo de 2020)

#### Temas en consideración:

1. Guía para la aplicación del principio de convencionalidad  
Relatora: Dra. Ruth Stella Correa Palacio
2. Acuerdos vinculantes y no vinculantes  
Relator: Dr. Duncan B. Hollis

3. Eficacia de las decisiones judiciales extranjeras a la luz de la Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros  
Relatora: Dra. Ruth Stella Correa Palacio
4. Protección de datos personales  
Relatores: Drs. Carlos Mata Prates, Mariana Salazar Albornoz y Milenko Bertrand-Galindo Arriagada
5. Acceso a la información pública  
Relator: Dr. Luis García-Corrochano
6. Recibos electrónicos para productos agrícolas  
Relator: Dr. José Antonio Moreno Rodríguez
7. Ciberseguridad (seguridad cibernética)  
Relator: Dr. Duncan B. Hollis
8. Interferencia extranjera en el proceso electoral de un Estado: una amenaza a la democracia y la soberanía de los Estados, respuestas del Derecho Internacional  
Relator: Dr. Alix Richard
9. Los aspectos jurídicos de la deuda externa  
Relator: Dr. Miguel A. Espeche-Gil
10. Derecho internacional consuetudinario particular en el contexto del continente americano.  
Relator: Dr. George Rodrigo Bandeira Galindo
11. Lineamientos para un desarrollo normativo ulterior del asilo diplomático.  
Relator: Dr. Iñigo Salvador Crespo
12. El fraude electoral como ilícito internacional del sistema interamericano  
Relator: Dr. Miguel A. Espeche-Gil
13. Ley Modelo sobre el uso de fuegos artificiales, sea para uso personal o en espectáculos pirotécnicos masivos  
Relator: Dr. Milenko Bertrand-Galindo Arriagada

La presente resolución fue aprobada por unanimidad en sesión ordinaria celebrada el 8 de agosto de 2019, por los siguientes miembros: doctores Luis García-Corrochano Moyano, José Antonio Moreno Rodríguez, Ruth Stella Correa Palacio, Carlos Alberto Mata Prates, Duncan B. Hollis, Mariana Salazar Albornoz, Alix Richard, George Rodrigo Bandeira Galindo y Miguel A. Espeche-Gil.

Cabe señalar que la determinación de la “Fecha y sede del nonagésimo sexto y nonagésimo séptimo período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano” fue realizada el 6 de agosto de 2019, mediante la resolución CJI/RES. 251 (XCV-O/19).

#### **CJI/RES. 251 (XCV-O/19)**

#### **FECHAS Y SEDE DEL NONAGÉSIMO SEXTO Y NONAGÉSIMO SÉPTIMO PERÍODOS ORDINARIOS DE SESIONES DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO**

EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO,

CONSIDERANDO que el artículo 15 de su Estatuto dispone la realización anual de dos períodos ordinarios de sesiones;

TENIENDO PRESENTE que el artículo 14 de su Estatuto establece que el Comité Jurídico Interamericano tiene su sede en la ciudad de Rio de Janeiro, Brasil;

RESUELVE celebrar su 96° período ordinario de sesiones del 2 al 6 de marzo de 2020, en la ciudad de Rio de Janeiro y su 97° período ordinario de sesiones en la misma ciudad, del 29 de julio al 7 de agosto de 2020.

La presente resolución fue aprobada por unanimidad en sesión ordinaria celebrada el 6 de agosto de 2019, por los siguientes miembros: doctores Luis García-Corrochano Moyano, José Antonio Moreno Rodríguez, Ruth Stella Correa Palacio, Íñigo Salvador Crespo, Carlos Alberto Mata Prates, Duncan B. Hollis, Mariana Salazar Albornoz, Alix Richard, George Rodrigo Bandeira Galindo, Milenko Bertrand-Galindo Arriagada y Miguel A. Espeche-Gil.

\* \* \*

Al culminar la sesión, el Comité adoptó una resolución que reconoce el trabajo de Maria Lúcia Iecker Vieira, funcionaria de la Secretaría del Comité en su sede en Rio de Janeiro, quien se jubila de la OEA luego de 22 años de dedicada labor.

### **CJI/RES. 254 (XCVI-O/20)**

#### **HOMENAJE A MARIA LÚCIA IECKER VIEIRA**

EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO,

CONSIDERANDO que en el curso del presente año la señora Maria Lúcia Vieira se jubila de la OEA, luego de veinte y cuatro años de dedicada labor en la Secretaría de este Comité Jurídico;

RECORDANDO que la señora María Lucia Vieira ha asistido al Comité en varias funciones, y en particular en los asuntos administrativos de su Secretaría;

CONSCIENTE de la valiosa contribución prestada por la señora Maria Lúcia Vieira tanto al Comité Jurídico Interamericano como a sus miembros;

RESALTANDO las diversas cualidades personales y profesionales de la señora Maria Lúcia Vieira,

RESUELVE:

1. Expresar su profundo reconocimiento a la señora Maria Lúcia Vieira por su dedicación e invaluable contribución a los trabajos del Comité Jurídico Interamericano.
2. Desearle el mayor de los éxitos en sus labores futuras, con la esperanza que mantenga su relación con el Comité Jurídico Interamericano.
3. Hacerle entrega de la presente resolución en presencia del pleno del Comité Jurídico.

La presente resolución fue aprobada por unanimidad en la sesión celebrada el 5 de marzo de 2020, por los siguientes miembros, doctores José Antonio Moreno Rodríguez, Luis García-Corrochano Moyano, Ruth Stella Correa Palacio, Duncan B. Hollis, Milenko Bertrand-Galindo Arriagada, Miguel A. Espeche-Gil, George Rodrigo Bandeira Galindo, Mariana Salazar Albornoz y Eric P. Rudge.

\* \* \*

#### **B. Nonagésimo séptimo período ordinario de sesiones**

El 97° período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano tuvo lugar entre el 3 y el 7 de agosto de 2020, excepcionalmente de manera virtual debido la pandemia del virus COVID-19. Todos los miembros participaron desde sus respectivos países en la sesión que fuera transmitida por internet.

El orden de precedencia determinado mediante sorteo durante la primera sesión y de conformidad con el artículo 28 b del “Reglamento del Comité Jurídico Interamericano” fue el siguiente:

- Luis García-Corrochano Moyano (Perú)
- Alix Richard (Haití)
- Mariana Salazar Albornoz (México)
- José Antonio Moreno Rodríguez (Paraguay)
- Milenko Bertrand-Galindo Arriagada (Chile)
- Duncan B. Hollis (Estados Unidos)
- Eric P. Rudge (Suriname)
- George Rodrigo Bandeira Galindo (Brasil)
- Miguel Angel Espeche Gil (Argentina)
- Iñigo Salvador Crespo (Ecuador)
- Ruth Stella Correa Palacio (Colombia)

En representación de la Secretaría General brindaron apoyo técnico y administrativo los doctores Jean-Michel Arrighi, Secretario de Asuntos Jurídicos, Dante Negro, Director del Departamento de Derecho Internacional, Luis Toro Utillano, Oficial Jurídico Principal, Jaime Moreno y Eduardo Parada, ambos Oficiales Jurídicos de dicho Departamento, así como de Maria C. de Souza Gomes de la Secretaría del Comité Jurídico Interamericano.

Durante el 97º período ordinario de sesiones, el Comité Jurídico Interamericano tuvo ante sí la siguiente agenda, aprobada mediante resolución “Temario para el nonagésimo séptimo período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano”, documento CJI/RES. 256 (XCVI-O/20).

#### CJI/RES. 256 (XCVI-O/20)

### TEMARIO PARA EL NONAGÉSIMO SÉPTIMO PERÍODO ORDINARIO DE SESIONES DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO

(Rio de Janeiro, Brasil, 29 julio hasta 7 de agosto de 2020)

#### **Temas en consideración:**

1. Guía para la aplicación del principio de convencionalidad  
Relatora: Dra. Ruth Stella Correa Palacio
2. Acuerdos vinculantes y no vinculantes  
Relator: Dr. Duncan B. Hollis
3. Eficacia de las decisiones judiciales extranjeras a la luz de la Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros  
Relatora: Dra. Ruth Stella Correa Palacio
4. Protección de datos personales  
Relatores: Drs. Mariana Salazar Albornoz y Milenko Bertrand-Galindo Arriagada
5. Recibos electrónicos para productos agrícolas  
Relator: Dr. José Antonio Moreno Rodríguez

6. Ciberseguridad (seguridad cibernética)  
Relator: Dr. Duncan B. Hollis
7. Interferencia extranjera en el proceso electoral de un Estado: una amenaza a la democracia y la soberanía de los Estados, respuestas del Derecho Internacional  
Relator: Dr. Alix Richard
8. Los aspectos jurídicos de la deuda externa  
Relator: Dr. Miguel A. Espeche-Gil
9. Derecho internacional consuetudinario particular en el contexto del continente americano  
Relator: Dr. George Rodrigo Bandeira Galindo
10. Lineamientos para un desarrollo normativo ulterior del asilo diplomático  
Relator: Dr. Íñigo Salvador Crespo
11. El fraude electoral como ilícito internacional del sistema interamericano  
Relator: Dr. Miguel A. Espeche-Gil
12. Ley Modelo sobre el uso de fuegos artificiales, sea para uso personal o en espectáculos pirotécnicos masivos  
Relator: Dr. Milenko Bertrand-Galindo Arriagada

La presente resolución fue aprobada por unanimidad en sesión ordinaria celebrada el 6 de marzo de 2020, por los siguientes miembros: doctores José Antonio Moreno Rodríguez, Luis García-Corrochano Moyano, Ruth Stella Correa Palacio, Milenko Bertrand-Galindo Arriagada, Miguel A. Espeche-Gil, George Rodrigo Bandeira Galindo, Mariana Salazar Albornoz y Eric P. Rudge.

\* \* \*

Teniendo en cuenta la reducida extensión de la sesión virtual, dos horas diarias, el Comité se concentró principalmente en aquellos temas que concluirán con un informe o propuesta final en el curso del período de sesiones, dejando los temas de avance para el próximo año.

\* \* \*

Debido a la culminación de sus respectivos mandatos el 31 de diciembre de 2020, el CJI aprovechó la oportunidad para rendir un homenaje a tres de sus miembros, los doctores Duncan B. Hollis (Estados Unidos), Alix Richard (Haití), e Íñigo Salvador Crespo Salvador (Ecuador) a quienes reconoció los aportes realizados por cada uno de ellos. El CJI también agradeció mediante la aprobación de una resolución a la doctora Ruth Correa Palacio (Colombia) por haber ejercido la presidencia durante los dos últimos años.

Cabe mencionar finalmente que el 7 de agosto de 2020, el CJI eligió a nuevas autoridades, resultando electos como Presidente el doctor Luis García-Corrochano Moyano (Perú), y como Vice-presidente el doctor José Antonio Moreno Rodríguez (Paraguay).

#### **CJI/RES. 261 (XCVII-O/20)**

#### **HOMENAJE AL DOCTOR DUNCAN B. HOLLIS**

EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO,

CONSIDERANDO que el 31 de diciembre de 2020 el doctor Duncan B. Hollis culmina su mandato;

RECORDANDO que el doctor Duncan B. Hollis ha sido miembro del Comité desde enero del año 2017;

CONSCIENTE de la valiosa contribución prestada por el doctor Hollis a lo largo de su mandato a los trabajos del Comité, y que sus informes propiciaron un inestimable aporte al desarrollo y codificación del Derecho Internacional y del Sistema Interamericano, en especial en aquellos relacionados con el “derecho internacional y operaciones cibernéticas del Estado” así como respecto de “los acuerdos vinculantes y no vinculantes”;

CONSCIENTE TAMBIÉN que sus intervenciones propiciaron un inestimable aporte al desarrollo y codificación del derecho internacional y del Sistema Interamericano;

RESALTANDO el profesionalismo del doctor Hollis, las diversas cualidades personales, entre ellas su cultura jurídica y académica, su constructivo apoyo a los demás miembros del Comité, además de su trato cordial y su liderazgo, que lo distinguen entre los miembros del Comité,

RESUELVE:

1. Expresar su profundo reconocimiento al doctor Duncan B. Hollis por su dedicación e invaluable contribución a la labor del Comité Jurídico Interamericano.
2. Desearle el mayor de los éxitos en sus labores futuras, con la esperanza que mantenga su relación con el Comité Jurídico Interamericano.
3. Remitir a los Órganos de la Organización la presente resolución.

La presente resolución fue aprobada por aclamación, en la sesión ordinaria celebrada el 7 de agosto de 2020, por los siguientes miembros: doctores Luis García-Corrochano Moyano, Eric P. Rudge, Mariana Salazar Alborno, José Antonio Moreno Rodríguez, Milenko Bertrand-Galindo Arriagada, Alix Richard, George Rodrigo Bandeira Galindo, Miguel A. Espeche-Gil, Íñigo Salvador Crespo y Ruth Correa Palacio.

\* \* \*

#### **CJI/RES. 262 (XCVII-O/20)**

#### **HOMENAJE AL DOCTOR ALIX RICHARD**

EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO,

CONSIDERANDO que el 31 de diciembre de 2020 el doctor Alix Richard culmina su mandato;

RECORDANDO que el doctor Alix Richard ha sido miembro del Comité desde enero del año 2017;

CONSCIENTE de la valiosa contribución prestada por el doctor Richard a lo largo de su mandato a los trabajos del Comité, en particular su propuesta sobre “Interferencia extranjera en el proceso electoral de un Estado: una amenaza a la democracia y la soberanía de los Estados, respuestas del Derecho Internacional”, y que sus intervenciones propiciaron un inestimable aporte al desarrollo y codificación del derecho internacional y del Sistema Interamericano;

RESALTANDO el profesionalismo del doctor Richard, y las diversas cualidades personales, entre ellas su cultura jurídica y académica, además de su trato cordial y su liderazgo, que lo distinguen entre los miembros del Comité,

RESUELVE:

1. Expresar su profundo reconocimiento al doctor Alix Richard por su dedicación e invaluable contribución a la labor del Comité Jurídico Interamericano.
2. Desearle el mayor de los éxitos en sus labores futuras, con la esperanza que mantenga su relación con el Comité Jurídico Interamericano.
3. Remitir a los Órganos de la Organización la presente resolución.

La presente resolución fue aprobada por aclamación, en la sesión ordinaria celebrada el 7 de agosto de 2020, por los siguientes miembros: doctores Luis García-Corrochano Moyano, Eric P. Rudge, Mariana Salazar Albornoz, José Antonio Moreno Rodríguez, Milenko Bertrand-Galindo Arriagada, Duncan B. Hollis, George Rodrigo Bandeira Galindo, Miguel A. Espeche-Gil, Íñigo Salvador Crespo y Ruth Correa Palacio.

\* \* \*

**CJI/RES. 263 (XCVII-O/20)**

**HOMENAJE AL DOCTOR IÑIGO SALVADOR CRESPO**

EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO,

CONSIDERANDO que el 31 de diciembre de 2020 el doctor Íñigo Salvador Crespo culmina su mandato;

RECORDANDO que el doctor Íñigo Salvador Crespo ha sido miembro del Comité desde mayo del año 2018;

CONSCIENTE de la valiosa contribución prestada por el doctor Salvador Crespo a lo largo de su mandato a los trabajos del Comité, en particular su propuesta sobre “lineamientos para un desarrollo normativo ulterior del asilo diplomático”, y que sus intervenciones propiciaron un inestimable aporte al desarrollo y codificación del derecho internacional y del Sistema Interamericano;

RESALTANDO el profesionalismo del doctor Salvador Crespo, y las diversas cualidades personales, entre ellas su cultura jurídica y académica, además de su trato cordial y su liderazgo, que lo distinguen entre los miembros del Comité,

RESUELVE:

1. Expresar su profundo reconocimiento al doctor Íñigo Salvador Crespo por su dedicación e invaluable contribución a la labor del Comité Jurídico Interamericano.
2. Desearle el mayor de los éxitos en sus labores futuras, con la esperanza que mantenga su relación con el Comité Jurídico Interamericano.
3. Remitir a los Órganos de la Organización la presente resolución.

La presente resolución fue aprobada por aclamación, en la sesión ordinaria celebrada el 7 de agosto de 2020, por los siguientes miembros: doctores Luis García-Corrochano Moyano, Eric P. Rudge, Mariana Salazar Albornoz, José Antonio Moreno Rodríguez, Milenko Bertrand-Galindo Arriagada, Duncan B. Hollis, Alix Richard, George Rodrigo Bandeira Galindo, Miguel A. Espeche-Gil y Ruth Correa Palacio.

\* \* \*

**CJI/RES. 264 (XCVII-O/20)**

**AGRADECIMIENTO A LA DOCTORA RUTH STELLA CORREA PALACIO**

EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO,

CONSIDERANDO que el 7 de agosto de 2020 la doctora Ruth Stella Correa Palacio culminó su mandato como presidenta del Comité Jurídico Interamericano;

RECORDANDO que la doctora Ruth Stella Correa Palacio ejerció dicho cargo desde el 10 de agosto de 2018, siendo además la primera mujer en ocupar la presidencia del Comité Jurídico desde que este fue creado en 1906;

CONSCIENTE de la valiosa contribución de la doctora Correa Palacio en su rol de presidenta del Comité, cargo en el cual demostró sus cualidades de conducción y liderazgo en las labores de este Órgano, sabiendo conducirlo y orientarlo hacia la conclusión de importantes informes y propuestas que contribuirán a la codificación y al desarrollo progresivo del derecho internacional en la región;

TENIENDO PRESENTE su amplia experiencia profesional y académica las cuales contribuyeron al desarrollo de importantes temas bajo sus relatorías y aseguró una representación del Comité del más alto nivel jurídico en diferentes foros internacionales en los cuales se difundió la labor de este Órgano;

TENIENDO EN CUENTA además las virtudes personales de la doctora Correa Palacio, entre otros, su capacidad de escucha y de diálogo transparente y abierto que lograron que el Comité Jurídico llegara a consensos importantes en el tratamiento de su agenda, así como la amabilidad y el tacto con los que condujo las relaciones inter personales de los miembros del Comité, creando un ambiente propicio para el trabajo y el intercambio,

RESUELVE:

1. Expresar su profundo agradecimiento y especial reconocimiento a la doctora Ruth Stella Correa Palacio por su dedicación e invaluable contribución a la labor del Comité Jurídico Interamericano en su calidad de presidenta.
2. Remitir a los Órganos de la Organización la presente resolución.

La presente resolución fue aprobada por aclamación en la sesión ordinaria celebrada el 7 de agosto de 2020, por los siguientes miembros: doctores Luis García-Corrochano Moyano, Eric P. Rudge, Mariana Salazar Albornoz, José Antonio Moreno Rodríguez, Milenko Bertrand-Galindo Arriagada, Duncan B. Hollis, Alix Richard, George Rodrigo Bandeira Galindo, Miguel A. Espeche-Gil, e Íñigo Salvador Crespo.

\* \* \*



## **CAPÍTULO II**



**TEMAS TRATADOS POR EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO  
DURANTE LOS PERÍODOS ORDINARIOS DE SESIONES  
CORRESPONDIENTES AL AÑO 2020**

**TEMAS EN CONSIDERACIÓN**

A continuación, se presentan los desarrollos en torno a los temas abordados por el Comité durante el año 2020, incluyendo de ser el caso, los documentos elaborados y aprobados por el Comité Jurídico Interamericano.

\* \* \*

**1. Guía para la aplicación del principio de convencionalidad**

Documento

CJI/doc. 604/20 Guía para la aplicación del principio de la convencionalidad  
(presentada por la doctora Ruth Stella Correa)

\* \* \*

Durante el 87º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, agosto, 2015), la doctora Correa Palacio presentó el informe titulado “Guía para la Aplicación del Principio de Convencionalidad -Presentación Preliminar” (documentoCJI/doc. 492/15), con el fin de incluirlo como nuevo tema en la agenda del Comité.

Desde el punto de vista metodológico, sugirió las siguientes acciones: envió a los Estados un cuestionario para comprender el estado de la cuestión ante a la visión de los Estados; y, análisis de decisiones adoptadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al igual que las decisiones de los tribunales nacionales.

El doctor Baena Soares expresó su preocupación respecto al recurrente problema de la ausencia de respuestas a los cuestionarios del Comité por parte de los Estados, mientras que el doctor Salinas reflexionó sobre la aplicación de los tratados de Derechos Humanos, que cuenta tenido su carácter no puede ser automática, hay consideraciones que implican el respeto de la soberanía nacional, por ejemplo, que deben ser consideradas. Dejó constancia del valor fundamental de esta doctrina y recordó el tema del Protocolo de San Salvador y la distinción que se impone respecto de su aplicación ante el principio de convencionalidad. Por último, sugirió que reducir el número de preguntas en el cuestionario.

El doctor Moreno Guerra felicitó a la relatora por partir del supuesto en que la constitución no puede estar por encima de los tratados. Reconoció el carácter pertinente de las preguntas propuestas, incluyendo alusiones a las convenciones de tortura y desaparición forzada.

El doctor Stewart señaló que en el sistema de *common law* normalmente los tratados internacionales no son directamente aplicables y necesitan de legislación o norma que permita su implementación.

El doctor Collot sugirió que se utilice la metodología del derecho comparado en el estudio de la doctora Correa.

El doctor Mata Prates indicó que un primer problema que debería discutirse tiene relación con el alcance del principio de convencionalidad, lo cual implica considerar la relevancia de las normas establecidas en instrumentos internacionales, así como la implementación de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y la determinación de si los considerandos de una decisión asignan obligaciones adicionales.

La doctora Correa señaló que este es un trabajo que no tiene ninguna ideología y busca conocer el estado de la cuestión; por lo que las preguntas no están dirigidas a deliberar sobre el alcance de las obligaciones internas. Asimismo, remarcó que su estudio no recoge los derechos sociales y económicos porque la incorporación en su país requiere mecanismos diferentes a los instrumentos en materia de otros derechos humanos, por ser de naturaleza distinta.

El doctor Mata Prates, actuando como Presidente, constatando el acuerdo alcanzado entre los Miembros, propuso aprobar la inclusión de dicho tema en la agenda del Comité Jurídico Interamericano, y la designación de la doctora Correa como su relatora.

El 2 de octubre de 2015 la Secretaría del Comité Jurídico envió un cuestionario a los Estados Miembros de la Organización, siguiendo la solicitud del Comité, (documento CJI/doc.492/15 rev.1).

Durante el 88º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Washington D.C., abril, 2016), la relatora del tema presentó el informe “Guía para la Aplicación del Principio de Convencionalidad” (documento CJI/doc. 500/16), y realizó una revisión de los antecedentes en el tratamiento de esta materia.

Explicó que el tema se dividía en dos grandes partes, la primera que refiere al concepto de control de convencionalidad y la segunda que incorpora sus conclusiones a la luz de las respuestas de cinco países que han contestado el cuestionario enviado por la Secretaría (Chile, Colombia, Jamaica, México, Perú y Guatemala) aclarando que, la respuesta de este último no fue incorporada en su estudio por haber llegado después de haber sometido su informe escrito.

En cuanto a la primera parte, subrayó el alcance dado al principio por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que parte de los siguientes supuestos: o bien se incorporan los Convenios de Derechos Humanos en el ordenamiento interno o bien se aplican por parte de los jueces nacionales las normas convencionales. Señaló además que existe una distinción entre la aplicación de las normas convencionales respecto del efecto se le pueda conceder al principio de convencionalidad.

Observó que el control de convencionalidad ocurre cuando una norma interna queda sin efecto, a la luz de una norma de rango de naturaleza convencional.

Informó que normalmente se identifica el control de convencionalidad con el control de constitucionalidad en la medida que las normas de derechos humanos convencionales, en la mayoría de los países de las Américas, se incorporan en el sistema interno a nivel constitucional adjuntándose al bloque de convencionalidad. En este contexto, dichos derechos poseen el mismo rango constitucional y pueden ser utilizados para interpretar, adaptar o desplazar las normas inferiores del ámbito de aplicación. Recalcó que estos temas están conectados con la expresión de la soberanía de los Estados, por lo que se debe tomar nota de ellos en la redacción de la guía.

Entre las respuestas recibidas hasta el presente, notó que todos los Estados que han contestado son Parte en la Convención Americana, sin necesariamente haber aceptado la jurisdicción de la Corte. Además, notó como regla general que en los Estados analizados no hay intervenciones del legislativo para incorporar los tratados al sistema interno, atribuyéndoles rango de ley o de norma constitucional en aquellos países que adoptan el bloque de constitucionalidad. Al respecto, subrayó que los sistemas de control de constitucionalidad no han servido de obstáculo respecto del control de convencionalidad, y esto ocurre sin distinguir entre los que disponen de un control de constitucionalidad concentrado o difuso. Señaló asimismo haber comprobado que la aplicación de la normatividad internacional sirve como fundamentación de las sentencias internas, percibiendo la intensión por parte de los Estados de aplicar internamente la normativa internacional con los criterios establecidos por la Corte Interamericana.

Como conclusión general, observó que sería importante contar con un mayor número de elementos que permitan elaborar un documento guía. En este sentido, agradeció a la Secretaría del

Comité por los esfuerzos en buscar respuestas de los Estados en este tema, y solicitó realizar un nuevo recordatorio.

El doctor Salinas instó a la relatora a tratar en su informe los siguientes dos temas: 1) referir a la vigencia de las normas de derechos humanos y su implementación en el ordenamiento interno; y 2) buscar conocer la interpretación acordada a las normas constitucionales, a la luz de las normas convencionales junto con contemplar si la interpretación conferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos debe ser aplicada directamente por encima de las normas constitucionales. Subrayó que lo que se debe clarificar en la guía es el tema del control de convencionalidad no tanto bajo la perspectiva del cumplimiento de las normas convencionales, sino que particularmente en relación a la interpretación de las normas nacionales a la luz de las convenciones y de la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El doctor Pichardo constató el aspecto positivo de la contribución de una guía para facilitar el trabajo de a los países a dar respuesta a sus obligaciones internacionales.

El doctor Stewart observó que en la tradición del *common law* el concepto no es muy conocido, y al respecto consultó con la relatora si dicho principio se aplica únicamente a aquellos países que han aceptado la jurisdicción de la Corte, y si el mencionado principio debería ser entendido de manera tal que impongan obligaciones adicionales, en otras palabras, imponer adicionalmente vincular los comentarios de organismos internacionales interpretativos como los del Comité contra la Tortura. En su opinión, los Estados pueden tomar en consideración los comentarios de dichos organismos internacionales, sin embargo, no se les considera vinculatorios, a pesar que algunos de los miembros de dichos comités les consideran como obligatorios y vinculantes. Por lo que comprende de la exposición, aparentemente la doctrina del control de convencionalidad sería aún más fuerte e involucraría la obligación convencional de dar fuerza a las interpretaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La doctora Correa constató que las preguntas del doctor Stewart son justamente el corazón del concepto bajo estudio y el objeto que plantea verificar en la investigación. De hecho, manifestó haber observado en la jurisprudencia de la Corte Interamericana señalamientos que atribuyen al “intérprete judicial autorizado” - que en el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos correspondería a la misma Corte – la aplicación de sus decisiones e interpretaciones o a todos los Estados Parte en la Convención, cuyos estándares serían el mínimo de protección necesario. Igualmente mencionó algunos pronunciamientos de la Corte Interamericana que parecerían establecer una obligación de aplicación para todos los Estados Miembros de la OEA, inclusive los que no son Parte de la Convención Americana, en aquellos casos que refieran a interpretaciones sobre límites y efectos jurídicos del *jus cogens*, considerando la naturaleza *erga omnes* de los derechos consagrados por este principio.

El doctor Salinas sugirió que estas obligaciones sean cotejadas con el principio del margen de apreciación que deriva de la soberanía estatal.

Durante el 89º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, octubre, 2016), la relatora del tema se refirió a un estudio realizado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos sobre el control de convencionalidad (Manual Auto-formativo para la Aplicación del Control de Convencionalidad Dirigido a Operadores de Justicia) el cual tiene muchos méritos considerando que explica el desarrollo del concepto en el seno de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Señaló que a la fecha contaba con solamente 10 respuestas enviadas al Comité. Explicó que el objetivo del estudio es redactar una guía que sirva para verificar el alcance y entendimiento de los Estados sobre el tema.

El Presidente comentó que orienta un estudio de tesis de doctorado sobre justamente el tema del control de convencionalidad, el cual expone como conclusiones la existencia de tres posturas diferentes por parte de los Estados: 1) complaciente; 2) rebelado – explica que la Corte no tiene esta potestad; e 3) indeciso, por lo que observó que de hecho no es posible esperar uniformidad frente a lo que la Corte está imponiendo.

Instó a la relatora a dar continuidad a su trabajo a pesar de no contar con un mayor número de respuestas por parte de los Estados. Sugirió que presente un informe el próximo período de sesiones recontando la reacción de los Estados frente a la ejecución de los fallos de la Corte.

El doctor Hernández García observó que existe una directriz de la Suprema Corte de México que vincula a todos los tribunales de la nación y que indica que todos deben juzgar con base al principio *pro persona*. El reto para la relatora consistiría en conocer los alcances del derecho internacional de los derechos humanos. La directriz es muy amplia puesto que implica el principio de aplicación *ex officio*, además de la necesidad de utilizar los estándares de todas las sentencias de la corte. Lo que parece ser un exceso. Si bien el Estado se encuentra vinculado y el poder judicial es parte del Estado, el Estado Mexicano no debería participar en el desarrollo de los estándares en los cuales no ha actuado. Constató que la discusión colegiada del tema puede llevar a conclusiones del Comité Jurídico.

El doctor Mata Prates reconoció la complejidad del tema y se unió a la opinión de los otros miembros a favor de la elaboración de una guía, considerando su utilidad. Mencionó haber participado de un seminario sobre el tema en Uruguay, pero desde la perspectiva del Derecho Constitucional. En este contexto se presentaron una multiplicidad de opiniones sobre el asunto. Por eso, le parece que es muy difícil explicar una posición única por parte de los Estados, ya que la respuesta está estrechamente relacionada a la jurisprudencia de los distintos países. El trabajo de la doctora Correa resulta muy importante para explicitar las distintas acepciones sobre el contenido del concepto de control de convencionalidad.

La doctora Villalta mencionó que no es solamente a través de la Convención Americana que se debe encontrar los estándares de protección, pero sí en otros tratados del ámbito de los derechos humanos.

La doctora Correa subrayó que la Corte había decidido que la *ratio* de las decisiones debe servir como interpretación de la norma convencional para fundamentar decisiones nacionales. Precisó que los Estados que han contestado son los siguientes: Argentina, Chile, Colombia, Ecuador, Guatemala, Jamaica, México, Panamá, Paraguay y Perú. De hecho, en el caso de Jamaica explicó que la respuesta advierte que no se somete a la jurisdicción de la Corte, y ello a pesar de ser parte de la Convención Americana. Explicó que parte del estudio sirve para verificar todos los elementos del alcance del principio; La Corte, por ejemplo, impone la vinculación al principio de control de convencionalidad a todos los Estados por el hecho de haber firmado la Convención Americana. Manifestó su preocupación al respecto dada la formación de los jueces en derecho nacional y no en derecho convencional. En este sentido es importante contar con la opinión de quienes no son suscritores de la Convención Americana; o, que, a pesar de ser suscritores, no están sujetos a la jurisdicción de la Corte (así como Jamaica). Se mostró de acuerdo con la posibilidad de trabajar con la información disponible, pero sería muy importante contar con la respuesta de los otros Estados para que se pueda promover un estándar único, constatando que se trata del mandato que el Comité se auto-impuso.

El doctor Salinas instó a iniciar el estudio por medio de una conceptualización del tema y recomendó distinguir la implementación de la interpretación de la Corte de la aplicabilidad de los tratados en el ámbito del derecho internacional. Consideró como esencial definir los conceptos, puesto que, si el estudio se restringe a la interpretación de la Corte, no se podrá contar con una visión del conjunto de Estados, sino únicamente de aquellos que se someten a la jurisdicción de la Corte.

El doctor Hernández García explicó que sería importante contar con un documento práctico, de fácil alcance y lectura, y a partir de ello hacer sus reflexiones. Estas deberían contener tres niveles:

- 1) Vinculación a la competencia de la Corte;
- 2) Vinculación al contenido normativo de la Convención Americana; y,
- 3) Inaplicación de la norma nacional frente a la norma internacional.

El Presidente consultó a la relatora sobre las formas de evitar que el informe final sea entendido como una extensión de competencias que no son del Comité Jurídico, pero son de la Corte Interamericana, a lo que la doctora respondió que a medida que se desarrolla el documento será necesario tomar las debidas cautelas para no colidir competencias. Sin embargo, remarcó que el objetivo es unificar criterios de aplicación de principios.

Durante el 90º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, marzo, 2017), la relatora del tema, doctora Ruth Correa, presentó una propuesta de “Guía para la Aplicación del Principio de Convencionalidad” (documento CJI/doc. 526/17).

El doctor Mata Prates observó en primer lugar, una limitación ya que tan solo 15 Estados han aceptado la jurisdicción de la Corte y que por consiguiente esta guía no sería aplicable en los Estados que no han ratificado la Convención. Reconoció además un bajo índice de respuestas al cuestionario, dado que de los Estados que efectivamente respondieron, solamente 7 han ratificado y reconocido la jurisdicción de la Corte. Señaló asimismo que, con respecto al principio de convencionalidad, sería necesario escoger la interpretación que se desea validar: si se impone la jerarquía de normas, se debe determinar la forma en que la Convención se encuadraría en la norma nacional y el rango que le sería acordado por un juez nacional. Para algunos, la interpretación de la Convención por parte de la Corte debería ser tratada como un precedente vinculante, sin embargo, Uruguay no sigue esa tradición.

Preguntó si la intención era incluir sólo decisiones o si también cabían las interpretaciones y, en segundo lugar, si la intención era extender esta disposición únicamente a las partes en la Convención o a todos los Estados. Expresó preocupación respecto a la forma en que los jueces estarían llamados a interpretar sus asuntos internos. Sugirió reformular el punto 11 en lo relativo a la supervisión de la aplicación de las decisiones de la Corte, en particular el seguimiento a través encuentros con el Estado y las partes.

El doctor Hollis solicitó a la relatora mayores explicaciones sobre el alcance de las pautas, si la intención era aplicarse únicamente a los Estados que han aceptado la jurisdicción de la Corte o a todos los Estados Miembros de la OEA. Manifestó temor frente al riesgo que las directrices no se adecuen a las leyes nacionales de algunos Estados. A modo de ejemplo, explicó que, aunque en los Estados Unidos se acepta el principio del *pacta sunt servanda* y el principio que el derecho interno no es excusa para el incumplimiento de las obligaciones de los tratados, el problema surge con los tratados que no son autoejecutables., en cuyo caso el juez nacional no puede aplicar directamente las disposiciones del tratado y debe aplicar la legislación nacional.

El doctor Hollis reflexionó también sobre el impacto de las pautas en los Estados monistas que aceptaban la predominancia del derecho internacional y los Estados dualistas que colocan el derecho interno jerárquicamente encima del derecho internacional. En este último caso, aseveró que las directrices serían problemáticas, en particular respecto del punto 5 que acuerda un carácter vinculante a las interpretaciones de los tribunales, y sugirió limitar las directrices a los Estados capaces de aplicar el principio de la convencionalidad.

El doctor Hernández señaló que incluso los 15 Estados que han aceptado la jurisdicción de la Corte tendrían cada uno una interpretación diferente del principio de convencionalidad y sugirió la utilidad de brindar una definición. En relación con ese punto, comparó el título del informe con el título de la Guía adjunta, y señaló que el alcance de las directrices se refería más a la aplicación nacional.

Observó que en algunos Estados, como México, las interpretaciones utilizadas por la Corte Suprema no se limitan a los casos en que México ha sido parte, sino que incluyen la aplicación de toda la jurisprudencia. Al respecto la propuesta de observar la interpretación de la Corte Interamericana no sería realista en un sistema judicial tan complejo como México. El doctor Hernández concluyó reflexionando sobre la pertinencia de estudiar la definición del concepto, a la luz de la diversidad de opiniones sobre el mismo.

El doctor Baena Soares preguntó a quién se dirigiría la guía. Asumió que sería sólo para aquellos Estados parte en la Convención, pero juzgó que los Estados que no eran parte también podrían beneficiarse de una guía.

La doctora Villalta recordó sus experiencias con los tribunales de El Salvador y señaló que en muchos Estados de la OEA los jueces desconocían las decisiones de la Corte o las convenciones vigentes. En relación al punto 13 sobre la creación de una institución, solicitó aclaraciones sobre cómo funcionaría, especialmente teniendo en cuenta que no todos los Estados son partes en la Convención Americana.

El Presidente se refirió a la falta de una definición en relación al concepto central. Un aspecto menos controvertido podría ser resuelto por el derecho de los tratados ya que todos los tratados de derechos humanos adhieren al principio del *pacta sunt servanda*. En segundo lugar, esto se torna más complejo y altamente controvertido si los tribunales nacionales están obligados a tomar en cuenta la jurisprudencia de la Corte. Si eliminamos a los que no son parte, entonces que se eliminen también aquellos que no han aceptado la jurisdicción de la Corte, con lo cual se reduce la aplicación aún más. En su opinión, el principio de la convencionalidad debe ser visto como un medio para avanzar en la aplicación de los tratados, no una finalidad, considerando que la mayoría de los Estados no consideran obligatorias las sentencias de la Corte. Finalmente, solicitó a la relatora establecer una definición para identificar el camino.

La relatora recordó al plenario que se trataba de su segundo informe y que las discusiones sobre la definición figuraban en el anterior. Dijo que dicho concepto no provenía de la relatoría, sino que se basaba en preceptos trabajados por la Corte. Consideró como un elemento evidente del objetivo no simplemente aplicar la Convención, sino también basarse en las interpretaciones. En respuesta a la pregunta sobre la audiencia a la cual estaba dirigida, dijo que la respuesta podía dividirse: la primera recomendación, que todos los Estados Miembros de la OEA realicen su ratificación, etc., se dirigía al primer grupo. A partir de entonces, con base en la aceptación, prosigue para el segundo grupo. En tercer lugar, dijo que la disposición sobre el carácter vinculante de las interpretaciones sólo valía para aquellos Estados que habían aceptado la competencia de la Corte. El documento pasa a la segunda teoría, que incluiría no sólo a las partes en la decisión sino también a las que habían aceptado la jurisdicción de la Corte. Es obvio que tal diferenciación conduce a una conclusión clara: la decisión es vinculante para las partes y para aquellos que han aceptado la jurisdicción. No sólo existen efectos vinculantes, sino que la Corte puede interpretar. Ese es el principio de la conformidad de la interpretación y debe ser tenido en cuenta por los Estados. Se recomienda un seguimiento para aquellos Estados que han ratificado la Convención y nada más. Agregó que en muchos países - México, Perú, Colombia- los jueces están refiriéndose al principio de la convencionalidad y no sólo en los tribunales superiores. En cuanto al punto 10, la intención es dotar de capacitaciones a todos los funcionarios administrativos – no sólo de los jueces- incluyendo a los encargados de proteger a los derechos humanos e interpretar las decisiones de la Corte. Constató que estos temas están fuertemente relacionados con el acceso a la justicia.

La doctora Villalta sugirió, modificar el título para que se tratase de "Recomendaciones" en lugar de "Directrices".

El doctor Hernández dijo que era importante aclarar las interpretaciones y las interpretaciones jurisprudenciales en su conjunto.

Con respecto al contenido de las recomendaciones, manifestó estar de acuerdo en que la primera recomendación es clara y válida: el llamamiento a la ratificación. Pero aclaró que al final se trata de una decisión soberana. Sugirió la diferenciación entre los Estados parte (que son 25 actualmente) y aquellos que reconocen la jurisdicción de la Corte (que son 15). Esto haría que la guía fuese mucho más fácil de seguir.

El doctor Mata Prates apoyó la sugerencia de modificar la primera parte a fin de visualizar las diferentes posiciones sobre el alcance del principio de convencionalidad, para entonces continuar con las recomendaciones tales como pedir la ratificación de la Convención y reconocer la jurisdicción de los tribunales. En cuanto a la jurisprudencia, llamó a la cautela considerando que los aspectos constitucionales toman un espacio importante en la manera que cada Estado internaliza las decisiones. Es esencial además que la jurisprudencia sea conocida no sólo por los jueces, sino también por la administración.

La doctora Villalta concordó con la recomendación sobre capacitaciones debido a la falta de conocimientos de los instrumentos de derechos humanos en su conjunto— y no solo sobre los interamericanos.

El Presidente concordó que el Comité podía tan solo invitar y no recomendar la aceptación de la jurisdicción por parte de los Estados.

En segundo lugar, dijo que era importante profundizar el ajuste del principio de convencionalidad y su aplicación por los tribunales de derechos humanos. Propuso incluir la discusión sobre el cumplimiento de las sentencias y los precedentes del Tribunal de la Unión Europea. Estimó muy importante también cubrir la soberanía de los Estados, remitirse también, por ejemplo, al empoderamiento del Estado con respecto a la compatibilidad con las leyes nacionales. Por lo tanto, propuso hacer esfuerzos adicionales para obtener respuestas de los Estados que nos han respondido, debido a la complejidad e importancia del tema.

El Presidente sugirió a la relatora preparar un nuevo informe para la sección venidera, y dio por concluida la discusión del tema.

Con fecha 30 de marzo de 2017, la Secretaría Técnica del Comité remitió un recordatorio a los Estados que no han respondido al cuestionario.

Durante el 91º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, agosto, 2017) el tema no fue considerado, pero en el 92º período ordinario de sesiones (Ciudad de México, México, febrero 2018) la relatora presentó una semblanza de lo que ha sido el tratamiento del tema en el CJI, y desarrolló algunas conclusiones que están incluidas en la Guía para la Aplicación del Principio de Convencionalidad (documento CJI/doc. 557/18).

El doctor Mata agradeció a la relatora por la calidad de su trabajo y sugirió ajustar un poco la redacción de manera tal que el documento fuera más operativo y menos descriptivo. Observó que el legislador no es quien aplica las normas ni es el primer destinatario de la norma internacional, pues es quien menos tiene la facultad de cumplirla, y añadió que el derecho internacional dirige sus normas al Estado y éste a su vez tiene que regular en su derecho interno la aplicación de la norma.

Destacó que el informe presentado no repara lo suficiente en las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y que dada la relevancia de que éstas han cobrado recientemente, convendría detallar un poco su obligatoriedad, explicar si su cumplimiento es obligatorio para todos los Estados que reconocen la jurisdicción de la Corte, solo para quienes la solicitan, o para nadie. Sugirió incluso agregar un subcapítulo sobre los efectos jurídicos de las opiniones consultivas.

El doctor junto con agradecer a la relatora por el esfuerzo mostrado en el documento presentado, sugirió ajustar el propósito de la Guía, la cual debe estar dirigida solamente a los Estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos.

El Presidente felicitó a la relatora por su valiosa contribución a la labor del CJI y comentó que la obligación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de comunicar los fallos a los Estados, no implica necesariamente que éstos acepten como de obligatorio cumplimiento el principio de convencionalidad. Reiteró que el Estado es soberano para implementar los fallos de la Corte, y recordó que las opiniones consultivas no son vinculantes, en términos de la propia Convención.

La relatora manifestó haber tomado en cuenta algunas de las observaciones hechas en la sesión anterior respecto del rol de los jueces frente al principio de convencionalidad. Aclaró que evitó el uso de la palabra “sentencias” debido a que la interpretación se hace a través tanto de decisiones judiciales, como de autos de seguimiento y opiniones consultivas.

Explicó además que los jueces internos de los Estados parte de la Convención al momento de aplicar la norma convencionalidad deben tener en cuenta la interpretación que ha hecho la Corte en sentencias y opiniones consultivas, aclarando que no quiso sugerir en el texto que las opiniones en sí mismas sean vinculantes.

En relación con esto, el Presidente solicitó que se revise la redacción para que este último punto quede claro, que la única obligación que existe como tal, es la de aplicar la Convención.

El doctor Mata solicitó se incluya un subcapítulo que explique y fundamente i) si la aplicación de estas opiniones es “preferente” pero no vinculante, ii) si el Estado que solicitó la opinión consultiva debe forzosamente acatarla, y iii) si todos los demás Estados parte están obligados a aplicar las opiniones consultivas.

Coincidiendo, el Presidente sugirió eliminar la referencia a las opiniones consultivas y limitar la Guía a la aplicación de las decisiones de la Corte. En su opinión, darle a la jurisprudencia de la Corte el carácter de precedente, excede el alcance del texto de la Convención y la intención de los Estados parte, y sometió el tema a la consideración de los demás miembros.

El doctor García-Corrochano expresó que en el derecho internacional, los convenios crean el tribunal que interpreta el propio convenio, por lo que dicho órgano no puede exceder el alcance del convenio que lo creó, a pesar de que existan tribunales a nivel internacional que se atribuyen la facultad de crear normas. Aclaró que cuando los Estados quieren contraer obligaciones, celebran convenios mediante sus representantes, no recurren al tribunal para que las cree.

La relatora informó que la Guía es resultado del estudio de diversos factores, incluyendo la práctica de los Estados, y que se basa en el alcance que la propia Corte le ha dado al control de convencionalidad. Ofreció presentar una versión revisada que aclare los puntos anteriormente expuestos, para la consideración de los miembros, con la salvedad de que haría precisiones sobre el rol que juegan las opiniones consultivas y los autos de seguimiento, pero no eliminaría la referencia a éstas.

El Presidente instó a la relatora a buscar una redacción que refleje un consenso de criterios mínimos del CJI para evitar una votación, y que en caso de que esto resulte impráctico, propuso omitir la discusión del tema, habiendo acuerdo entre los miembros.

Durante el 93º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, agosto, 2018), la relatora, doctora Ruth Correa, inició su presentación recordando que el principio de convencionalidad se basa en la presunción de que los Estados que han suscrito la Convención Americana sobre Derechos Humanos están obligados a cumplirla. Aún más, como las normas sobre los derechos humanos se han extendido a raíz de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, resulta importante tener en cuenta las interpretaciones de estas decisiones.

Entre las observaciones presentadas al informe en la sesión de febrero en México, constató que se había remarcado que se trataba de una guía muy descriptiva que no presentaba recomendaciones. Del mismo modo, se expresaron preocupaciones tendientes a conocer si la guía comprendía también interpretaciones de opiniones consultivas de la Corte. La relatora manifestó al respecto que su trabajo solamente refiere de manera general a las sentencias y decisiones de la Corte, y no incluye las opiniones consultivas ni los pronunciamientos sobre los efectos vinculantes de las mismas. Con respecto a las directrices en sí, dijo que no sería apropiado considerar el lenguaje bajo la modalidad de una recomendación del Comité respecto de la aplicación del principio de convencionalidad. Más bien, debe verse como una sugerencia, correspondiendo a los Estados a elegir la redacción conforme lo deseen. Señaló que la referencia a los jueces como destinatarios en la directriz tercera tiene relación al rol de estos en lo que respecta al control constitucional, pero ella es consciente que el primer destinatario es el legislador.

El doctor Espeche invitó a la relatora a considerar las opiniones consultivas de la Corte Internacional de Justicia que tienen características particulares en el sistema de las Naciones Unidas.

El doctor Joel Hernández reconoció que el informe representaba un trabajo sobre un tema sumamente complejo. Observó que varios Estados están avanzando en abordar esta cuestión y que el documento será de utilidad no solamente para los legisladores y jueces, sino también en términos de sus contribuciones para la doctrina, de manera que muchos comprendan el alcance de dicho principio. Realizó los siguientes comentarios específicos:

- En la página 5, párrafo 2, en el cual se anticipa la dificultad de aplicar el principio con relación al carácter vinculante sugirió que el informe debería establecer claramente a cuáles Estados se aplica: haciendo una distinción entre aquellos que son parte en la Convención Americana sin haber aceptado la jurisdicción de la Corte y aquellos que la han aceptado. Explicó tener dudas respecto del carácter vinculante de decisiones de la Corte para aquellos Estados que no han reconocido la competencia contenciosa de la Corte y ello a pesar de ser una decisión jurisprudencial basada en las fuentes del derecho enunciadas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Observó que la guía no sería aplicable a todos los Estados Miembros de la OEA y que el doctor Duncan Hollis había recalcado claramente respecto a la no vinculación de un Estado a una Convención en que no se es parte. Sugirió que sería sumamente útil señalar las condiciones jurídicas de cada Estado en relación a dicho principio.
- La nota al pie de página nº 8 debería ser corregida. Hay 20 y no 15 Estados parte en la Convención que han aceptado la jurisdicción de la Corte.
- Las referencias a la Corte Interamericana y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos deben ser establecidas con precisión, tales como las mencionadas en la página 6, números 3 y 5.

El doctor Mata estuvo de acuerdo en que se trataba de un tema complejo y señaló que el principio de la convencionalidad surgió en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Explicó que la guía debe servir de orientación para los operadores y el tribunal, y por lo tanto se debería evitar constatar o describir lo que ocurre, tal como se hace en ciertas propuestas del informe, cuyas cláusulas son de naturaleza descriptiva. Debido a los efectos diferentes que se le debería adjudicar a las sentencias de la Corte señaló la necesidad de hacer una distinción entre las diferentes categorías de países con respecto a la Convención: aquellos Estados que son partes en un litigio y que están obligados por el fallo al que participan, y aquellos que habiendo reconocido la competencia contenciosa no son parte en un litigio que pueden tomar en cuenta dichas decisiones, pero no están obligados a compartir el fallo de una sentencia puesto que no han sido parte en dicho proceso. La Corte distingue entre el precedente obligatorio y el principio de convencionalidad. Asimismo, valdría la pena

diferenciar entre aquellos Estados que reconocen la jurisdicción contenciosa de la Corte, de los que no lo hacen, habiendo ratificado la Convención, aludiendo además a los que no la han ratificado.

En relación al punto 4 sugirió no profundizar tanto en la discusión del derecho constitucional (campo complejo en sí) por carecer de interés para el derecho internacional, considerando que si un Estado ratifica una convención este debe cumplirla y el Comité no debería preocuparse de los asuntos internos. En lo que se refiere al punto 10, la competencia de la Corte es siempre subsidiaria, y no lo es solamente para el control de convencionalidad, puesto que se espera que primero actúen los órganos internos.

El doctor Joel Hernández precisó su opinión sobre el tema de las opiniones consultivas aclarando en particular que el párrafo 2 de la página 2, no forma parte del principio de convencionalidad. En segundo lugar, señaló que el documento es una guía, y como tal no debe ser un modelo único para los 35 Estados Miembros, sino una fotografía en la cual cada Estado podrá encontrarse. Algunos Estados, tal como el suyo propio, van a basar su determinación en la ejecución de decisiones de la Corte que vayan en beneficio de la persona establecido obligaciones para los tres poderes del Estado, incluyendo aquellas en que el Estado no sea parte. Esto representa a un grupo de Estados que han aceptado incorporar todas las sentencias de la Corte por medio del principio de convencionalidad. En este sentido, el informe no debe limitarse a esos países, sino que debe presentar el principio en su conjunto y un reflejo con los distintos niveles de incorporación. Si resultara posible, organizar cinco grupos diferentes:

- Estados partes en la Convención Americana;
- Estados que han reconocido la jurisdicción contenciosa;
- Aquellos que han hecho suyo las resoluciones de la Corte tanto en casos en que son parte y aquellos en que no son parte;
- Aquellos que no aceptan el principio de convencionalidad cuando no son partes en un caso habiendo aceptado la jurisdicción contenciosa;
- Aquellos que no son parte en la Convención.

El doctor Baena Soares felicitó a la relatora por el tema complejo que fue abordado. Apoyó los comentarios realizados por los doctores Carlos Mata y Joel Hernández, los cuales solicitó sean tenidos en cuenta en la relatoría. El documento tal como había sido presentado era interesante como base de entendimiento, pero no como guía. Dijo que el Comité debe presentar un informe que precise su naturaleza como guía conforme a lo definido en todos sus aspectos, sin tener carácter obligatorio.

El Presidente agradeció a la relatora y mencionó que deseaba abordar una diferencia conceptual. Primeramente, era de la opinión de que las reglas de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y otras convenciones en el campo tienen un carácter obligatorio en virtud del principio *pacta sunt servanda*. Asimismo, reconoció que los Estados que han aceptado la competencia obligatoria del tribunal son sujetos a las sentencias del caso en el que están involucrados y que la convención puede obligar a los terceros Estados cuando estamos frente a una expresión del derecho internacional consuetudinario. Lo que encontró difícil de aceptar, sin embargo, fue que las sentencias de la Corte sean vinculantes para terceros Estados. Dijo no poder aceptar que las sentencias constituyan un precedente jurisprudencial obligatorio; agregó que consideraba que ello va más allá del papel de un tribunal internacional. Consideró que sería necesario seguir reflexionando sobre este punto ya que una guía con esa finalidad sería difícil aceptar para los Estados. En segundo lugar, el Presidente expresó su acuerdo con los comentarios proferidos por el doctor Carlos Mata sobre el control interno propio del derecho constitucional, y por ende debería incluirse como nota al pie de página, mas no dentro de la guía propiamente dicha. Estuvo también de acuerdo con los comentarios realizados sobre la competencia subsidiaria. Para que puedan actuar los mecanismos internacionales debe haber un previo

agotamiento de los recursos internos. Instó además a la relatora tener en cuenta el tema del cumplimiento de las sentencias por parte de los Estados, algo que debe ser decidido por el propio Estado de acuerdo con su derecho interno. No se debe extralimitar la aplicación del principio del *jus cogens*. Tampoco se deben imponer las decisiones de la Corte como un precedente obligatorio. Existe un mínimo acuerdo pero un amplio campo de divergencias. Le resultaría difícil aprobar el concepto de que la jurisprudencia de la Corte constituye un precedente obligatorio para terceros Estados que no están involucrados en la sentencia. La interpretación de las sentencias puede ser tomada en consideración pero no puede ser considerada como precedente obligatorio.

En respuesta a estos comentarios, la relatora estuvo de acuerdo en que se trataba de un tema muy complejo. Señaló que varias observaciones referían a aspectos que ya habían sido tratados con anterioridad y que el documento estaba en su tercera versión, la cual debe leerse en función de las versiones anteriores. Mencionó que la forma en que los diferentes Estados aplicaron el principio se incluyó en la segunda versión, que incorporó las respuestas de los 14 Estados que respondieron a las preguntas sobre los mecanismos internos y el control de constitucionalidad. Permitiendo conocer los tipos de control que habría en cada Estado: difuso, concentrado (a través de un mecanismo especializado) o mixto. Esta consulta arrojó además resultados que muestran el vínculo entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad. En trabajos anteriores se pudo demostrar la forma en que se aplica el control de la constitucionalidad en aquellos que incorporan el "bloque de constitucionalidad" los jueces nacionales tienen la potestad de aplicar la norma según la interpretación, incluso por encima de otras normas constitucionales. Si el Comité así lo desea, la relatora dijo que estaría dispuesta a incluir los resultados recibidos y el análisis en cada caso. Según el sistema de control que disponen se ha incluido las posibilidades que existen para poder ejercer el control de convencionalidad. Se refirió a las dos modalidades de control reconocidas por la doctrina y la jurisprudencia: 1. Ejercicio del juez nacional y 2. Ejercicio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Solo cuando el juez nacional se abstiene de ejercer el control, el asunto cae bajo la órbita de control de la Corte Interamericana. Explicó que el principio de la convencionalidad, de acuerdo a la Corte, no implica para aquellos Estados que no son partes en un juicio someterse a una decisión, sino que al alcance que la Corte le otorga a una norma. Y ello se aplica a los Estados que han aceptado la jurisdicción de la Corte, considerando que la inobservancia de los criterios de aplicación de la norma de la interpretación conforme a la Convención puede dar lugar a la responsabilidad internacional del Estado. No se busca homologar el carácter obligatorio al precedente, sino que hacer valer que la Corte es un intérprete autorizado de la Convención.

La relatora sugirió revisar la versión de su informe presentada en marzo de 2017, que refería a una lista de 15 puntos, tal como sugerido por el doctor Carlos Mata, y propuso tratar de ajustar su trabajo con la versión más reciente que es más analítica. La relatora dijo que entendía las preocupaciones que se habían expresado y que aceptaba las sugerencias en su mayoría, sin embargo, constató ciertas diferencias en las posiciones conceptuales que serían difíciles armonizar. Pidió a los miembros que comenzaran a partir de la idea de que el documento es una guía, no obligatoria, que busca avanzar diversas opciones, invitando a los Estados adoptar lo que les es útil.

El doctor Arrighi observó que este tema está adquiriendo importancia práctica que no deja dudas la supremacía de la norma impuesta por el derecho internacional sobre la ley nacional. Sin embargo, el otorgarle la misma jerarquía de la norma internacional a los fallos internacionales crea un problema práctico. Cuando un tribunal dicta un fallo toma en cuenta consideraciones particulares de hecho y de derecho por ende, el juez nacional quien interpreta el principio de convencionalidad deberá pronunciarse sobre elementos de hecho y derecho distintos. Si bien en teoría la idea puede funcionar cuando hay coincidencia en los hechos y en el derecho, pero como ello no ocurre en la práctica considerando que el otorgar mucha discreción a los jueces nacionales podría dar lugar a decisiones contrarias al espíritu de los fallos de la Corte Interamericana. En este contexto, la Corte debería al

momento de dictar una sentencia proponer principios que puedan guiar al juez nacional, tanto respecto de temas similares como divergentes, limitándoles el margen de discrecionalidad.

El Presidente señaló que la interpretación de lo que la Corte Interamericana hace no puede crear responsabilidad internacional para terceros Estados que no han aplicado una decisión en que no han sido partes. En segundo lugar, con respecto al bloque de constitucionalidad, señaló que las decisiones de la Corte pueden servir como un criterio de interpretación pero ello no significa que la jurisprudencia sea obligatoria. Allí es donde radica la diferencia de fondo. Consideró que esta brecha conceptual, que se había mencionado en diversas intervenciones, debería reflejarse en la guía: diferentes interpretaciones que existen en el cuerpo del CJI y en la región. No tenemos que llegar a una posición única.

El doctor Joel Hernández consideró que después de este intercambio sería mucho más fácil avanzar. Se debe proponer una guía tal como lo expresó el doctor Baena Soares. Sintió que lo que faltaba era el contexto en que se precisen las distintas aplicaciones en función de la situación jurídica de cada Estado, y con ello clarificar la intención de informar del contenido del principio sin que se les esté imponiendo un modelo e al final de cuentas quien termina aplicando el principio es el tribunal nacional, y este será quien determinará su alcance en base a su constitución.

La relatora manifestó que sería necesario definir cuál sería el lenguaje a ser utilizado. Con todas estas diferencias, la guía ahora ha sido modificada, adoptando un tenor más descriptivo que recomendatorio. Si se quiere incluir diferentes interpretaciones y alcances en que primer un lenguaje descriptivo o de recomendación.

El doctor Carlos Mata estuvo de acuerdo en que las discusiones acercaban al Comité a una solución que permita la adopción de una guía. Observó que el Comité había decidido que su labor no puede ser vista solamente desde una perspectiva académica pero tener una utilidad para los Estados, por ende una guía puede orientar frente a cada tipo de situaciones

El doctor Joel Hernández hizo alusión a tres niveles de redacción: uno es preceptivo; otro es descriptivo; y el tercero mediante el cual se efectúan algunas recomendaciones. Aquí podríamos decidir mantener un tono descriptivo, pero con algún contenido orientador. Sintió que la relatora, en la versión actual, había presentado una base muy buena, que solo necesitaba pulirse un poco, sin que se vea como un intento de establecer principios acabados para los Estados.

El Presidente estuvo de acuerdo y clausuró la discusión sobre el tema.

Durante el 94° período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, febrero, 2019), la relatora, doctora Ruth Correa, explicó el desarrollo del tema subrayando que se ha guiado por los parámetros de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) que distingue el principio de la convencionalidad y el control de la convencionalidad. Observó también que es un tema que genera resistencia en la doctrina y en la judicatura, y no es su intención asumir una posición. Por lo tanto el objeto del trabajo es conocer el tratamiento de los Estados, y en función de ello elaborar una Guía que demuestre la práctica por parte de los Estados de manera clara, y en la medida de lo posible, en todas sus manifestaciones, a fin de facilitar su mejor tratamiento. Entre las 15 respuestas recibidas de parte de los Estados algunos se han pronunciado a favor de su integración como norma constitucional, mientras que, otros, no existe un bloque de constitucionalidad.

El doctor Luis García-Corrochano criticó el actuar de la Corte que se habría excedido en sus competencias al pretender que su interpretación podría valer para cualquier circunstancia y frente a diferentes actores, al momento de juzgar situaciones que tienen una aplicación a casos particulares. El principio de convencionalidad debe ser respetado, inclusive por aquellos órganos encargados de velar por su cumplimiento. Culminó argumentando que la confianza de un tribunal depende del trabajo de sus integrantes.

El doctor George Galindo advirtió sobre los efectos de este tema sobre el derecho internacional, en particular cuando la Corte impone como un deber para los Estados la aplicación del principio de control de convencionalidad. En su entender, ello puede crear confusión respecto a lo que se debe replicar, sea esto la sentencia, las medidas cautelares o/y el *obiter dictum* de las sentencias. Además, ello impone cuestionamientos respecto al principio de “*la competence de la competence*” de un tribunal internacional, pues una prerrogativa de esa naturaleza otorgaría un gran poder a dicha Corte. Finalmente, se debe revisar el efecto *erga omnes* respecto a la cosa juzgada al momento que se desee imponer las decisiones de la CIDH a otros Estados.

El doctor Miguel Espeche-Gil coincidió con las opiniones de los miembros que han estimado que la CIDH se ha excedido sus competencias.

La doctora Mariana Salazar constató que el trabajo de la relatora no pretende imponer sino explicar el principio, y le solicitó realizar una comparación respecto de la práctica en aquellos países que aceptan dichos principios.

El doctor Íñigo Salvador observó que este tema pone de relieve la dicotomía en la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno, y concordó con lo manifestado por el doctor García-Corrochano, en que se pretende aplicar sentencias a casos diferentes de los que dieron lugar a una acción. Las sentencias se deben aplicar a las partes en una controversia únicamente; de lo contrario, se estarían contraveniendo varios de los principios mencionados, tales como el efecto de la cosa juzgada.

El doctor Carlos Mata coincidió en la complejidad de este tema actual respecto del efecto de los fallos de la CIDH. El trabajo de la relatora decanta las discusiones en el seno de la Corte. Sin embargo, restan varios desafíos pendientes que deben ser explicados, tales como las diferencias que imponen el derecho romano y el anglosajón; la obligatoriedad respecto a la aplicación de los considerandos de un fallo a quienes no han sido parte de un caso; y, la distinción entre las normas en sí de la interpretación que se hace de las mismas. Sugirió no ahondar en la situación de la jurisprudencia en Europa por sus diferencias con el sistema interamericano. En relación al punto 10 de la Guía, solicitó detalles sobre la forma en que se ejercerá la potestad de la CIDH de manera subsidiaria en caso de ausencia de control a nivel nacional.

El doctor Milenko Bertrand preguntó sobre el plan de trabajo en la materia y exhortó a hacer un aporte hacia el mejor entendimiento dentro del poder judicial, citando conflictos a nivel interno de los Estados al tratar de incorporar principios contrarios a decisiones nacionales. El trabajo debe tener un claro sentido de velar por la mejor observancia del derecho en el sistema interamericano de derechos humanos.

La relatora del tema agradeció las opiniones y comentarios, y reiteró su motivación en explicar el principio bajo el parámetro de la CIDH. Se comprometió a integrar las discusiones, incluyendo las respuestas remitidas por los Estados que demuestran en la mayoría de los casos un acatamiento al principio y al control en los términos establecidos por la CIDH. La Guía debe incluir elementos claros sobre las posiciones que existen, dejando a los Estados la prerrogativa de optar por una u otra tesis. Consciente de las dificultades frente al tema, explicó que presentará un documento nuevo proponiendo una Guía para los comentarios de los miembros.

El doctor José Moreno consultó a la relatora si el objeto de su próximo informe era presentar las diferentes posiciones emitidas en esta sesión, ante lo cual la relatora explicó su intención de evitar incluir posiciones contrarias a lo establecido por la CIDH con el fin de no entrar en controversia con el trabajo de la Corte. El doctor Milenko Bertrand preguntó si se debería dar cuenta de las posiciones contrarias de los propios miembros de la Corte para evitar generar conflictos con la Corte. El doctor Carlos Mata propuso hacer un punteo de la convencionalidad con sus diferentes acepciones tanto por los jueces como por la doctrina, lo cual podría clarificar el trabajo.

El doctor Jean-Michel Arrighi recomendó abordar de manera urgente el tema de los principios y fuentes del derecho interamericano actual (resoluciones, Carta Democrática Interamericana, Carta de la OEA, etc.), habida cuenta de su efecto en todos los Estados Miembros de la OEA.

La relatora Ruth Correa manifestó su intención de incluir los elementos propuestos por los doctores Milenko Bertrand y Jean-Michel Arrighi.

Durante el 95º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, julio/agosto, 2019), el tema no fue considerado.

Durante el 96º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, marzo, 2020), la relatora del tema, doctora Ruth Correa presentó el cuarto informe de la ‘Guía para la aplicación del principio de convencionalidad’ (documento CJI/doc. 604/20). Constató algunas resistencias en el seno del Comité respecto a este tema, aclarando que este informe es meramente descriptivo de la situación, tal como lo entiende la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esta nueva versión no analiza la práctica de los Estados que disponen de un bloque de constitucionalidad. Precisó que la intención no es comprometer al Comité respecto a la aplicación que hace la Corte. Finalmente, manifestó ser consciente que los principales destinatarios de la Guía son aquellos Estados que han aceptado la jurisdicción de la Corte, y deben asumir la responsabilidad internacional en caso de no cumplimiento.

El doctor Espeche Gil agradeció a la relatora por distinguir entre los convenios internacionales y la interpretación de la norma que hace la Corte.

El doctor Milenko Bertrand se refirió a la pertinencia de la metodología presentada. Asimismo, solicitó incluir desarrollos adicionales sobre el sujeto obligado al control de la convencionalidad. Consultó a la relatora si este sujeto puede modificar la norma interna cuando esta entra en conflicto con la interpretación de la Corte. Sugirió además como una forma de enfrentar este tipo de situaciones referirse a la jerarquía de las normas a nivel nacional. La relatora expresó que el Estado obligado depende del sistema jurídico, y al respecto en el informe de marzo de 2017 se incluía una lista de los países en función el tipo de control difuso y concentrado (de constitucional y de convencionalidad). Si es el interés del Comité, ello podría ser reincorporado.

El doctor Eric Rudge preguntó a la relatora las referencias a la jurisprudencia de la Corte Europea en su informe. Consultó detalles sobre la jurisprudencia citada y ítem 3, a lo cual la relatora explicó se trataba de casos de la Corte Europea de Derechos Humanos; mientras que el ítem 3 correspondería a un cuadernillo que ha elaborado la CIDH sobre la aplicación del control de convencionalidad.

La doctora Mariana Salazar solicitó determinar el camino a seguir: adoptar una guía legislativa o un informe. A la luz de lo expresado por la relatora de que sea un documento descriptivo de las tendencias señaladas en su informe, e independientemente que el documento sirva de referencia y mapeo, consideró que no será necesario recurrir a informes previos de la relatoria para su consulta. Si se quiere adoptar este informe, propuso integrar un mapeo que contenga un listado de los Estados de la región.

El doctor George Galindo felicitó a la relatora por hacer una reflexión sobre las posiciones diversas sobre el principio del control de la convencionalidad. Sugirió repensar la finalidad de la guía respecto al carácter imperativo de “algunas” normas de derechos humanos. En relación a las modificaciones de la legislación nacional y la prevalencia de la norma (interna/internacional) se debería concebir una lógica de jerarquía en el control de la convencionalidad que tenga en cuenta la aplicación de la norma más favorable. El Comité debe tener una visión que no critique la Corte, pero se deben considerar los problemas que la aplicación del control puede imponer. La obligatoriedad de las decisiones de la Corte implicaría también referirse al carácter vinculante de dichas decisiones.

Finalmente, habría que abundar en las prácticas de los Estados en la materia. La relatora concordó con la necesidad de referirse al principio de la norma más favorable.

El doctor José Moreno comentó sobre el carácter descriptivo del trabajo de la relatora, y le consultó si, en efecto, se estaría aprobando una guía o un documento de una naturaleza diferente.

En relación con la cuestión de la prevalencia de normas referida por el doctor Galindo, la doctora Mariana Salazar refirió que el principio pro omine no restringe las normas nacionales, sino que permite la aplicación directa de la norma internacional. Indicó también la tendencia de considerar que el monismo y el dualismo no es algo que prevalezca de manera absoluta en cada país, y que el enfoque va dirigido hacia la forma de incorporación de las normas internacionales en el derecho nacional.

El doctor Jean-Michel Arrighi estimó necesario aclarar que el orden jurídico internacional debe prevalecer sobre el orden interno en función de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. De ahí la importancia del rol del juez nacional de interpretar el orden jurídico internacional. En este contexto, es esencial pensar en cómo confrontar aquellos casos en que un tribunal nacional decide algo contrario a lo que ha decidido la CIDH, ¿puede alguien intervenir?

El doctor Luis García Corrochano se refirió a consideraciones de orden práctico respecto de decisiones de jueces nacionales. Observó que en el ámbito administrativo el control de la constitución está en manos de ciertos tribunales, que no necesariamente están al tanto de las complejidades del derecho internacional. En su entender, el prestigio del Comité le permite tomar una posición que puede ser contraria a la Corte.

La relatora del tema, doctora Correa, constató la complejidad del tema. Invitó al Comité a mantener una posición neutra que no colisione con la interpretación que la Corte hace de la Convención. En relación al destinatario final, la relatora identificó al juez del siglo XXI, como una entidad con mucho poder, inclusive arrogándose poderes del ámbito legislativo. Juez fortalecido versus parlamento disminuido. El sentido descriptivo del trabajo busca coadyuvar a los Estados y a los jueces a cumplir de la mejor manera el rol que les compete. En cuanto al rumbo a seguir, la relatora dijo que la finalidad de la guía es dar a conocer el estado de la cuestión, desarrollando la práctica en los países a quienes se les aplica. Aclaró que la información se basa en las respuestas que los Estados han tenido a bien presentar y encuentran en un cuadro en Excel. En breve, el trabajo del Comité debe ser una presentación sin tomar partido, en la forma en que los Estados aplican el principio de la convencionalidad y el control de la convencionalidad.

En relación a la consulta del doctor José Antonio Moreno sobre el título del trabajo, a la luz de la finalidad del documento, la relatora expresó la pertinencia de referirse a una guía para la aplicación, pero que no sea de buenas prácticas. Sugirió evitar efectuar calificativos. La doctora Mariana Salazar coincidió con la propuesta del doctor Moreno, indicando que una “guía” posee un efecto orientador y que este informe pretende más una descripción de distintos modelos en la región, por lo que podría explorarse otras denominaciones. El doctor George Galindo se opuso al uso de la denominación “Guía”, sugiriendo referirse al documento como informe. El doctor Duncan Hollis, quien se integró al Comité al mediodía, apoyó la propuesta del doctor Galindo. Adicionalmente, solicitó aclarar que el principio referido por la guía no se aplica a todos los Estados Miembros de la OEA. Finalmente, en relación a las obligaciones referidas que sean consistentes con el derecho internacional, se deberían incluir aquellos Estados que poseen una normativa en la materia. La relatora propuso sustituir el nombre de la guía. En relación a los destinatarios que ha referido el doctor Hollis se hará la precisión correspondiente. Al finalizar, la relatora se comprometió a presentar una nueva versión de su trabajo.

Durante el 97º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Sesión virtual agosto, 2020), el tema no fue considerado.

A continuación, se incluyen el documento presentado por la relatora del tema, doctora Ruth Stella Correa en febrero de 2020:

**CJI/doc. 604/20**

## **GUÍA PARA LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONVENCIONALIDAD**

(presentado por la doctora Ruth Stella Correa Palacio)

### **I. ANTECEDENTES**

El que se presenta en esta oportunidad, corresponde al cuarto informe elaborado por la suscrita relatora del trabajo “Guía para la aplicación del Principio de Convencionalidad”.

Durante el 87º período ordinario de sesiones, el Comité Jurídico Interamericano, por iniciativa propia, incluyó este tema en su agenda. Inicialmente y para establecer el estado de la aplicación del Principio de Convencionalidad y del Control de Convencionalidad al interior de los países que integran la OEA, les fue enviado un cuestionario, al cual se obtuvo respuesta por parte de 14 Estados, todos ellos suscriptores de la Convención Americana de Derechos Humanos y algunos, además, sometidos a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El primer informe sobre el tema fue presentado por esta relatora durante el 88º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano celebrado en Washington D.C. en abril de 2016 –documento CJI/doc. 500/16—. En esa oportunidad se dio su análisis y discusión y se dejaron algunas recomendaciones a la relatora.

Del tema se ocupó nuevamente este Comité en el 89º período ordinario de sesiones realizado en Río de Janeiro en octubre de 2016, así como en el 90º período de sesiones también realizado en Río de Janeiro en marzo de 2017, oportunidad en la cual fue presentado por esta relatoría el segundo informe distinguido como documento CJI/doc. 526/17, el cual contiene el análisis de las respuestas dadas por 14 Estados, a las preguntas dirigidas por el CJI, con el fin de establecer los mecanismos usados al interior de los Estados, para la aplicación de los instrumentos internacionales de derechos humanos. El informe generó una importante discusión y varias sugerencias a ser tenidas en cuenta para un futuro documento.

Durante el 92º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano realizado en ciudad de México en febrero de 2018, fue presentado el tercer informe signado como documento CJI/doc. 557/18. Tal informe se analizó y discutió en esa sesión, y se realizaron otras recomendaciones para ser incorporadas al trabajo.

Nuevamente el tema fue objeto de análisis y discusión por parte del Comité Jurídico Interamericano en el 93º (Río de Janeiro agosto de 2018) y 94º (Río de Janeiro, febrero de 2019) períodos ordinarios de sesiones.

En esta oportunidad la relatora presenta un nuevo informe, que recoge las sugerencias realizadas por el miembros del Comité Jurídico Interamericano en anteriores sesiones y, propone un proyecto de guía para la aplicación del principio de convencionalidad, la cual somete a discusión del Comité Jurídico Interamericano.

### **II. FINALIDAD DE LA GUIA**

La finalidad de la guía obedece al propósito de contribuir al fortalecimiento de los mecanismos idóneos para lograr el fin supremo que convoca a todos los Estados de fortalecer el respecto a la dignidad humana, para cuya protección ha sido incorporado en diferentes instrumentos internacionales, especialmente multilaterales, el catálogo de los derechos humanos cuya protección no es válido soslayar so pena de nulidad e ineficacia de pleno derecho de

disposición en contra<sup>1</sup>, por corresponder a la categoría de normas imperativas de derecho internacional general.

Bajo la armonización de los principios de soberanía de los Estados y *pacta sunt servanda*, por cuya virtud los Estados libre y soberanamente, con la suscripción, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión de los acuerdos internacionales compilatorios del *corpus iuris* de los derechos humanos, deciden someterse al contenido de esos instrumentos e incorporarlos en sus ordenamientos internos.

Partiendo de la premisa incontrovertible de que “Los derechos humanos deben ser respetados y garantizados por todos los Estados”<sup>2</sup> y con el ánimo de avanzar en el establecimiento de mecanismos que hagan efectiva esa garantía en igualdad de condiciones para todas las personas, con independencia del país que habitan, esto es en aras de propender por la unificación de los estándares mínimos de protección de los derechos humanos y garantizar la dignidad de la persona humana.

Reconociendo el papel destacado que ha cumplido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la garantía de la aplicación de los instrumentos internacionales de derechos humanos y en especial en el avance en la aplicación del Principio de Convencionalidad y en la construcción del concepto de Control de Convencionalidad.

Teniendo en cuenta que los países integrantes de la OEA se encuentran en diferente relación de sujeción con la Convención Americana de Derechos Humanos y con la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El Comité Jurídico Interamericano propone la siguiente Guía, en orden a servir de mecanismo de orientación para facilitar la aplicación, por parte de las autoridades internas, de los instrumentos internacionales que integran el *corpus iuris* de los derechos humanos, bajo los parámetros del principio de convencionalidad y su principal herramienta, el control de convencionalidad.

### **III. PROYECTO DE GUÍA PARA LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONVENCIONALIDAD**

#### **1. Principio de convencionalidad**

El principio de convencionalidad corresponde a aquél por cuya virtud los Estados suscriptores de un instrumento internacional consagrador de derechos humanos, se comprometen a su incorporación en el derecho interno, bien sea a través de la expedición de las normas necesarias para su cumplida aplicación, ora a través de la derogación de aquellas que se le oponen; así como a consagrar los mecanismos que permitan y faciliten el control de su efectiva aplicación, en especial a través de los jueces domésticos.

El principio de convencionalidad alude al sometimiento del derecho interno a la norma internacional de derechos humanos y a la garantía de su aplicación y control por las autoridades internas. Determina la aplicación al interior de los Estados del *corpus iuris* internacional de los derechos humanos, integrado por los instrumentos que los han consagrado.

Encuentra su génesis en la Convención de Viena de los Tratados, artículos 26 y 27 que en su orden consagran, en primer lugar, el principio “*Pacta sunt servanda*” —Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe—. Y en segundo lugar, contiene la proscripción de invocar disposiciones de derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Convención de Viena artículo 53.

<sup>2</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-18 DE 17 de septiembre de 2003, párrafo 73.

<sup>3</sup> Artículo 27 de la Convención de Viena de los Tratados: “El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación

La Convención Americana de Derechos Humanos, también desarrolla esos principios en los artículos 1, 2 y 29.

Así, en el artículo 1 establece el compromiso de los Estados parte con el respeto de los derechos y libertades reconocidos en ella, así como su obligación de “garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social...”.

Complementariamente, en el Artículo 2º la CADH establece la obligación de los Estados Partes, de adoptar disposiciones legislativas o de otro carácter, cuando a ello hubiera lugar, para garantizar el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en ella: “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.”

En la misma línea, en el artículo 29 prohíbe la interpretación de la Convención en el sentido limitativo del goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esa Convención.

En síntesis, el principio de convencionalidad comporta las garantías de incorporación y aplicación, en el ordenamiento interno, de la norma internacional de derechos humanos, sin utilizar criterios interpretativos que conduzcan a la limitación del goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la CADH o en otros instrumentos internacionales que los consgrem.

## **2. Medidas para la aplicación en el ordenamiento interno, de las normas internacionales compilatorias de los derechos humanos**

Se constató en la respuestas de los Estados, que se constituye en práctica de común aceptación, la consagración con rango constitucional, de los tratados de derechos humanos que suscriben, ratifican o a los cuales adhieren, con lo cual esos instrumentos entran a integrar el bloque de constitucionalidad, facilitando su control por los jueces internos.

Algunos Estados además, al incorporar la norma convencional en el ordenamiento interno, tienen en cuenta la interpretación que de la misma ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de sus pronunciamientos, práctica en la cual se tienen en cuenta como elementos, el sometimiento del Estado a la jurisdicción de esa Corte y la participación del Estado en el caso contencioso de responsabilidad en el cual se hizo la interpretación.

Esta práctica, se enfrenta a otra vertiente que solo acepta la obligatoriedad de la norma convencional en los términos en que fue pactada y no complementada con la interpretación que de la misma ha hecho la Corte IDH, oposición que se fundamenta en el argumento de que los Estados solo están obligados en los términos del tratado.

Los Estados que han optado por la aceptación de los efectos vinculantes de la interpretación de la Corte IDH a la norma internacional de derechos humanos, suelen consagrarlo así desde la norma constitucional, en la cual mandatoriamente disponen la aplicación de la norma convencional con fundamento en la interpretación que le ha dado la Corte IDH, a través de sus pronunciamientos, esto es, tanto a través de sentencias en su función contenciosa, como en sus opiniones consultivas.

En síntesis, la práctica de los Estados recogida de las respuestas al cuestionario enviado por el Comité Jurídico Interamericano, muestra que para la aplicación del Principio de Convencionalidad, no existe un criterio unánime y que los Estados, para el efecto adoptan medidas como las siguientes:

- i. La incorporación de la norma internacional en el ordenamiento interno, bien sea automáticamente como consecuencia de la suscripción o aceptación del tratado, bien por adopción expresa a través del órgano legislativo.

---

del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.”

- ii. La eliminación del ordenamiento interno, de la norma contraria a la disposición internacional de derechos humanos.
- iii. La consagración de normas adjetivas que otorgan competencia a los jueces internos para ejercer el control de la norma interna frente a la norma internacional y que le permitan, incluso, la aplicación de esta frente a aquella, cuando la primera se opone a la segunda.
- iv. La consagración de normas que permitan a otros operadores jurídicos, la aplicación de la norma internacional de derechos humanos de preferencia a la interna, cuando ésta se opone a aquella.
- v. La obligación de interpretar la norma interna conforme a la CADH, esto en el sentido que no limite el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en ella.
- vi. La aplicación de la norma convencional conforme a sus términos.
- vii. La aplicación de la norma convencional conforme a la interpretación que de ella hace la Corte IDH. En algunos eventos así se consagra desde la norma constitucional, en otros, han sido las cortes internas, en especial las Cortes Constitucionales, las encargadas de adoptar tal conclusión.

### 3. Control de convencionalidad

El Control de Convencionalidad corresponde a la confrontación de las normas jurídicas internas, con aquellas que integran el corpus iuris internacional de los derechos humanos, en aras de garantizar la eficacia, al interior de los Estados, de los derechos y garantías consagrados en ese compendio.

Así, el Control de Convencionalidad constituye la principal herramienta para garantizar la efectiva aplicación al interior de los Estados, de los instrumentos internacionales de derechos humanos, esto es del Principio de Convencionalidad, comoquiera que está orientado en la aplicación, al interior de los Estados, de las normas internacionales de derechos humanos.

La propia CADH además de consagrar la obligación de los Estados de garantizar la incorporación y aplicación, en el ordenamiento interno, de las disposiciones consagradas en ella, sin utilizar criterios interpretativos que conduzcan a la limitación de su goce y ejercicio, consagró como órganos competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes, a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Específicamente el ejercicio del Control de Convencionalidad por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en un caso concreto, depende de que el Estado Parte en la CADH, declare que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de esa Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esa Convención<sup>4</sup>.

Ha sido la Corte Interamericana de Derecho Humanos, la encargada de la construcción de la noción del Control de Convencionalidad, como garantía de aplicación en el derecho interno, de las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos y de otros instrumentos internacionales que consagran derechos humanos, enfatizando la subsidiariedad de la intervención de esa Corte, con miras a hacer efectiva tal garantía, en tanto corresponde en primer lugar a los jueces internos el ejercicio de ese control y solo subsidiariamente, cuando falta o falla, ese control es ejercido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En palabras de la Corte IDH, corresponde a la garantía, a cargo de los jueces internos, de “velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin...”.<sup>5</sup> “...En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención

---

<sup>4</sup> CADH, artículo 62.

<sup>5</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Almonacid Arrellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006.

Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes...”<sup>6</sup>

Así, el ejercicio del Control de Convencionalidad corresponde en primer lugar a los jueces u otros operadores jurídicos internos y solo subsidiariamente, cuando falta o falla ese control interno, debe ser ejercido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de sentencias en las que declara la responsabilidad internacional del Estado por infracción a la norma Convencional y como remedio dispone el retiro o incorporación de normas del ordenamiento interno, o la realización de diferentes actuaciones en tanto necesarias para lograr la eficacia de los derechos y garantías compiladas en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Esto es, que el control de convencionalidad que se realiza a través de la confrontación entre la norma interna y la norma convencional, se ejerce de forma preferente por los jueces internos y solo subsidiariamente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando el control interno no se ejerce.

Por ello, la claridad normativa interna sobre la competencia de los jueces y otros operadores jurídicos para ejercer el Control de Convencionalidad a través de sus decisiones, unida a una adecuada formación de estos operadores judiciales en el tema de instrumentos internacionales de derechos humanos, se erigen en herramientas útiles para un adecuado ejercicio del Control de Convencionalidad al interior de los Estados, sin que haya lugar a activar la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con la cual se evita la condena internacional de los Estados por violación a tales instrumentos.

Otras autoridades al interior de los Estados que actúan como operadores jurídicos, surgen como eventuales destinatarios del control de convencionalidad, bajo la premisa de que los instrumentos internacional de derechos humanos cuando han sido aceptados por los Estados, obligan a todas las autoridades de ese Estado<sup>7</sup>.

#### **4. Principio de interpretación conforme**

El principio de Interpretación Conforme está fundamentado en el artículo 29 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, y obliga a la interpretación de la Convención, en el sentido que permita el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esa convención, sin limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; sin suprimir o limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; sin excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno; sin excluir o limitar el efecto que pueden producir la Declaración Americana Universal de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

En especial ha sido promovida la interpretación de la norma nacional conforme a la CADH, sus protocolos y la jurisprudencia convencional, en busca de la armonización entre el derecho interno y la norma internacional de derechos humanos, como práctica que garantiza a los jueces internos el ejercicio del Control de Convencionalidad en los países que no disponen del sistema de control difuso de constitucionalidad. Sin perjuicio de que el principio de interpretación conforme se aplique con independencia del sistema de control de constitucionalidad por el que opten los estados.

La incorporación en los ordenamientos internos de normas adjetivas que permitan claridad sobre la competencia de los jueces y otros operadores jurídicos para aplicar la norma convencional y hacer una interpretación de las normas internas conforme a la Convención Americana de Derechos Humanos, facilita la aplicación de este principio.

---

<sup>6</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Radilla Pacheco vs. Méjico, Sentencia de 23 de noviembre de 2009.

<sup>7</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Radilla Pacheco vs. México, Sentencia de 23 de noviembre de 2019.

El principio de Interpretación Conforme ha sido expresamente acogido por algunos Estados desde la norma constitucional, al consagrar mandatoriamente que la interpretación de las normas relativas a derechos humanos, debe hacerse de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre la materia.

Tal exigencia al juez interno, supone un alto grado de formación de los funcionarios judiciales, en los instrumentos internacionales de derechos humanos y sus efectos.

### **5. Destinatarios de esta guía**

Conforme con la finalidad de este documento de servir a los Estados que integran la OEA, como guía para facilitar la aplicación del Principio de Convencionalidad y para el ejercicio del Control de Convencionalidad, a continuación se distinguen varias situaciones derivadas de la vinculación de tales Estados con los instrumentos internacionales de derechos humanos, entre ellos la CADH y de su sometimiento a la jurisdicción de la Corte IDH, a saber:

- i. Estados no vinculados a la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>8</sup>.
- ii. Estados vinculados de la Convención Americana de Derechos Humanos, pero que no han aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana de derechos Humanos<sup>9</sup>.
- iii. Estados suscriptores de la Convención Americana de Derechos Humanos y que además han reconocido como obligatoria la competencia de la Corte IDH, sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esa Convención.
- iv. Estados suscriptores de la Convención Americana de Derechos Humanos, que aceptan la jurisdicción de la Corte IDH y han sido parte del proceso en el cual esta Corte hizo la interpretación de la norma convencional.
- v. Estados suscriptores de la CADH, que han aceptado la jurisdicción de la Corte IDH, pero que no fueron parte del proceso en el cual esta Corte hizo la interpretación de la norma convencional.

Aquellos Estados relacionados en los numerales ii a v, ostentan la condición de destinatarios directos de esta guía, que describe el tema y la aplicación que del Principio de Convencionalidad y del principal instrumento para garantizar su eficacia: el Control de Convencionalidad, han hecho tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como diferentes países pertenecientes a la OEA<sup>10</sup>.

### **6. Alcances del Control de Convencionalidad**

Como se ha descrito en este trabajo, la aplicación del control de convencionalidad al interior de los Estados, a cargo especial pero no únicamente de los jueces internos, corresponde en síntesis a la confrontación que tales funcionarios deben efectuar entre las normas internas y la CADH y los instrumentos internacionales de derechos humanos, con el propósito de garantizar la eficacia de los derechos y garantías compiladas en tales instrumentos, privilegiando su aplicación frente a normas internas que no los acatan.

Subsidiariamente, para cuando el control interno es inexistente o no garantiza adecuadamente la aplicación de la norma convencional o de cualquier tratado de derechos humanos,

---

<sup>8</sup> De los 35 países que integran la OEA, la CADH no ha sido firmada o ratificada por 9 de esos Estados y ha sido denunciada por dos más.

<sup>9</sup> En la actualidad la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es aceptada por 20 Estados. Como ya se mencionó en este trabajo, en los términos del artículo 62 de la CADH, el sometimiento de los Estados Partes a la competencia de la Corte IDH, depende de declaración expresa en la que reconozcan como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esa Convención.

<sup>10</sup> Específicamente los 14 países que dieron respuesta al cuestionario enviado por este Comité, en el cual se indaga sobre la aplicación de tal principio y en relación con el ejercicio interno del Control de Convencionalidad.

la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es la encargada, a través de sus sentencias, de ejercer tal control.

Además la Corte IDH interpreta las normas de la CADH a través de sentencias y ha indicado que tal interpretación resulta obligatoria para los Estados Partes de la Convención: “En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.”<sup>11</sup>

Por otra parte, en ejercicio de la función consultiva, la Corte IDH emite opiniones consultivas, cuando los Estados Miembros de la Organización la consultan acerca de la interpretación de la CADH, o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos<sup>12</sup>.

Lo anterior significa que la interpretación de las normas convencionales que realiza la Corte IDH, está contenida tanto en sentencias como en opiniones consultivas.

En la actualidad, los alcances de la obligación de aplicación de la CADH o de otros tratados de derechos humanos, al interior de los Estados partes, fluctúan entre dos extremos: la aplicación de la norma internacional de derechos humanos conforme a los términos pactados —*pacta sunt servanda*—; o, además, de acuerdo con la interpretación que a la norma internacional de derechos humanos ha hecho la Corte IDH, lo cual comporta aceptar la obligatoriedad de la jurisprudencia de esa Corte.

También es materia de controversia, la definición de los pronunciamientos de la Corte IDH, que resultan vinculantes en la aplicación de la CADH, cuando en ellos se interpretan sus normas. Es decir, si solo las sentencias —función contenciosa—, o también las opiniones consultivas - función consultiva-.

Significa lo anterior, que actualmente la determinación del alcance del Control de Convencionalidad presenta varias vertientes jurisprudenciales y doctrinarias, que se distancian o acercan en relación con los efectos vinculantes de la jurisprudencia de la Corte IDH en tanto interpretativa de la CADH y de otros instrumentos internacionales de derechos humanos, bien a través de sus sentencias o, también de las opiniones consultivas.

De un lado la Corte IDH en numerosos pronunciamientos, ha definido el ámbito de aplicación a todos los Estados parte de la CADH, no solo de las normas que la integran, sino además de la interpretación que de esas normas hace en sus sentencias y opiniones consultivas: “El Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas [...] y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.”<sup>13</sup>

Específicamente en relación con la interpretación de las normas de la CADH en ejercicio de su función consultiva, la Corte IDH reclama sus efectos vinculantes: “Del mismo modo, la Corte estima necesario recordar que, conforme al derecho internacional, cuando un Estado es parte de un tratado internacional, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y legislativo, por lo que la violación por

---

<sup>11</sup> Corte IDH, Caso Radilla Pacheco vs. México, Sentencia de 23 de noviembre de 2009.

<sup>12</sup> CADH, Artículo 64.

<sup>13</sup> Transcripción tomada del CUADERNILLO DE JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS No.7: CONTROL DE CONVENCIONALIDAD y cuyo pie de página original es: Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 124: Cfr, Corte IDH. Caso La Cantuta vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 173.

parte de alguno de dichos órganos genera responsabilidad internacional para aquél. Es por tal razón que estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”<sup>14</sup>

Incluso en la misma Opinión Consultiva a la que pertenece el texto transcrito en el párrafo anterior, la Corte IDH ha predicado que para todos los Estados miembros de la OEA, la interpretación que realizó de instrumentos internacionales de derechos humanos, constituye una guía para evitar eventuales vulneraciones a los derechos humanos: “A su vez, a partir de la norma convencional interpretada a través de la emisión de una opinión consultiva, todos los órganos de los Estados Miembros de la OEA, incluyendo a los que no son Parte de la Convención pero que se han obligado a respetar los derechos humanos en virtud de la Carta de la OEA (artículo 3) y la Carta Democrática Interamericana (artículos 3, 7, 8 y 9), cuentan con una fuente que, acorde a su propia naturaleza, contribuye también y especialmente de manera preventiva, a lograr el eficaz respeto y garantía de los derechos humanos y, en particular, constituye una guía a ser utilizada para resolver las cuestiones sobre infancia en el contexto de la migración y así evitar eventuales vulneraciones de derechos humanos.”

Estos pronunciamientos en los que reafirma la obligatoriedad de su jurisprudencia, los ha fundamentado la Corte IDH en su calidad de interprete autorizada de la convención, unido al argumento de que por disposición del artículo 69 de la CADH, debe transmitir las decisiones que adopta en su función contenciosa, a todos los Estados parte de ese instrumento, con lo cual garantiza la publicidad y conocimiento de las mismas.

Un sector de la doctrina aboga por tesis distinta a la de la Corte IDH, en el sentido de no reconocer efectos vinculantes a su jurisprudencia, por considerarlo excesivo, y eventualmente generador de nulidad de la decisión:

“Pero, aún más, la Corte en un proceso evolutivo ha ordenado que se realice CC [Control de Convencionalidad] inclusive de su jurisprudencia, lo que puede ser muy excesivo dada la naturaleza jurídica de la jurisprudencia internacional.

“...Técnicamente esta apreciación de la Corte no es correcta ya que la naturaleza de la jurisprudencia (véase artículo 38-1 de Estatuto de la CIJ) no es obligatoria. Quizá la Corte debió utilizar otra argumentación más que la obligatoriedad de la jurisprudencia. Aquí, se trata de la aplicación del principio *pro homine*, mas no la aplicación de la jurisprudencia, pues no es obligatoria.”<sup>15</sup>

Por otra parte, en la respuestas de los Estados Partes<sup>16</sup> al cuestionario enviado por este Comité, también se distinguen las dos posiciones claramente diferenciadas, en tanto algunos Estados circunscriben la aplicación del Control de Convencionalidad al texto de la CADH, mientras que otros Estados, bien a través de consagración de disposición incluso constitucional en tal sentido o, por virtud de pronunciamientos de sus Cortes, disponen la aplicación de la norma convencional, en el sentido en que la Corte IDH la ha interpretado, tanto a través de su función contenciosa, como mediante Opiniones Consultivas, es decir reconocen la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte IDH.

---

<sup>14</sup> Nota original del Texto transcrito: Corte IDH. El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-2/82 de 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2, párr. 29; Corte IDH. Caso Boyce y otros vs. Barbados. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169. Párr. 15.

<sup>15</sup> Becerra, Ramírez Manuel, El Control de la Aplicación del Derecho Internacional, Universidad Nacional Autónoma de México, p. 129 y 130.

<sup>16</sup> Se obtuvo respuesta de 14 Estados.

Con las precisiones que anteceden, y retomando la clasificación de los destinatarios de esta guía, en el alcance del ejercicio del Control de Convencionalidad, se observan las siguientes categorías:

- i. Estados no vinculados a la Convención Americana de Derechos Humanos. No están obligados con el texto de la CADH y por tanto tampoco con la interpretación que de sus normas realiza la Corte IDH. Sin perjuicio de que conforme lo ha indicado esa misma Corte IDH, sus interpretaciones a la CADH pueden servir de guía en la garantía de los derechos humanos.
- ii. Estados vinculados de la Convención Americana de Derechos Humanos, pero que no han aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana de los derechos Humanos. Por virtud del principio *pacta sunt servanda*, están vinculados por el texto de la Convención. La interpretación de la norma convencional realizada por la Corte IDH, puede constituir en instrumento guía en la aplicación de las normas internacionales de derechos humanos.
- iii. Estados suscriptores de la Convención Americana de Derechos Humanos y que además aceptan la jurisdicción de la Corte IDH. Su vinculación con la CADH es indiscutible con fundamento en el principio *pacta sunt servanda*. La aceptación de los efectos vinculantes de la interpretación que a las normas de la convención ha realizado la Corte IDH, no es un tema pacífico.

Conforme a respuesta de algunos Estados, desde la norma constitucional han aceptado los efectos de la norma convencional en conformidad con la interpretación que de la misma ha realizado al Corte IDH. Otros Estados en cambio, solo aceptan los efectos vinculantes de la interpretación de la norma convencional por parte de la Corte IDH, cuando tal interpretación se dio en un proceso en el cual fueron parte y tuvieron la oportunidad de ejercer el derecho de defensa y contradicción.

- iv. Estados suscriptores de la Convención Americana de Derechos Humanos, que aceptan la jurisdicción de la Corte IDH y han sido parte del proceso en el cual ésta hizo la interpretación de la norma convencional. El instituto de la cosa juzgada internacional del que gozan las sentencias de la CIDH, define sin duda la obligatoriedad de la interpretación para el Estado que fue parte.
- v. Estados suscriptores de la Convención Americana de Derechos Humanos, que aceptan la Jurisdicción de la Corte IDH, y que han solicitado una opinión consultiva sobre la interpretación de una norma convencional. Quedan cobijados por la interpretación realizada por la Corte IDH.
- vi. Estados suscriptores de la Convención Americana de Derechos Humanos, que aceptan la Jurisdicción de la Corte IDH, y que no han solicitado la opinión consultiva en la cual se hace la interpretación de la norma convencional. La interpretación de la norma convencional a través de la Opinión Consultiva, puede servir de guía para la aplicación de la misma.

#### **7. La posición de los Estados Partes de la CADH en relación con la aplicación del control de convencionalidad**

Los países obligados por la CADH, varios de los cuales dieron respuesta al cuestionario enviado por el CJI, aplican el Control interno de Convencionalidad a través de sus jueces domésticos y otras autoridades judiciales.

En varios ordenamientos jurídicos, los tratados de derechos humanos se incorporan desde la norma constitucional, para integrar el bloque de constitucionalidad, lo cual permite su aplicación directa por los operadores jurídicos internos.

En algunas constituciones se dispone la aplicación, por parte de los jueces internos, de la CADH, y de la interpretación que de las normas convencionales ha realizado la Corte IDH, reconociendo la obligatoriedad de su jurisprudencia.

En otras regulaciones internas, solo se opta por reconocer la obligatoriedad de la norma internacional de derechos humanos, sin mención a las decisiones de los órganos internacionales de control.

Constituye práctica extendida, que las Cortes Constitucionales y otras altas Cortes internas, en ausencia de norma constitucional o legal que así lo disponga, hayan producido decisiones en el sentido de usar como fundamento de las mismas, la interpretación que a la norma convencional ha realizado la Corte IDH, bien a través de sentencias como de opiniones consultivas.

### **8. Autoridades interans encargadas de ejercer el Control de Convencionalidad**

Corresponde a los jueces internos en primera instancia, proceder a la aplicación de la norma convencional como garantes del reconocimiento y protección de los derechos y garantías consagrados en la CADH y en los internacionales de derechos humanos.

Otras autoridades también pueden ser destinatarias de esa función de reconocimiento y protección y de garantía de la aplicación de la CADH y de los instrumentos internacionales de derechos humanos, lo cual puede generar el ejercicio del control de convencionalidad por autoridades administrativas.

Para facilitar el control de convencionalidad, algunos ordenamientos internos disponen de normas adjetivas sobre la competencia de los jueces y otras autoridades administrativas, para aplicar la norma convencional, e igualmente consagran el deber de interpretación de las normas internas, conforme a la Convención Americana de Derechos Humanos y a la interpretación que de tales normas ha realizado la Corte IDH, tanto en sus sentencias, como a través de opiniones consultivas.

Subsidiariamente, ese control es ejercido por la Corte IDH, que en múltiples pronunciamientos ha señalado la subsidiariedad de su intervención, sujeta a que el juez interno no asuma el control de convencionalidad que le corresponde ejercer en garantía de la aplicación de los instrumentos internacionales de derechos humanos.

### **9. Mecanismos para el ejercicio del control de convencionalidad**

El control de convencionalidad al interior de los Estados, en la práctica se define por el sistema de control de constitucionalidad establecido, si difuso, concentrado o mixto. En el primero, el control es ejercido por cualquier juez, mientras que el segundo corresponde al órgano judicial especialmente establecido con tal función en la estructura del Estado y, en el último sistema, a pesar de existir dentro de la organización del Estado un órgano al cual le compete ejercer el control concentrado de constitucionalidad, con competencia para retirar del ordenamiento jurídico la norma que se opone a la constitución, a la vez cada juez tiene la facultad de inaplicar, para el caso concreto, la norma que encuentra opuesta a la constitución.

Los jueces, o el órgano especialmente encargado del control de constitucionalidad, han asumido, como una práctica generalizada, el ejercicio del control de convencionalidad a través de:

- i. aplicación directa de la norma convencional en caso de ausencia de norma en el ordenamiento interno;
- ii. inaplicación por parte de los jueces al interior de los Estados, del ordenamiento interno que se opone a la CADH y a la interpretación que de las normas que la integran hace la CIDH —propiamente control de convencionalidad—;
- iii. utilización de la norma convencional como criterio argumentativo o interpretativo en la aplicación de las normas internas sobre derechos humanos
- iv. aplicación en sus decisiones de la interpretación que de las normas convencionales hace la CIDH.
- v. También se identifica como práctica de común aceptación, el aporte de las altas Cortes de Justicia en la aplicación del Principio de Convencionalidad, a través directrices que plasman en su jurisprudencia y en la Interpretación Conforme que aplican en sus sentencias.

## 2. Eficacia de las decisiones judiciales extranjeras a la luz de la Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros

### Documento

CJI/doc. 611/20      Procedimientos internos para el reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras: recomendaciones (presentado por la doctora Ruth Stella Correa Palacio)

\* \* \*

Durante el 90º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, marzo, 2017), la doctora Ruth Stella Correa Palacio propuso incluir como nuevo tema en la agenda la “Validez de las sentencias extranjeras a la luz de la Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros”.

El pleno acogió la propuesta y el tema fue consignado en la agenda, asumiendo la doctora Correa como relatora de este nuevo tema.

Durante el 92º período ordinario de sesiones (Ciudad de México, México, febrero, 2018) la relatora del tema, doctora Ruth Stella Correa Palacio recordó que su trabajo ha consistido en hacer una búsqueda sobre el marco legal y buenas prácticas existentes para conocer el estado que guarda el tema en la región. Se refirió a la Convención de Nueva York, a la Convención de Panamá y la Convención de Montevideo como la línea de base para la mejor comprensión del estado del tema en la región actualmente, y aludió al relativo avance que implica la supresión del *exequatur* en Europa (en materias determinadas).

De su estudio comparativo, se desprende que el reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras depende de la reciprocidad en materia de tratados entre los Estados, y que parece existir mayor facilidad para el reconocimiento de las decisiones proferidas por árbitros, que el proferido a las decisiones judiciales, además de requisitos de homologación que estas últimas deben solventar. Advirtió diferencias entre la carga procesal que se exige para decisiones arbitrales comerciales y el oneroso procedimiento al que se someten las sentencias que resultan de un juicio contencioso. En el caso de decisiones judiciales con fines probatorios estas deben ser sujetas a homologación en algunos Estados como Bolivia, o a autenticación. Notó también diferencias entre autoridades competentes para la homologación de sentencias judiciales (funcionarios de mayor jerarquía) y las competentes para ejecución de la decisión arbitral (jueces de menor jerarquía). En su opinión, las tecnologías de comunicaciones e información no han sido aprovechadas para simplificar el proceso de reconocimiento y ejecución de sentencias. Finalmente, la relatora propuso la elaboración de una guía de buenas prácticas sobre la facilitación del reconocimiento de las decisiones judiciales que busquen la forma de diseñar e implementar un procedimiento expedito para que se reconozca una decisión judicial extranjera, especialmente cuando no haya oposición por parte del ejecutado.

El doctor José Moreno destacó que existe mucha información sobre reconocimiento y ejecución de sentencias tanto en ASADIP como en otros foros sobre el tema, que podrían servir como valiosos insumos para el trabajo de la doctora Ruth Correa y le pidió precisar el alcance de la guía propuesta.

El doctor Duncan Hollis resaltó el desafío de implementar un sistema de reconocimiento simplificado de sentencias judiciales cuando hay tal diversidad en la región en lo que respecta a los requisitos y procedimientos.

El Presidente consideró que la Convención de Nueva York prácticamente resuelve el problema de la ejecución de sentencias extranjeras en el ámbito del arbitraje y sugirió enfocarse en buscar estándares a partir de la Convención de Panamá en lo relativo al cumplimiento de las sentencias

nacionales, identificando las dificultades que ésta ha enfrentado para ser ampliamente ratificada y proponiendo acciones puntuales, pues el CJI no puede limitarse a sistematizar y codificar, sino que debe ser propositivo y contribuir de manera efectiva al desarrollo progresivo del derecho internacional. En resumen, propuso concentrarse en la ejecución de sentencias por los jueces nacionales, y que el estudio avance un poco más antes de que se determine el producto que se busca obtener.

El doctor José Moreno consideró que el tema no está resuelto por la Convención de Nueva York y que existe un amplio camino, pero que el tema está siendo abordado ampliamente en otros foros, y en este sentido tal vez la guía propuesta no debería abundar en el tema de arbitraje.

La doctora Ruth Correa indicó que la propuesta podría ser una guía legislativa para facilitar la homologación de ejecución de sentencias, o bien una guía de buenas prácticas con propuestas que permitan una mayor agilidad para ejecutar las sentencias. Trabajo que será limitado a las sentencias de órganos institucionales de justicia con el fin de facilitar la cooperación jurídica.

El Presidente coincidió en la necesidad de un procedimiento ágil para ejecutar sentencias judiciales extranjeras, pero que la Conferencia de La Haya ya está bastante encaminadas y que tal vez sería prudente esperar a ver si esos esfuerzos llevan a un producto o se estancan. En caso de que en la Conferencia de La Haya (en la que ya participan los Estados Miembros de la OEA) se produjera un resultado, habría que evaluar si el CJI puede y debe utilizar tal producto como punto de partida para otro trabajo. Propuso entonces mantener el tema en la agenda del CJI para consultar con los asesores jurídicos de las cancillerías en el próximo período de sesiones sobre la posición de los Estados de la OEA en los trabajos de La Haya, determinando así si el CJI es el foro competente.

La relatora sugirió enviar un cuestionario a los Estados Miembros para conocer su parecer.

El doctor Dante Negro aclaró que no todos los Estados Miembros participan en los trabajos preparatorios de la Conferencia de La Haya, por lo que el Presidente, considerando que ésta no debe ser el único parámetro para tomar decisiones, propuso entonces enviar el cuestionario sugerido por la doctora Ruth Correa y que con base en las respuestas que se reciban y en las consultas realizadas durante el próximo período de sesiones, el CJI pueda tomar las decisiones correspondientes.

El doctor Carlos Mata consideró que el cuestionario debe ser elaborado con mucho cuidado para que las preguntas se enfoquen en la eficacia de los procedimientos, en lugar de en una descripción de los mismos.

El doctor José Moreno solicitó al DDI hacer una compilación del material que la Conferencia de la Haya y ASADIP han puesto a disposición del público para estudio de la relatora.

El Presidente propuso tratar este tema en la reunión con asesores jurídicos de la región en el próximo período de sesiones con el fin de obtener unas respuestas menos estandarizadas, más candidas sobre la eficacia de los procedimientos de ejecución, y conseguir sus insumos respecto del contenido y lenguaje del cuestionario propuesto, el cual podría ser enviado con anterioridad a los Estados. Los miembros aprobaron la propuesta por unanimidad.

Durante el 93° período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, agosto, 2018), la relatora del tema, doctora Ruth Stella Correa Palacio presentó el primer informe titulado “reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos judiciales extranjeros” (documento CJI/doc. 564/18). El objeto del informe es determinar los requisitos que se exigen al interior de los Estados para que una sentencia extranjera produzca efectos obligatorios. Constató que tanto la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de Nueva York de 1958 como la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros de 1979 (Convención de Montevideo) han sido firmadas por la mayoría de los Estados Miembros de la OEA. La primera refiere a las decisiones arbitrales mientras que la de Montevideo refiere al reconocimiento y la ejecución. Constató un cierto rezago frente a los avances

tecnológicos, tal como el comercio electrónico. También estimó que la implementación está en manos de los tribunales de mayor jerarquía en sistemas que implican muchas etapas, una vez se ha reconocido una sentencia extranjera. Consciente del Anteproyecto que lleva adelante la Conferencia de La Haya en la materia y de la necesidad de evitar duplicación de trabajos, consideró que en la instancia se justifican los esfuerzos en el seno del Comité. El anteproyecto de la Conferencia de La Haya le genera algunas preocupaciones, entre otras razones porque solamente se aplica al ámbito civil y comercial, dejando fuera el tema laboral. Adicionalmente, mantiene una diferencia entre el reconocimiento y la ejecución, imponiendo trámites engorrosos. La Convención de Montevideo por su parte tiene una regulación puntual dejando a los Estados determinar los procedimientos internos sin dar pautas. Ello deja un espacio al libre criterio a cada Estado, algo que repite el anteproyecto. Por ende, estimó conveniente que el Comité se pronuncie y desarrolle una labor en ese dominio. A modo de conclusión, no existe en las legaciones internas la obligatoriedad respecto del reconocimiento de las decisiones extranjeras de tribunales, lo cual contrasta con las decisiones en materia de arbitraje en donde es expedito, y por ende el informe no debería pronunciarse sobre arbitraje. Asimismo, la regulación internacional no garantiza el acceso a la justicia frente a decisiones producidas por los órganos judiciales de otros Estados, y por lo tanto se estarían coartando derechos fundamentales. Por ello instó a modificar ciertos procedimientos, y cuestionarse si se requiere mantener la dualidad, reconocimiento y aplicación o reducir todo al último aspecto.

El doctor José Moreno agradeció el trabajo de la doctora Ruth Correa al momento de constatar que la Convención de Nueva York sobre sentencias y laudos arbitrales es una de las más exitosas, contando con un elevado número de Estados Partes, a pesar de imponer desafíos en materia de la aplicación de las decisiones judiciales. El tema de la ejecución de sentencias creó muchas divergencias, y su discusión fue retomada en la Conferencia de La Haya en 2011, cuya Conferencia diplomática fue agendada para el año 2019. Propuso que este tema forme parte de la discusión con los representantes de la Conferencia de La Haya y que se defina en el seno del Comité el tipo de producto que se desea realizar. Recomendó además la elaboración de una guía o documento de derecho blando que sea de utilidad para los Estados. Existe un trabajo muy importante de la ASADIP relativo al tema procesal internacional, que debe ser tenido en consideración. Recordó que siempre habrá consideraciones de índole doméstico que intervendrán en estos casos.

El doctor Luis García-Corrochano agradeció a la relatora por la importancia del tema de la ejecución de sentencias, que implica aspectos de índole variados y que es fuente de preocupación cuando los Estados utilizan la excepción de orden público. Instó a la relatora a trabajar en todos los aspectos, no solamente los comerciales. Aludió a sentencias sobre temas que tienen relación con la valoración de la sociedad, tal como por ejemplo el derecho de familia, en que surgen conflictos entre el derecho extranjero y el doméstico.

El doctor Duncan Hollis manifestó su acuerdo con la exclusión de los temas de arbitraje, que el informe se involucre en temas relativos al acceso a la justicia como un objetivo central y tome en consideración los desafíos que imponen las nuevas tecnologías. Consultó a la relatora sobre la expresión “modificar las normas” en las conclusiones, solicitándole si se busca modificar instrumentos o dotarse de nuevas reglas. Finalmente, recomendó conjugar los sistemas de derecho civil y de *Common Law* en su informe, independientemente de la naturaleza del producto final que se decida obtener.

El doctor Carlos Mata felicitó a la doctora Ruth Correa por su trabajo, que hace especial énfasis a los laudos extranjeros, y le consultó sobre la naturaleza del instrumento que se quiere elaborar (el producto que se espera). Considerando el trabajo de la Conferencia de La Haya en la materia el Comité, sugirió que el Comité se pronuncie una vez que se tenga una mejor idea del resultado de dichas negociaciones.

El doctor Joel Hernández agradeció y felicitó a la relatora del tema por su dedicación. En cuanto a la contribución del CJI al desarrollo del tema, se deben tener en cuenta las capacidades de los miembros y los avances en otros foros. Conscientes de los avances de la Conferencia de La Haya en relación al Anteproyecto, no sería pertinente lanzarse en un documento de la misma naturaleza. Sin embargo, lo que el Comité podría realizar sería una comunicación con recomendaciones a la Conferencia. Una segunda contribución sería la realización de una guía para los Estados para facilitar la regulación interna con recomendaciones muy precisas para orientar a los Estados sobre elementos mínimos que permitan la futura aplicación de la Convención. Al respecto, el doctor José Moreno propuso solicitar a la profesora Nadia de Araújo si, en su calidad de observadora de la Conferencia de La Haya, podría participar en nombre del CJI.

El Presidente agradeció a la relatora del tema por su informe, dejando claramente establecida la necesidad de no embarcarse en algo que duplique el trabajo de la Conferencia de La Haya. Manifestó comprender las dificultades que impone la implementación, en particular frente a las formalidades. Se debe avanzar en congruencia con los desarrollos existentes. Compartió lo expresado por el doctor Joel Hernández respecto a las opciones disponibles, junto con constatar que la reunión del próximo jueves será una excelente oportunidad para discutir sobre el tema. Finalmente, estimó importante llegar a un acuerdo sobre el tipo de producto que se desea trabajar.

Por su parte, el doctor Joel Hernández expresó que no consideraba haber duplicación en la instancia en función de los tiempos que cada institución demora en desarrollar sus temas, y que por lo tanto no había impedimento alguno en dar continuidad al tema. Por su parte, el proponente enmiendas a la Convención de Montevideo puede tomar aún más tiempo.

La relatora del tema, doctora Ruth Correa, declaró que en función de lo que surge no se espera que el Comité busque modificar la Convención de Montevideo, sino que debería trabajar en un guía o ley modelo, en consonancia con lo que manifiesten los miembros del CJI, limitando el tema al reconocimiento doméstico de las decisiones, de manera de confrontar el problema de acceso a la justicia. Se buscaría dotar a los Estados de mecanismos y procedimientos para facilitar la autenticación de documentos extranjeros. Aclaró, además que la Conferencia de La Haya no estaría cubriendo estos temas. Concluyó manifestando su opción a favor de una ley modelo.

El Presidente explicó que el tema permanecería en la agenda del Comité, invitando a los miembros a aprovechar ambas reuniones previstas en los próximos días, la VII Reunión Conjunta con los consultores jurídicos (15 de agosto de 2018) y la sesión con representantes de la Conferencia de La Haya (16 de agosto de 2018), a fin de determinar el camino a seguir.

Durante el 94° período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, febrero, 2019), la relatora del tema, doctora Ruth Stella Correa Palacio presentó su informe titulado “Reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos extranjeros” (documento CJI/doc. 581/19), cuyo objeto es facilitar la adopción de mecanismos que permitan lograr la eficacia en el reconocimiento de decisiones extranjeras al interior de los Estados, incluyendo la posibilidad de proponer mecanismos idóneos, teniendo como referencia la normativa universal y regional, en aplicación de la Convención de Nueva York de 1958 y de la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros de 1979 - Convención de Montevideo.

Acto seguido, la relatora describió de manera sucinta los instrumentos internacionales que regulan el tema y algunas legislaciones nacionales, mencionados en su primer informe, así como las discusiones sostenidas en la última sesión de trabajo sobre el estado del Anteproyecto de Convención preparado por la Conferencia de La Haya, que permitió constatar, entre otros, que el Comité no busca replicar lo que está proponiendo dicha entidad. Dedicó también un espacio a los comentarios positivos ofrecidos por los asesores jurídicos a favor de un pronunciamiento del Comité en la materia, constatando las dificultades para ejecutar las decisiones judiciales en el extranjero (entre las cuales

mencionó los trámites engorrosos y obsoletos a nivel de los procedimientos y de la ejecución, los obstáculos que se imponen o la misma reciprocidad que exigen ciertos Estados). Asimismo, la relatora se refirió al estado del arte en Estados Unidos en donde habría un consenso respecto a la aplicabilidad de las leyes estatales sobre el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras, a pesar de no haber un pronunciamiento por parte de la Corte Suprema de dicho país. Culminó ilustrando los desarrollos de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado -ASADIP- y del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal -IIDP-, cuyo común denominador es la ejecución de la eficacia transnacional de las sentencias, incluido en la Convención de Montevideo, pero no así el Anteproyecto de la Conferencia de La Haya.

En este contexto explicó las opciones disponibles sobre la definición del trabajo a ser elaborado:

- elaborar una guía o documento blando que sea de utilidad para los Estados en la implementación de la Convención de Montevideo;
- elaborar una ley modelo para la aplicación de la Convención de Montevideo;
- enviar una comunicación a la Conferencia de La Haya con recomendaciones para que sean tenidas en cuenta en la elaboración del proyecto.

El doctor José Moreno felicitó a la Presidenta por su propuesta, que ha sido compartida con el profesor Ochoa de Venezuela, una autoridad en la materia, quien ha elogiado el aporte que propone la relatora. Constató una asimetría de este tema con el arbitraje, el cual no cuenta con las herramientas en el ámbito de la ejecución de sentencias. También apoyó la iniciativa de elaborar una ley modelo acompañada de comentarios, en la que se proponga una regulación (una suerte de texto mixto configurado en las Guías y leyes modelos). Entre las consideraciones que deberían ser incorporadas en el documento de la Presidenta, propuso que el exequátur se deje como voluntario sin que participe en el proceso de ejecución, además que el informe refiera a las nuevas tecnologías y a la importancia de la flexibilidad.

El doctor Carlos Mata solicitó clarificar el objetivo del Comité en la materia, se evite entrar en conflicto con los desarrollos en otros foros y tenga en cuenta los aspectos regulados a nivel interno (particularmente consideraciones relativas a los procedimientos). Asimismo, se refirió a un evento académico que tendrá lugar en Uruguay sobre la Convención de Montevideo en que la relatora pudiese participar, propuesta que fue respaldada por el doctor José Moreno.

El doctor Íñigo Salvador constató que la propuesta recoge temas importantes tendientes a hacer efectiva las resoluciones de tribunales de jurisdicción extranjera. Instó a incluir el marco jurídico del reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, el cual podría servir como ejemplo para las sentencias en cuanto a sus modalidades. En lo que respecta a la naturaleza del trabajo que debería realizar el Comité, constató que las dos propuestas iniciales no se contradicen y, a la luz de la opinión de los asesores jurídicos, se inclinaría a favor de una ley modelo. Culminó proponiendo algunas fórmulas particulares respecto al texto presentado.

El Vice-presidente doctor Luis García-Corrochano aludió a algunos de los obstáculos de las legislaciones internas y al importante rol de los parlamentos en la elaboración de las normas.

El doctor Milenko Bertrand consultó si el trabajo incluiría el cumplimiento de sentencia de tribunales internacionales o solamente tribunales nacionales. Adicionalmente, preguntó sobre la situación en que el demandado es el Estado y en donde otros órganos deben comparecer, tales como en temas laborales. Finalmente, se refirió al tema de las disputas de competencias entre tribunales extranjeros a la luz del “*forum shopping*”.

En relación al tema de la selección de foro, el doctor José Moreno invitó a la relatora servirse de la real valía del trabajo que está realizando la Conferencia de La Haya. En relación a la naturaleza del trabajo sugirió a la relatora que primero elabore una Guía y luego trabaje en la ley modelo.

La doctora Mariana Salazar consultó a la relatora sobre los pros y contras de cada una de las alternativas propuestas. En relación a la incorporación de sentencias de tribunales internacionales, propuso que no se incorporen en este estudio por tratar de sujetos diferentes.

La relatora se refirió en primer lugar al tema de la asimetría de las decisiones de tribunales internacionales, incluyendo las arbitrales, o en el ámbito de los derechos humanos, que son automáticamente reconocidas por los Estados por una normativa expresa, o se constituyen en interpretación autorizada, difiriendo, por lo tanto, de la situación de las sentencias proferidas por órganos de los Estados. Lo que se busca es facilitar los procedimientos y lograr mayor eficacia, priorizando los trámites de ejecución (sin cargar al beneficiado por la sentencia el trámite de reconocimiento). Manifestó su interés en elaborar una ley modelo con la sustentación adecuada que pueda servir de guía práctica, la cual tenga debida cuenta las buenas prácticas de la Convención de Montevideo y de Nueva York. Agradeció la invitación a Montevideo que servirá como insumo al trabajo de la relatoría (difusión que debe ser realizada por todos los miembros del CJI en los temas que les competen). Culminó explicando que todas las observaciones serán tenidas en cuenta. El doctor José Moreno observó el buen momento de este trabajo que coincide con una época en que reformas de diverso orden se están llevando adelante en varios Estados en el ámbito del derecho internacional privado.

Durante el 95º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, julio-agosto, 2019), la relatora del tema, doctora Ruth Stella Correa Palacio, describió los desarrollos recientes en la materia y los desafíos para lograr un mecanismo eficiente frente a la complejidad de las normas. En función de las respuestas recibidas al cuestionario enviado a los Estados, pudo constatar una cierta flexibilidad de los órganos de justicia nacionales. A nivel regional, destacó como un ejemplo a seguir la normativa de la CIDH-Corte que dispone de reglas especiales para facilitar la eficacia de las decisiones. A la luz de las recomendaciones presentadas por los miembros, la relatora explicó su intención de presentar reglas que prevean procedimientos expeditos en temas en donde existen divergencias, incluyendo excepciones respecto a la ejecución de sentencias extranjeras, y dejando de lado al *execuátur*.

El doctor José Moreno agradeció las explicaciones de la relatora, considerando la importante contribución del tema a la normativa interna de la ejecución de sentencias judiciales. Constató que muchos códigos procesales no incluyen normas adoptadas a la realidad en materia de derecho procesal civil, especialmente frente a la reciente adopción del “Convenio de ejecución de sentencias”. Sugirió como camino a seguir elaborar una ley modelo o norma modelo que los países puedan incorporar a su código procesal, y que se incluya un texto explicativo.

El doctor Milenko Bertrand constató que los tribunales no hacen buen uso de las normas, y por ende se debería trabajar en una guía que brinde luces sobre el cumplimiento de sentencias.

La doctora Mariana Salazar solicitó incorporar un mayor número de Estados en la medida de las posibilidades de la relatora.

El doctor George Galindo instó a reflexionar sobre el objeto de lo que se desea realizar, y sugirió elaborar una guía de buenas prácticas en un lenguaje normativo.

La relatora del tema, doctora Ruth Correa Palacio, aconsejó evitar elaborar una guía de buenas prácticas debido al elevado número de excepciones que imponen los trámites en nuestro hemisferio. Por ello acogió la sugerencia del doctor José Moreno de trabajar una ley modelo que sirva de guía explicativa sobre la forma de acceder fácilmente a la justicia, la cual podría igualmente responder a la preocupación del doctor Milenko Bertrand.

El doctor José Moreno sugirió elaborar una ley modelo siguiendo el ejemplo en el ámbito del arbitraje de UNCITRAL.

El doctor Espeche-Gil hizo alusión a su experiencia en materia de exhortos en su rol de Embajador de Argentina en Suiza cuya compleja tramitación sobre los mecanismos exigidos por dicho país le obligó a facilitar la información en español entre los diversos estamentos de su país.

El doctor Milenko Bertrand se refirió al desafío que impone la falta de conocimiento de su propio derecho interno por parte de los jueces, por ende instó a articular conceptos claves en el trabajo de la relatora que podrían coadyuvar a modernizar los sistemas nacionales.

El doctor José Moreno trajo a colación la importancia de la difusión y la experiencia del Departamento de Derecho Internacional en la materia, citando como ejemplo la capacitación de jueces en materia de laudos arbitrales.

La relatora se comprometió a trabajar en una ley modelo acompañada de explicaciones, que incluyan en la medida de lo posible buenas prácticas.

Durante el 96° período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, marzo, 2020), este tema no fue considerado.

Durante el 97° período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (sesión virtual, agosto, 2020) la relatora del tema, doctora Ruth Correa presentó su el informe titulado “procedimientos internos para el reconocimiento y la ejecución de sentencias y laudos judiciales extranjeros: recomendaciones” (documento CJI/doc. 611/20), cuyo objeto es simplificar los procedimientos internos utilizados en el reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras, y dio a conocer las características principales de las recomendaciones propuestas.

El estudio pasa revista a los principales instrumentos internacionales que se aplican en la materia, y deja constancia de la existencia de procedimientos internos en la mayoría de los Estados Miembros de la OEA. También advierte a la luz de la Convención de Montevideo de la importancia de la cooperación mutua para alcanzar la mayor eficacia. Cabe destacar igualmente que la relatora dejó claramente establecido que las recomendaciones no se aplican a los asuntos relativos a laudos arbitrales, materias fiscales, aduaneras o administrativas, así como a las sentencias y otras materias que los Estados consideren deban excluirse.

Entre las recomendaciones, la propuesta favorece la aplicación de las sentencias extranjeras sin hacer del principio de la reciprocidad algo exigible (tercera recomendación). En lo relativo a la validez extraterritorial, la doctora Correa remarcó que se busca conseguir el cumplimiento de los requisitos en función de una convención o norma internacional; todo ello sujeto a condiciones particulares, tales como el respeto del orden público, la posibilidad de presentar una defensa, el principio de la fuerza juzgada. Se presentan opciones para los casos en que los Estados no sean parte en una misma convención, dejando claramente establecido que no se debe proceder a la revisión de sentencias extranjeras en cuanto al fondo. Entre las causales de denegación, las recomendaciones contienen un listado de motivos tales como el no ejercicio adecuado de la jurisdicción para conocer del caso por parte del juez o tribunal, que las partes no hayan sido citadas en la debida forma legal, o que la decisión sea contraria a principios de orden público (cuarta recomendación). En este punto, la relatora agradeció el análisis realizado por el doctor José Moreno, constatando haber aceptado todas sus recomendaciones, salvo las causales de denegación que decidió darles un tratamiento por separado.

Respecto de los requisitos procesales, el informe analiza varios aspectos relativos a tratamientos análogos que se espera de las sentencias extranjeras, y que su tramitación se haga con la mayor celeridad posible. En este contexto, constató que la documentación es un tema clave y que los avances tecnológicos han podido permitir la simplificación de los procesos, inclusive la consulta virtual de los documentos y decisiones. Por ende, se propone fusionar el proceso de reconocimiento y de ejecución, y en caso que no se fusionen, que las causales de denegación puedan alegarse una sola vez durante la etapa de reconocimiento.

Al culminar su presentación, la relatora hizo un especial agradecimiento al Departamento de Derecho Internacional, en particular a los doctores Dante Negro y Jeannette Tramhel por toda la colaboración que le brindaron en la elaboración de este informe. Asimismo, hizo un reconocimiento al doctor José Antonio Moreno por su juicioso análisis del tema y sus pertinentes recomendaciones.

El doctor Luis García-Corrochano agradeció a la relatora por la exposición tan clara y sistemática. Todos los miembros que tomaron la palabra manifestaron su agradecimiento y felicitaron a la relatora por la calidad, el buen desarrollo y la precisión de su trabajo y la calidad de su redacción. También algunos constataron que el aporte será de gran utilidad para la región.

El doctor José Antonio Moreno sostuvo que el informe será una positiva contribución del Comité en la materia. Mencionó dos temas particulares que podrían ser aclarados. En el punto 4 (i) “Eficacia Extraterritorial”, no parecería conveniente dejar duplicado los requisitos de eficacia como unas causales de denegación; mientras que la notificación de la sentencia en origen es solamente pertinente en situación de rebeldía, y por lo tanto no debería ser incluida entre los requisitos de reconocimiento y ejecución de la sentencia (aludidos en el punto 5.3 a) ii)). En este contexto y para fines de coherencia con la normativa actual propuso dejar el mecanismo utilizado en las Convenciones de Bruselas y de Lugano. Concluyó felicitando a la relatora y al Departamento de Derecho Internacional por el magnífico trabajo desarrollado.

El doctor Duncan B. Hollis, solicitó a la relatora asegurarse que las recomendaciones sean redactadas en el formato correspondiente, citó al respecto el punto 4, en cuya traducción al inglés se usa la palabra “shall” en lugar de “should”. Sugirió revisar todo el texto para asegurarse que haya uniformidad de manera que el texto refleje el carácter no vinculante de las recomendaciones. Consultó si ha habido conversaciones con la Conferencia de La Haya, debido a los esfuerzos que dicha institución realiza en el ámbito de las sentencias extranjeras, con el fin de asegurarse que esto sea visto como un proyecto suplementario en lugar de competitivo. También solicitó conocer los próximos pasos a seguir.

El doctor Alix Richard solicitó la apreciación de la relatora sobre la noción de orden público en que intervienen principios culturales o creencias religiosas, y su percepción sobre la manera de enfrentar este tema cuando existen diferencias culturales.

El doctor Eric Rudge preguntó sobre la aplicación de las sentencias a la luz del principio de la reciprocidad, en relación al punto 3.2. Asimismo, manifestó dudas respecto al proceso de aplicación establecido en el punto 5.3.

La doctora Mariana Salazar también solicitó a la relatora su opinión sobre los pasos siguientes debido a lo avanzado del trabajo. Determinar si este informe sería únicamente aprobado por el Comité o si se tiene contemplado obtener la aprobación de los Estados, por medio de la Asamblea General. Por la importancia que tendría, sugirió hacer una difusión con los Poderes Judiciales y operadores jurídicos de cada uno de los Estados, para que no quede confinado en las Cancillerías o las Embajadas.

El doctor Iñigo Salvador se centró en el tema de la documentación, párrafo 5.3 de la propuesta, concretamente en lo referente a la adopción de las tecnologías electrónicas que evitarían trámites internos de autenticación de los documentos que deben acompañarse a la solicitud de reconocimiento y ejecución de las sentencias. Expresó su preocupación respecto de la exigencia de la equivalencia funcional que podría ser poco realista en la región y por ahora no podría reemplazar la copia auténtica, debido al desnivel entre los diferentes Estados, e incluso de la región si se compara a otras regiones del mundo. Explicó que la apostilla en nuestro continente es un documento físico que en el mejor de los casos tiene una firma electrónica. Sin embargo, la apostilla no es electrónica como ocurre en España.

El doctor George Galindo recomendó uniformizar los verbos para que connoten la idea de no obligatoriedad para los Estados “debería o deberían” en lugar de deben. En relación a la reciprocidad,

comentó que los documentos citados en el punto 3 “Acceso a la Justicia” no se reflejan en la propuesta de manera clara.

El doctor Espeche-Gil planteó la importancia de la difusión de este trabajo en los Tribunales Supremos de los Estados Miembros de la OEA.

En relación al planteamiento del doctor Moreno sobre el tema de rebeldía, la relatora dejó constancia que por lo general quien se opone al reconocimiento de una sentencia es quien tiene la carga de la prueba. Por ende, si se impone la notificación de la sentencia en origen, entonces se estaría modificando la forma que se viene estableciendo la carga de demostración.

A la luz de los puntos de los doctores Duncan Hollis y George Galindo respecto del lenguaje utilizado, la relatora se comprometió a revisar las recomendaciones que aparecen en forma imperativa pues lo que se pretende es presentar a los Estados una serie de pautas al momento de establecer las reglas para el reconocimiento de sentencias extranjeras.

La relatora concordó igualmente con las propuestas de los doctores Espeche y Salazar, y propuso enviar el trabajo tanto a las Supremas Cortes, como a los Poderes Legislativos.

Reconoció que la noción de orden público referida por el doctor Alix Richard sobre un tema que puede ser objeto de obstáculos reales para la ejecución de sentencias extranjeras, y por ende es esencial buscar aplicar el respeto la autonomía de los Estados.

Frente a las intervenciones de los doctores Eric Rudge e Iñigo Salvador sobre la simplificación de documentación y la modernización de la tecnología, la relatora estimó que ambos temas imponen desafíos a los Estados.

Finalmente, la doctora Correa agradeció los comentarios del doctor George Galindo sobre el principio de reciprocidad y propuso retomar el tema en los próximos días.

Debido a restricciones de tiempo el informe revisado no se presentó al pleno y su discusión quedó pendiente para la próxima sesión.

A continuación, se incluye el documento presentado por la relatora del tema doctora Ruth Stella Correa Palacio en agosto de 2020.

#### **CJI/doc. 611/20**

### **PROCEDIMIENTOS INTERNOS PARA EL RECONOCIMIENTO Y LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EXTRANJERAS: RECOMENDACIONES**

(presentado por la doctora Ruth Stella Correa Palacio)

Comentario: En la primera parte se presenta el contexto de las recomendaciones a fin de explicar porqué este trabajo fue considerado necesario, su propósito, y como se logrará. Además, se identifican los instrumentos internacionales existentes que se han tenido en cuenta para demostrar que este trabajo no duplica otros esfuerzos, sino que es coherente y complementario con las normas internacionales para el reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras. En la segunda parte se presenta la situación actual, es decir, las limitaciones de los instrumentos internacionales, los desafíos que surgen en el derecho interno y los avances que la tecnología ha hecho posible. La tercera parte contiene las Recomendaciones con comentarios explicativos que las acompañan. En la cuarta parte se presenta la breve conclusión resumida. Los anexos A, B y C contienen texto al cual se hace referencia en las Recomendaciones.

## **PARTE I. Contexto**

### **1. Derechos fundamentales**

El acceso a la justicia es un derecho fundamental reconocido en la *Declaración Universal de Derechos Humanos* (artículo 8) y en la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (artículo 25). Este derecho no está restringido únicamente a la posibilidad de recurrir a jueces y tribunales, a la representación legal, a la conclusión de las actuaciones correspondientes, sino que implica también el acceso a todos “los medios a través de los cuales los derechos se hacen efectivos”<sup>1</sup>. Por lo tanto, la actualización del derecho puede requerir superar barreras u obstáculos para el reconocimiento y la ejecución de sentencias fuera de los Estados donde se dicten (*Reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos extranjeros: Informe*. CJI/doc. 564/18, 3 de agosto de 2018).

### **2. El problema**

Los instrumentos internacionales sobre el reconocimiento y la ejecución de sentencias no garantizan *eficazmente* el derecho fundamental de acceso a la justicia y protección judicial. Aunque estos instrumentos abordan las cuestiones jurídicas *sustantivas* para el reconocimiento y la ejecución de sentencias, el *procedimiento* para obtener el reconocimiento y la ejecución se delega al derecho interno de cada Estado. Sin embargo, estos procedimientos internos varían mucho de un Estado a otro, y generalmente son tan estrictos y rodeados de tantas formalidades que representan un obstáculo para el derecho fundamental de acceso a la justicia (CJI/doc. 564/18).

### **3. Propósito y objetivo**

El propósito de estas Recomendaciones es mejorar el acceso a la justicia en la región sugiriendo pautas para los procedimientos internos utilizados en el reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras. Esto, a su vez, apoyará y fomentará el derecho de acceso a la justicia, fortalecerá el Estado de derecho y promoverá el desarrollo basado en el ejercicio de los derechos humanos y la igualdad ante la ley.

El objetivo de estas Recomendaciones es simplificar los procedimientos internos utilizados en el reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras proporcionando orientación para la interpretación, aplicación y, cuando sea necesario, la reforma legislativa de dichos procedimientos, de conformidad con las normas internacionales y las mejores prácticas, y fomentar en la medida de lo posible la aplicación y el uso de los avances tecnológicos para una mayor eficacia por parte de los tribunales en el reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras.

## **PARTE II. Situación actual**

### **1. Limitaciones de los instrumentos internacionales aplicables**

Existen instrumentos internacionales que abordan el reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras. Con algunas variaciones, esbozan esencialmente las bases sobre las cuales un fallo (o laudo arbitral) de un Estado sea reconocido y ejecutado en otro Estado. Sus principales similitudes y diferencias se han descrito en otros documentos (*Reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos–extranjeros: informe preliminar*. CJI/doc. 558/18, 6 de febrero de 2018, apartado III).

Aunque estos instrumentos abordan las bases jurídicas sustantivas para el reconocimiento y la ejecución de sentencias, en casi todos ellos se delega el procedimiento civil para el reconocimiento y la ejecución, al derecho interno de cada Estado, como se explica a continuación.

En la *Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras* (Nueva York, 1958; en adelante “La Convención de New York”) se señalan las condiciones bajo las cuales los Estados Contratantes reconocerán el carácter vinculante de los laudos arbitrales y los requisitos para su reconocimiento y ejecución, así como las causales de denegación de reconocimiento. Con respecto al procedimiento, se dispone lo siguiente:

---

<sup>1</sup>. APELLETI y GARTH. *Accès à la Justice et Etat-Providence*. Institut Universitaire Européen, Économica. París, 1984. Citado en CJI/doc. 564/18, *infra*, p. 2.

- “Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá la autoridad de la sentencia arbitral y concederá su ejecución de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada [...]” (artículo III).

En el contexto regional, la *Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional* (Panamá, 1975; en adelante “la Convención de Panamá”) dispone que un laudo arbitral tendrá fuerza de sentencia judicial ejecutoriada y señala las condiciones bajo las cuales el reconocimiento y la ejecución se pueden denegar. Con respecto al procedimiento, dispone lo siguiente:

- “...La ejecución o reconocimiento [de una sentencia o laudo arbitral] podrá exigirse en la misma forma que la de las sentencias dictadas por tribunales ordinarios nacionales o extranjeros, según las leyes procesales del país donde se ejecuten [...]” (artículo 4).

La *Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros* (Montevideo, 1979; en adelante “la Convención de Montevideo”) fue concebida como instrumento de cooperación judicial para asegurar la eficacia extraterritorial de ambos, las sentencias y los laudos arbitrales dictados en las respectivas jurisdicciones territoriales de los Estados Parte. Con respecto al procedimiento, dispone lo siguiente:

- “Los procedimientos, incluso la competencia de los respectivos órganos judiciales, para asegurar la eficacia a las sentencias, laudos arbitrales y resoluciones jurisdiccionales extranjeros serán regulados por la ley del Estado en que se solicita su cumplimiento” (artículo 6).

Más recientemente, en la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado de 2019 se concluyó la elaboración del *Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras en Materia Civil o Comercial* (en adelante “el Convenio de la Conferencia de La Haya”), en el cual se establece un conjunto de normas básicas para facilitar dicho reconocimiento y la ejecución. Con respecto al procedimiento, este convenio también establece que:

- “El procedimiento para el reconocimiento, la declaración de ejecutoriedad o el registro para la ejecución, así como la ejecución de la sentencia, se regirán por el derecho del Estado requerido [...]” (artículo 13)<sup>2</sup>.

En adición a estos convenios, también se ha tenido en cuenta el Reglamento N° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (en adelante “el Reglamento UE”), el cual tiene entre sus objetivos el de facilitar el acceso a la justicia por medio del reconocimiento mutuo de las decisiones judiciales. También se han tenido en cuenta los *Principios ASADIP sobre el Acceso Transnacional a la Justicia (TRANSJUS*; en adelante “los Principios ASADIP”), formulados en 2016 por la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado, y el Proyecto de *Código Modelo de Cooperación Interjurisdiccional para Iberoamérica (en adelante Proyecto del IIDP)*, elaborado en 2008 por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Asimismo, se ha considerado el trabajo conjunto del American Law Institute (ALI) y el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), que condujo a la adopción de los *Principios ALI/UNIDROIT del Proceso Civil Transnacional* en 2004; y los esfuerzos en curso en un proyecto similar con el Instituto de Derecho Europeo (IED) para desarrollar el borrador de las *Reglas Europeas de Procedimiento Civil IED / UNIDROIT*, así como un proyecto actual que está por comenzar en UNIDROIT con la finalidad de establecer los “Principios relativos a la ejecución eficaz”. En los comentarios se hará referencia a estas iniciativas en los casos en que corresponda.

---

<sup>2</sup>. Tomado del artículo 14, numeral 1 del Anexo sobre Reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos extranjeros. CJI/doc. 581/19, 14 de febrero de 2019, p. 19. (Todavía no hay una traducción oficial de este convenio al español).

## 2. Procedimientos internos

La mayoría de los Estados Miembros de la OEA, incluidos los que han ratificado la Convención de Montevideo, tienen sus propios procedimientos internos para el reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras, como se concluye del contenido de la normativa interna recopilada sobre dichos procedimientos (CJI/doc. 558/18, apartado IV). De este análisis se concluyó que, “Es común en las regulaciones internas de los Estados, la exigencia del trámite de exequátur o procedimiento de carácter judicial a través del cual se solicita el reconocimiento de una sentencia extranjera...; no existe en las legislaciones revisadas, la obligatoriedad automática de decisión extranjera”.

Los impedimentos que estas trabas procesales crean para el acceso a la justicia han sido ampliamente reconocidos. Por ejemplo, durante el 92.º período ordinario de sesiones del CJI, se realizó una reunión con expertos en derecho internacional privado, quienes destacaron la importancia del tema y se refirieron a la necesidad de “eliminar el ‘fantasma’ de las formas” (CJI/doc. 564/18, página 1). Asimismo, en ese período de sesiones se celebró una reunión con varios asesores jurídicos de cancillerías de Estados Miembros de la OEA, en la cual se destacó “la buena aceptación del hecho de que el Comité se ocupe de trabajar el tema, en tanto podría prestar un enorme servicio al derecho de la región, así como a la administración de justicia para las partes privadas en la región [...] que permitiría que los procedimientos domésticos sean más eficientes y menos costosos”. (*Reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos extranjeros*. CJI/doc. 581/19, 14 de febrero de 2019, página 5).

## 3. Avances tecnológicos

En los más de 40 años transcurridos desde la adopción de la Convención de Montevideo en 1979, importantes avances en los campos de la tecnología de la información (TI) y la tecnología de la información y las comunicaciones (TIC) se han logrado. Muchas de las preocupaciones que sentían los jueces en siglos anteriores cuando tenían que ocuparse del reconocimiento y la ejecución de una sentencia extranjera que constaba en papel, están disipándose, y otras ya no constituyen un problema. Por ejemplo, en la actualidad es mucho más fácil verificar la validez de una sentencia extranjera, para lo cual basta con hacer clic con el “mouse” en un sitio web oficial de un Estado.

Por lo tanto, estas Recomendaciones se formulan de conformidad con la Convención de Montevideo, reconociendo al mismo tiempo que el derecho debe mantenerse a la par de los avances tecnológicos a fin de alcanzar las metas más amplias de asegurar el derecho fundamental de acceso a la justicia, establecidas ante todo en la Convención de Montevideo, donde se advierte “[q]ue la administración de justicia en los Estados americanos requiere su mutua cooperación para los efectos de asegurar la eficacia extraterritorial de las sentencias”.

## **PARTE III. Recomendaciones**

El ordenamiento jurídico interno de los Estados debería ser compatible con las siguientes Recomendaciones:

### 1. Definiciones

En estas Recomendaciones,

- a) “sentencia” es toda decisión sobre el fondo dictada por un tribunal, cualquiera que sea su denominación, tal como sentencia, resolución o auto, así como la determinación de costas o gastos por el tribunal (incluso por un funcionario del tribunal);
- b) “Estado requerido” es el Estado donde se pretende que la sentencia sea reconocida y ejecutada y donde deberá surtir efecto;
- c) “Estado de origen” es el Estado donde se dictó o emitió la sentencia.

Comentario: Estas Recomendaciones deberían aplicarse a la gama más amplia posible de decisiones emitidas por autoridades judiciales. Por lo tanto, el término “sentencia” se ha definido

ampliamente en consonancia con el artículo 3 del Convenio de la Conferencia de La Haya. Sin embargo, aunque en la definición que consta en dicho Convenio se excluyen las medidas provisionales y cautelares, los Estados deben decidir por sí mismos, dadas sus propias circunstancias particulares, si estas Recomendaciones deben extenderse para incluir también decisiones que involucren medidas de ese tipo u otros fallos, como sería consecuente con la búsqueda eficaz del derecho de acceso a la justicia. Por ejemplo, la Convención de Montevideo dispone en el artículo 1 que los Estados, después de ratificarla, podrán extender su aplicación "...a las resoluciones que terminen el proceso, a las dictadas por autoridades que ejerzan alguna función jurisdiccional y a las sentencias penales en cuanto se refieran a la indemnización de perjuicios derivados del delito". En ese sentido, cabe destacar también el artículo 7.7 de los Principios ASADIP, que dice: "Para asegurar la eficacia extraterritorial de las decisiones se debe facilitar la correspondiente tutela cautelar [...]". Así como los artículos 13 y 14 del Proyecto de Código del IIDP, que propone la ejecución de medida cautelar de urgencia y aún la ejecución provisoria de la sentencia extranjera no firme.

## 2. Ámbito de aplicación

2.1. Estas Recomendaciones se aplican a sentencias dictadas en materia civil, comercial o laboral.

2.2. Estas Recomendaciones no se aplican a los siguientes asuntos:

- a) a laudos arbitrales;
- b) en materia fiscal, aduanera o administrativa;
- c) a cualquier otro tipo de sentencia o materia que un Estado considere que deba excluirse.

**Comentario:** Las recomendaciones tienen por objeto abarcar las sentencias dictadas en la gama más amplia posible de asuntos. En la reunión mencionada sobre derecho internacional privado que tuvo lugar durante el 92º período ordinario de sesiones del CJI, los expertos se refirieron, entre otras cosas, a la necesidad de eliminar distinciones como las que se hacen entre sentencias en materia comercial y no comercial, así como entre contratos internacionales y contratos regidos por el derecho interno (CJI/doc. 564/18, página 1). Los términos del párrafo 2.1 son una adaptación del artículo 1 de la Convención de Montevideo.

El párrafo 2.2.a excluye los laudos arbitrales del alcance de estas Recomendaciones, por cuanto la regulación de su reconocimiento y ejecución están contenidas en instrumentos internacionales algunos diferentes a los analizados y por ello cuentan con reglas específicas. (CJI/doc. 564/18).

El párrafo 2.2.b excluye los asuntos en materia fiscal, aduanera o administrativa, en consonancia con los términos del artículo 1 del Convenio de la Conferencia de La Haya. Esto obedece al principio general del acto de la doctrina estatal según el cual los tribunales no aplicarán las leyes tributarias de otro Estado soberano.

El párrafo 2.2.c presenta una categoría de exclusión que abarca cualquier otro tipo de sentencia o materia que el Estado considere que deba excluirse del alcance de estas Recomendaciones. En el artículo 2 del Convenio de la Conferencia de La Haya se pueden encontrar ejemplos de tales exclusiones.

## 3. Acceso a la justicia

3.1. Los jueces y demás autoridades estatales procurarán siempre aplicar las sentencias extranjeras.

3.2. El principio de reciprocidad no debe ser considerado como exigencia en la determinación de la validez extraterritorial de las sentencias extranjeras.

Comentario: El acceso a la justicia es un derecho fundamental reconocido en la *Declaración Universal de Derechos Humanos* (artículo 8) y en la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (artículo 25) como se señaló anteriormente. Este es un principio fundamental importante que sirve de base para un enfoque de la validez extraterritorial de las sentencias extranjeras. El párrafo 3.1 ha sido adaptado del artículo 7.1 de los Principios ASADIP, que establece: “La eficacia extraterritorial de las decisiones es un derecho fundamental, estrechamente vinculado con el derecho de acceso a la justicia y con los derechos fundamentales del debido proceso. Por lo tanto, los jueces y demás autoridades estatales procurarán siempre favorecer la eficacia de las decisiones extranjeras al interpretar y aplicar los requisitos que deben cumplir dichas decisiones”.

En la reunión mencionada sobre derecho internacional privado que se realizó durante el 92º período ordinario de sesiones del CJI, entre otros, los expertos destacaron la importancia del tema y se refirieron a la necesidad de eliminar el principio de reciprocidad como base para el reconocimiento de sentencias dictadas por un tribunal de otro Estado (CJI/doc. 564/18, página 1). Eso concuerda también con el artículo 7.6 de los Principios ASADIP, que establece: “Se presume contraria al derecho de acceso a la justicia la exigencia de reciprocidad en la eficacia de las decisiones y actos de autoridades extranjeras”. En la nota explicativa acerca de la *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional* se señala que “...no se incluye la reciprocidad como requisito para el reconocimiento y la ejecución” (párrafo 52). Clamor que también es recogido en los Principios Generales del Proyecto de Código del IIDP que en el Art. 1.IV dice: “no dependencia de la reciprocidad de tratamiento, salvo previsión expresa en este Código.”

#### 4. Validez extraterritorial

4.1. Determinación: Cuando en un Estado (Estado requerido) se pretende obtener la validez extraterritorial de una sentencia de un tribunal de otro Estado (Estado de origen),

a) en los casos en que ambos Estados sean partes de una convención sobre validez extraterritorial que se aplique a dicha sentencia, la validez extraterritorial se determinará de conformidad con la convención;

b) en los casos en que no se aplique una convención de ese tipo, la validez extraterritorial se determinará de conformidad con las normas internacionales que se indican a continuación, a saber:

- el juez o el tribunal que dictó la sentencia debe haber ejercido la jurisdicción de manera apropiada para conocer en el caso y dictar sentencia de acuerdo con las leyes del Estado requerido;
- las partes contra las cuales se dictó la sentencia deben haber sido citadas o emplazadas en debida forma legal de manera sustancialmente equivalente a la aceptada por las leyes del Estado requerido;
- las partes deben haber tenido la oportunidad de presentar su defensa en el Estado de origen;
- la sentencia debe tener el carácter de ejecutoriada o, en su caso, fuerza de cosa juzgada en el Estado de origen;
- la sentencia no debe ser manifiestamente contraria a los principios y las leyes del orden público del Estado requerido.

Comentario: Para mayor claridad, en la Recomendación 4, la expresión “validez extraterritorial” abarca el concepto más amplio de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en su totalidad y desde el punto de vista de los requisitos sustantivos. En la Recomendación 5, que se presenta a continuación, se usan los términos “reconocimiento” y “ejecución” específicamente en relación con el procedimiento interno utilizado para otorgar la validez extraterritorial.

En el párrafo 4.1.a se aceptan los requisitos de toda convención que esté en vigor entre el Estado de origen y el Estado requerido porque esos requisitos deben prevalecer. Podría tratarse de la Convención de Montevideo, el Convenio de la Conferencia de La Haya o cualquier otra convención o tratado. En el párrafo 4.1.b se abordan los casos en los cuales no hay una convención entre ambos Estados. Este párrafo ha sido adaptado del artículo 2 de la Convención de Montevideo, pero, en vez de incluir todas las condiciones enumeradas de la *a* a la *h*, varias de las cuales son formalidades procesales, se resumen los requisitos sustantivos, que también concuerdan con el Convenio de la Conferencia de La Haya (véanse los artículos 4, 5 y 7) y con los Principios ASADIP (véanse los artículos 7.2, 7.3, 7.4 y 7.8).

Si se han cumplido los requisitos para la validez extraterritorial de conformidad con una convención aplicable o con las normas internacionales, la sentencia tiene validez extraterritorial. Esto es congruente con el artículo 7.9 de los Principios ASADIP, que dice: “Una decisión extranjera surte efectos en el Estado requerido a partir del momento en que dicha decisión adquiere eficacia en el Estado de origen”.

4.2. Improcedencia de la revisión del fondo: En los casos en que existan bases para la validez extraterritorial de acuerdo con los incisos *a* o *b* del párrafo 4.1, no procederá la revisión del fondo de la sentencia extranjera por ningún tribunal u otra entidad del Estado requerido.

Comentario: Las sentencias extranjeras no deben revisarse en cuanto al fondo (CJI/doc. 564/18, Recomendación 5.7). Como se indica en el artículo 7.5 de los Principios ASADIP, “La revisión del fondo de una decisión extranjera viola el derecho de acceso a la justicia...”. Esto se refleja también en el artículo 4.2 del Convenio de la Conferencia de La Haya, según el cual “no procederá la revisión del fondo en el Estado requerido”.

4.3. Causales de denegación: La validez de una sentencia extranjera puede ser denegada solo por un tribunal o una autoridad judicial apropiada del Estado requerido en las siguientes circunstancias:

- a)* en los casos en que ambos Estados sean partes de una convención sobre validez extraterritorial que se aplique a dicha sentencia, si existen las causales de denegación previstas en dicha convención;
- b)* en los casos en que no se aplique una convención de ese tipo, si existe cualquiera de las causales de denegación aceptadas en el plano internacional, a saber:
- que el juez o el tribunal que dictó la sentencia no haya ejercido la jurisdicción de manera apropiada para conocer del caso y dictar sentencia de acuerdo con las leyes del Estado requerido;
  - que las partes contra las cuales se dictó la sentencia no hayan sido citadas o emplazadas en debida forma legal sustancialmente equivalente a la aceptada por las leyes del Estado requerido;
  - que las partes no hayan tenido la oportunidad de presentar su defensa en el Estado de origen;
  - que la sentencia no tenga el carácter de ejecutoriada;
  - que la sentencia sea manifiestamente contraria a los principios y las leyes del orden público del Estado requerido;
  - que exista cualquier otra causal de denegación dispuesta en las leyes del Estado requerido.

Comentario: Estos son los motivos fundamentales para denegar la validez y son compatibles con la Recomendación 4.1.b anterior, en la cual se señalan los requisitos para dicha validez extraterritorial (véanse los artículos 7.2 y 7.4 de los Principios ASADIP). Un Estado podría

agregar otras causales de denegación. Por ejemplo, en los Principios ASADIP se dispone que la eficacia extraterritorial también podrá negarse cuando exista una decisión previa y firme en la misma causa, dictada por un tribunal del Estado requerido o por otro tribunal extranjero que sea susceptible de reconocimiento en el Estado requerido (artículo 7.3); cuando la jurisdicción de la autoridad que dictó la decisión se basa en un acuerdo de elección de foro que no haya sido libremente consentido por la parte afectada o que haya desconocido un acuerdo previo válidamente consentido, o cuando la jurisdicción de la autoridad que dictó dicha decisión haya desconocido la pendencia de otros procedimientos en un tribunal de un Estado que tenga una conexión razonable con el reclamo o con las partes (artículo 7.4, incisos *b* y *c*). Adicionalmente, en el artículo 7 del Convenio de la Conferencia de La Haya se indican otros motivos para la denegación. Sin embargo, si un Estado considera que podría haber más causales de denegación, se recomienda que dichos motivos estén claramente establecidos en las leyes a fin de proporcionar orientación y transparencia al proceso, y reducir al mínimo la arbitrariedad en la toma de decisiones judiciales.

#### 5. Requisitos procesales

5.1. Tratamiento análogo: Las sentencias extranjeras que sean firmes y definitivas deben ser tratadas de manera análoga a sus equivalentes en el Estado requerido, aunque hayan sido dictadas por autoridades públicas diferentes de aquellas que habrían tenido competencia en el Estado requerido.

Comentario: Las sentencias extranjeras no deberían ser tratadas de manera diferente de aquellas dictadas por tribunales de jurisdicción interna. El párrafo 5.1 ha sido adaptado del artículo 7.8 de los Principios ASADIP y concuerda también con la Convención de Panamá, en la cual se dispone que, “Las sentencias o laudos arbitrales no impugnables... su ejecución o reconocimiento podrá exigirse en la misma forma que la de las sentencias dictadas por tribunales ordinarios nacionales o extranjeros...” (artículo 4).

5.2. Celeridad: Los procedimientos internos deberán envolver el menor número de etapas como sea posible y deberán posibilitar y fomentar la celeridad de la actuación del Estado requerido e incluso considerar el Efecto automático de la decisión extranjera.

Comentario: Justicia demorada es justicia denegada. Los procedimientos internos deben tramitarse con la mayor celeridad posible (CJI/doc. 564/18, Recomendación 5.3). Los Estados deberían revisar sus leyes procesales y eliminar cualquier obstáculo que les impida que sus tribunales actúen con celeridad en el reconocimiento y la ejecución de una sentencia extranjera. Esta Recomendación concuerda también con el artículo 13.1 del Convenio de la Conferencia de La Haya. Cabe señalar que, en el párrafo 356 del borrador de informe explicativo a dicho convenio,<sup>3</sup> se señala que el tribunal debe utilizar el procedimiento más rápido que tenga a su alcance y que los Estados deberían considerar disposiciones para evitar las demoras innecesarias.

Esta Recomendación es fundamental. Emanada de la realidad de que, en muchos Estados, hay una duplicidad de etapas y requisitos procesales internos que podrían tener distintos nombres (reconocimiento, declaración de reconocimiento o procedimiento de *exequatur*, declaración de ejecutoriedad o registro para la ejecución). En algunos Estados se pueden plantear excepciones en más de una de estas etapas del proceso, lo cual sólo demora la justicia. Esta situación se aborda en los párrafos siguientes.

<sup>3</sup> HCCH, Judgments Convention: Revised Draft Explanatory Report. Prel. Doc. of December 2018. Twenty-Second Session, Recognition and Enforcement of Foreign Judgments, 18 June – 2 July 2019. <https://assets.hcch.net/docs/7d2ae3f7-e8c6-4ef3-807c-15f112aa483d.pdf>

Esta recomendación en cuanto promueve los efectos automáticos de la decisión extranjera, toma el Art. 10 del Proyecto de Código del IIDP.

5.3. Documentación: Los requisitos relativos a los documentos que deben presentarse durante el proceso interno de reconocimiento y ejecución deberían simplificarse y modernizarse a fin de aprovechar los avances tecnológicos, de la siguiente manera:

a) Los **únicos** documentos de prueba requeridos para solicitar el reconocimiento y la ejecución de sentencias deberían ser los siguientes, ya sea presentados en forma impresa o disponibles en forma electrónica usando cualquier medio tecnológico que ofrezca una equivalencia funcional:

- copia auténtica<sup>4</sup> de la sentencia;
- copia auténtica de los comprobantes de que se han cumplido los requisitos para el reconocimiento y la ejecución de la sentencia;
- copia auténtica del documento que declara que la sentencia tiene el carácter de ejecutoriada o fuerza de cosa juzgada; y,
- traducción de dichos documentos al idioma oficial del Estado requerido si los originales están en otro idioma, en los casos que sea necesario.

b) Otros documentos utilizados durante el proceso de reconocimiento y ejecución de sentencias podrían constar ya sea en forma impresa o proporcionarse usando cualquier formato electrónico o por cualquier medio tecnológico que ofrezca una equivalencia funcional, en particular:

- en la autenticación y legalización de documentos;
- en la verificación de decisiones judiciales;
- cualquier otro documento o proceso que un Estado pueda identificar con el fin de aumentar la eficiencia de los procedimientos internos para el reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras.

Comentario: Como se señaló anteriormente, en la Recomendación 4 se usa la expresión “validez extraterritorial”. A fin de hacer una distinción entre los procedimientos internos que se usan para obtener la validez extraterritorial, en la Recomendación 5 se usan los términos “reconocimiento” y “ejecución”. (Las expresiones “declaración de reconocimiento” y “registro para la ejecución” se explican en el comentario sobre el párrafo 5.4., más adelante).

La Recomendación general es que los requisitos relativos a la documentación deberían modernizarse a fin de que se puedan usar formatos nuevos habilitados por los avances tecnológicos (CJI/doc. 564/18, Recomendación 5.5). Se ha señalado que los requisitos relativos a la documentación para el reconocimiento y la ejecución “ameritan una revisión frente al valor que hoy otorgan las legislaciones procesales a cualquier copia, así como a los documentos que pueden encontrarse en los sitios web oficiales de los órganos de justicia” (CJI/doc. 564/18, página 3). Aunque no todos los Estados aceptan registros electrónicos, se debe instar a los legisladores a que adopten leyes en materia de “equivalencia funcional”.

En el párrafo 5.3.a se especifica que los documentos de prueba enumerados deberían ser los **únicos** documentos requeridos. Las disposiciones concuerdan con el artículo 3 de la Convención de Montevideo y el artículo 12 del Convenio de la Conferencia de La Haya, aunque ambos instrumentos contienen detalles adicionales (por ejemplo, en el Convenio de la Conferencia de La Haya se requiere una copia completa y certificada de la sentencia). Debería ser posible proporcionar estos documentos en forma impresa o electrónica.

En el párrafo 5.3.a se propugna por la eliminación del requisito de certificación de la traducción, optando por “traducción y formas libres para los actos y documentos necesarios...”. Como lo consagra también en sus Principios Generales el Proyecto de Código Modelo de

<sup>4</sup> La Convención de Montevideo usa “auténtica” en español y “certified” en inglés.

Cooperación Interjurisdiccional para Iberoamérica elaborado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

En el párrafo 5.3.b se aborda específicamente la autenticación y legalización. Se recomienda adaptar este proceso a fin de incorporar mejoras procesales que ahora son posibles con el uso de nuevas tecnologías (CJI/doc. 564/18, Recomendación 5.4). En la reunión de derecho internacional privado que se celebró durante el 92.º período ordinario de sesiones del CJI, los expertos destacaron “las bondades de la utilización de la tecnología [de la información] en reemplazo de autenticaciones [en el proceso de reconocimiento]” (CJI/doc. 564/18, página 1).

**5.4. Proceso:** En el procedimiento para obtener el reconocimiento y la ejecución en el Estado requerido,

a) si se pretende alegar cualquiera de las causales de denegación señaladas en la Recomendación 4, esto podrá hacerse **solo** durante la solicitud de reconocimiento, de la siguiente forma:

- en los casos en que las reglas de procedimiento civil dispongan un solo proceso de reconocimiento y ejecución, en cualquier momento durante ese proceso;
- en los casos en que las reglas de procedimiento civil mantengan la dualidad del reconocimiento y la ejecución, en cualquier momento durante el proceso de reconocimiento;

b) si no se encuentran causales de denegación durante el proceso antes mencionado y la sentencia cumple los requisitos relativos a la validez extraterritorial expuestos en la Recomendación 4, se reconocerá la sentencia en el Estado requerido sin necesidad de ningún procedimiento adicional o especial para obtener la declaración de ejecutoriedad o el registro para la ejecución.

c) una vez reconocida una sentencia como se describe anteriormente, no se requieren más procedimientos para su reconocimiento; se puede presumir su ejecutoriedad.

**Comentario:** Por lo general, en la mayoría de los Estados, se requiere algún tipo de reconocimiento formal. Aunque algunos Estados podrían tener un solo procedimiento, cuya simplicidad se prefiere, otros mantienen un doble proceso para el reconocimiento y la ejecución. Asimismo, en algunos Estados se pueden alegar causales de denegación en diversas etapas del proceso: durante el reconocimiento y otra vez en la ejecución. Se recomienda que los Estados revisen sus requisitos procesales internos y ya sea que mantengan la dualidad o la reduzcan a un solo procedimiento, en todo caso establezcan que si se pretende impugnar el reconocimiento de la sentencia extranjera, las causales de denegación del reconocimiento deberían alegarse una sola vez, y solo durante la etapa de reconocimiento. Esto es la esencia del párrafo 5.4.a (CJI/doc. 564/18, Recomendaciones 5.1 y 5.2).

Si no se han alegado causales de denegación y se han cumplido los requisitos para la extraterritorialidad, entonces se reconoce la sentencia y no debería ser necesario ningún trámite adicional. Esta es la esencia de los párrafos 5.4.b y c.

En muchos estados, la ley interna de procedimiento puede contener requisitos adicionales, como una declaración de reconocimiento o *exequátur*. Como se explica en el párrafo 354 del borrador de informe explicativo al Convenio de la Conferencia de La Haya, las expresiones tales como “declaración de reconocimiento” se refieren a los llamados procedimientos de *exequátur*, es decir, procedimientos especiales mediante los cuales la autoridad competente del Estado requerido confirma o declara que la sentencia extranjera es ejecutable en dicho Estado.

Los problemas inherentes a estos procedimientos adicionales son ampliamente conocidos y se han explicado de la siguiente forma: “La falta de regulación más puntual sobre el mecanismo a aplicar para el reconocimiento y ejecución ha llevado a la incorporación, en los códigos

procesales, de trámites signados con distintas denominaciones, como *exequátur*, declaración de ejecutoria, reconocimiento, etc., que corresponden a mecanismos procesales cuya finalidad es determinar la fuerza ejecutoria de la sentencia extranjera, siempre que reúna determinados requisitos que permiten su reconocimiento. La competencia para el adelantamiento de este trámite usualmente se atribuye a funcionarios de mayor jerarquía, Cortes Supremas en algunos casos, mientras que la competencia para la ejecución se deja a otros jueces, de acuerdo con las normas comunes de distribución de competencias” (CJI/doc. 564/18, página 4). Asimismo, en la reunión antes mencionada celebrada con varios asesores jurídicos de las cancillerías de Estados Miembros de la OEA, en el capítulo IV, “[...] los intervinientes calificaron los procedimientos domésticos sobre *exequátur* como un tipo de trampa para las partes que están en litigio, las cuales se ven avocadas a enfrentar todo tipo de dificultades cuando tratan de ejecutar las decisiones judiciales en el extranjero” (CJI/doc. 581/19, página 5).

Por lo tanto, el Párrafo 5.4 (c) enfatiza que una vez que una sentencia ha sido reconocida, no se requiere nada más y por tanto su ejecución no debe requerir mas exigencias que la de una sentencia interna; en esencia esto elimina la burocracia en los trámites internos relacionados con los procedimientos de reconocimiento y ejecución (CJI/doc. 564/18, Recomendación 5.6; véase también el artículo 7.11 de los Principios ASADIP). También es pertinente aquí el Reglamento UE, en el cual se dispone que “[l]as resoluciones dictadas en un Estado miembro serán reconocidas en los demás Estados miembros sin necesidad de procedimiento alguno” (numeral 1, artículo 36). Esta disposición básicamente ha “abolido el *exequátur*” y alinea las reglas internas de procedimiento civil con los desarrollos modernos; esta Recomendación pretende lo mismo.

En el párrafo 5.4.c se señala que la ejecución de la sentencia extranjera presupone una declaración de ejecutoriedad o un registro para la ejecución. Como se explica en el párrafo 354 del borrador de informe explicativo al Convenio de La Haya, la ejecución se refiere al procedimiento judicial mediante el cual los tribunales (o las autoridades competentes) del Estado requerido, aseguran que el demandado cumpla la sentencia extranjera. Abarca medidas tales como la incautación, la confiscación y el embargo, etc. La ejecución de la sentencia extranjera presupone una declaración de ejecutoriedad o un registro para la ejecución. Se ha señalado que, en el trámite de ejecución, “algunas legislaciones incluso permiten alegar defensas en contra de la sentencia de la cual se pretende ejecución” (CJI/doc. 564/18, página 4). De acuerdo con el párrafo 5.4.a de esta Recomendación, eso sería posible solo durante el proceso de reconocimiento, a menos que ese trámite haya sido abolido o fusionado con el de ejecución. Esto también mejorará la eficiencia tanto del reconocimiento como de la ejecución.

5.5. Efectos probatorios: Las reglas procesales podrán establecer diferentes parámetros para el reconocimiento de los efectos probatorios de las sentencias.

Comentario: En esta Recomendación se reconoce que, en algunos casos, una parte no busca el reconocimiento de una sentencia extranjera para que el Estado requerido la ejecute, sino para usarla como prueba. En estos casos podría aplicarse un conjunto diferente de normas, a raíz de la observación de que hay una “diferencia de trato legislativo cuando solo se pretende hacer valer los efectos imperativos y probatorios de la sentencia, evento en el cual se exonera del trámite de *exequátur*” (CJI/doc. 564/18, página 4, y Recomendación 5.8). Eso también concuerda con el artículo 7.10 de los Principios ASADIP.

#### **PARTE IV. Resumen**

Estas Recomendaciones ofrecen sugerencias para simplificar los procedimientos internos utilizados en el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras. Proporcionan una orientación para la interpretación, aplicación y eventual reforma legislativa de tales procedimientos, si es necesario, y poner así la práctica nacional en conformidad con las normas internacionales y las mejores prácticas. También fomentan, siempre que sea posible, la aplicación y el uso de los avances tecnológicos para lograr una mayor eficiencia.

Como resultado de la simplificación de los procedimientos internos para el reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras, se pueden lograr avances significativos para mejorar el acceso a la justicia en la región. Esto a su vez fortalecerá el Estado de Derecho y promoverá el desarrollo basado en una mayor garantía de la defensa de los derechos humanos y la igualdad ante la ley.

\* \* \*

## ANEXO A

### Reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos extranjeros: Informe

CJI/doc. 564/18, 3 de agosto de 2018

5.1. La necesidad de mantener la dualidad de procedimientos de reconocimiento y ejecución, o en cambio, abolirla y reducirlo al proceso de ejecución. [Véase 5.4.b]

5.2. Siempre que se elimine el procedimiento de reconocimiento, permitir la alegación como excepción, en el proceso de ejecución, de las circunstancias consagradas como causal de negación del reconocimiento. [Véase 5.4.b]

5.3. Instar a que los procedimientos internos se adelanten con el menor número de etapas y en el menor tiempo posible. [Véase 5.2]

5.4. Incorporar, en materia de autenticaciones y legalización de documentos, los avances procesales que admiten el uso de nuevas tecnologías. [Véase 5.3.b]

5.5. Incorporar el uso de tecnologías de la información y su impacto en el conocimiento de las decisiones judiciales. [Véase 5.3]

5.6. Soliviantar las formas de que han estado revestidos los trámites de reconocimiento y ejecución. [Véase 5.4.c]

5.7. Negar la posibilidad de revisar el fondo de la decisión. [Véase 4.2]

5.8. Señalar parámetros diferentes para el reconocimiento de los efectos probatorios de la sentencia. [Véase 5.5]

\* \* \*

## ANEXO B

### Principios ASADIP sobre el Acceso Transnacional a la Justicia (TRANSJUS)

#### Capítulo 7

#### Eficacia de decisiones extranjeras

Artículo 7.1. La eficacia extraterritorial de las decisiones es un derecho fundamental, estrechamente vinculado con el derecho de acceso a la justicia y con los derechos fundamentales del debido proceso. Por lo tanto, los jueces y demás autoridades estatales procurarán siempre favorecer la eficacia de las decisiones extranjeras al interpretar y aplicar los requisitos que deben cumplir dichas decisiones.

- Véase III.3.1 Acceso a la justicia

Artículo 7.2. El derecho a obtener la eficacia extraterritorial de la decisión extranjera no se entenderá violado si la decisión cuya eficacia se pretende ha sido dictada en transgresión de derechos fundamentales relacionados al procedimiento o cuando los efectos concretos de su reconocimiento o ejecución sean manifiestamente violatorios de derechos fundamentales relativos al fondo.

- Véase III. 4.1.b

Artículo 7.3. El Estado requerido también podrá negar eficacia extraterritorial a una decisión extranjera cuando exista una decisión previa y firme en la misma causa, dictada por un tribunal del Estado requerido o por un tribunal extranjero que sea susceptible de reconocimiento en el Estado requerido.

- Véase III.4.1.b

Artículo 7.4. La negativa de reconocimiento o ejecución de una decisión extranjera por razones de jurisdicción indirecta solo estará justificada en los siguientes casos:

a. Cuando la jurisdicción de la autoridad que dictó dicha decisión se basa en un criterio exorbitante.

b. Cuando la jurisdicción de la autoridad que dictó dicha decisión se basa en un acuerdo de elección de foro que no haya sido libremente consentido por la parte afectada o haya desconocido un acuerdo previo válidamente consentido.

c. Cuando la jurisdicción de la autoridad que dictó dicha decisión haya desconocido la pendencia de otro procedimiento en violación del artículo 3.7 de estos Principios.

- Véase III.4.1.b

Artículo 7.5. La revisión del fondo de una decisión extranjera viola el derecho de acceso a la justicia, sin perjuicio de la potestad del Estado requerido de ejercer el control necesario para evitar violaciones a derechos fundamentales.

- Véase III.4.2

Artículo 7.6. Se presume contraria al derecho de acceso a la justicia la exigencia de reciprocidad en la eficacia de las decisiones y actos de autoridades extranjeras.

- Véase III.3.2

Artículo 7.7. Para asegurar la eficacia extraterritorial de las decisiones se debe facilitar la correspondiente tutela cautelar, incluso de manera previa al inicio de los procedimientos de homologación o exequátur en el Estado de reconocimiento.

- Véase III.1.a

Artículo 7.8. A los fines de asegurar la eficacia extraterritorial de decisiones extranjeras, éstas se asimilarán a las correspondientes decisiones análogas en el Estado requerido, siempre que dichas decisiones, cualquiera fuera su denominación, produzcan efectos legales firmes y definitivos en el Estado de origen. Esta regla también es aplicable a pesar que dichas decisiones fueren dictadas por autoridades de poderes públicos diferentes a aquellas que hubieran sido competentes en el Estado requerido.

- Véase III.5.1

Artículo 7.9. Una decisión extranjera surte efectos en el Estado requerido a partir del momento en que dicha decisión adquiere eficacia en el Estado de origen.

- Véase III.4.1

Artículo 7.10. Al invocarse la eficacia de una decisión extranjera en el curso de un procedimiento, el Estado requerido admitirá su reconocimiento incidental, sin perjuicio del procedimiento de homologación o exequátur que la legislación del Estado requerido pueda establecer para su reconocimiento o ejecución.

- Véase III.5.5

Artículo 7.11. La homologación o exequátur de las decisiones extranjeras se tramitarán por juicio sumario, limitado a constatar los requisitos básicos para su reconocimiento o ejecución en el Estado requerido. La ejecución efectiva de dichas decisiones deberá asegurarse mediante un

procedimiento expedito, procurando mantener las medidas cautelares que se hubieren dictado hasta tanto se haya culminado la ejecución.

- Véase III.5.4

\* \* \*

## ANEXO C

### **Principios del Proyecto de Código Modelo de Cooperación Interjurisdiccional para Iberoamérica elaborado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal**

#### **Sección V. Eficacia de la decisión extranjera**

Art. 10. Efecto automático de la decisión extranjera

Los efectos de la decisión extranjera operan automáticamente y no dependen del reconocimiento judicial previo.

Art. 11. Requisitos para la eficacia de la decisión extranjera

La eficacia de la decisión extranjera en el Estado requerido dependerá de la observancia de los siguientes requisitos\_

I- no ser incompatible con los principios fundamentales de Estado requerido;

II- haber sido proferida en proceso en que hayan sido observadas las garantías del debido proceso legal;

III- haber sido proferida por tribunal internacionalmente competente según las reglas del Estado requerido o las establecidas en la Sección IV precedente;

IV – no estar pendiente de recurso admitido en efecto suspensivo;

V- no sea incompatible con otra decisión dictada en el Estado requerido, en acción idéntica o, en otro Estado, en proceso idéntico que reúna las condiciones necesarias para tener eficacia en el Estado requerido.

Parágrafo único. La eficacia de la decisión extranjera podrá ser controlada de oficio, por el juez, en un proceso en curso, observándose el contradictorio, o mediante impugnación en los términos de los arts. 42 a 47.

#### **Sección VI. Ejecución de decisión extranjera**

Art. 12. Ejecución

“La ejecución de decisión extranjera está sujeta a la observancia de los requisitos previstos en el artículo anterior...”

“Impugnación de la eficacia de decisión extranjera

#### **Sección III. Acción e incidente de impugnación de la eficacia de la decisión extranjera**

Art. 42. Legitimación activa para el ejercicio de la acción de impugnación

La acción de impugnación de la eficacia de la decisión extranjera será propuesta por aquel que tenga interés jurídico en el rechazo de sus efectos en el Estado requerido.

Parágrafo único. La acción de impugnación es de competencia del tribunal que según las normas procesales del Estado requerido, sería competente para decidir la cuestión de fondo.

Art. 43. Garantías del debido proceso

El procedimiento de la presenta acción, de jurisdicción contenciosa, asegurará a las partes las garantías del debido proceso legal.

Art. 44. Motivos para el ejercicio de la acción de impugnación

La impugnación estará limitada a la observancia de los requisitos previstos en el art. 11, no pudiendo la decisión extranjera, en ningún caso, ser objeto de revisión en cuanto al mérito.

Art. 45. Efectos retroactivos de la decisión sobre la acción

Los efectos de la decisión que acogiera la impugnación serán retroactivos a la fecha del inicio de la eficacia en el Estado requerido.

Art. 46. Incidente sobre cosa juzgada extranjera

Observado lo dispuesto en los arts. 42 a 44, cabe el incidente de la impugnación de la eficacia de la decisión extranjera siempre que, invocada por una de las partes la cosa juzgada extranjera, la otra, o el tercero jurídicamente interesado, pretenda discutir el cumplimiento de los requisitos previstos en el art. 11.

Parágrafo único. Compete al tribunal del proceso principal procesar y juzgar el incidente de impugnación.

Art. 47. Incidente de impugnación sobre litispendencia

El incidente de impugnación podrá ser promovido contra aquél que fuera favorecido por la litispendencia internacional.

\* \* \*

### 3. Protección de datos personales

#### Documentos

- |                              |  |
|------------------------------|--|
| CJI/doc. 606/20 corr.1       | La actualización de los principios sobre la privacidad y protección de datos personales (presentado por la doctora Mariana Salazar Albornoz)                                       |
| CJI/doc. 616/20 rev.1 corr.1 | Comité Jurídico Interamericano. Proyecto de actualización a los “Principios sobre la privacidad y la protección de datos personales, con anotaciones” adoptados por el CJI en 2015 |

\* \* \*

Durante el 92º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Ciudad de México, 26 febrero – 2 marzo, México, 2018) el doctor Carlos Mata se refirió al trabajo del CJI en el tema de la protección de datos personales, y propuso que se retomara para dar seguimiento al desarrollo del tema y poder hacer aportes a la revisión de la Ley Modelo sobre Acceso a la Información Pública a la luz de los trabajos de la Red Iberoamericana de Protección de Datos (RIPD).

El doctor Duncan Hollis pidió que el seguimiento que se haga del tema de la protección de datos no se restrinja a las actividades de la RIPD, ni se reduzca a tratar de implementar éstos en las Américas, existiendo el riesgo de que queden excluidos los países del *common law*.

El doctor Dante Negro explicó que el documento DDI/doc. 9/17 presentado por el DDI incluye una comparación entre el trabajo del CJI y los nuevos estándares iberoamericanos precisamente para que los miembros partan de este análisis para producir un resultado hecho a la medida de los Estados Miembros de la OEA.

La doctora Ruth Correa coincidió con el doctor Carlos Mata en la conveniencia de que la revisión de la Ley Modelo sobre Acceso a la Información se articule con la protección de los datos personales en manos de autoridades.

El doctor Duncan Hollis pidió incluir en esa discusión el tema de la responsabilidad de quienes tienen datos personales de terceros en su posesión, y su obligación de notificar a estos terceros cuando los datos personales en su posesión hayan sido comprometidos o utilizados de manera no autorizada.

El doctor Juan Cevallos caucionó que el CJI no debe dejar pasar la oportunidad de revisar las bases jurídicas sobre las cuales descansan ambos temas, protección y acceso.

El Presidente concluyó que existe la necesidad de que el CJI retomara los temas de la revisión de la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información y los principios relacionados con el manejo de datos personales, restando solamente delimitar el mandato.

El doctor Carlos Mata sugirió partir del documento presentado por el DDI con el fin de desarrollar una propuesta de actualización de la guía de principios elaborada por el CJI, incorporando también otras perspectivas.

Los miembros convinieron en retomar el tema de la protección de datos personales en los términos sugeridos por los doctores Mata y Hollis, designando al doctor Carlos Mata como relator del tema.

En junio de 2018, la Asamblea General de la OEA reiteró el mandato iniciado en el seno del Comité y solicitó al CJI “inicie la actualización de los Principios sobre la Protección de Datos Personales, teniendo en cuenta la evolución de los mismos”, resolución AG/RES. 2926 (XLVIII-O/18).

Durante el 93º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, 6-16 de agosto, 2018) el tema no fue discutido.

Durante el 94º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, febrero, 2019), el relator del tema, doctor Carlos Mata presentó un informe de su participación en el XVI

Encuentro Iberoamericano de Protección de Datos Personales, celebrado entre el 28 y 29 de noviembre de 2019 en Costa Rica, el cual reunió a miembros de la Red Iberoamericana de Protección de Datos (RIPD) entre los cuales se contó con la presencia de las principales autoridades nacionales en la materia. El relator expuso los Principios de la OEA sobre la Privacidad y la Protección de Datos Personales, elaborados por el CJI el 27 de marzo de 2015. Aludió, además al trabajo comparativo que ha realizado el Departamento de Derecho Internacional, en cuya instancia fue representado por la doctora Magaly McLean. El encuentro permitió un debate sobre la importancia de la protección de datos personales y su relación con el libre flujo de información.

El relator sometió a la consideración del Comité su primer informe titulado “La actualización de los principios sobre la privacidad y protección de datos personales” (documento CJI/doc.582/19), en seguimiento al mandato de la Asamblea General que solicitaba actualizar los Principios de la OEA sobre la Privacidad y la Protección de Datos Personales citados anteriormente, “*teniendo en cuenta la evolución de los mismos*”, resolución –AG/RES. 2926 (XLVIII-O/18) numeral “i”- Derecho Internacional, “*Observaciones y recomendaciones al informe anual del CJI*”.

Explicó al plenario que la mayoría de los países latinoamericanos ha legislado en la materia en la última década, habiendo en algunos casos incorporado elementos ligados a la temática en sus constituciones. Acto seguido explicó de manera detallada los “Principios de la OEA sobre la Privacidad y la Protección de Datos Personales”.

Acto seguido, explicó de manera detallada los “Principios de la OEA sobre Privacidad y la Protección de Datos Personales”. En términos generales el relator propuso profundizar los siguientes aspectos de los Principios señalados:

- a) las medidas destinadas a “*impedir la identificación o reidentificación de una persona física sin esfuerzos desproporcionados*”;
- b) la vinculación y efectos de los principios con los derechos internos;
- c) el tratamiento de datos personales concernientes a niñas, niños y adolescentes;
- d) el derecho a la *portabilidad* de los datos personales;
- e) la ampliación de la legitimación de las personas físicas vinculadas a personas fallecidas o designadas por éstas;
- f) el derecho al olvido.

El relator manifestó su interés en incorporar en la actualización la tradición civilista y *common law* con la finalidad de comprender a todos Estados Miembros de la OEA.

El doctor Milenko Bertrand se refirió a las dificultades y desafíos del tema bajo estudio, e instó al relator a incluir información sobre el control de datos, citando al respecto la transferencia de datos que se transmiten a la agencia encargada de los impuestos en Estados Unidos, sin que sean necesariamente protegidos por quienes los manejan. También le invitó considerar el almacenaje de datos sobre justicia transicional que se encuentran en la órbita de lo privado, considerando que la institucionalidad nacional puede ser débil en el cuidado y la debida diligencia de la protección de la información.

El doctor Luis García-Corrochano enfatizó la problemática del uso adecuado y la búsqueda de una sanción cuando su uso es inadecuado.

La Presidenta se unió al trabajo juicioso del relator en la materia, recomendándole tener en cuenta situaciones del manejo de datos personales ligadas al consentimiento informado, en que el titular de los datos sepa donde tales datos serán circulados. También le instó a verificar el tema de la protección de datos financieros respecto a la declaración de rentas y bienes, que puede tener consecuencias sobre la historia financiera de una persona.

El doctor George Galindo felicitó al doctor Milenko Bertrand por haberle propuesto al relator incluir el tema de la gobernanza mundial.

El relator agradeció los comentarios constatando la complejidad de la temática. Indicó que la norma debe ser consecuente frente a la estrecha relación de la protección de datos con el tema de la libre circulación y el acceso a la información. Concordó con los miembros del Comité sobre la importancia del consentimiento en el ámbito de la protección de datos privados y del uso de la información. Finalmente, se refirió a los desafíos que impone el difícil balance entre privacidad y libre circulación (y acceso) a la información, citando al respecto la desclasificación de las cuentas del sistema bancario internacional y las comunicaciones diplomáticas, que han sido reveladas por el caso Assange.

Durante el 95º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, julio-agosto, 2019) el relator del tema, doctor Carlos Mata Prates, presentó una versión actualizada de su informe anterior, “La actualización de los principios sobre la privacidad y protección de datos personales” (documento CJI/doc. 597/19), por medio del cual constató, entre otros, que la protección de los datos personales está cubierta por la normativa existente, tanto regional como estatal, además de haber pronunciamientos por parte de la Corte CIDH. En la oportunidad sometió una propuesta de elementos que podrían acompañar los Principios de la OEA sobre la Privacidad y la Protección de Datos Personales, adoptados en 2012:

- a) el denominado de la anonimización;
- b) la vinculación y efectos de los Principios de la OEA con los derechos internos entendiéndose que los Principios establecen un mínimo que no impide que los derechos internos establezcan sistemas más garantistas para los individuos que los establecidos en aquellos;
- c) el tratamiento de datos personales concernientes a niñas, niños y adolescentes;
- d) el derecho a la portabilidad de los datos personales;
- e) la ampliación de la legitimación de las personas físicas vinculadas a personas fallecidas o designados por éstos, en los términos establecidos a ejercer el derecho de acceso, rectificación, cancelación, oposición y portabilidad;
- f) el denominado derecho al olvido, bajo una concepción amplia;
- g) la incorporación de la responsabilidad proactiva; y,
- h) el establecimiento de la seguridad como un principio sustantivo.

El doctor George Galindo consultó al relator sobre el deber de confidencialidad y la regla general del consentimiento. Por su parte, el doctor Duncan Hollis agradeció al relator por su informe que tiene ramificaciones en el tema de ciberseguridad bajo su relatoría. Consultó si sería posible encontrar temas comunes a la luz de las diferentes concepciones que se visualizan de nuestros días (y que pueden organizarse en tres grupos: China e India, EEUU y Europa). Previó además que el tema de la portabilidad y el derecho al olvido pueden ser objeto de resistencia de la parte de Estados Unidos. El doctor Espeche-Gil consultó al relator su entender sobre el derecho a la portabilidad. El doctor Milenko Bertrand felicitó al relator y expresó su preocupación frente al uso abusivo de la protección de datos por parte de funcionarios públicos que quieren evitar el control o la fiscalización. La doctora Mariana Salazar instó a adaptarse a las nuevas corrientes, y preguntó al relator si ha considerado la problemática de las personas desaparecidas.

El relator del tema, doctor Carlos Mata, explicó que su trabajo busca actualizar los desarrollos del Comité en la materia y ser consistente con los nuevos tiempos. El derecho al olvido no es algo aceptado por todos, por ello lo propone en condicional en su informe para ver la posibilidad de aceptarlo bajo ciertas restricciones, pues es consciente que se trata de una tradición europea que no es aceptada por EEUU ni Canadá. En relación a los funcionarios públicos, observó que varios Estados Miembros de la OEA cuentan con leyes de acceso a la información y de protección de datos personales. Frente a la reflexión de la doctora Salazar, el relator aclaró que su análisis sobre la legitimación refiere a la situación de personas fallecidas (y no a las desaparecidas en cuyo caso habrá que buscar una relación más fuerte). En respuesta a la consulta del doctor Galindo, el relator manifestó la posibilidad de distinguir el

conocimiento del consentimiento. Observó que el ingreso a la información de manera legítima impone que la base de datos accedida sea pública. El relator explicó su intención en incluir el tema de la portabilidad desde una perspectiva amplia que tuviese en cuenta los desarrollos europeos en la materia. Finalmente, aclaró que en América Latina el derecho al olvido no implicaría un obstáculo a la libertad de expresión, y ambos pueden y deben convivir mutuamente.

El doctor Luis García-Corrochano abordó algunas excepciones que se plantan al implementar el acceso a la información de interés público.

La Presidenta, doctora Ruth Correa, agradeció al relator, y constató que quedarían pendientes ciertos desarrollos que se verán en otras relatorías, tales como acceso a la información y ciberseguridad, pero también temas que han sido expuestos por el doctor Milenko Bertrand. Al culminar el tratamiento del tema, el plenario designó como co-relatores a la doctora Mariana Salazar y el doctor Milenko Bertrand, quienes manifestaron interés en darle seguimiento a los trabajos del doctor Mata quien culmina su mandato en diciembre del presente año.

Durante el 96° período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, marzo, 2020) la relatora del tema, doctora Mariana Salazar, presentó su informe “La actualización de los principios sobre la privacidad y protección de datos personales” (documento CJI/doc. 606/20 corr.1). A modo de introducción, explicó que ha estado trabajando directamente con el Departamento de Derecho Internacional desde que asumió la correlatoría, habiendo sido invitada a participar a un par de conferencias en la materia. Recordó los antecedentes del mandato mediante el cual la Asamblea General encomendó en 2018 la actualización de los Principios, enfatizando que es un tema que el Comité ha trabajado desde 1996 y en el cual cuenta con una amplia experiencia, habiendo adoptado los Principios en 2012 los cuales fueron actualizados en 2015 por medio de la adopción de una Guía Legislativa. En este contexto, la relatora propuso que el trabajo de actualización que realice el Comité aproveche los trabajos ya realizados, y se base en la Guía Legislativa adoptada en 2015, incorporando a esta los principales desarrollos internacionales ocurridos desde entonces. Al ser un avance específico de la región, subrayó la importancia de tener en cuenta los “Estándares Iberoamericanos” desarrollados por la Red Iberoamericana de Protección de Datos Personales en 2017, en la medida de lo aplicable, ya que recordó que no todos los Estados son miembros de dicha Red, y el mandato del CJI busca reflejar principios comunes a la región. Asimismo, presentó dos regulaciones en la materia, los Principios de California en relación a la Protección del Consumidor y la normativa europea. Entre los temas incluidos, la relatora resaltó la anonimización y los derechos ARCO (acceso, rectificación, cancelación y oposición). Habida cuenta de su interés en respetar un lenguaje que sea aceptable para un mayor número de Estados, la doctora Mariana Salazar explicó haber integrado consideraciones del órgano encargado de la protección de datos en cada país. Finalmente, solicitó a los miembros presentar sus comentarios dentro de dos meses para posteriormente someter a los Estados una propuesta del CJI.

El doctor Duncan Hollis apoyó la propuesta de trabajar en base en la Guía Legislativa de 2015 y siguiendo la ruta sugerida por la relatora. En lo relativo a la parte sustantiva, recomendó incluir en el texto referencias a la legislación de California mencionada verbalmente por la relatora. Constató que temas tales como el consentimiento y el anonimato en relación al *big data* deben ser pensados a largo plazo, particularmente en que supuestos iniciales acerca de ambos conceptos no han dado resultados evidentes en la práctica. Hizo precisiones sobre la correlación con el Consejo Europeo y la Convención de la Unión Africana, que no han entrado en vigencia, normas que la relatora acordó reflejar en el Informe.

El doctor George Galindo solicitó una clarificación sobre la expresión “preferencia sexual” y propuso utilizar en su lugar una referencia más actualizada, tal como “orientación sexual”. En relación al principio 11 sugirió dedicarle un mayor desarrollo a la aplicación de cuestiones relativas a la jurisdicción extraterritorial de decisiones debido a la trascendencia que este tema ha adquirido de nuestros días, inclusive traer a colación ilustraciones sobre su aplicación en diferentes países. Al respecto, el doctor Hollis propuso considerar el principio 11 en función de la Ley sobre la Nube (Cloud Act).

La Presidenta llamó la atención sobre el tema del consentimiento pues, en su defecto, puede violar los derechos de las personas. Sugirió incluir una propuesta que obligue un “consentimiento real” en relación al uso de los datos personales.

La doctora Mariana Salazar se comprometió a incluir el cambio solicitado por el doctor Bandeira sobre “orientación sexual”. Resaltó que su proyecto permitirá poner a consideración de los miembros una referencia al ejercicio de los derechos de las personas fallecidas y desaparecidas. Respecto al principio 11 sobre el intercambio de datos en las fronteras y la aplicación de la extraterritorialidad, agradeció la sugerencia de servirse del *Cloud Act* y se comprometió a incluir una propuesta de párrafo general que tome en cuenta las distintas aproximaciones con la región. En relación al consentimiento, destacó que ha incorporado recomendaciones de fortalecimiento del lenguaje con base en los estándares iberoamericanos, y manifestó su intención de integrar las ideas sugeridas por la doctora Correa.

Durante el 97º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Sesión virtual, agosto, 2020), la relatora del tema, doctora Mariana Salazar presentó el segundo informe en la materia (documento CJI/doc. 616/20). En un comienzo, se refirió a los antecedentes del tema que abarcaban los trabajos del Comité desde 2012, incluyendo la propuesta de guía legislativa de 2015, y los desarrollos normativos, tal como el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea (el cual aplica a los negocios de la Unión Europea y todo otro negocio del mundo que procese datos de residentes de la Unión Europea). En relación a los desarrollos en el continente, la relatora explicó los estándares establecidos por la Red Iberoamericana de Protección de Datos del año 2017, los cuales, entre otros, abarcan los derechos de los niños y los derechos ARCO, además de fomentar el rol de autoridades garantes. Finalmente, destacó dos legislaciones recientes: la ley de Privacidad del Consumidor de California que establece lineamientos particulares sobre aviso de privacidad para negocios que trabajen en el área del Estado de California y el proyecto de ley brasileña sobre protección de datos personales.

Recordó que desde 2018 existe un mandato de la Asamblea General que solicita al Comité “*la actualización de los Principios sobre la Protección de Datos Personales, teniendo en cuenta la evolución de los mismos*”, resolución AG/RES. 2926 (XLVIII-O/18). En este contexto, su actualización se realiza sobre la base de los “*Principios de la OEA sobre la Privacidad y la Protección de Datos Personales con Anotaciones*”, correspondiente a la guía legislativa completa adoptada por el CJI en 2015.

Siguiendo la hoja de ruta establecida, la relatora presentó una versión actualizada del proyecto que tiene en cuenta las observaciones de parte de dos miembros, los doctores José Moreno y Duncan Hollis, además de reflejar observaciones informales y preliminares de expertos y autoridades de protección de datos personales en sus respectivos países. Aclaró que la nueva versión de su informe contiene una sección inicial que hace un recuento de los principios, reduce la introducción, modifica algunos de los 12 principios existentes e incluye uno nuevo. Finalmente, remarcó que el resaltado en amarillo contiene los cambios y adiciones, formato utilizado únicamente para la discusión interna entre los miembros del CJI.

Al culminar su presentación, propuso aprobar este primer proyecto por parte del CJI, el cual pueda ser sometido, por conducto del Departamento de Derecho Internacional (DDI), a comentarios de los Estados Miembros de la OEA. Acto seguido, sugirió se incorporen las observaciones de los Estados con el fin de permitir al Comité pronunciarse en un texto final.

El doctor Luis García-Corrochano percibió que el trabajo sometido es acucioso e interesante. En lo relativo a la portabilidad, propuso que el enfoque sea la titularidad de las personas, y por ende que nunca se pierda, tal como el derecho de autor. Se refirió al amplio espectro de entidades que tienen el control de la información personal e incluso de datos sensibles, así como al uso abusivo y mal intencionado de la información (citó a modo de ilustración lo negativo que podría resultar el mal uso de la información respecto de pagos para la compra de medicamentos para un tercero por parte de un futuro candidato a un cargo público.). En breve, el mal uso de la información debe vincularse a la protección de los derechos humanos de las personas.

El doctor Eric Rudge sugirió hacer algunos cambios menores al inglés e incluir una lista de abreviaciones de las siglas que se utilizan para ayudar al lector. También pidió a la relatora su opinión sobre el destinatario de la propuesta.

El doctor George Galindo agradeció el estudio de esta temática esencial de nuestros días. Aclaró que el proyecto de ley en Brasil no ha sido adoptado aún. Consultó a la relatora si la referencia a “archivos electrónicos” es suficientemente amplia para proteger los datos; si no valdría la pena referirse al término digital en lugar de electrónicos. También detectó que algunas partes aún estaban en imperativo y por ende requieren ser modificadas. Solicitó revisar el comentario del principio 3, en donde aparece una referencia al texto original sobre el principio de necesidad y proporcionalidad que no hace alusión a los particulares (algo que ya la Corte Europea y la Corte Interamericana lo han desarrollado bajo la denominación de “eficacia horizontal de los derechos humanos”). También consultó a la relatora sobre la conservación de los datos personales descrita en la página 16 que pareciera contradecir o ser más restrictivo a lo dicho en la página 15. Finalmente, respecto al principio 12 que somete la restricción al establecimiento de una ley, pidió modificarlo por algo que no implique tanta formalidad, referirse a una norma.

El doctor Duncan Hollis agradeció los esfuerzos de la relatora junto con solicitar verificar el documento y asegurarse que sea uniforme, evitando el uso de verbos que puedan dejar a entender que es vinculante. Consultó a la relatora sobre la pertinencia - a estas alturas - de introducir el tema del transporte de los datos en su informe.

La Presidenta agradeció el completo estudio y constató que es un momento propicio para presentarlo a la consideración de los Estados, por el impacto de la pandemia en la situación de los datos personales. En Colombia, las autoridades han obligado a los ciudadanos a registrarse para dar un seguimiento a la enfermedad, lo cual afecta la libre movilidad y la protección de datos personales. Por ende, las sugerencias en lo que hace alusión al consentimiento deberían ser expuestas ante la OEA para que los Estados las tengan en cuenta y las apliquen. Este es un tema en que el Comité podría hacer un mayor aporte, realizando los límites del Estado en materia de salud pública, a fin de garantizar la efectiva protección de los datos personales. Solicitó explicaciones adicionales sobre la excepción que hace el informe al permitir a la empresa privada obtener datos de personas cuando otorga un servicio en particular.

La relatora agradeció los comentarios del doctor Luis García Corrochano sobre el tema de la portabilidad, lo cual resalta la importancia y necesidad de este estudio.

Al doctor Eric Rudge la relatora manifestó lo atinado de incluir una lista de abreviaturas, y quedó pendiente de sus correcciones. En cuanto al ámbito de aplicación manifestó su intención de que sea tanto en relación a la información en poder de entes públicos y de particulares. Finalmente se comprometió a circular una versión limpia antes de culminar la sesión.

En respuesta a los doctores Galindo y Hollis, la relatora propuso hacer una revisión de todo el texto tanto en español e inglés. Adicionalmente, le agradeció al doctor George Galindo por su aclaración sobre el estatus del proyecto de ley brasileña, que será un referente en la región. También se comprometió a revisar la descripción del principio de convencionalidad y la solución propuesta para entes privados. Finalmente, con relación al uso de la información y la retención, constató una diferencia que se hace cuando se usa para fines archivísticos, en particular en función del interés público, ya que se puede conservar por más tiempo (haciendo una distinción con el uso). Explicó que el principio 12 originalmente aludía a normas, concepto que le parece más adecuado que el de ley, y por ende se dispuso a modificarlo.

Destacó que el tema sobre los flujos transfronterizos aludidos por el doctor Hollis es un tema que implica la adopción de estándares de interoperabilidad por parte de los Estados, y se asegurará de especificarlo en la nueva versión de su informe.

Ante el comentario de la Presidenta, la relatora dijo que el tema del consentimiento era algo que venía desde el texto original, como facultad de un negocio privado, sin embargo, hará los cambios que se imponen en consonancia con la sugerencia de la doctora Correa sobre la preeminencia de la protección de

datos por encima del ejercicio del comercio, constatando que las empresas privadas deben estar al servicio de todos. Al culminar la discusión, el doctor Bertrand solicitó retirarse de la correlatoria de este tema, para dedicarse al desarrollo de la relatoría respecto del tema de los fuegos artificiales.

El último día de sesiones, la relatora del tema, doctora Mariana Salazar, presentó una la nueva versión de su informe, titulado “*Proyecto de actualización a los principios sobre la guía sobre la privacidad y la protección de datos personales, con anotaciones*” (documento CJI/doc. 616/20 rev.1). La relatora explicó que esta propuesta en limpio refleja las sugerencias formuladas por los miembros del CJI, tal como la lista de abreviaturas, el uso de un lenguaje que no parezca como vinculante, la noción de archivo digital, la referencia al interés público; habiéndose también incluido la alusión a la norma en lugar de la ley y eliminado la excepción de petición de datos personales por parte de los comercios. Dicha propuesta fue apoyada por el plenario, y se solicitó a la Secretaría Técnica proceder a su envío a las Misiones Permanentes para obtener comentarios por parte de los Estados.

El 21 de agosto de 2020, el Departamento de Derecho Internacional solicitó observaciones a las Misiones Permanentes ante la OEA, fijando como fecha límite para responder el 16 de noviembre de 2020.

A continuación, se incluye el documento presentado por la relatora del tema, doctora Mariana Salazar en febrero así como el documento del CJI de agosto de 2020, que fuera enviado a los Estados para obtener sus respectivos comentarios.

#### **CJI/doc.606/20 corr.1**

### **LA ACTUALIZACIÓN DE LOS PRINCIPIOS SOBRE LA PRIVACIDAD Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES**

(presentado por la doctora Mariana Salazar Albornoz)

#### **I. ANTECEDENTES Y MANDATO**

La cuestión de la protección de datos personales comenzó a ser examinada por el Comité Jurídico Interamericano (CJI) en 1996, en seguimiento a la solicitud que le formuló la Asamblea General (AG) de la Organización de los Estados Americanos (OEA) de otorgarle particular relevancia al tema al considerar aquél relativo al derecho a la información<sup>1</sup> (que, a su vez, se venía estudiando desde 1980 en el CJI).

En 2011 la AG decidió encomendar al CJI que “*presente un documento de principios de privacidad y protección de datos personales en las Américas ... con miras a explorar la posibilidad de un marco regional en esta área*”<sup>2</sup>, tomando en cuenta un proyecto de principios y un estudio de legislación comparada elaborados por el Departamento de Derecho Internacional de la OEA (DDI)<sup>3</sup>. En cumplimiento a dicho mandato, y habiendo designado al doctor David P. Stewart como Relator para el tema, el CJI adoptó en marzo de 2012 la “*Propuesta de Declaración de Principios de Privacidad y Protección de Datos Personales en las Américas*”<sup>4</sup> y la presentó a la AG. En junio de 2012, la AG agradeció al CJI la adopción de su resolución y encomendó al Consejo Permanente, a través de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, que “*prevea en su agenda el análisis de los estudios recibidos sobre protección de datos personales, y considere la*

<sup>1</sup> AG/RES. 1395 (XXVI-O/96).

<sup>2</sup> AG/RES. 2661 (XLI-O/11) del 7 de junio de 2011.

<sup>3</sup> Proyecto de Principios y Recomendaciones sobre la Protección de Datos Personales, contenido en el documento CP/CAJP-2921/10 rev.1 corr.1; Estudio comparativo sobre los distintos regímenes jurídicos, políticas y mecanismos de aplicación existentes para la protección de datos personales, contenido en el documento CP/CAJP-3063/12.

<sup>4</sup> Resolución CJI/RES. 186 (LXXX-O/12) de marzo de 2012.

*posibilidad de un marco regional en esta área, teniendo en cuenta la revisión en curso de otros instrumentos internacionales en la materia”<sup>5</sup>.*

En 2013 la AG encomendó al CJI:

*“que formule propuestas a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos sobre las distintas formas de regular la protección de datos personales, incluyendo un proyecto de Ley Modelo sobre Protección de Datos Personales, tomando en cuenta los estándares internacionales alcanzados en la materia”<sup>6</sup>.*

El CJI designó nuevamente como relator del tema al doctor David P. Stewart quien, sobre la base de amplias consultas, concluyó que, debido a la diversidad de formas en que el tema ha sido adoptado por los países del hemisferio, la orientación más productiva para dar cumplimiento al mandato de la AG sería elaborar una propuesta de guía legislativa para los Estados, a través de la actualización de los Principios adoptados en 2012 y la inclusión, en estos, de anotaciones que pudieran orientar a los Estados en la materia. El CJI coincidió con la ruta propuesta; mediante resolución CJI/RES. 212 (LXXXVI-O/15) del 27 de marzo de 2015, el CJI aprobó, como guía legislativa, la actualización de los *“Principios de la OEA sobre la Privacidad y la Protección de Datos Personales con Anotaciones”* anexa a esa resolución<sup>7</sup> y decidió dar por concluido los trabajos del CJI sobre este tema.

En agosto de 2017, durante el 91º período de sesiones del CJI, la doctora Elizabeth Villalta sugirió retomar el tema y elaborar una ley modelo<sup>8</sup>, para reflejar los últimos desarrollos legislativos en algunos países de la región así como los *Estándares Iberoamericanos de Protección de Datos Personales*, adoptados en junio de 2017 por la Red Iberoamericana de Protección de Datos Personales (RIPD)<sup>9</sup>. Para considerar la propuesta, el CJI solicitó al DDI preparar un estudio que comparara la guía legislativa de principios adoptada por el CJI en 2015 con los referidos Estándares Iberoamericanos de 2017<sup>10</sup>.

Durante su 92º período de sesiones de febrero de 2018, el CJI examinó el comparativo preparado por el DDI (documento DDI/doc.9/17) y concluyó que existía la necesidad de que el CJI retomara el tema de la revisión de los principios de protección de datos personales del CJI, nombrando como relator al doctor Carlos Mata<sup>11</sup>. Mediante resolución AG/RES. 2926 (XLVIII-

<sup>5</sup> Mediante resolución AG/RES. 2727 (XLII-O/12) del 4 de junio de 2012, la AG agradeció al CJI la adopción de su resolución y encomendó al Consejo Permanente, a través de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, que “prevea en su agenda el análisis de los estudios recibidos sobre protección de datos personales, y considere la posibilidad de un marco regional en esta área, teniendo en cuenta la revisión en curso de otros instrumentos internacionales en la materia”. Decidió también encomendar a la Secretaría General “que siga promoviendo canales de colaboración con otras organizaciones internacionales y regionales que realizan esfuerzos en materia de protección de datos, a fin de facilitar el intercambio de información y cooperación.”

<sup>6</sup> Resolución AG/RES. 2811 (XLIII-O/13) de 2013. El mandato fue reiterado en los mismos términos mediante resolución AG/RES. 2842 (XLIV-O/14) de junio de 2014.

<sup>7</sup> Contenidos en el Informe del CJI “Privacidad y Protección de Datos Personales”, CJI/doc.474/15 rev.2 del 26 de marzo de 2015.

<sup>8</sup> CJI/doc.541/17 corr.1.

<sup>9</sup> La RIPD, cuyo objetivo es impulsar la elaboración y adopción de leyes que garanticen el derecho a la protección de datos y privacidad en los países de la región, se integra por los 14 Miembros y 19 Observadores. Los 14 Miembros son los organismos y entidades públicas que tienen atribuidas las competencias en materia de protección o privacidad de datos personales de diez países miembros, de los cuales siete son miembros de la OEA, a saber, Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, México, Perú, y Uruguay, y tres son iberoamericanos, a saber, Andorra, España y Portugal. Los 19 Observadores incluyen a entidades de diversos países de América Latina, Europa y África, de entre los cuales se encuentran aquéllas de ocho Estados Miembros de la OEA, a saber, Brasil, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Paraguay y República Dominicana. La OEA participa también como Observadora de la RIPD.

<sup>10</sup> cf. Informe Anual del CJI a la AGOEA 2017, CJI/doc.551/17, del 16 de agosto de 2017.

<sup>11</sup> cf. Informe del CJI a la AGOEA 2018, CJI/doc. 576/18, del 16 de agosto de 2018.

18) del 5 de junio de 2018, la AG resolvió “[s]olicitar al Comité Jurídico Interamericano [...] que inicie la actualización de los Principios sobre la Protección de Datos Personales, teniendo en cuenta la evolución de los mismos”. En 2019, la AG solicitó al CJI continuar con dicho mandato<sup>12</sup>.

Durante su relatoría, el doctor Mata presentó al CJI tres informes con sugerencias concretas de temas en los cuales enfocar la labor de actualización de los principios<sup>13</sup>. En agosto de 2019, y debido a la expiración del término de membresía del doctor Mata, el CJI designó como co-relatores del tema a la doctora Mariana Salazar y al doctor Milenko Bertrand.

Con el fin de facilitar las discusiones del CJI sobre la materia, el 11 de septiembre de 2019, el DDI circuló a los miembros del CJI, para sus comentarios, el documento DDI/doc.5/19 titulado “Principios de Privacidad y Protección de Datos Personales en las Américas”, elaborado por el DDI y que contiene algunas sugerencias de actualización de los principios adoptados por el CJI en 2012 incorporando a ésta textos retomados de la guía legislativa de principios adoptada en 2015 y de los referidos Estándares Iberoamericanos. No se recibieron comentarios de los miembros del CJI al citado documento.

## II. EVOLUCIÓN DE LAS FUENTES INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

Como se desprende de los informes del entonces relator, doctor David P. Stewart<sup>14</sup>, algunas de las principales fuentes internacionales existentes en la materia que fueron tomadas en consideración para la elaboración de los Principios de la OEA en 2012 y su actualización en 2015 incluyeron:

- El Convenio de la Unión Africana sobre Ciber seguridad y Datos Personales (adoptado el 27 de junio de 2014);
- Las directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) sobre la protección de la privacidad y flujos transfronterizos de datos personales de 1980, revisadas en 2013;
- Los Principios de Privacidad del Foro de Cooperación Económica Asia Pacífico (APEC) de 2011, adoptados como parte del Marco de Privacidad de APEC (2004) y de su Sistema de Reglas de Privacidad Transfronteriza;
- La Resolución de Madrid: Estándares Internacionales sobre Protección de Datos Personales y Privacidad (2009);
- La Directiva 2002/58/EC del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas (12 de julio de 2002);
- El Convenio del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, de 1981 (Convenio 108<sup>15</sup>), y su Protocolo de 2001;
- La Directiva 95/46/EC del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (del 24 de octubre de 1995); y

---

<sup>12</sup> Mediante resolución AG/doc.5655/19 20 jun 2019, la AG solicitó al CJI “que continúe la actualización de los Principios sobre la Protección de Datos Personales, teniendo en cuenta la evolución de los mismos”.

<sup>13</sup> el Informe sobre el XVI Encuentro Iberoamericano de protección de datos personales (CJI/doc.579/19), y dos informes sobre “La actualización de los principios sobre privacidad y protección de datos personales” (CJI/doc.582/19 y CJI/doc.597/19)

<sup>14</sup> Informe CJI/doc.402/12 rev. 2 de 2012 en relación con las fuentes utilizadas para los principios de 2012; e Informe CJI/doc. 474/15 rev.2 (apéndice) en relación con los “textos que más probablemente sean útiles para los legisladores y otras autoridades gubernamentales”.

<sup>15</sup> Tres países de la región de las Américas han ratificado el Convenio 108: Argentina, México y Uruguay. En calidad de observadores figuran Brasil, Canadá, Chile y los Estados Unidos de América.

- Los Principios rectores sobre la reglamentación de los ficheros computadorizados de datos personales de las Naciones Unidas, adoptados mediante resolución 45/95 de la Asamblea General de la ONU (14 de diciembre de 1990).

Los estándares internacionales en materia de protección de datos personales están en constante evolución, ya que se han ido adaptando y actualizando para responder al vertiginoso desarrollo que han tenido -y que, sin duda, seguirán teniendo- las tecnologías de transmisión y tratamiento de los datos personales.

Cabe recordar que el mandato otorgado al CJI por la AG en 2018 consiste en actualizar los principios “*teniendo en cuenta la evolución de los mismos*”. Los principales desarrollos normativos internacionales ocurridos desde 2015 a la fecha incluyen:

- El 25 de mayo de 2018 inició la aplicación del Reglamento General de Protección de Datos (GDPR, por sus siglas en inglés) en todos los Estados Miembros de la Unión Europea;
- El 10 de octubre de 2018, fue abierto a firma el Protocolo por el que se enmienda el Convenio para la protección de las personas con respecto al procesamiento automático de datos personales, del Consejo de Europa (conocido como “Convenio 108 plus”<sup>16</sup>);
- El 20 de junio de 2017, se aprobaron los Estándares de Protección de Datos Personales para los Estados Iberoamericanos, por la RIPD<sup>17</sup>;y
- En noviembre de 2016, los ministros de APEC aprobaron la actualización del Marco de Privacidad de APEC<sup>18</sup>.

### III. ESTADO DE LA LEGISLACIÓN EN LA REGIÓN Y VALOR AGREGADO DE LA ACTUALIZACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DEL CJI

Según datos de la UNCTAD<sup>19</sup>, de los 35 Estados Miembros de la OEA, 21 países cuentan con legislación vigente sobre protección de datos personales y privacidad<sup>20</sup>, cinco países están en proceso de adopción de leyes en la materia<sup>21</sup> y nueve países aún no cuentan con legislación al respecto<sup>22</sup>.

Como se puede observar de las fuentes internacionales antes citadas, diversas regiones del mundo cuentan con estándares o principios armonizados en materia de protección de datos personales. Los Estándares Iberoamericanos adoptados por la RIPD en 2017 fueron un parteaguas al establecer principios para los países de la región iberoamericana, algunos de los cuales -más no todos- son también Estados Miembros de la OEA.

En virtud de lo anterior, y considerando que ya el CJI realizó un arduo ejercicio de actualización de los principios en 2015 mediante la adopción de la guía legislativa titulada “*Principios de la OEA sobre la Privacidad y la Protección de Datos Personales con Anotaciones*”, esta Relatoría sugiere que la actualización a realizarse por el CJI tome como base el texto de la citada guía legislativa de 2015, e incorpore a ésta actualizaciones basadas en los desarrollos normativos internacionales que han ocurrido de 2015 a la fecha<sup>23</sup>, incluyendo desde

<sup>16</sup> <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/223/signatures>

<sup>17</sup> [https://www.redipd.org/sites/default/files/inline-files/Estandares\\_Esp\\_Con\\_logo\\_RIPD.pdf](https://www.redipd.org/sites/default/files/inline-files/Estandares_Esp_Con_logo_RIPD.pdf)

<sup>18</sup> <http://www.apec.org/Groups/Committee-on-Trade-and-Investment/Digital-Economy-Steering-Group>

<sup>19</sup> [https://unctad.org/en/Pages/DTL/STI\\_and ICTs/ICT4D-Legislation/eCom-Data-Protection-Laws.aspx](https://unctad.org/en/Pages/DTL/STI_and ICTs/ICT4D-Legislation/eCom-Data-Protection-Laws.aspx)

<sup>20</sup> Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Estados Unidos de América, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, San Cristóbal y Nieves, San Vicente y las Granadinas, Santa Lucía, Trinidad y Tobago, Uruguay.

<sup>21</sup> Barbados, Dominica, Ecuador, Honduras, Jamaica.

<sup>22</sup> Belice, Cuba, El Salvador, Granada, Guatemala, Guyana, Haití, Suriname, Venezuela.

<sup>23</sup> En su informe CJI/doc. 503/16 del año 2016, el entonces relator Stewart describió algunos de los avances normativos internacionales alcanzados en materia de protección de datos personales entre 2015 y 2016.

luego de manera particular aquéllos ocurridos en nuestra región, a saber, los Estándares Iberoamericanos adoptados por la RIPD en 2017. Se estima esencial tener debidamente en cuenta, en ese proceso, las particularidades y diferencias en el tratamiento del tema por los distintos Estados de nuestra región, incluyendo aquéllos del *common law*. No se trata, pues, de imponer parámetros ajenos sino de encontrar aquéllos que satisfagan las necesidades de nuestros habitantes a la vez que se adapten a los aspectos políticos, históricos, culturales y prácticos que sean comunes a todos los países de nuestra región.

#### IV. PROPUESTA DE ACTUALIZACIÓN

Con base en las consideraciones anteriores, en el Anexo I se propone una actualización de los “Principios de la OEA sobre la Privacidad y la Protección de Datos Personales con Anotaciones” adoptados en 2015 por el CJI. Las modificaciones sugeridas se reflejan con marcas de revisión, e identifican entre corchetes (como texto provisional) la fuente normativa internacional en la que se han basado, para facilidad de referencia de los miembros del CJI.

Esta Relatoría agradecería a los miembros del CJI los comentarios que pudieran tener sobre el presente informe y la propuesta de actualización de los principios que se anexa. Asimismo, esta Relatoría quisiera solicitar la valiosa opinión de los miembros del CJI en torno a la posible ruta a seguir con miras a la eventual aprobación y adopción de los mismos. Lo anterior, a la luz de la importancia de que los principios adoptados establezcan un común denominador para todos los Estados de nuestra región, tanto los que son miembros y observadores de la RIPD como los que no lo son. Sujeto a los comentarios de los miembros del CJI, una posible vía sería que: (i) se recaben las observaciones de los miembros del CJI al proyecto de actualización de los principios en un plazo de dos meses; (ii) en la próxima sesión del CJI, esta Relatoría presente una versión actualizada del proyecto, que incorpore las observaciones de los miembros, para su eventual aprobación como primer proyecto por el CJI; (iii) el proyecto aprobado por el CJI pueda ser sometido, por conducto del DDI, a comentarios de los Estados Miembros de la OEA; y (iv) una vez incorporadas las observaciones de los Estados, el CJI podría aprobar una versión final del texto y someterla a consideración de la AG.

\* \* \*

**CJI/doc. 616/20 rev.1 corr.1**

**COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO.**

**PROYECTO DE ACTUALIZACIÓN A LOS “PRINCIPIOS SOBRE LA PRIVACIDAD Y LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES, CON ANOTACIONES”  
ADOPTADA POR EL CJI EN 2015**

PARA COMENTARIOS DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA OEA

*Para facilidad de referencia, algunas de las actualizaciones propuestas son seguidas de texto temporal, entre corchetes, que indica la referencia cruzada a disposiciones similares contenidas en otros instrumentos internacionales sobre protección de datos, a saber:*

- *Los Estándares de Protección de Datos Personales para los Estados Iberoamericanos, adoptados por la Red Iberoamericana de Protección de Datos el 20 de junio de 2017 (en adelante, los “Estándares Iberoamericanos”);*
- *El Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea, en vigor desde el 25 de mayo de 2018 (en adelante, “GDPR” por sus siglas en inglés);*
- *La Ley de Privacidad del Consumidor de California, en vigor desde el 1 de enero de 2020 (en adelante, “CCPA” por sus siglas en inglés).*
- *La Decisión del Secretario-General de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) sobre la Protección de Individuos en relación con el Procesamiento de sus Datos Personales en vigor desde el 3 de mayo de 2019 (la “Decisión de la OCDE”).*

- *Marco de Reglas de Privacidad Transfronteriza del Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico, que implementa el marco de privacidad actualizado en 2015 (en adelante, “APEC CBPR” por sus siglas en inglés).*
- *Tratado México Estados Unidos Canadá, en vigor desde el 1 de julio de 2020 (en lo sucesivo “USMCA” por sus siglas en inglés).*

## **ACTUALIZACIÓN DE LOS “PRINCIPIOS SOBRE LA PRIVACIDAD Y LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES, CON ANOTACIONES”**

### **I. LOS PRINCIPIOS**

#### **PRINCIPIO UNO**

##### *Propósitos Legítimos y Justos*

Los datos personales deberían ser recopilados solamente para fines legítimos y por medios justos y legales.

#### **PRINCIPIO DOS**

##### *Transparencia y Consentimiento*

Antes o en el momento en que se recopilen, se deberían especificar las categorías de datos personales a ser recopiladas, los fines para los cuales se recopilan y usarán los datos personales, los destinatarios o categorías de destinatarios a los cuales los datos personales han sido o serán comunicados, y los derechos del titular en relación con los datos personales a ser recopilados. Cuando el procesamiento se base en el consentimiento, los datos personales solamente deberían ser recopilados con el consentimiento de la persona a que se refieran.

#### **PRINCIPIO TRES**

##### *Pertinencia y Necesidad*

Los datos deberían ser pertinentes y necesarios para los fines expresos de su recopilación.

#### **PRINCIPIO CUATRO**

##### *Uso Limitado y Retención*

Los datos personales deberían ser mantenidos y utilizados solamente de manera legítima no incompatible con el fin o fines para los cuales se recopilaron. No deberían mantenerse más del tiempo necesario para su propósito o propósitos y de conformidad con la legislación nacional correspondiente.

#### **PRINCIPIO CINCO**

##### *Deber De Confidencialidad*

Los datos personales no deberían divulgarse, ponerse a disposición de terceros ni emplearse para otros propósitos que no sean aquellos para los cuales se recopilaron, excepto con el conocimiento o consentimiento de la persona en cuestión o bajo autoridad de la ley.

#### **PRINCIPIO SEIS**

##### *Protección y Seguridad*

La confidencialidad, integridad y disponibilidad de los datos personales deberían ser protegidas mediante salvaguardias de seguridad técnicas u organizacionales razonables y adecuadas contra procesamientos no autorizados o ilegítimos y contra la pérdida, destrucción o daños accidentales.

## PRINCIPIO SIETE

*Exactitud de los Datos*

Los datos personales deberían mantenerse exactos, completos, veraces y actualizados hasta donde sea necesario para los propósitos de su uso.

## PRINCIPIO OCHO

*Acceso, Rectificación, Cancelación, Oposición y Portabilidad*

Se debería disponer de métodos razonables para permitir que aquellas personas cuyos datos personales han sido recopilados puedan solicitar el acceso, rectificación y cancelación de sus datos, así como el derecho a oponerse a su procesamiento y, en lo aplicable, el derecho a la portabilidad de esos datos personales. Como regla general, el ejercicio de esos derechos debería ser gratuito. En caso de que fuera necesario restringir los alcances de estos derechos, las bases específicas de cualquier restricción deberían especificarse en la legislación nacional.

## PRINCIPIO NUEVE

*Datos Personales Sensibles*

Algunos tipos de datos personales, teniendo en cuenta su sensibilidad en contextos particulares, son especialmente susceptibles de causar daños considerables a las personas si se hace mal uso de ellos. Los controladores de datos deberían adoptar medidas de privacidad y de seguridad que sean acordes con la sensibilidad de los datos y su capacidad de hacer daño a los individuos titulares de los datos.

## PRINCIPIO DIEZ

*Responsabilidad*

Los controladores de datos deberían adoptar e implementar las medidas técnicas y organizacionales correspondientes para asegurar y poder demostrar que el procesamiento se realiza en conformidad con estos Principios. El controlador y el procesador de datos y, en lo aplicable, sus representantes, deberían cooperar, a petición, con las autoridades de protección de datos personales en el ejercicio de sus tareas.

## PRINCIPIO ONCE

*Flujo Transfronterizo de Datos y Responsabilidad*

Los Estados Miembros deberían cooperar entre sí en la creación de mecanismos y procedimientos que aseguren que los controladores y procesadores de datos que operen en más de una jurisdicción puedan ser efectivamente hechos responsables por el cumplimiento de estos Principios.

## PRINCIPIO DOCE

*Excepciones*

Cuando las autoridades nacionales establezcan excepciones a estos Principios por motivos relacionados con la soberanía nacional, la seguridad nacional, la seguridad pública, la protección de la salud pública, el combate a la criminalidad, el cumplimiento de normativas u otras prerrogativas de orden público, la protección de los derechos y libertades de otros o el interés público, deberían establecerlas de manera expresa en una ley o norma y ponerlas en conocimiento del público.

## PRINCIPIO TRECE

### *Autoridades de Protección de Datos*

Los Estados Miembros deberían establecer órganos de supervisión independientes, de conformidad con la estructura constitucional, organizacional y administrativa de cada Estado, para monitorear y promover la protección de datos personales de conformidad con estos Principios.

## II. LAS ANOTACIONES

### **Introducción**

La finalidad de actualizar los “Principios sobre la Privacidad y la Protección de Datos Personales (con anotaciones)” adoptados por el Comité Jurídico Interamericano (CJI) en 2014 es contribuir al desarrollo de un marco vigente para salvaguardar los derechos de la persona a la protección de sus datos personales y a la autodeterminación informativa en los países de las Américas. Esta actualización de los Principios se basa en normas y estándares reconocidos a nivel internacional, según han evolucionado hasta el año 2020. Su intención es fortalecer los esfuerzos de los Estados Miembros de la OEA para proteger a las personas de la recopilación, el uso, la retención y la divulgación ilícitos o innecesarios de sus datos personales.

La siguiente explicación detallada de los Principios tiene por objeto proporcionar una guía para la preparación, actualización e implementación de leyes nacionales y normas conexas en los Estados Miembros de la OEA.

Cada Estado Miembro debería determinar cuál es la mejor manera de implementar estos Principios en su ordenamiento jurídico interno. Sea por medio de leyes, normas u otros mecanismos, los Estados Miembros deberían establecer reglas efectivas para la protección de datos personales que den efecto al derecho de la persona a la privacidad y que respeten sus datos personales, protegiendo al mismo tiempo que la persona pueda beneficiarse del libre flujo de información y del acceso a la economía digital.

La finalidad de estos Principios es proporcionar los elementos básicos de una protección efectiva. Los Estados podrían ofrecer mecanismos adicionales para garantizar la privacidad y la protección de los datos personales, teniendo en cuenta las funciones y los propósitos legítimos para los cuales se recopilen y se usen en beneficio de las personas. En general, los Principios reflejan la importancia de la efectividad, la razonabilidad, la proporcionalidad y la flexibilidad como elementos rectores.

### **Ámbito de aplicación**

Estos Principios se aplican a los sectores público y privado por igual, es decir, tanto a los datos personales generados, recopilados o administrados por entidades públicas como a los datos recopilados y procesados por entidades privadas<sup>1</sup>. Se aplican tanto a los datos personales impresos como a los archivos electrónicos. Los Principios no se aplican a los datos personales utilizados por una persona exclusivamente en el contexto de su vida privada, familiar o doméstica. Tampoco se aplican a la información anónima, es decir, aquella que no guarde relación con una persona física identificada o identificable, así como a los datos personales que han sido sujetos a un proceso de anonimización de tal forma que el titular no pueda ser identificado o reidentificado (*cf.* definición de ‘anonimización’, *infra*).

[NOTA: Basado en numeral 4.3 de los Estándares Iberoamericanos.]

Los Principios están relacionados entre sí y deberían interpretarse en conjunto.

---

<sup>1</sup> Con respecto al derecho específico de las personas de tener acceso a la información pública, véase la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública, adoptada por la Asamblea General de la OEA el 8 de junio de 2010 mediante la resolución AG/RES. 2607 (XL-O/10), en la cual se incorporan los principios enunciados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en *Claude Reyes vs. Chile*, Sentencia de 19 de septiembre de 2006 (Serie C No 151), así como los Principios sobre el Derecho de Acceso a la Información, adoptados por el Comité Jurídico Interamericano mediante la resolución CJI/RES. 147 (LXXIII-O/08).

## El concepto de privacidad

El concepto de privacidad está consagrado en el derecho internacional. Se basa en los conceptos fundamentales del honor personal y la dignidad, así como en la libertad de expresión, pensamiento, opinión y asociación. Hay disposiciones relativas a la protección de la privacidad, el honor personal y la dignidad en los principales sistemas de derechos humanos del mundo.

En las Américas, estos conceptos están claramente establecidos en el artículo V de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) y en los artículos 11 y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Pacto de San José”) (1969) (apéndice A). La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha confirmado el derecho a la privacidad<sup>2</sup>.

Además, la constitución y las leyes fundamentales de muchos Estados Miembros de la OEA garantizan el respeto y la protección de datos personales como un derecho distinto y complementario a los derechos a la privacidad, la dignidad personal y el honor familiar, la inviolabilidad del hogar y las comunicaciones privadas y conceptos conexos. Casi todos los Estados Miembros de la OEA han adoptado algún tipo de legislación con respecto a la protección de la privacidad y los datos (aunque sus disposiciones varían en lo que se refiere a su enfoque, ámbito de aplicación y contenido). En consonancia con estos derechos fundamentales, los Principios de la OEA reflejan los conceptos de autodeterminación en lo que respecta a la información, la ausencia de restricciones arbitrarias del acceso a los datos personales, y la protección de la privacidad, la identidad, la dignidad y la reputación.

*[Nota: Basado en el párrafo preambular (2) de los Estándares Ibero-Americanos]*

Al mismo tiempo, tal como se reconoce en todos los ordenamientos jurídicos, el derecho a la privacidad no es absoluto y puede tener limitaciones razonables relacionadas de manera racional con metas apropiadas.

## El concepto del libre flujo de información

Asimismo, los principios fundamentales de la libertad de expresión y de asociación y el libre flujo de información se reconocen en los principales sistemas de derechos humanos del mundo, entre ellos el Sistema Interamericano; por ejemplo, en el artículo IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) y en el artículo 13 de la Convención Americana (apéndice A). Estos derechos civiles y políticos esenciales se reflejan en las Américas en la constitución y las leyes fundamentales de todos los Estados Miembros de la OEA (aunque cabe reiterar que sus disposiciones varían en cuanto a su enfoque, ámbito de aplicación y contenido). Son cruciales para la promoción de la democracia y las instituciones democráticas.

En una “sociedad de la información” centrada en la persona y orientada al desarrollo, la protección del derecho de las personas a tener acceso a información y conocimientos, a usarlos y a difundirlos puede ayudar a las personas, a las comunidades y a los pueblos a alcanzar su pleno potencial, promover el desarrollo sostenible y mejorar la calidad de vida en general, de acuerdo con los propósitos y principios de la Carta de la OEA y con nuestros instrumentos regionales de derechos humanos.

## Definiciones

**Anonimización.** Tal como se usa en estos Principios, la palabra “anonimización” se refiere a la aplicación de medidas de cualquier naturaleza dirigidas a impedir la identificación o reidentificación de una persona física sin esfuerzos desproporcionados.

*[NOTA: Basado en el numeral 2.1(a) de los Estándares Iberoamericanos]*

**Datos personales.** Tal como se usa en estos Principios, el término “datos personales” abarca la información que identifica o puede usarse de manera razonable para identificar a una persona física de forma directa o indirecta, especialmente por referencia a un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o a uno o más factores referidos específicamente a su identidad

---

<sup>2</sup> “[E]l ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública”, Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia, Sentencia de 1 de julio de 2006 (párr. 149), que se encuentra en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_148\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_148_esp.pdf).

física, fisiológica, genética, mental, económica, cultural o social. Incluye información expresada en forma numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, alfanumérica, acústica, electrónica, visual o de cualquier otro tipo. El término no abarca la información que no identifica a una persona en particular (o no puede usarse de manera razonable para identificarla).

*[NOTA: Basado en el artículo 4.1 del GDPR, el artículo 2.c de los Estándares Iberoamericanos y §1798.140(o)(1) del CCPA]*

En los Principios, la palabra “datos” se usa intencionalmente en un sentido amplio a fin de conferir la protección más amplia posible a los derechos de las personas afectadas, independientemente de la forma particular en que se recopilen, se almacenen, se recuperen, se usen o se difundan los datos. En general, en los Principios se evita el uso de la frase “información personal”, la cual, por sí sola, podría interpretarse en el sentido de que no incluye “datos” específicos tales como elementos fácticos, “bits” almacenados electrónicamente o registros digitales. Análogamente, la palabra “datos” podría interpretarse en el sentido de que no incluye compilaciones de hechos que, tomados en conjunto, permitan sacar conclusiones sobre la persona o las personas en particular. Por ejemplo, los detalles relativos a la estatura, el peso, el color del cabello y la fecha de nacimiento de dos personas podrían constituir “datos” que, al compararlos, revelen la “información” de que son hermano y hermana o tal vez gemelos idénticos. A fin de promover la mayor protección posible de la privacidad, estos Principios se aplicarían en ambos casos y no permitirían que un controlador de datos efectuara distinciones de ese tipo.

Ejemplos de datos personales incluyen identificadores como el nombre real, alias, dirección postal, identificador personal único, identificador en línea, dirección de protocolo de internet, dirección de correo electrónico, nombre de cuenta, número de seguridad social, número de licencia de conducir, número de pasaporte u otros identificadores similares, o información comercial, información biométrica, información de internet u otra actividad de redes electrónicas (como historial de navegación, historial de búsqueda e información sobre la interacción de un titular con un sitio web, aplicación o anuncio, datos de geolocalización, información de audio, electrónica, visual, termal, olfatoria u otra similar, información profesional o relacionada al trabajo, información educativa e inferencias derivadas de lo anterior para crear un perfil de las preferencias, características, tendencias psicológicas, predisposiciones, comportamiento, actitudes, inteligencia, habilidades y aptitudes del titular de datos, entre otras.

*[NOTA: Basado en §1798.140(o)(1) del CCPA]*

A efectos de estos Principios, solo la gente (personas físicas) tiene intereses en materia de privacidad, a diferencia de los dispositivos, las computadoras o los sistemas mediante los cuales interactúan. Tampoco tienen intereses en materia de privacidad las organizaciones u otras personas jurídicas con las que tratan. Los menores (personas que no han llegado a la edad adulta) también tienen intereses legítimos en materia de privacidad que deberían reconocerse y protegerse efectivamente en la legislación nacional.

Controlador de datos. Tal como se usa en estos Principios, guía, el término “controlador de datos” significa la persona física o jurídica, entidad privada, autoridad pública u otro organismo u organización o servicio que (solo o junto con otros) se encarga del almacenamiento, el procesamiento, el uso, la protección y la difusión de los datos personales en cuestión. En general abarca las personas físicas o jurídicas o las autoridades facultadas por las leyes nacionales para tomar decisiones con respecto al contenido, el propósito y el uso de un archivo de datos o una base de datos. En algunas circunstancias, este término sería aplicable también a entidades que pueden describirse como “recopiladores de datos”, ya que, en la mayoría de los casos, la entidad que almacena, usa y difunde los datos personales también se encarga (de manera directa o indirecta) de recopilarlos.

*[NOTA: Basado en el numeral 2.1(g) de los Estándares Iberoamericanos y el artículo 4.7 del GDPR]*

Procesador de datos. El término “procesador de datos” se refiere más específicamente a la persona física o jurídica, entidad privada, autoridad pública u otro organismo u organización que (solo o junto con otros) procesa los datos en cuestión. Por lo general y en la gran mayoría de los Estados de la región americana, el procesador de datos es diferente del recopilador de datos y actúa a nombre y por cuenta de éste. En algunos casos, el controlador de datos podría ser también el procesador de datos o podría efectuar arreglos para que otros se ocupen del procesamiento sobre la base de una relación

contractual. El término “procesamiento de datos” se usa en un sentido amplio y abarca toda operación o conjunto de operaciones realizado con datos personales, como recopilación, registro, almacenamiento, alteración, recuperación, divulgación o transferencia.

*[NOTA: Con base en el numeral 2.1(e) de los Estándares Iberoamericanos y el artículo 4.8 del GDPR]*

Autoridad responsable de la protección de datos. Como se utiliza en estos Principios, el término “autoridad responsable de la protección de datos” se refiere a las autoridades supervisoras establecidas en los Estados Miembros, que tienen la facultad de redactar e implementar las leyes, reglamentos y requisitos relacionados con la protección de datos personales, sea a nivel nacional, regional o municipal y de conformidad con la estructura constitucional, organizacional y administrativa de cada Estado.

*[NOTA: Basado en el artículo 4.8 del GDPR]*

Titular de los datos. Es la persona cuyos datos personales se recopilan, procesan, almacenan, utilizan o difunden.

Datos personales sensibles. El término “datos personales sensibles” se refiere a una categoría más estrecha que abarca los datos que afectan a los aspectos más íntimos de las personas físicas. Según el contexto cultural, social o político, esta categoría podría abarcar, por ejemplo, datos relacionados con la salud personal, las preferencias sexuales o vida sexual, las creencias religiosas, filosóficas o morales, la afiliación sindical, los datos genéticos, los datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, las opiniones políticas o el origen racial o étnico. En ciertas circunstancias podría considerarse que estos datos merecen una protección especial porque, si se manejan o divulgan de manera indebida, podrían conducir a graves perjuicios para la persona o a discriminación ilegítima o arbitraria.

*[NOTA: Con base en el numeral 2.1(d) y 9 de los Estándares Iberoamericanos, en el artículo 9 del GDPR y en el artículo 4.2 de la Decisión de la OCDE]*

En los Principios se reconoce que la sensibilidad de los datos personales puede variar según la cultura y cambiar con el tiempo y que los riesgos de ocasionar daños reales a una persona como consecuencia de la divulgación de datos podrían ser insignificantes en una situación en particular pero podrían poner en peligro la vida en otra.

## **PRINCIPIOS SOBRE PROTECCIÓN DE LA PRIVACIDAD Y LOS DATOS PERSONALES (CON ANOTACIONES)**

### **PRINCIPIO UNO: PROPÓSITOS LEGÍTIMOS Y JUSTOS**

***Los datos personales deberían ser recopilados solamente para fines legítimos y por medios justos y legales.***

Este Principio abarca dos elementos: 1) los “fines legítimos” para los cuales se recopilan inicialmente los datos personales y 2) los “medios justos y legales” con los cuales se efectúa la recopilación inicial.

La premisa es que muchas o incluso la mayoría de las intrusiones en los derechos de las personas pueden evitarse si se respetan los conceptos conexos de legalidad y justicia desde el comienzo, cuando se recopilan inicialmente los datos. Desde luego, estos Principios se aplican y deberían respetarse en todo el proceso de recopilación, compilación, almacenamiento, utilización, divulgación y eliminación de datos personales, no solo en el momento de su recopilación. Sin embargo, es más probable que se cumplan si se recalcan y se respetan desde el comienzo.

#### **Fines legítimos**

El requisito de legalidad del fin para el cual se recopilan, retienen y procesan los datos personales es una norma fundamental, profundamente arraigada en valores democráticos básicos y en el estado de derecho. En principio, la recopilación de datos personales debería ser limitada y realizarse con el conocimiento o el consentimiento de la persona. No deberían recopilarse datos sobre personas

excepto en las situaciones y con los métodos permitidos o autorizados por ley y (por lo general) deberían darse a conocer a las personas afectadas en el momento en que se recopilen.

Los Estados Miembros deberían, por lo tanto, incluir en sus legislaciones nacionales disposiciones específicas sobre los fines legítimos del procesamiento de datos personales. Como regla general, éstos deberían incluir casos en los que: (a) el titular de los datos otorgue su consentimiento expreso al procesamiento de sus datos personales para uno o varios fines específicos; (b) el procesamiento sea necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de éste de medidas precontractuales; (c) el procesamiento sea necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al controlador de datos; (d) el procesamiento sea necesario para proteger intereses vitales del titular o de otra persona; (e) el procesamiento sea necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en ejercicio de poderes públicos conferidos al controlador de datos; (f) el procesamiento sea necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el controlador de datos o por un tercero; (g) el procesamiento sea necesario para el cumplimiento de una orden judicial, resolución o mandato fundado y motivado de autoridad pública competente; y (h) el procesamiento sea necesario para el reconocimiento o defensa de los derechos del titular ante una autoridad pública.

*[NOTA: Basado en el artículo 6.1 de GDPR y el numeral 11.1 de los Estándares Iberoamericanos]*

El requisito de legalidad abarca el concepto de legitimidad y excluye la recopilación arbitraria y caprichosa de datos personales. Implica transparencia y una estructura jurídica a la cual pueda tener acceso la persona cuyos datos estén recopilándose.

En la mayoría de los contextos se puede cumplir con el requisito de legalidad si el recopilador o procesador de datos informa al titular de los datos sobre las bases jurídicas de la solicitud de los datos en el momento de su recopilación (por ejemplo, “se solicita su número de identificación personal de conformidad con la Ley de Registro Nacional de 2004” o “la Directiva 33-25 del Ministerio de Economía”).

En otros casos podría necesitarse una explicación diferente, como “se requiere esta información para garantizar que el reembolso se envíe a la dirección correcta del reclamante”. En tales casos, se deberían indicar claramente los fines para los cuales se recopilan los datos, a fin de que la persona pueda entender cómo se recopilarán, usarán o divulgarán los datos.

### **Medios justos y legales**

El Principio Uno también requiere que los medios que se empleen para recopilar datos personales sean “justos y legales”. Los datos personales se recopilan por medios justos y legales cuando la recopilación es compatible tanto con los requisitos jurídicos pertinentes como con las expectativas razonables de las personas basadas en su relación con el controlador de datos o con otra entidad que recopile los datos y en el aviso o los avisos dados a las personas en el momento en que se recopilen sus datos.

Este Principio excluye la obtención de datos personales por medio de fraude, engaño o con pretextos falsos. Se infringiría, por ejemplo, si una organización se hiciera pasar por otra en llamadas de tele marketing, avisos publicitarios impresos o mensajes por correo electrónico a fin de engañar a los titulares e inducirlos a dar el número de su tarjeta de crédito, información sobre cuentas bancarias u otros tipos de información personal delicada.

*[NOTA: Basado en el No. 15 de los Estándares Iberoamericanos]*

La “justicia” es contextual y depende de las circunstancias. Requiere, entre otras cosas, que se ofrezcan opciones apropiadas a las personas con respecto a la forma y el momento en que vayan a proporcionar datos personales a controladores de datos en los casos en que no sea razonable prever que puedan recopilarse en vista de la relación de las personas con el recopilador o procesador de datos y del aviso o los avisos que hayan recibido en el momento en que se recopilaron sus datos. Las opciones que se ofrezcan a las personas no deberían interferir en las actividades y en la obligación de los controladores de datos de promover la seguridad externa e interna y el cumplimiento de la normativa ni impedir que empleen prácticas comúnmente aceptadas para la recopilación y utilización de datos personales.

Al aplicar estos Principios, los Estados Miembros podrían establecer un requisito de “justicia” separado del tema del engaño.

## PRINCIPIO DOS: TRANSPARENCIA Y CONSENTIMIENTO

*Antes o en el momento en que se recopilen, se deberían especificar las categorías de datos personales a ser recopiladas, los fines para los cuales se recopilan y usarán los datos personales, los destinatarios o categorías de destinatarios a los cuales los datos personales han sido o serán comunicados, y los derechos del titular en relación con los datos personales a ser recopilados. Cuando el procesamiento se base en el consentimiento, los datos personales solamente deberían ser recopilados con el consentimiento de la persona a que se refieran.*

*[NOTA: Basado en el numeral 12, 16 y 25 de los Estándares Iberoamericanos, el artículo 15 del GDPR y §1798.100(b) y §1798.110(a)(4) y (b)(4) de CCPA]*

Este Principio también se centra en la recopilación de datos personales. Se basa en el concepto de la “autodeterminación en lo que respecta a la información” y, en particular, en dos conceptos que gozan de amplio reconocimiento a nivel internacional: el principio de “transparencia” y el principio de “consentimiento”. Combinados, estos Principios requieren que (i) se especifiquen las categorías de datos personales a ser recopiladas, los fines para los cuales se recopilen y usen datos personales, así como los destinatarios o categorías de destinatarios a quienes se divulgarán los datos personales y los derechos del titular de datos personales en relación con los datos a ser recopilados, generalmente a más tardar en el momento en el cual se inicie la recopilación; y (ii) cuando el procesamiento se base en el consentimiento, se recopilen datos personales solo con el consentimiento claro de la persona a la que se refieran.

### Transparencia

Las categorías de datos personales a ser recopiladas, los fines para los cuales se recopilan y usarán los datos personales, así como los destinatarios o categorías de destinatarios a quienes se divulgarán los datos personales y los derechos del titular de datos personales en relación con los datos a ser recopilados deberían especificarse claramente antes o en el momento en el cual se recopilen. Además, se debería informar a las personas sobre las prácticas y políticas de las entidades o personas que recopilen los datos personales, a fin de que puedan tomar una decisión fundamentada con respecto al suministro de tales datos. Sin claridad, el consentimiento de la persona con respecto a la recopilación de los datos no puede ser válido.

A fin de que las personas cuenten con fundamentos para decidir a quiénes proporcionarán sus datos personales y por qué razón, se necesita más información que los meros fines de la recopilación, las categorías y el manejo de esos datos. Es importante que se les informe también sobre el fundamento jurídico de la recopilación de sus datos personales, la forma en que se almacenarán y procesarán, la identidad del controlador de esos datos e información para contactarlo, toda transferencia de datos que pueda efectuarse, la existencia, formas y mecanismos o procedimientos de que disponen para ejercer sus derechos de solicitar al controlador de datos el acceso, rectificación o cancelación de sus datos personales o de objetar a su procesamiento, así como su derecho a portabilidad de datos y, cuando los datos personales no hubieren sido recopilados directamente del titular, cualquier información disponible sobre su origen.

*[NOTA: Basado en el numeral 16.2 de los Estándares Iberoamericanos, artículo 15 de GDPR y §1798.105(b) y §1798.110 of CCPA]*

La información debería ser proporcionada al titular en forma concisa, transparente, inteligible y de fácil acceso, con un lenguaje claro y sencillo, en particular cualquier información dirigida específicamente a un niño.

*[NOTA: Basado en el artículo 12.1 del GDPR y el numeral 16.3 de los Estándares Iberoamericanos]*

### Consentimiento

Por lo general, la persona debería ser capaz de dar su consentimiento libremente respecto de la recopilación de datos personales de la forma y con los fines previstos. Por lo tanto, el consentimiento de la persona debería basarse en suficiente información y ser claro, es decir, no debería dar lugar a

ninguna duda o ambigüedad con respecto a la intención de la persona. Para que el consentimiento sea válido, la persona debería contar con suficiente información sobre los detalles concretos de los datos que se recopilarán, la forma en que se recopilarán, los fines del procesamiento y toda divulgación que pueda efectuarse. La persona debería ser capaz de efectuar una elección real.

La persona no debería correr ningún riesgo de engaño, intimidación, coacción o consecuencias negativas significativas si se niega a dar el consentimiento.

El método para obtener el consentimiento debería ser apropiado para la edad y la capacidad de la persona afectada (si se conocen) y para las circunstancias particulares del caso. En la obtención del consentimiento de niñas y niños, el controlador de datos debería obtener la autorización del titular de la patria potestad o tutela, conforme a lo dispuesto en las reglas de representación previstas en el derecho interno de los Estados, o en su caso, debería solicitar directamente la autorización del menor de edad si el derecho interno de cada Estado ha establecido una edad mínima para que lo pueda otorgar directamente y sin representación alguna del titular de la patria potestad o tutela.

*[NOTA: Basado en el artículo 8 del GDPR y el numeral 13.1 de los Estándares Iberoamericanos]*

El consentimiento debería reflejar la preferencia y la decisión fundamentada de la persona afectada. Evidentemente, el consentimiento obtenido bajo coacción o sobre la base de declaraciones falsas o incluso información incompleta o engañosa no puede cumplir las condiciones para la recopilación o el procesamiento legítimos.

*[NOTA: Basado en el numeral 12.1 de los Estándares Iberoamericanos]*

## **Contexto**

El requisito del consentimiento debería interpretarse de manera razonable en el entorno tecnológico en rápida evolución en el cual se recopilan y usan los datos personales en la actualidad. La índole del consentimiento podría variar según las circunstancias del caso. En estos Principios se reconoce que, en algunas circunstancias, el “conocimiento” podría ser la norma apropiada en los casos en que el procesamiento y la divulgación de datos satisfagan intereses legítimos. El consentimiento implícito podría ser apropiado cuando los datos personales en cuestión son menos sensibles y cuando se proporciona información razonable sobre el propósito y el método de recopilación de manera tal que se cumplan los requisitos de transparencia.

Por ejemplo, el consentimiento de una persona con respecto a la recopilación de algunos datos personales podría inferirse de manera razonable de interacciones anteriores con controladores de datos (y los avisos dados por ellos) y en los casos en que la recopilación sea acorde con el contexto de la transacción para la cual se recopilaron los datos originalmente. También podría inferirse de prácticas comúnmente aceptadas con respecto a la recopilación y el uso de datos personales o las obligaciones legales de los controladores de datos.

En unos pocos casos podría autorizarse la recopilación de algunos datos personales sin consentimiento. En esos casos, la parte que procure recopilar y procesar los datos debería demostrar que tiene una necesidad clara de hacerlo para los fines de sus intereses legítimos o los de un tercero a quien puedan divulgarse los datos. También se debería demostrar que hay un equilibrio entre los intereses legítimos de la parte que busque la divulgación y los intereses del titular de los datos.

La condición de los “intereses legítimos” no se cumplirá si el procesamiento tendrá efectos perjudiciales en los derechos y libertades o en intereses legítimos del titular de los datos. En los casos en que haya una gran discrepancia entre intereses en pugna, los intereses legítimos del titular de los datos tienen prelación. La recopilación y el procesamiento de datos de acuerdo con la condición de los intereses legítimos deberían ser justos y legales y ceñirse a todos los principios de la protección de datos.

Los datos personales sensibles podrían procesarse sin el consentimiento explícito de su titular solo en los casos en que ello sea claramente de gran interés público (según lo que esté autorizado por ley) o responda a intereses vitales del titular de los datos (por ejemplo, en una situación de emergencia en la cual corra peligro su vida).

## **Momento**

Por lo general, se debería informar a la persona sobre los fines en el momento en el cual se recopilen los datos y se debería obtener su consentimiento en ese momento. En la mayoría de los

casos, el consentimiento durará todo el tiempo que lleve el procesamiento al cual se refiera. En algunos casos, la recopilación subsiguiente de más datos podría basarse de manera razonable en el consentimiento anterior dado por la persona en relación con la recopilación inicial.

El titular debería tener derecho a retirar su consentimiento en cualquier momento, para lo cual el controlador deberá establecer mecanismos sencillos, ágiles, eficaces y gratuitos. En general, el retiro del consentimiento no afecta la validez del procesamiento que se hubiere hecho sobre la base del consentimiento antes de su retiro.

*[NOTA: Basado en el artículo 7.3 del GDPR y el numeral 12.2 de los Estándares Iberoamericanos]*

### **PRINCIPIO TRES: PERTINENCIA Y NECESIDAD**

***Los datos deberían ser pertinentes y necesarios para los fines expresos de su recopilación.***

La pertinencia y la necesidad son principios cruciales de la protección de datos y la privacidad personal. Desde luego, sus requisitos deberían evaluarse en relación con el contexto específico en el cual se recopilen, usen y divulguen los datos. Las consideraciones contextuales incluyen qué datos particulares se recopilan y con qué fines.

#### **Pertinencia**

El requisito de que los datos sean “pertinentes” significa que deberían guardar una relación razonable con los fines para los cuales hayan sido recopilados y se tenga la intención de usarlos. Por ejemplo, los datos relativos a opiniones podrían ser fácilmente engañosos si se usan para fines con los cuales no guarden ninguna relación.

#### **Necesidad y proporcionalidad**

Por lo general, los procesadores de datos deberían usar datos personales solamente de una forma acorde con los fines expresos de la recopilación; por ejemplo, cuando sean necesarios para proporcionar el servicio o el producto solicitado por la persona. Asimismo, los recopiladores y procesadores de datos deberían seguir un criterio de “limitación” o “minimización”, de acuerdo con el cual deberían hacer un esfuerzo razonable para cerciorarse de que los datos personales que manejen correspondan al mínimo requerido para el fin expreso. En algunos sistemas jurídicos se usa el concepto de “proporcionalidad” para hacer referencia al equilibrio de valores en pugna. La proporcionalidad requiere que las instancias decisorias determinen si una medida ha ido más allá de lo que se requiere para alcanzar una meta legítima y si los beneficios alegados excederán los costos previstos.

*[NOTA: Basado en el artículo 5.1(c) de GDPR]*

En el contexto del procesamiento de datos del sector público, la idea de necesidad a veces se mide sobre la base de la proporcionalidad; por ejemplo, al exigir un equilibrio entre 1) el interés del público en el procesamiento de los datos personales y 2) la protección de los intereses de las personas en materia de privacidad.

De acuerdo con estos Principios, los conceptos de “necesidad” y “proporcionalidad” imponen limitaciones generales al uso, lo cual significa que los datos personales solo deberían usarse para cumplir los propósitos de la recopilación excepto con el consentimiento de la persona cuyos datos personales se recopilen o cuando sea necesario para proporcionar un producto o servicio solicitado por la persona.

No obstante, en los Principios se reconoce que el campo de la gestión y el procesamiento de datos están evolucionando continuamente desde el punto de vista tecnológico. En consecuencia, debería entenderse que este Principio abarca una medida razonable de flexibilidad y adaptabilidad.

### **PRINCIPIO CUATRO: USO LIMITADO Y RETENCIÓN**

***Los datos personales deberían ser mantenidos y utilizados solamente de manera legítima no incompatible con el fin o fines para los cuales se recopilaron. No deberían mantenerse más del***

***tiempo necesario para su propósito o propósitos y de conformidad con la legislación nacional correspondiente.***

En este Principio se enuncian dos premisas fundamentales con respecto a la retención de datos personales: 1) deberían mantenerse y utilizarse de una manera legítima que no sea incompatible con el fin para el cual se hayan recopilado (lo cual se denomina a veces el “principio de finalidad” o “limitación del propósito”) y 2) no deberían mantenerse más tiempo del necesario para su propósito y de conformidad con la legislación nacional correspondiente.

**Uso limitado**

Con respecto a la primera premisa, los datos personales deberían manejarse con propósitos determinados, específicos, explícitos y legítimos. La retención y el uso de datos personales deberían ser compatibles con las expectativas razonables de las personas, su relación con el controlador que recopile los datos y el aviso o los avisos proporcionados por el controlador de datos.

*[NOTA: Basado en el artículo 5.1(b) del GDPR y el numeral 17.1 de los Estándares Iberoamericanos]*

No deberían mantenerse ni utilizarse datos personales con fines que no sean compatibles con aquellos para los cuales se hayan recopilado, excepto con el conocimiento o consentimiento del titular de los datos o por mandato de la ley. El concepto de “incompatibilidad” da cierto grado de flexibilidad, ya que permite hacer referencia al objetivo o propósito general en relación con el cual la persona haya dado inicialmente su consentimiento para que se recopilaran datos. En ese sentido, la medida apropiada suele consistir en respetar el contexto en el cual la persona haya proporcionado sus datos personales y las expectativas razonables de la persona en esa situación particular.

*[NOTA: Basado en §1798.100(b) de CCPA]*

Por ejemplo, cuando un titular da su nombre y su dirección a un vendedor en línea y dicho vendedor, a su vez da el nombre del titular y su domicilio particular al expedidor para que se puedan entregar al comprador los productos comprados, esa divulgación es evidentemente un uso “compatible” de datos personales. Sin embargo, si el vendedor da el nombre del titular y su domicilio particular a otro tipo de vendedor o comerciante con fines que no sean necesarios para completar la transacción en línea del titular y que no estén relacionados con dicha transacción, lo más probable es que sea un uso “incompatible” de los datos del consumidor y que no esté permitido salvo que el titular dé su consentimiento expreso.

El procesamiento ulterior de datos personales con fines archivísticos, de investigación científica e histórica o con fines estadísticos, todos ellos, en favor del interés público, no se considerará incompatible con las finalidades iniciales.

*[NOTA: Basado en el numeral 17.3 de los Estándares Iberoamericanos, artículo 5.1(b) de GDPR y §1798.140(o)(3)(s) de CCPA]*

Así, otro caso en el cual este Principio podría aplicarse de manera razonable y con un alto grado de flexibilidades el uso de los datos personales de una persona como parte de un procesamiento más amplio (o “agregado”) de datos de un gran número de personas por el controlador de datos; por ejemplo, para la elaboración de inventarios o con fines estadísticos o de contabilidad.

**Retención limitada**

Los datos personales deberían mantenerse de forma que se permita la identificación de los interesados únicamente durante el tiempo que sea necesario para los fines del procesamiento de los datos personales. La realidad de la tecnología moderna exige una limitación general para la retención de datos. Como el costo del almacenamiento de datos ha bajado considerablemente, suele ser menos costoso para los controladores de datos almacenar datos indefinidamente en vez de examinarlos y borrar los que no sean necesarios. No obstante, la retención innecesaria y excesiva de datos personales evidentemente tiene implicaciones para la privacidad. Como regla general, por lo tanto, los controladores deberían disponer de manera segura y definitiva de los datos -a través, por ejemplo, de eliminarlos de los archivos, registros, bases de datos, expedientes o sistemas de información de los controladores, o bien deberían someterlos a un proceso de anonimización, cuando ya no se necesiten para su fin original o tal como se disponga en la legislación nacional.

*[NOTA: Basado en el artículo 5.1(d) del GDPR y numeral 19.2 y 19.3 de los Estándares Iberoamericanos]*

Los datos personales podrán conservarse durante períodos más largos siempre que se traten exclusivamente con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, sin perjuicio de la aplicación de las medidas técnicas y organizativas apropiadas a fin de proteger los derechos y libertades del titular.

*[NOTA: Basado en el artículo 5.1(e) de GDPR]*

Asimismo, las personas pueden optar por consentir, ya sea de forma expresa o por implicación, en que se usen y retengan sus datos personales con fines adicionales. La legislación interna pertinente impone requisitos legales explícitos para la retención de datos. Asimismo, un controlador de datos podría tener razones legales legítimas para retener datos durante un período determinado, aunque eso no se requiera explícitamente. Por ejemplo, los empleadores podrían conservar expedientes de ex empleados o los médicos podrían conservar expedientes de ex pacientes a fin de protegerse de ciertos tipos de acción judicial, como juicios por mal ejercicio de la profesión, despido ilegal, etc. Podría ser necesario que los controladores de datos retengan datos personales durante períodos más largos a fin de cumplir otras obligaciones legales o proteger los derechos, la seguridad o los bienes de la persona, del procesador de datos o de un tercero.

*[NOTA: Basado en el numeral 19.4 de los Estándares Iberoamericanos].*

## **PRINCIPIO CINCO: DEBER DE CONFIDENCIALIDAD**

***Los datos personales no deberían divulgarse, ponerse a disposición de terceros ni emplearse para otros propósitos que no sean aquellos para los cuales se obtuvieron, excepto con el conocimiento o consentimiento de la persona en cuestión o bajo autoridad de la ley.***

Este Principio deriva del deber básico del controlador de datos de mantener la “confidencialidad” de los datos personales en un entorno seguro y controlado.

Este deber requiere que el controlador de datos se cerciore de que no se proporcionen tales datos (ni se pongan a disposición por otros medios) a personas o entidades excepto con el conocimiento o consentimiento de la persona afectada, en consonancia con las expectativas razonables de la persona afectada o por mandato de la ley. El controlador de datos debería cerciorarse también de que los datos personales no se usen con fines que sean incompatibles con el fin original para el cual se recopilaban los datos. Estas responsabilidades emanan de la naturaleza misma de los datos personales y no dependen de afirmaciones de las personas afectadas.

*[NOTA: Basado en el numeral 23 de los Estándares Iberoamericanos]*

Este deber de respetar los límites de la divulgación se suma a la obligación de los controladores de datos enunciada en el Principio Seis de promover la seguridad externa e interna y el cumplimiento de la normativa al salvaguardar los datos. Proteger la privacidad implica no solo mantener la seguridad de los datos personales, sino también permitir que las personas controlen la forma en que se usan y divulgan sus datos personales. Un elemento esencial de la “autodeterminación en lo que respecta a la información” es el establecimiento y mantenimiento de la confianza entre el titular de los datos y el controlador de datos, especialmente con respecto a la divulgación de datos personales a terceros.

En algunos casos sería razonable inferir el consentimiento de la persona del contexto particular de su relación e interacciones con el controlador de datos o sus servicios, el aviso o los avisos dados por el controlador de datos y las prácticas aceptadas comúnmente para la recopilación y el uso de datos personales. Por ejemplo, en algunos casos sería enteramente razonable que un controlador de datos proporcionara datos a un tercero “proveedor de servicios” (por ejemplo, un procesador de datos) en el marco de un arreglo contractual especificado.

La divulgación a agentes de las fuerzas del orden y a otros organismos gubernamentales de conformidad con la legislación no contravendría este Principio, pero debería autorizarse por medio de disposiciones claras y específicas.

La protección de los datos personales en poder de las autoridades públicas puede estar sujeta a normas diferentes en función de la naturaleza de la información y las razones de la divulgación. Estas razones y normas también deberían ser tratadas por disposiciones claras y específicas. En este contexto, se llama la atención a la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública, aprobada en 2010, así como al proyecto de Ley Modelo 2.0 que aprobó el CJI en 2020 y actualmente discuten los órganos políticos de la OEA, conforme al cual los sujetos obligados deben proteger a la información confidencial de las personas y en particular, los datos personales cuya divulgación requiera autorización de sus titulares.

## PRINCIPIO SEIS: PROTECCIÓN Y SEGURIDAD

*La confidencialidad, integridad y disponibilidad de los datos personales deberían ser protegidas mediante salvaguardias de seguridad técnicas u organizacionales razonables y adecuadas contra procesamientos no autorizados o ilegítimos y contra la pérdida, destrucción o daños accidentales.*

De acuerdo con este Principio, los controladores de datos deberían establecer y mantener las medidas de carácter administrativo y técnicas que sean necesarias para establecer salvaguardias de seguridad que garanticen la confidencialidad, integridad y disponibilidad de los datos personales que obren en su poder o bajo su custodia (o de los cuales sean responsables) y cerciorarse de que tales datos personales no sean procesados ni divulgados excepto con el conocimiento o consentimiento de la persona o de otra autoridad legítima, ni que sean accidentalmente perdidos, destruidos o dañados.

*[NOTA: Basado en el artículo 5.1(f) de GDPR y el numeral 21.1 y 23.1 de los Estándares Iberoamericanos]*

Los controladores de datos deberían proporcionar “salvaguardias razonables y adecuadas”. Se basa en la consecución y el mantenimiento de un nivel apropiado de atención en el contexto de la situación general. Por lo tanto, hay que tener en cuenta consideraciones de proporcionalidad y necesidad.

En el contexto moderno, es técnicamente imposible garantizar la privacidad absoluta y la protección completa de los datos personales, y el esfuerzo necesario para lograrlo impondría barreras indeseables y costos inaceptables. Asimismo, es posible que en distintos contextos se requieran soluciones y niveles de salvaguardias diferentes. Por consiguiente, este Principio requiere un juicio razonado y fundamentado y no se viola necesariamente cada vez que un controlador de datos experimente un acceso no autorizado, pérdida, destrucción, daño, uso, modificación o divulgación.

Los datos personales deberían protegerse, independientemente de la forma en que se mantengan, por medio de salvaguardias razonablemente concebidas para prevenir que las personas sufran daños considerables como consecuencia del acceso no autorizado a los datos o de su pérdida o destrucción. La índole de las salvaguardias podría variar según la sensibilidad de los datos en cuestión.

Evidentemente, para los datos más sensibles se requiere un nivel más alto de protección. Algunas de las razones para conferir mayor protección podrían ser, por ejemplo, los riesgos de usurpación de la identidad, pérdidas económicas, efectos negativos en la calificación crediticia, daños a bienes y pérdida del empleo o de oportunidades comerciales o profesionales.

La norma no es estática. Las amenazas a la privacidad, especialmente las amenazas cibernéticas, están evolucionando constantemente y la determinación de lo que constituye salvaguardias “razonables y adecuadas” debería responder a esa evolución. El reto consiste en proporcionar orientación válida a los controladores de datos, procurando al mismo tiempo que las normas sigan siendo “tecnológicamente neutrales” y no se vuelvan obsoletas como consecuencia de los rápidos cambios tecnológicos.

En vista de la celeridad de los cambios en el entorno actual de la información, una práctica que hace solo unos meses era permisible podría considerarse en la actualidad como una práctica intrusiva, riesgosa o peligrosa para la privacidad individual. Análogamente, una restricción que haya parecido razonable hace algunos meses podría ser obsoleta o injusta a la luz de los adelantos tecnológicos.

Por lo tanto, la determinación relativa a la existencia de “salvaguardias razonables y adecuadas” debería basarse en los métodos y técnicas más avanzados que estén en uso en el ámbito de la seguridad de los datos en vista de la evolución de las amenazas a la privacidad personal. Asimismo, debería reverse, evaluarse y mejorarse periódicamente.

*[NOTA: Basado en el numeral 21.3 de los Estándares Iberoamericanos]*

La protección de la privacidad de las personas implica mantener la seguridad de sus datos personales y permitir que las personas controlen su experiencia “en línea”. Además de tomar medidas de seguridad eficaces, los controladores de datos (tales como los proveedores de servicios en línea) deberían tener flexibilidad para proporcionar a sus usuarios medios efectivos para controlar el intercambio de datos personales como parte de las medidas generales de protección de la privacidad.

### **Violaciones de los datos personales**

La incidencia creciente de intrusiones externas (“violaciones de los datos personales”), que consisten en el acceso no autorizado a datos protegidos, suscita preocupaciones relacionadas con la privacidad y con el ámbito penal. En muchos países, entre los cuales se cuentan Estados Miembros de la OEA, la notificación es obligatoria por ley en esos casos. Por consiguiente, en caso de violación de los datos, los controladores de datos podrían tener la obligación legal de notificar a las personas cuyos datos hayan sido (o puedan haber sido) comprometidos.

Tales notificaciones permiten a las personas afectadas tomar medidas de protección y posiblemente tener acceso a los datos y pedir que se corrijan datos inexactos o el uso indebido de los datos como consecuencia de su violación. Las notificaciones también podrían ofrecer incentivos a los controladores de datos para asumir la responsabilidad, examinar las políticas en materia de retención de datos y mejorar sus medidas de seguridad.

Al mismo tiempo, las leyes sobre notificación de violaciones de datos podrían imponer a los controladores de datos la obligación de cooperar con las fuerzas del orden en el ámbito penal y con otras autoridades (por ejemplo, equipos de respuesta a incidentes de informática u otras entidades responsables de la supervisión de la ciber seguridad). En la legislación nacional se deberían indicar las (pocas) situaciones concretas en que las fuerzas del orden puedan requerir la divulgación de datos personales sin el consentimiento de las personas afectadas. Hay que tener cuidado de no imponer requisitos contradictorios a los controladores de datos con respecto a la notificación y la confidencialidad.

En los casos en que se imponen sanciones a los controladores de datos por incumplimiento del deber de salvaguardar y proteger, tales sanciones deberían ser proporcionales al grado de perjuicio o de riesgo. En este contexto podría ser útil que las jurisdicciones nacionales adoptaran definiciones específicas de lo que constituye una “violación” (o “acceso no autorizado”), los tipos de datos que podrían requerir un grado mayor de protección en esos casos y las responsabilidades específicas que podría tener un controlador de datos en caso de una divulgación de ese tipo.

## **PRINCIPIO SIETE: EXACTITUD DE LOS DATOS**

*Los datos personales deberían mantenerse exactos, completos, veraces y actualizados hasta donde sea necesario para los propósitos de su uso.*

La exactitud y la precisión revisten una importancia vital para la protección de la privacidad. Evidentemente, la exactitud de los datos es importante para la protección de la privacidad. Los datos inexactos pueden perjudicar tanto al procesador de datos como al titular de los datos, pero en una medida que varía mucho según el contexto.

Cuando se recopilan datos personales y se los retiene para seguir usándolos (en vez de usarlos una sola vez o durante períodos cortos), el controlador de datos tiene la obligación de tomar medidas para que los datos en su posesión se mantengan actualizados y sean exactos y completos, de tal manera que no se altere la veracidad de éstos conforme se requiera para los fines para los cuales se hayan recopilado y se usen.

*[NOTA: Basado en el numeral 19.1 de los Estándares Iberoamericanos]*

Podría o no ser necesario actualizar continuamente los datos y velar siempre para que estén completos a fin de que sean exactos en lo que se refiere al fin expreso para el cual se hayan recopilado. Para decidir si se necesita más información, se debería aplicar la norma de la “necesidad”, es decir que los datos en cuestión deberían ser exactos y completos y estar actualizados al grado necesario para los propósitos para los que serán usados. Esta obligación deriva del “uso” para el cual se hayan recopilado los datos y del uso que se haya dado o se tenga la intención de dar a los datos y en relación con el cual la persona haya dado su consentimiento. No es un requisito abstracto de exactitud objetiva. Por lo tanto, el controlador o los controladores de datos deberían adoptar mecanismos apropiados, que sean razonables a la luz del fin para el cual se hayan recopilado los datos y con el cual se usen, a fin de que los datos sigan siendo veraces, exactos, completos, correctos y actualizados y que no se menoscaben los derechos de la persona en cuestión.

Los controladores de datos deberían tomar medidas efectivas para salvaguardar la privacidad de las personas y de otros que proporcionen sus propios datos. A fin de cumplir sus obligaciones con respecto a la exactitud, deberían dar a las personas una oportunidad razonable para examinar o corregir la información personal que hayan suministrado al controlador de datos o para solicitar que se la borre. Se podría establecer un plazo razonable para la vigencia de este requisito.

Al tomar medidas para determinar la exactitud de los datos personales de una persona (“calidad de los datos”), el controlador de datos podría considerar la sensibilidad de los datos personales que recopile o mantenga y la probabilidad de que expongan a las personas a daños considerables, de conformidad con los requisitos del Principio Nueve.

Como se mencionó bajo los Principios Tres y Cuatro, bajo los criterios de ‘minimización’ y uso limitado y retención, los datos personales que se procesen deberían corresponder al mínimo requerido para los fines especificados y no debería retenerse por más del tiempo que sea necesario para tales fines. En muchos casos, para aplicar este Principio será necesario borrar datos personales que ya no se necesiten para los fines que justificaron inicialmente su recopilación.

En ciertas circunstancias (por ejemplo, para la investigación de fraudes o la protección contra fraudes) podría ser necesario que los procesadores de datos necesiten retener y procesar algunos datos inexactos o fraudulentos.

*[NOTA: Basado en el numeral 19.3 de los Estándares Iberoamericanos]*

## **PRINCIPIO OCHO: ACCESO, RECTIFICACIÓN, CANCELACIÓN, OPOSICIÓN Y PORTABILIDAD**

***Se debería disponer de métodos razonables para permitir que aquellas personas cuyos datos personales han sido recopilados puedan solicitar el acceso, rectificación y cancelación de sus datos, así como el derecho a oponerse a su procesamiento y, en lo aplicable, el derecho a la portabilidad de esos datos personales. Como regla general, el ejercicio de esos derechos debería ser gratuito. En caso de que fuera necesario restringir los alcances de estos derechos, las bases específicas de cualquier restricción deberían especificarse en la legislación nacional.***

*[NOTA: Basado en el Capítulo III de los Estándares Iberoamericanos]*

Las personas deberían tener derecho a saber si los controladores de datos tienen datos personales relacionados con ellas. Deben tener acceso a esos datos a fin de que puedan impugnar su exactitud y pedir al controlador de datos que modifique, revise, corrija o elimine los datos en cuestión. Este derecho de acceso y rectificación es una de las salvaguardias más importantes en el campo de la protección de la privacidad. Deben también tener derecho a cancelar sus datos personales y a objetar su procesamiento. Cuando sea aplicable, tienen también derecho a la portabilidad de sus datos.

Los elementos esenciales son la capacidad de la persona para obtener datos relacionados con ella en un plazo razonable y de una forma razonable e inteligible; para saber si se ha denegado una solicitud de acceso a dichos datos y por qué; y para impugnar tal denegación. Como regla general, el ejercicio de esos derechos debería ser gratuito; excepcionalmente, los costos deberían ser solamente aquellos asociados por razones naturales de reproducción, envío o certificación de los datos.

*[NOTA: Basado en el párrafo preambular 19 de los Estándares Ibero-Americanos; párrafo 1798.100(d) de CCPA]*

En el ordenamiento jurídico interno de algunos países de las Américas (pero no en todos) se reconoce el derecho de *habeas data*, en virtud del cual las personas pueden entablar juicio para prevenir un presunto abuso de sus datos personales o ponerle fin. Ese derecho podría dar a la persona acceso a bases de datos públicas o privadas, así como el derecho a corregir los datos en cuestión, a mantener el carácter confidencial de los datos personales sensibles y a rectificar o borrar datos perjudiciales. Como el contorno específico de este derecho varía de un Estado Miembro a otro, en estos Principios se abordan las cuestiones que plantea desde el punto de vista de cada uno de sus elementos.

La legislación nacional de cada Estado debería establecer los requerimientos, plazos, términos y condiciones en que los titulares podrán ejercer los derechos de acceso, rectificación, cancelación, oposición y portabilidad, así como las causales de improcedencia al ejercicio de los mismos. Estos derechos no son absolutos, y las legislaciones nacionales deberían especificar claramente las causas y razones por las cuales puede ser improcedente su ejercicio. Tales causales podrían incluir, de manera enunciativa mas no limitativa: 1) cuando el procesamiento sea necesario para el cumplimiento de un objetivo importante de interés público o para el ejercicio de las funciones propias de las autoridades públicas; 2) cuando el controlador acredite tener motivos legítimos para que el procesamiento prevalezca sobre los intereses, los derechos y las libertades del titular; 3) cuando el procesamiento sea necesario para el cumplimiento de una disposición legal; o 4) cuando los datos personales sean necesarios para el mantenimiento o cumplimiento de una relación jurídica o contractual.

En caso de fallecimiento o desaparición del titular, la legislación nacional de cada Estado podrá reconocer que las personas físicas que sean sus familiares o representantes legales ejerzan los derechos a que se refieren estos Principios respecto de los datos personales de esas personas.

Además, la legislación nacional de cada Estado podrá reconocer el derecho que tiene el titular de inconformarse o impugnar las respuestas otorgadas por el controlador, o bien su falta de respuesta, ante una solicitud de ejercicio de los derechos aludidos en el presente Principio, ante la autoridad de control y, en su caso, ante instancias judiciales de conformidad con el derecho interno de cada Estado.

*[NOTA: Basado en los numerales 32.3 y 32.4 de los Estándares Iberoamericanos]*

Los controladores y procesadores de datos no deberían discriminar contra los titulares en razón de que éstos hubieren ejercido cualquiera de estos derechos, incluyendo de manera enunciativa mas no limitativa mediante la denegación de bienes o servicios al titular, la cobranza de precios o tarifas diferentes por ellos o el otorgamiento de un nivel o calidad distinta de los bienes.

*[NOTA: Basado en §1798.125 de CCPA]*

### **El derecho de acceso**

El derecho de acceso a los datos personales mantenidos por un controlador de datos debería ser sencillo de ejercer. Por ejemplo, los mecanismos de acceso deberían formar parte de las actividades regulares del controlador de datos y no se debería requerir ninguna medida especial o procedimiento judicial (como la presentación formal de un reclamo por la vía judicial). Cada persona debería tener la posibilidad de tener acceso a sus propios datos. En algunos casos, hasta terceros podrían tener derecho también (por ejemplo, los representantes de personas con discapacidad mental o los padres de menores).

La capacidad de una persona para tener acceso a sus datos se conoce también como derecho de “participación individual”. De acuerdo con este concepto, se debería otorgar acceso dentro de un plazo razonable de una manera razonable y en una forma razonablemente inteligible. Según se mencionó, el acceso debería otorgarse libre de costo; excepcionalmente, los costos deberían ser solamente los asociados por razones naturales de reproducción, envío y certificación de los datos. La carga y el costo de la presentación de los datos no deberían ser irrazonables o desproporcionados.

*[NOTA: Basado en el párrafo preambular 19 de los Estándares Iberoamericanos y el párrafo 1798.100(d) de CCPA]*

Todo dato que vaya a proporcionarse a su titular debería presentarse de una forma inteligible, usando un lenguaje claro y sencillo. La información debería entregarse por correo o de manera

electrónica, y en caso de otorgarse de manera electrónica debería ser portable según lo especificado mas adelante (cf. sección ‘Derecho a la portabilidad de datos’, *infra*).

[NOTA: Basado en el párrafo preambular 19 y 25 de los Estándares Iberoamericanos; el artículo 15 del GDPR; el párrafo 1798.100(d) de CCPA]

### **Excepciones y limitaciones**

Sin embargo, el derecho de acceso no es absoluto. En todo sistema nacional hay situaciones excepcionales en las cuales se podría requerir que se mantenga el carácter confidencial de ciertos datos. Estas circunstancias deberían enunciarse claramente en las leyes apropiadas o en otras directrices y deberían ponerse a disposición del público.

Por ejemplo, podrían surgir situaciones de ese tipo si se sospecha que la persona a la cual se refieren los datos ha cometido un acto ilícito y es el sujeto de una investigación que estén realizando las fuerzas del orden o una entidad similar, si los registros de esa persona están mezclados con los de un tercero que también tiene intereses en materia de privacidad o si otorgar acceso al titular de los datos podría comprometer secretos comerciales, pruebas confidenciales o material para exámenes. Las reglas relativas a situaciones de esos tipos deberían ser lo más estrechas y restrictivas posible.

Además, por razones prácticas, un controlador de datos podría imponer condiciones razonables; por ejemplo, especificando el método para efectuar solicitudes y exigiendo que las personas que efectúen solicitudes de ese tipo autentiquen su identidad por medios razonables. No es necesario que los controladores de datos accedan a solicitudes que impongan cargas o gastos desproporcionados, que violen los derechos a la privacidad de otras personas, que infrinjan datos reservados o secretos comerciales, que contravengan las obligaciones legales de los controladores de datos o que impidan de cualquier otra forma que la compañía proteja los derechos, la seguridad o los bienes de la compañía, de otro usuario, de una filial o de un tercero.

### **El derecho a impugnar la denegación de acceso**

Si a una persona se le deniega la solicitud de acceso, debería haber un método efectivo para que la persona (o su representante) pueda averiguar las razones de la denegación e impugnarla. Es necesario permitir que la persona se entere de las razones de una decisión adversa a fin de que pueda ejercer el derecho a impugnar la decisión y prevenir la denegación arbitraria.

Como ya se dijo, en algunos casos bien podría ser apropiado, o incluso necesario, retener ciertos datos. Sin embargo, esos casos deberían ser la excepción y no la regla, y las razones de la denegación deberían comunicarse claramente a la persona que efectúe la solicitud, a fin de prevenir la denegación arbitraria del derecho fundamental a corregir errores.

### **El derecho de rectificación para corregir errores y omisiones**

La persona debería tener la posibilidad de ejercer el derecho a solicitar la corrección (o la adición) de datos personales sobre sí misma que sean incompletos, inexactos, innecesarios, excesivos o no se encuentren actualizados. Eso se conoce también como derecho de “rectificación.” Si los datos en cuestión son incompletos o inexactos, se debería permitir que la persona proporcione más información a fin de corregir los errores u omisiones.

Si los datos en cuestión son evidentemente inexactos, el controlador de datos por lo general debería corregir la inexactitud cuando el titular de los datos lo solicite. Incluso en los casos en que se determine que los datos son inexactos, como en el curso de una investigación del titular de los datos, a veces podría ser más apropiado que el controlador de datos agregue material al registro en vez de borrarlo, a fin de que refleje con exactitud la historia completa de la investigación.

No se debería permitir que el titular de los datos introduzca datos inexactos o erróneos en los registros del controlador de datos. El titular de los datos tampoco tiene necesariamente derecho a compeler al controlador de datos a que borre datos que sean exactos pero embarazosos.

El derecho de corrección o rectificación no es absoluto. Por ejemplo, es posible que no se autorice la modificación de datos personales, aunque se trate de información errónea o engañosa, en los casos en que los datos se requieran legalmente o deban ser retenidos para el cumplimiento de una obligación impuesta a la persona responsable por la ley nacional pertinente o posiblemente por las relaciones contractuales entre la persona responsable y el titular de los datos.

Por consiguiente, en la legislación nacional se deberían indicar claramente las condiciones en las cuales se debería proporcionar acceso y permitir la corrección de los datos, así como las restricciones que se apliquen. Se deberían especificar las situaciones limitadas en las cuales no se pueda tener acceso a datos personales y no exista la posibilidad de corregirlos. Se deberían especificar claramente los motivos de tales restricciones.

### **Derecho a la cancelación**

En algunos marcos reglamentarios nacionales y regionales se da a las personas el derecho a solicitar que los controladores de datos supriman (o borren) datos personales específicos respecto de los cuales, aunque estén a disposición del público, las personas afirmen que ya no son necesarios o pertinentes o el titular retire su consentimiento o se oponga a su procesamiento. Este derecho se describe a veces como el derecho a omitir o suprimir información específica, es decir, como derecho a la “desidentificación” o a la “anonimización”. Donde se reconoce el derecho a la cancelación, y ante una solicitud en ese sentido, los controladores de datos deberían proceder a suprimir los datos personales de sus registros y deberían también ordenar a cualquier procesador de datos que elimine los datos personales de sus registros.

*[NOTA: basado en el art. 17 de GDPR, No. 27 de los Estándares Iberoamericanos y §1798.105 de CCPA]*

Este derecho no es absoluto sino contingente y contextual, y requiere un equilibrio difícil de intereses y principios. El ejercicio del derecho plantea necesariamente cuestiones fundamentales en lo que se refiere no solo a la privacidad, el honor y la dignidad, sino también al derecho de acceso a la verdad, la libertad de información y de expresión, y la proporcionalidad. Las excepciones al ejercicio del derecho de cancelación deberían estar específicamente establecidas en las legislaciones domésticas, y pueden incluir, por ejemplo, casos en los cuales los datos son necesarios para completar la transacción para la cual se recopilaron los datos, cumplir los términos de una garantía escrita o una devolución de producto realizada conforme a la ley, ejecutar un contrato, detectar incidentes de seguridad, proteger contra actividad maliciosa, engañosa, fraudulenta o ilegal, depurar para identificar y reparar errores, ejercer la libertad de expresión o llevar a cabo investigación científica, histórica o estadística de interés público, entre otros.

*[NOTA: basado en §1798.105 de CCPA]*

En algunos Estados, el “derecho a borrar o suprimir” sigue siendo controvertido y es el tema de definiciones y puntos de vista divergentes, en relación con datos personales que (aunque sean ciertos o exactos en cuanto a los hechos) la persona afectada considere personalmente embarazosos, excesivos o simplemente irrelevantes.

### **El derecho de oposición**

El titular debería tener el derecho de oponerse, en razón de su situación particular, en cualquier momento al procesamiento de sus datos personales cuando tenga una razón legítima para ello o cuando el procesamiento de sus datos personales tenga por objeto la mercadotecnia directa, incluida la elaboración de perfiles, en la medida que esté relacionada con dicha actividad. Cuando el titular se oponga al procesamiento con fines de mercadotecnia directa, sus datos personales dejarán de ser tratados para dichos fines.

*[NOTA: Basado en el artículo 21 de GDPR y No. 28 de los Estándares Iberoamericanos]*

### **El derecho a la portabilidad de sus datos personales**

Cuando se procesen datos personales por vía electrónica o medios automatizados, el titular tendrá derecho a obtener una copia de los datos personales que hubiere proporcionado al controlador en un formato electrónico estructurado, de uso común y lectura mecánica, que le permita seguir utilizándolos y transferirlos a otro controlador sin impedimento, en caso de que lo requiera.

*[NOTA: Basado en el párrafo preambular 19 de los Estándares Iberoamericanos; artículo 20 de GDPR; párrafo 1798.100(d) de CCPA]*

El titular podrá solicitar que sus datos personales se transfieran directamente de controlador a controlador, cuando sea técnicamente posible. El derecho a la portabilidad de los datos personales no afectará negativamente los derechos y libertades de otros.

Sin perjuicio de otros derechos del titular, el derecho a la portabilidad de los datos personales no debería resultar procedente cuando se trate de información inferida, derivada, creada, generada u obtenida a partir del análisis o procesamiento efectuado por el controlador con base en los datos personales proporcionados por el titular, como es el caso de los datos personales que hubieren sido sometidos a un proceso de personalización, recomendación, categorización o creación de perfiles.

*[NOTA: basado en el artículo 30.4 de los Estándares Iberoamericanos y el artículo 20 de GDPR]*

## PRINCIPIO NUEVE: DATOS PERSONALES SENSIBLES

***Algunos tipos de datos personales, teniendo en cuenta su sensibilidad en contextos particulares, son especialmente susceptibles de causar daños considerables a las personas si se hace mal uso de ellos. Los controladores de datos deberían adoptar medidas de privacidad y de seguridad que sean acordes con la sensibilidad de los datos y su capacidad de hacer daño a los individuos titulares de los datos.***

El término “datos personales sensibles” abarca los datos que se refieren a los aspectos más íntimos de las personas. Según el contexto cultural, social o político, podría incluir, por ejemplo, los datos relacionados con su salud personal, vida sexual, preferencias sexuales, creencias religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical, datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, opinión política u origen racial o étnico.

*[NOTA: Con base en el numeral 2.1(d) de los Estándares Iberoamericanos, el artículo 9 de GDPR y artículo 4.2 de la Decisión de OCDE]*

Estos datos merecen protección especial porque, si se manejan o se divulgan de manera indebida, darían lugar a una intrusión profunda en la dignidad personal y el honor de la persona afectada y podrían desencadenar una discriminación ilícita o arbitraria contra la persona o causar un riesgo de graves perjuicios para la persona.

Por consiguiente, deberían establecerse garantías apropiadas en el contexto de la legislación y la normativa nacionales a fin de proteger en medida suficiente los intereses de las personas en materia de privacidad. Los Estados Miembros deberían indicar claramente las categorías de datos personales que se consideren especialmente “sensibles” y que, por consiguiente, requieran una mayor protección, así como el alcance de la prohibición de su procesamiento y las excepciones a la misma. Como regla general, los datos personales sensibles no deberían ser procesados excepto, por ejemplo, cuando el titular ha otorgado consentimiento explícito para ello o cuando el procesamiento es estrictamente necesario para el ejercicio y cumplimiento de las atribuciones y obligaciones específicas del controlador de datos, o es necesario para dar cumplimiento a un mandato legal, o es necesario por razones de seguridad nacional, seguridad pública, orden público, salud pública, o salvaguarda de derechos y libertades de terceros. Al determinar las obligaciones reglamentarias pertinentes, hay que tener en cuenta el contexto en el cual una persona proporciona esos datos.

*[NOTA: Basado en el No. 9 de los Estándares Iberoamericanos y el artículo 9 de GDPR]*

Debe recaer en los controladores de datos la carga de determinar los riesgos importantes para los titulares de los datos como parte del proceso general de gestión de riesgos y evaluación del impacto en la privacidad. Si se responsabiliza a los controladores de datos, se podrá proteger mejor a los titulares de los datos contra daños considerables en una amplia gama de contextos culturales.

*[NOTA: Basado en el No. 9 de los Estándares Iberoamericanos]*

## PRINCIPIO DIEZ: RESPONSABILIDAD

***Los controladores de datos deberían adoptar e implementar las medidas técnicas y organizacionales correspondientes para asegurar y poder demostrar que el procesamiento se realiza en conformidad con estos Principios. El controlador y el procesador de datos y, en lo aplicable, sus representantes, cooperarán, a petición, con las autoridades de protección de datos personales en el ejercicio de sus tareas.***

*[NOTA: Con base en el numeral 20.1 de los Estándares Iberoamericanos y los artículos 24 y 31 de GDPR]*

La protección efectiva de los derechos individuales de protección de la privacidad y de los datos se basa tanto en la conducta responsable de los controladores de datos como en las personas y en las autoridades gubernamentales del caso. Los sistemas de protección de la privacidad deberían reflejar un equilibrio apropiado entre la reglamentación gubernamental y la implementación efectiva por aquellos que tienen responsabilidad directa por la recopilación, el uso, la retención y la difusión de datos personales.

Estos Principios dependen de la capacidad de quienes recopilan, procesan y retienen datos personales para tomar decisiones responsables, éticas y disciplinadas acerca de los datos y su uso durante todo el “ciclo de vida” de los datos. Estos “gerentes de datos” deberían actuar en calidad de “buen custodio” de los datos que les proporcionen o confíen.

### **Responsabilidad**

El principio de responsabilidad requiere el establecimiento de metas apropiadas en lo que se refiere a la protección de la privacidad, a las cuales los controladores de datos (organizaciones y otras entidades) deberían adherirse, permitiéndoles determinar las medidas más apropiadas para alcanzar esas metas y vigilar su cumplimiento. De esa forma, los controladores de datos pueden alcanzar las metas en materia de protección de la privacidad de la forma que mejor se adapte a sus modelos empresariales, la tecnología y los requisitos de sus clientes.

Los controladores de datos deberían implementar las medidas organizacionales y técnicas necesarias para asegurar y poder demostrar, a petición, que el procesamiento se realiza de conformidad con estos Principios. Cuando el procesamiento se realiza en nombre de un controlador, el controlador debería usar solo procesadores que otorguen suficientes garantías de implementar medidas técnicas u organizacionales de tal forma que el procesamiento cumpla con estos Principios y asegure la protección de los derechos del titular.

*[NOTA: Basado en los artículos 24 y 28 de GDPR y No. 20 de los Estándares Iberoamericanos, y artículo 6.1 de la Decisión de la OCDE]*

En los programas y procedimientos se deberían tener en cuenta la índole de los datos personales en cuestión, el tamaño y la complejidad de la organización que recopila, almacena y procesa datos, y el riesgo de violaciones. La protección de la privacidad depende de una evaluación creíble de los riesgos que el uso de datos personales podría plantear para las personas y la mitigación responsable de esos riesgos. Deberían destinarse recursos apropiados para implementar programas, políticas y procedimientos de protección de datos personales, que deberían incluir, entre otros, sistemas de manejo de riesgos, capacitación sobre obligaciones de protección de datos, revisión periódica de programas de seguridad, un sistema de supervisión y vigilancia, incluyendo auditorías, para revisar el cumplimiento de las políticas de protección de datos, así como procedimientos para recibir y responder preguntas y quejas de titulares. La adhesión a códigos de conducta o mecanismos de certificación, entre otros, pueden usarse como elementos para demostrar cumplimiento con estos Principios.

*[NOTA: Basado en No. 20.1 a 20.3 de los Estándares Iberoamericanos y artículo 24 de GDPR].*

Por lo tanto, las leyes y normas nacionales en materia de privacidad deberían proporcionar una orientación claramente expresada y bien definida a los controladores de datos. Deberían impulsar la elaboración de códigos de conducta autónomos que se mantengan a la par de los adelantos tecnológicos y que tengan en cuenta los principios y normas de privacidad vigentes en otras jurisdicciones.

Los controladores de datos deberían cerciorarse de que los empleados que manejen datos personales estén debidamente capacitados en lo que se refiere a la finalidad de la protección de los datos y los procedimientos que se emplean para protegerlos. Deben adoptar programas efectivos de gestión de la privacidad y realizar revisiones internas con el propósito de promover la privacidad de las personas. En muchos casos, la designación de un “responsable principal de la información y la privacidad” facilitará la consecución de esta meta.

En primer lugar, en las leyes nacionales sobre privacidad se debería exigir que los controladores de datos rindan cuenta del cumplimiento de estos Principios. Además del mecanismo

con que cuenten las autoridades gubernamentales para hacer cumplir la normativa, el derecho interno debería proveer a las personas de mecanismos apropiados para responsabilizar a los controladores de datos de las violaciones que se produzcan (por ejemplo, mediante la indemnización por daños y perjuicios).

### **Incorporación de la privacidad en el diseño de sistemas**

Un enfoque contemporáneo eficaz consiste en requerir que los controladores de datos incorporen la protección de la privacidad en el diseño y la arquitectura de sus sistemas de tecnología de la información y en sus prácticas comerciales. Deben incorporarse consideraciones de privacidad y seguridad en cada etapa del diseño de los productos.

Los controladores de datos deberían estar preparados para demostrar sus programas de gestión de la privacidad cuando se lo solicite, en particular a petición de una autoridad de protección de datos personales competente o de otra entidad que se encargue de promover la adhesión a un código de conducta.

*[NOTA: Basado en No. 20 de los Estándares Iberoamericanos, artículos 24 y 31 de GDPR y artículo 6.1 de la Decisión de OECD]*

### **Intercambio de datos con terceros**

El intercambio y la retransmisión de datos, que están difundiéndose entre los controladores de datos, plantean algunas cuestiones difíciles. Como mínimo, no obstante, el consentimiento de una persona respecto de la recopilación inicial de datos personales no autoriza automáticamente el intercambio (o la retransmisión) de esos datos con otros controladores o procesadores de datos. Se debería informar a las personas sobre esos intercambios adicionales y ofrecerles oportunidades apropiadas para que den su consentimiento.

Estos Principios indican que los controladores de datos deberían asumir la responsabilidad de asegurar que sus requisitos sean observados por terceros a quienes se comuniquen los datos personales. Esta obligación de asegurar que haya salvaguardias adecuadas de seguridad se aplica independientemente de que otra persona esté a cargo o de que un controlador de datos diferente maneje datos personales en representación de la autoridad responsable (es decir, la que está obligada a rendir cuentas). También se aplica en el caso de transferencias internacionales o transfronterizas de datos personales (véase el Principio Once).

## **PRINCIPIO ONCE: FLUJO TRANSFRONTERIZO DE DATOS Y RESPONSABILIDAD**

*Los Estados Miembros deberían cooperar entre sí en la creación de mecanismos y procedimientos que aseguren que los controladores y procesadores de datos que operen en más de una jurisdicción puedan ser efectivamente hechos responsables por el cumplimiento de estos Principios.*

En el mundo moderno de rápidos flujos de datos y comercio transfronterizo, es cada vez más probable que las transferencias de datos personales crucen fronteras nacionales. Sin embargo, la reglamentación que existe actualmente en diversas jurisdicciones nacionales varía en cuanto al fondo y al procedimiento. En consecuencia, existe la posibilidad de confusión, conflictos y contradicciones.

Un reto fundamental para una política y una práctica eficaces en materia de protección de datos consiste en conciliar 1) las diferencias en los enfoques nacionales de la protección de la privacidad con la realidad moderna del flujo mundial de datos; 2) los derechos de las personas a tener acceso a datos en un contexto transnacional; y 3) el hecho fundamental de que los datos y el procesamiento de datos impulsan el desarrollo y la innovación. Todos los instrumentos internacionales para la protección de datos procuran alcanzar un equilibrio apropiado entre esas metas.

En estos Principios se expresa una norma común para evaluar los mecanismos de protección de la privacidad en los Estados Miembros de la OEA. La meta fundamental es armonizar los enfoques reguladores que proporcionan una protección más efectiva de la privacidad, al mismo tiempo que se promueven los flujos de datos seguros para el crecimiento económico y el desarrollo. De hecho, no

todos los Estados Miembros de la OEA ofrecen en la actualidad exactamente los mismos tipos de protección.

Al igual que en otras normas internacionales en este campo, en estos Principios se adopta una norma de razonabilidad con respecto a las transferencias transfronterizas. Por una parte, deberían permitirse las transferencias internacionales de datos personales entre Estados Miembros que confieran los grados de protección reflejados en estos Principios o que protejan los datos personales en medida suficiente por otros medios, entre ellos mecanismos efectivos de aplicación de la normativa. Al mismo tiempo, deberían permitirse las transferencias también en los casos en que los controladores de datos mismos tomen medidas apropiadas para asegurar que los datos transferidos estén protegidos de manera efectiva en consonancia en estos Principios. Los Estados Miembros deberían tomar las medidas necesarias para que los controladores y procesadores de datos se responsabilicen de esa protección.

### **Flujo transfronterizo de datos**

La transferencia de datos personales a través de fronteras nacionales es un hecho de la vida contemporánea. Nuestra comunidad mundial está más interconectada que nunca. En la mayoría de los países, cualquiera que tenga un teclado y conexión a internet puede conseguir fácilmente información de todas partes del mundo. En el derecho internacional se reconoce el derecho de las personas a la privacidad y a la protección de datos personales en consonancia con el libre flujo de información. Algo igualmente importante es que las economías nacionales dependen en medida creciente del intercambio y el comercio transfronterizos, y la transferencia de datos (incluidos datos personales) es un aspecto fundamental de ese intercambio y comercio.

Con el surgimiento de nuevas tecnologías, el almacenamiento de datos está volviéndose geográficamente indeterminado. La computación y el almacenamiento “en nube” y la prevalencia creciente de servicios móviles implican necesariamente el intercambio y el almacenamiento remoto de datos a través de fronteras nacionales. Un enfoque progresista de la privacidad y la seguridad debería permitir que las empresas e industrias nacionales crezcan y compitan en el plano internacional. Las restricciones nacionales innecesarias o irrazonables a los flujos transfronterizos de datos podrían crear barreras para el comercio de servicios y dificultar el desarrollo de productos y servicios innovadores, eficientes y eficaces en función del costo. Pueden convertirse fácilmente en obstáculos para las exportaciones y ocasionar perjuicios considerables tanto a los proveedores de servicios como a personas y a clientes empresariales. Las restricciones al flujo transfronterizo de datos personales deberían ser proporcionales a los riesgos presentados, tomando en cuenta la sensibilidad de los datos, y el propósito y contexto del procesamiento. Cualesquier restricciones deberían ser no-discriminatorias.

Se alienta a los Estados Miembros de la OEA a considerar el reconocimiento de estándares interoperables para transferencias transfronterizas a fin de facilitar el flujo irrestricto de datos personales entre Estados Miembros con distintos alcances y estados de desarrollo en sus legislaciones nacionales relativas a la privacidad y protección de datos personales. Esto permitiría responsabilidades compartidas y cooperación entre Estados Miembros en caso de transferencias no autorizadas, y contribuiría a incrementar el comercio, la inversión y los resultados económicos para los Estados Miembros, así como incentivar la innovación y reducir las barreras de entrada a la economía global.

*[NOTA: Basado en APEC CBPR y, USMCA art. 19.3]*

### **Restricciones nacionales basadas en distintos grados de protección**

En la OEA, todos los Estados Miembros comparten la meta general de proteger la privacidad y un compromiso con el libre flujo de información en el marco de ciertos criterios. Los Estados Miembros deberían abstenerse de restringir el flujo de datos a otros Estados que sustancialmente están observando estos Principios, o donde existen las salvaguardias apropiadas. Lo mismo ocurre con la mayoría de los países del resto del mundo. No obstante, en algunos países las autoridades han impuesto restricciones a la comunicación transfronteriza de datos por personas y entidades sujetas a su jurisdicción en los casos en que, en opinión de esas autoridades, las normas en materia de protección de datos de los otros países no se ciñen a los requisitos específicos de las leyes vigentes en su jurisdicción. Por ejemplo, se podría impedir que una entidad del país A comunique datos a una entidad del país B si, en opinión de las autoridades de A, las leyes de B sobre privacidad o protección de datos

no se ciñen a las normas de A, incluso si ambas entidades forman parte de la misma organización comercial.

En (unas pocas) circunstancias particulares, las leyes nacionales podrían restringir justificadamente el flujo transnacional de datos y requerir que los datos se almacenen y procesen localmente. Las razones para restringir o prevenir los flujos de datos deberían ser siempre imperiosas. Algunas razones de tales restricciones podrían ser más imperiosas que otras. No obstante, por lo general los requisitos relativos a la “localización de datos” son en sí contraproducentes y deberían evitarse, prefiriéndose en cambio las medidas de cooperación.

### **Cooperación internacional**

Por estas razones, los principios y mecanismos de la cooperación internacional deberían tratar de limitar y reducir las fricciones y los conflictos entre los distintos enfoques jurídicos internos que rigen el uso y la transferencia de datos personales. El respeto mutuo de los requisitos establecidos en la normativa de otros países (incluidas sus salvaguardias de la privacidad) fomentará el comercio transfronterizo de servicios. Ese respeto, a su vez, debería basarse en un concepto de transparencia entre los Estados Miembros con respecto a los requisitos y los procedimientos para la protección de datos personales.

Los Estados Miembros deberían procurar el reconocimiento mutuo de las reglas y prácticas en materia de responsabilización, a fin de evitar conflictos y resolverlos cuando surjan. Los Estados Miembros deberían promover la transferencia transfronteriza de datos (con las debidas salvaguardias) y no deberían imponer cargas que limiten el libre flujo de información o actividad económica entre jurisdicciones, como exigir que los proveedores de servicios operen en el país o instalen su infraestructura o sus datos dentro de las fronteras de un país. Las leyes nacionales no deberían entorpecer el acceso de los controladores de datos o las personas a la información que esté almacenada fuera del país siempre que la información reciba un grado de protección que se apegue a los estándares aquí descritos.

### **Responsabilización de los controladores de datos**

Desde luego, se debería exigir que los controladores de datos cumplan las obligaciones legales de la jurisdicción donde tengan su domicilio social y donde operen.

Al mismo tiempo, los controladores de datos que transfieran datos personales a través de fronteras deberían asumir la responsabilidad de asegurar un grado continuo de protección que sea acorde con estos Principios.

Los controladores de datos deberían tomar medidas razonables para que los datos personales estén protegidos eficazmente de acuerdo con estos Principios, sea que los datos se transfieran a terceros dentro del país o a través de fronteras internacionales. Asimismo, deberían proporcionar a las personas del caso un aviso apropiado de tales transferencias, especificando los fines para los cuales esos terceros usarán sus datos personales. En general, estas obligaciones deberían reconocerse en acuerdos apropiados, en disposiciones contractuales o por medio de salvaguardias técnicas e institucionales de la seguridad, procesos para la tramitación de quejas, auditorías y medias similares. La idea es facilitar el flujo necesario de datos personales entre Estados Miembros y, al mismo tiempo, garantizar el derecho fundamental de las personas a la protección de sus datos personales.

Estos Principios podrían servir de marco acordado para la cooperación y el fortalecimiento de las capacidades de las autoridades de los Estados Miembros de la OEA encargadas de aplicar la normativa en materia de privacidad, sobre la base de normas comunes para asegurar que se cumplan los requisitos básicos de la responsabilización transfronteriza.

## **PRINCIPIO DOCE: EXCEPCIONES**

*Cuando las autoridades nacionales establezcan excepciones a estos Principios por motivos relacionados con la soberanía nacional, la seguridad nacional, la seguridad pública, la protección de la salud pública, el combate a la criminalidad, el cumplimiento de normativas u otras prerrogativas de orden público, la protección de los derechos y libertades de otros o el interés*

***público, deberían establecerlas de manera expresa en una ley o norma y ponerlas en conocimiento del público.***

*[NOTA: Basado en numeral 6 de los Estándares Iberoamericanos y el artículo 23 de GDPR]*

Proteger los intereses en materia de privacidad de las personas (los ciudadanos y otros) es cada vez más importante en un mundo donde se recopilan ampliamente datos sobre personas, se los difunde con rapidez y se los almacena durante mucho tiempo. La finalidad de estos Principios es conferir a las personas los derechos básicos que necesitan para salvaguardar sus intereses.

Sin embargo, la privacidad no es el único interés que los Estados Miembros y sus gobiernos deberían tener en cuenta en el campo de la recopilación, retención y difusión de datos. De vez en cuando surgirá inevitablemente la necesidad de tener en cuenta otras responsabilidades del Estado, lo cual llevará a la limitación de los derechos de privacidad de las personas.

En algunos casos, es posible que las autoridades de los Estados Miembros de la OEA tengan que apartarse de estos Principios o establecer excepciones por razones relacionadas con preocupaciones imperiosas de la seguridad nacional y la seguridad pública, la protección de la salud pública, la administración de justicia, el cumplimiento de la normativa u otras prerrogativas esenciales de la política pública u objetivos de interés público general. Por ejemplo, al responder a las amenazas planteadas por la delincuencia internacional, el terrorismo y la corrupción, así como a ciertas violaciones severas a los derechos humanos, las autoridades competentes de los Estados Miembros de la OEA ya han efectuado arreglos especiales para la cooperación internacional en la detección, investigación, sanción y prevención de delitos penales.

*[NOTA: Basado en N°6 de los Estándares Iberoamericanos y artículo 23 de GDPR]*

Estas excepciones y desviaciones respecto de la norma deberían ser la excepción y no la regla. Deberían aplicarse solo después de considerar lo más cuidadosamente posible la importancia de proteger la privacidad individual, la dignidad y el honor. Debería haber límites sensatos en la capacidad de las autoridades nacionales para compeler a los controladores de datos a dar a conocer datos personales, manteniendo un equilibrio entre la necesidad de los datos en circunstancias limitadas y el debido derecho de los intereses de las personas en materia de privacidad.

Por medio de leyes o normas públicas, los Estados Miembros deberían indicar claramente esas excepciones y desviaciones respecto de la norma, los casos concretos en que pueda requerirse que los controladores de datos divulguen datos personales y las razones correspondientes. Deberían permitir que los controladores de datos publiquen información estadística pertinente de manera agregada (por ejemplo, el número y la índole de las solicitudes de datos personales efectuadas por el gobierno) como parte del esfuerzo general para promover la protección efectiva de la privacidad. Asimismo, deberían divulgar estos datos al público con prontitud.

## **PRINCIPIO TRECE:**

### **AUTORIDADES DE PROTECCIÓN DE DATOS**

***Los Estados Miembros deberían establecer órganos de supervisión independientes, de conformidad con la estructura constitucional, organizacional y administrativa de cada Estado, para monitorear y promover la protección de datos personales de conformidad con estos Principios.***

La mayoría de los Estados Miembros de la OEA han establecido organismos reguladores nacionales autónomos que se encargan de establecer y hacer cumplir leyes, normas y requisitos relativos a la protección de datos personales a fin de mantener la uniformidad en todo el país. En otros Estados Miembros se han establecido normas y autoridades en materia de protección de datos en distintos niveles del gobierno (nacional, regional y municipal). En otros, los sistemas de reglamentación difieren según el sector o la esfera de actividad (bancaria, médica, educacional, etc.) y la responsabilidad podría estar distribuida entre organismos reguladores y entidades privadas con responsabilidades legales específicas.

Como no se observa un enfoque uniforme en la región, cada Estado Miembro de la OEA debería abordar individualmente la naturaleza específica, la estructura, las autoridades y las responsabilidades de estas “autoridades responsables de la protección de datos”.

Se insta a los Estados Miembros a que establezcan disposiciones, procedimientos o instituciones jurídicos, administrativos y de otros tipos que sean apropiados y eficaces para proteger la privacidad y las libertades individuales con respecto a los datos personales. Deberían crear medios razonables para que las personas ejerzan sus derechos y fomentar y apoyar la autorregulación (con códigos de conducta o por otros medios) de los controladores de datos y los procesadores de datos. Asimismo, deberían establecer sanciones y recursos adecuados para los casos de incumplimiento y cerciorarse de que no se discrimine injustamente contra los titulares de los datos.

Los Estados Miembros deberían establecer también los requisitos mínimos para cualquier tipo de protección de datos que las autoridades escojan, a fin de proporcionarles los recursos, el financiamiento y la pericia técnica que necesiten para desempeñar sus funciones eficazmente.

\* \* \*

#### 4. Recibos electrónicos para productos agrícolas

En junio de 2018, la Asamblea General de la OEA solicitó al Comité actualizar el informe sobre los principios para recibos de almacenaje electrónicos para productos agrícolas elaborado en el año 2016 “a la luz de los nuevos desarrollos que se han producido con relación al acceso al crédito en el sector agrícola”, resolución AG/RES. 2926 (XLVIII-O/18).

Durante el 93º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, agosto, 2018) la doctora Jeannette Tramhel del Departamento de Derecho Internacional efectuó una presentación a fin de brindar antecedentes contextuales sobre el tema. Se refirió a cómo se había originado en el Comité a partir de preocupaciones sobre la falta de créditos en el sector agrícola, la labor desarrollada en el período 2012-2016 bajo la dirección del relator y ex miembro, el doctor David Stewart y los desafíos legales descubiertos durante el transcurso del proyecto. Aludió a la necesidad no solamente de un ecosistema biofísico potencialmente productivo, sino también de un sistema eco financiero de apoyo que regule y permita el negocio agrícola. La doctora Tramhel brindó un breve panorama de las funciones y de la operación de la financiación de los recibos aduaneros y de sus ventajas, particularmente para los productores en pequeña escala, que incluyan mejoras en el acceso al crédito y reduzca la volatilidad en los precios. Mencionó también las ventajas de un sistema electrónico comparado con aquél basado en el papel. Parecería que pocos Estados han actualizado la legislación sobre recibos electrónicos; México está actualmente en el proceso de desarrollar una nueva legislación que incluya los recibos aduaneros. Entre los desafíos legales que se han enfrentado previamente, dos de ellos son claves: desarrollar un lenguaje “medio-neutral” que se acomodaría tanto al formato basado en papel como al electrónico, e identificar los principios que pudiesen superar las diferencias de enfoque bajo los sistemas del derecho civil y del derecho consuetudinario (*common law*). Observó entre los nuevos avances desde 2016 que la secretaría de la UNCITRAL había recibido instrucciones para iniciar su estudio técnico sobre los recibos aduaneros y que el tema seguramente sería considerado por los Estados Miembros de UNCITRAL durante la próxima sesión de la comisión anual de 2019. En conclusión, la doctora Tramhel sugirió dos posibles enfoques a fin de cumplir con el mandato de la Asamblea General de la OEA. Un enfoque consistiría en incrementar el desarrollo técnico del Proyecto de Principios de 2016 y en ese sentido explicó que la secretaría había estado en comunicación con el Centro Jurídico Nacional para el Libre Comercio Interamericano (*National Law Center for Inter-American Free Trade*), que había aceptado brindar apoyo técnico [conforme el caso anterior en desarrollo relativo a la Ley Modelo sobre Operaciones con Garantía]. Otro enfoque consistiría en considerar la financiación de los recibos aduaneros como un componente dentro del alcance más amplio del ecosistema financiero y la necesidad de fortalecer el apoyo general para este importante sector.

El doctor José Moreno agradeció a la doctora Tramhel por su presentación y el importante apoyo para el Comité. Se refirió a la labor realizada por el Comité con relación a las garantías mobiliarias y subrayó el apoyo que puede obtenerse de instituciones tales como el Centro Legislativo Nacional (*National Law Center*). Consideró valioso aunar los esfuerzos con otras instituciones especializadas en el asunto, tales como UNCITRAL, UNIDROIT, FAO, etc. Con relación a las opciones presentadas por la doctora Tramhel, la preferencia del doctor José Moreno se inclinaba por la segunda opción.

El Presidente fue de la opinión que primeramente era necesario nombrar un relator, quien, a su vez, podría presentar alternativas a ser consideradas por el Comité. Agregó que el mandato de la Asamblea era bien claro – actualizar la labor que el Comité había realizado en 2016.

El doctor Duncan B. Hollis concordó con el Presidente y solicitó a la Secretaría explicaciones sobre los motivos dados por los estados miembros con relación al referido mandato.

El doctor Dante Negro explicó que la motivación de los órganos políticos de la OEA era en parte dar respuesta a las variadas presentaciones realizados por el ex-miembro el doctor David Stewart, quien pudo identificar una lista de desafíos o problemas serios que no habían sido resueltos por la labor realizada por el Comité. Además, conforme lo mencionara la doctora Tramhel, se han producido avances y constituiría una buena oportunidad tener en cuenta las opciones brindadas por la doctora Tramhel.

El doctor Carlos Mata expresó sus felicitaciones a la doctora Tramhel por su fantástico informe. Observó que, a fin de cumplir con el mandato recibido por el Comité, sería menester tener en consideración los nuevos avances desde 2016 y responder al pedido dentro del plazo indicado.

El doctor Joel Hernández constató que el desafío impuesto por este tema obliga a reflexionar sobre los métodos de trabajo del Comité. Explicó que, durante su mandato, había tenido la oportunidad de asumir dos temas: uno de ellos por mandato de la Asamblea General (patrimonio cultural), cuya finalización debía producirse dentro de un período específico de tiempo, y otro de su propia iniciativa (inmunidad de las organizaciones internacionales) que él mismo pudo seguir en su propio ritmo. Sugirió que se solicite a la doctora Tramhel la preparación de un Proyecto de informe para ser comentado por el Comité, de manera de poder completar el trabajo a tiempo para su presentación por ante la Asamblea General.

El Presidente solicitó al Departamento de Derecho Internacional sobre la posibilidad de tales tareas a fin de apoyar a la labor del Comité, y el doctor Dante Negro replicó que ello sería posible. Considerando que esto serviría de respuesta a un mandato impuesto por la Asamblea General, el documento podría ser presentado en marzo de 2019.

La doctora Ruth Correa sostuvo que la labor podría ser cumplida en tiempo a la luz del conocimiento de la doctora Tramhel. Ella también sugirió una relatoría conjunta y dijo que veía con satisfacción la continuidad del trabajo del doctor David Stewart.

El Presidente se refirió a algunas cuestiones éticas en juego porque el mandato fue dado al Comité; el Departamento de Derecho Internacional fue llamado a brindar asistencia, pero no a elaborar el trabajo. Agregó que le parecía necesario contar con un relator responsable para asumir el tema con la asistencia técnica del Departamento.

El doctor Carlos Mata aclaró su posición de que el Comité siempre debería tener un relator que pueda trabajar con el apoyo del Departamento.

El doctor Duncan Hollis concordó sobre la necesidad de que el Comité cuente con algún tipo de titularidad. En este sentido, propuso formar un grupo de trabajo compuesto de 5 o 6 miembros que a su vez recibirían el apoyo de la Secretaría Técnica.

El doctor Baena Soares expresó su apoyo a la posición del Presidente y a la necesidad del nombramiento de un relator entre los miembros del Comité.

El doctor Joel Hernández aclaró que él no pensaba imponer a la Secretaría una labor que corresponde al Comité. Considerando el aspecto técnico del tema, apoyó la propuesta del doctor Duncan Hollis de crear un grupo de trabajo. Con relación a su propuesta de revisión de la metodología del proceso de trabajo del Comité, dijo ser de la opinión de que era importante reflexionar sobre los términos de tiempo y la creación de grupos de trabajo.

El doctor José Moreno dijo que resultaba claro que el trabajo debería ser realizado por el Comité y preguntó si existía algún precedente sobre la composición de un grupo de trabajo.

El Presidente insistió en la necesidad de contar con un relator responsable por el tema y expresó su desacuerdo respecto de una relatoría conjunta. Aunque el tema reviste mucha complejidad, dado que los miembros son todos abogados, tenía la seguridad de que el trabajo podría ser realizado con el apoyo del Departamento de Derecho Internacional. Al concluir las discusiones, invitó a los miembros del Comité a considerar el asunto y consultar con el Departamento conforme fuese necesario a fin de asumir la titularidad del tema.

Al finalizar el debate el Comité se dotó de una relatoría en seguimiento al referido mandato de la Asamblea General de la OEA de junio de 2018, eligiendo como relator del tema al doctor José Antonio Moreno Rodríguez.

Durante el 94º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, febrero, 2019) el relator del tema, doctor José Moreno, dio a conocer su propuesta para dar seguimiento a

este tema, que cuenta con el apoyo del Departamento de Derecho Internacional, y en particular de la doctora Jeannette Tramhel y del *National Law Center* de Estados Unidos.

Si bien es un mandato de la Asamblea General, no existe un plazo perentorio; por lo tanto, el relator aconsejó evaluar la definición de este tema a la luz de los desarrollos en otros foros. Al respecto, explicó que su introducción en la agenda de UNCITRAL y UNIDROIT será considerada en el presente año, lo cual servirá de referencia al Comité.

El doctor George Galindo apoyó la propuesta de contar con los aportes de otras instituciones, considerando que no existen plazos perentorios.

La doctora Ruth Correa, en su calidad de Presidenta del Comité, solicitó al relator del tema tener informado al Comité sobre los desarrollos mencionados

Durante el 95° período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, julio/agosto, 2019) el relator del tema, doctor José Moreno explicó el interés del Comité en dar continuidad a los trabajos anteriores en el ámbito de la OEA, teniendo en cuenta las iniciativas en otros foros. Constatando la decisión de UNCITRAL de no avanzar en el tema por el momento, y consultó al pleno la pertinencia de mantenerlo en la agenda del Comité.

El doctor Dante Negro dio a conocer el interés del *National Law Center* de Estados Unidos en continuar avanzado con esta temática y dar su apoyo a los trabajos del Comité. En este sentido, propuso invitar a un representante de dicho centro de estudios en la próxima sesión del Comité para sacar adelante este tema de índole altamente técnico. En este contexto, sugirió mantener el tema en la agenda hasta que se realice la visita de los expertos

El doctor Duncan Hollis manifestó su apoyo para mantener el tema en la agenda, lo cual permitirá conocer tanto lo que hace el organismo universal como las propuestas que tenga a bien presentar el *National Law Center*.

Al culminar el análisis del tema, la Presidenta instó al doctor José Moreno continuar con la relatoría del mismo, invitando a otros miembros interesados en participar como co-relatores, y pidió a la Secretaría a cursar una invitación formal al Centro de estudios para que puedan hacer una presentación ante el Comité.

Durante el 96° período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, marzo, 2020), el relator del tema invitó al Director Ejecutivo del *National Law Center*, Marek Dubuvec, a realizar una video-conferencia desde Estados Unidos sobre las iniciativas que dicha organización lleva adelante en la materia. En la ocasión el doctor Dubuvec relató el estado del tema de recibos electrónicos para productos agrícolas en el seno de UNCITRAL y UNIDROIT, entidades que trabajan conjuntamente en un proyecto requiere la aprobación de cada uno de sus respectivos Consejos Directivos. Si el proyecto es confirmado, debería tomar un par de años en desarrollarse. También dio a conocer los esfuerzos de su organización en diferentes Estados y en organizaciones internacionales, entre los cuales destacó un trabajo para registrar y utilizar medios electrónicos de los recibos en países de África y Medio Oriente. Constató que el índice del Banco Mundial que mide produce los recibos electrónicos en el mundo ubica al continente americano a un nivel relativamente elevado. Propuso tres formas en que la OEA puede contribuir con estos procesos internacionales que se llevan adelante en la materia:

- Realizar estudios e investigaciones sobre el trabajo en terreno que permita mejorar la implementación de las normas nacionales, las legislaciones se conocen, pero hay lagunas sobre el funcionamiento del sistema.
- Considerar la utilización de la tecnología para llevar adelante iniciativas regionales en lugar de trabajar con los Estados de manera individual.
- Finalmente, involucrarse con UNCITRAL y UNIDROIT, a fin de aportar la experiencia de la OEA en la materia. En este sentido acogió la presencia de la doctora Jeannette Tramhel en el panel sobre la materia que tendrá lugar en Italia a realizarse en este mismo año.

La Presidenta agradeció la presencia del doctor Dubuvec y el relator del tema consultó al doctor Dante Negro cómo la OEA percibe el seguimiento del tema. El doctor Dante Negro dio a conocer varios aspectos en la materia. Se refirió en primer lugar a los principios aprobados por el CJI en el año 2016, y a la solicitud que hiciera la Asamblea General de actualizar dichos principios hace un par de años. En el ámbito de UNIDROIT se ha conformado un grupo de trabajo que apoyará, junto a organizaciones como el National Law Center, los esfuerzos de UNCITRAL. Debido a las dificultades para el funcionamiento del almacenaje en los diferentes países se hace necesario estudiar cómo se almacena cada producto. Confirmó la presencia del DDI a la Conferencia en marzo del presente, evento al que se hará representar por la doctora Jeannette Tramhel. Culminó puntualizando que el Departamento tomará las iniciativas necesarias para acompañar el trabajo del Comité en función de lo que este decida.

El doctor Moreno, a título de relator del tema, solicitó esperar la decisión de la Comisión de UNCITRAL a mediados de año, y propuso por ahora seguir monitoreando y acompañando los esfuerzos que se hacen a nivel internacional. Si el tema es llevado adelante por estas organizaciones mundiales entonces el Comité debería removerlo de su agenda.

El doctor Eric Rudge consultó sobre los éxitos y fracasos en el almacenaje en el Caribe, e instó a mantener el tema en la agenda.

La Presidenta resolvió mantener el tema en la agenda, esperando las decisiones de las referidas organizaciones en la materia.

Durante el 97º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Sesión virtual, agosto, 2020), este tema no fue considerado.

\* \* \*

## 5. Ciberseguridad (seguridad cibernética)

### Documentos

- CJI/doc. 603/20 rev.1 corr.1 Derecho internacional y operaciones cibernéticas del Estado: mejora de la transparencia. Cuarto informe (presentado por el profesor Duncan B. Hollis)
- CJI/RES. 260 (XCVII-O/20) Derecho internacional y operaciones cibernéticas del Estado
- CJI/doc. 615/20 rev.1 Derecho internacional y operaciones cibernéticas del Estado: mejora de la transparencia. Quinto informe (presentado por el profesor Duncan B. Hollis)

\* \* \*

Durante el 93° período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, agosto, 2018), el doctor Duncan B. Hollis presentó como propuesta de nuevo tema a la consideración del Comité un informe titulado “Derecho internacional y operaciones cibernéticas del Estado: mejorando la transparencia”, (documento CJI/doc. 570/18). Explicó que el impacto global de los ataques cibernéticos que afectan innumerables países se ha vuelto común y puede tener consecuencias en la economía pues comprendería cantidades considerables de dinero, el robo de información personal y las amenazas a la infraestructura y a la seguridad nacional. Las operaciones cibernéticas pueden involucrar temas de defensa, pero también pueden tener implicaciones ofensivas que buscan prevenir ataques. En este sentido, sería relevante conocer la visión del derecho internacional. Se refirió al trabajo realizado en el año 2017 por un grupo de expertos de la ONU que habiéndose reunido al menos dos veces no pudo llegar a un acuerdo sobre la forma en que debería aplicarse el derecho internacional. Asimismo, mencionó los esfuerzos fuera de la ONU, llevados a cabo por expertos independientes que han recibido financiamiento de OTAN y que han producido dos manuales (Tallin Manual), los cuales tampoco han arrojado un acuerdo respecto a las normas que se aplicarían en caso de violación de soberanía respecto de cualquier tipo de delitos cibernéticos. Ellos ponen además de relieve diferencias en materia de interpretación, considerando las diversas consecuencias de los actos perpetrados. Finalmente, existiría un problema en relación a la dificultad de establecer responsabilidades por actos perpetrados, en particular debido a la falta de entendimiento a nivel colectivo. Es un tema que preocupa a todos, inclusive aquellos Estados que no pueden determinar la norma que se ha violado. En este sentido, el doctor Duncan Hollis presentó una primera propuesta que consiste en solicitar la autorización del pleno para enviar un cuestionario a los Estados con el fin de conocer las posiciones respecto a la aplicación del derecho internacional en las operaciones del ciberespacio. No se busca codificar, sino dar la oportunidad a los Estados a presentar sus opiniones.

El doctor Espeche-Gil agradeció la brillante descripción de un problema de una gravedad singular. Para facilitar la comprensión propuso aprovechar la propia decisión del Comité de un informe aprobado en 1965 sobre diferencias entre “intervención y acción colectiva”. Propuso que se distribuyera el trabajo como un elemento adicional para encuadrar el fenómeno de los ataques cibernéticos modernos, en particular cuando se trata de ataques armados. Concluyó estimando que es un tema que amerita la atención del Comité.

El doctor Carlos Mata Prates felicitó al doctor Duncan Hollis por traer este tema novedoso y objeto de debates a consideración del Comité. La aparición de un nuevo fenómeno no crea necesariamente un nuevo derecho, por ello se debe analizar desde el ámbito del derecho internacional para contextualizarlo y por ende el Comité debe ser parte de la solución. ¿Puede una ciberoperación ser considerada como uso de la fuerza? El ataque de una ciberoperación puede causar daños espectaculares. Es un tema en que el Comité podría hacer un gran aporte. Apoyó la propuesta de

presentar un cuestionario a los Estados y que también sea sometido a los asesores jurídicos, pero haciendo atención a las preguntas.

El doctor Alix Richard consultó al doctor Duncan Hollis si existe alguna responsabilidad del Estado en relación al comportamiento de nacionales que ejecutan actos delictuales el ámbito cibernético.

El doctor Baena Soares expresó su acuerdo con el tratamiento acordado al tema por medio de un cuestionario. Debido a la influencia que ejerce en la vida cotidiana se debería considerar los impactos en las personas, y trabajar a corto plazo por la emergencia del tema.

El doctor José Moreno felicitó al doctor Duncan Hollis y le consultó las razones del fracaso de las iniciativas en la ONU, y le invitó a insertar en su texto la intención de su trabajo.

Por su parte, la Presidenta constató que la situación actual ameritaba la redacción de un cuestionario, e instó a avalar el tratamiento de las preguntas con los ajustes que los miembros han propuestos. Al igual que el doctor Mata invitó al relator a ser cuidadoso con el cuestionario debido a los efectos disuasivos que puedan tener preguntas altamente complejas.

El doctor Duncan Hollis agradeció el entusiasmo del pleno. El tema de la no intervención es un tema esencial en la instancia. Si se trata de un ataque armado, el derecho internacional ya le acuerda un tratamiento. En relación a las sugerencias de proceder con cuidado del doctor Mata reconoció la importancia de conocer las normas existentes respecto al comportamiento bajo estudio. No se busca proponer nuevas reglas, pero transparentar las reglas existentes. En relación a las preguntas instó a separar el tema del uso de la fuerza tradicional de los ataques cibernéticos y descubrir cuando un ataque cibernético podría constituir un uso de la fuerza. En el tema de la atribución que el doctor Richard había destacado, se refirió a las dificultades para determinar el origen de una operación cibernética, y por el momento no trataría este tema. Es consciente también que hay cierta urgencia debido al tipo de ataque que últimamente se lleva a cabo. Si se ataca un hospital se estaría atacando a personas, y por ende la estabilidad de una estructura que defiende la vida las personas. En respuesta a las observaciones del doctor José Moreno, dijo que las reuniones de expertos de la ONU fueron confidenciales, pero los informes públicos muestran que algunos Estados consideraban que ciertas normas de derecho internacional no se aplicarían a los ciberataques, como el derecho internacional humanitario (China, Cuba, etc.). El doctor Duncan Hollis propuso mantener un nivel sofisticado de preguntas, instando a los Estados a responder lo más posible, con el apoyo del Departamento de Derecho Internacional.

El Comité decidió integrar este nuevo tema en su agenda designando al doctor Duncan B. Hollis como relator del mismo.

Durante el 94° período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, febrero, 2019) el relator del tema doctor Duncan Hollis presentó un nuevo informe, “El derecho internacional y las operaciones cibernéticas de los Estados: mejorar la transparencia”, documento CJI/doc. 578/19, por medio de una videoconferencia puesto que no pudo viajar a las sesiones del Comité. En la oportunidad, dio a conocer los desarrollos de la temática que fueran parte de su primer informe, el cual le permitió constatar la “escasa responsabilidad legal internacional por la conducta de los Estados en el espacio cibernético”. Constató que el Grupo de Expertos de Naciones Unidas tuvo un *impase* en las discusiones en el año 2017 resistiéndose a la idea que el derecho internacional se aplica a las operaciones cibernéticas. Aun cuando los Estados aceptan la aplicación del derecho internacional, existirían desacuerdos ligados a temas sobre la soberanía de los Estados o el deber de no intervención, temas que cuentan con manuales elaborados tanto por el CICR como por la OTAN. En este contexto habría una falta de transparencia sobre la posición de los Estados respecto a lo que requiere el derecho internacional.

Acto seguido explicó el objeto de su relatoría que busca conocer las opiniones de los Estados miembros de la OEA sobre los aspectos más importantes del derecho internacional relacionados con el

espacio cibernético. Para ello, se solicitará información a las Misiones Permanentes ante la OEA por medio de un cuestionario con el fin de recopilar la información obtenida y publicar las opiniones de los Estados. Aludió a los recientes desarrollos en el seno de organizaciones regionales, tales como la ASEAN y la Unión Europea, que apoyan la idea que el derecho internacional se aplica al espacio cibernético. Opinión que también ha sido avalada por la Asamblea General de las Naciones Unidas que ha dado su apoyo a la conclusión de Grupos de Expertos Gubernamentales. En este sentido, el trabajo del Comité otorga un espacio a la OEA de proyectar su voz a la esfera global habida cuenta de que no todos sus Estados Miembros están representados en dicho Grupo de Expertos.

Al culminar, puso a disposición su propuesta de cuestionario de diez preguntas a ser enviada a los Estados:

- La primera pregunta responde a la sugerencia de uno de los asesores jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores de que el Comité solicite y compile las declaraciones existentes sobre el derecho internacional y el ciberespacio.

- La segunda pregunta está orientada hacia preguntas existenciales: solicitar a los Estados que confirmen o nieguen si ciertas normas vigentes del derecho internacional se aplican (o no) al contexto cibernético.

- La tercera pregunta se refiere al empleo de la fuerza (el *jus ad bellum*), con especial atención a los criterios que utiliza un Estado para determinar si una operación cibernética corresponde al uso de fuerza o a un ataque armado.

- Las preguntas cuarta y quinta se refieren a cómo los Estados entienden la adjudicación de responsabilidad legal internacional por el comportamiento de actores no estatales.

- La sexta y séptima preguntas abordan el derecho internacional humanitario y dos de los aspectos críticos más importantes, a saber, la definición de un "ataque" en el contexto cibernético y si las operaciones cibernéticas dirigidas solamente a datos constituirían un ataque (nota: estas preguntas fueron revisadas sustancialmente a la luz de sugerencias y los comentarios presentados por el Comité Internacional de la Cruz Roja).

- La octava pregunta solicita las opiniones de los Estados sobre si la soberanía comprende su propia norma para la conducta del Estado en el ciberespacio o si es, en cambio, un principio de fondo que informa el contenido de otras normas.

- La novena pregunta realiza una investigación similar con respecto a la diligencia debida.

- Finalmente, la décima pregunta invita a los Estados a determinar áreas adicionales del derecho internacional en las que el Comité debería centrarse para mejorar la transparencia en el contexto cibernético.

La doctora Mariana Salazar enfatizó la importancia que tiene la pregunta sobre la responsabilidad de actores no estatales y sus implicaciones en el ámbito de la protección.

El doctor George Galindo consultó si se considerará el tema de la aplicación extraterritorial de la ley, habida cuenta del espacio dedicado la aplicabilidad del derecho internacional.

La Presidenta agradeció al relator e le invitó a incluir los aspectos relevados sobre aplicación extraterritorial de la ley y el tema de la responsabilidad del Estado.

El relator agradeció a los miembros y, reafirmó la importancia de conocer la opinión de los Estados sobre los temas mencionados sobre la responsabilidad, el carácter extraterritorial, y la debida diligencia a la luz de sus respectivas respuestas.

Durante el 95º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, julio/agosto, 2019) el relator del tema doctor Duncan B. Hollis presentó su tercer informe en la materia, (documento CJI/doc. 594/19), aclarando que de nuestros días trabaja como consultor de la empresa Microsoft, además de sus actividades académicas.

Dio a conocer la falta de acuerdo entre los países sobre la aplicación del derecho internacional en el ámbito del ciberdelito y las reticencias de ciertos Estados a explicar su posición al respecto. Solamente un pequeño grupo de Estados han emitido declaraciones generales, y en algunos casos se puede inferir de la práctica de los Estados o del *opinio juris*. Observó la complejidad y variedad de elementos que participan en este tema, tales como las medidas relativas al uso de la fuerza y de autodefensa, temas de derecho internacional humanitario, asuntos ligados a la soberanía y la debida diligencia.

Anunció la celebración de una reunión del Grupo de Trabajo de la ONU que tendrá lugar en Washington, DC con la colaboración de la OEA, en donde se contará con la participación de cuatro Estados miembros de la OEA que conforman el grupo de trabajo de la ONU: Brasil, Estados Unidos, México y Uruguay. En relación al cuestionario enviado a los Estados, explicó haber recibido las respuestas de siete países a saber: Bolivia, Brasil, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Perú y Guyana. Destacó que algunas respuestas subrayaban la importancia del entrenamiento legal para ayudar a mejor comprender temas relevantes. A modo de seguimiento, el relator sugirió remitir el cuestionario nuevamente a aquellos Estados que no lo han respondido antes de elaborar un nuevo informe para el mes de marzo del próximo año, en cuya instancia espera poder presentar la percepción de los Estados en cuanto a la aplicación del derecho internacional al entorno cibernético y a las tecnologías de la información y las comunicaciones

El doctor George Galindo agradeció el planteamiento del relator que busca determinar la práctica de los Estados.

La doctora Mariana Salazar agradeció la contribución y la intención de contar con un mayor número de respuestas. Consultó al relator si la OEA puede contribuir en los espacios en que no se pronuncia la Convención de Budapest.

El doctor Carlos Mata remarcó el carácter novedoso del tema e instó a clarificar el objeto que se espera del estudio desde la perspectiva del derecho internacional para que sea una contribución práctica para los Estados.

La Presidenta reiteró la petición del relator de hacer las gestiones en sus países para facilitar un mayor número de respuestas.

El relator reiteró su interés en dar a conocer la percepción de los Estados, sin intentar imponer posiciones, aclarando además que el ejercicio busca ser más amplio que el trabajo en la ONU, que se limita al tema de la paz y seguridad, mientras que el suyo incluiría temas de derechos humanos y ciberseguridad, entre otros.

En respuesta a la doctora Mariana Salazar, el relator explicó que el primer Manual de Tallin cubría un variado número de elementos, pero no desarrollaba mucho el aspecto de los derechos humanos. Señaló que los ataques terroristas en Nueva Zelanda y EEUU han traído a colación temas relativos a la libertad de expresión. Lo esencial de la propuesta del relator es presentar la posición de los Estados en el ámbito del derecho internacional.

Durante el 96° período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, marzo, 2020), el relator del tema, doctor Duncan Hollis, presentó el nuevo informe (documento CJI/doc. 603/20 rev.1 corr.1) que busca otorgar mayor transparencia en la forma en que los Estados entienden la aplicación del derecho internacional en sus operaciones cibernéticas. Al presente, Estados y Organizaciones internacionales se han pronunciado a favor de aplicar el derecho internacional en materia de ciberseguridad, aunque señaló que la OEA no lo ha hecho. A falta de información por parte de los Estados, organizaciones no gubernamentales y el CICR han realizado esfuerzos para dar a conocer la forma en que el derecho internacional se aplica a la ciberseguridad.

En relación a las respuestas al cuestionario, dijo que se han recibido 9 (Bolivia, Chile, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Guyana, Perú y Brasil). A la luz de estas respuestas, la intención es identificar áreas de convergencia y divergencia en la materia por parte de los Estados. No es la

intención del proyecto codificar o participar en el desarrollo del derecho internacional, ni tampoco identificar buenas prácticas.

Basándose en las respuestas recibidas el relator presentó las siguientes observaciones:

- Todos concuerdan en que el derecho internacional se aplica en la materia;
- Las respuestas son heterogéneas en relación al entendimiento de quienes respondieron, tanto en cuestiones técnicas como con relación al aspecto jurídicos internacionales;
- El número de respuesta fue muy bajo.

Acto seguido, el relator hizo una breve reseña en torno a las respuestas entregadas:

1. Respeto a la existencia de alguna declaración pública sobre la aplicación del derecho internacional al tema, solamente EEUU señaló que había tomado una posición.

2. En relación a la aplicación del derecho internacional al ciberespacio, las respuestas reflejan apoyo generalizado. Sin embargo, Guyana y Guatemala cuestionan la posible aplicación de ciertas áreas, debido al carácter novedoso de la materia.

3. En lo relativo al uso de fuerza por parte de una operación cibernética, cinco Estados consideraron que una operación cibernética podría constituir un ataque armado pudiendo desencadenar un ataque armado (Bolivia, Chile, Guatemala, Perú, y los EEUU).

4. y 5. Son preguntas que refieren a la responsabilidad de los Estados. Al respecto, las respuestas demuestran que la atribución representa un mayor obstáculo en este tema. El grupo que respondió invocó las provisiones sobre la responsabilidad del Estado de la Comisión de Derecho Internacional como referente para asignar la responsabilidad a los Estados por actos de actores no estatales sobre los que ejercen control.

6 (a) - En cuanto a la definición de “ataque” en el derecho internacional, las respuestas dan apoyo a su aplicación de la definición existente en la materia. Sin embargo, existen diferencias al momento de calificar las operaciones cibernéticas, sobre si muertes o daños físicos deben resultar para que una operación califique como un "ataque".

6 (b) - Entre los Estados que han respondido, no existe claridad en cuanto a la definición de “objetos” en el ciberespacio en el ámbito del DIH y en particular si los datos pueden constituir un objeto civil que estén protegidos de los ataques.

7. No hubo consenso claro sobre la aplicación del principio de la soberanía como una regla o principio básico en las operaciones cibernéticas de Estados. La mayoría de los Estados básicamente se limitaron a reafirmar la soberanía nacional, sin más detalles.

8. Una mayoría de Estados se posicionaron a favor de la aplicación de la diligencia debida en el ciber espacio.

9. Entre las consideraciones adicionales presentadas por los Estados, el relator destacó las siguientes: protección de los derechos humanos, los crímenes cibernéticos y la necesidad de nuevas normas en el ámbito internacional.

En relación al rumbo a seguir, el relator consultó a los miembros si valdría la pena enviar nuevamente el cuestionario a aquellos países que no han respondido, o remitir este informe directamente a todos los Estados Miembros.

El doctor Milenko Bertrand se refirió a la falta de experiencia demostrada en la materia y sugirió considerar este informe como un documento informativo. Sugirió también que el informe sirva como un primer paso y permita crear consciencia en el hemisferio con el fin de desarrollar una normativa propia.

La doctora Mariana Salazar congratuló al relator por la pertinencia del tema, que está siendo examinado en el ámbito universal y respecto del cual es útil para los Estados de la OEA tener una

posición y un entendimiento. Mencionó que en el Derecho Internacional Humanitario la universalidad de los Convenios de Ginebra en ocasiones, genera recelo de quienes adoptan nuevos tratados, por el riesgo de no lograr el mismo nivel de ratificaciones. Explicó asimismo que es positiva la inclusión del *jus ad bellum* y del *jus in bello* considerando que el tema central es precisamente determinar qué se entiende por uso de la fuerza y ataque armado; constató que temas novedosos tal como los ataques cibernéticos imponen desafíos pues pueden no causar muertes directamente, pero sí a largo plazo o de manera indirecta. Manifestó la intención de México de responder al cuestionario y apoyó la propuesta del relator de reenviar el cuestionario junto con el informe a quienes no han respondido, con miras a obtener más respuestas y revisar un documento actualizado en la próxima sesión.

El doctor Eric Rudge consultó sobre las agencias de los gobiernos que han respondido al cuestionario, y sugirió tomar la vía de la asistencia técnica a los países que lo soliciten. El ínfimo número de respuestas obligaría a evaluar la posibilidad de reenviar el cuestionario.

El doctor George Galindo constató que los países no son capaces de responder rápidamente a este tema debido a su carácter novedoso e instó a enviar nuevamente el cuestionario a los Estados.

El doctor Espeche propuso que la consulta al Estado se haga en paralelo a una entidad académica, que no sean necesariamente universidades públicas. Al respecto, el doctor Rudge constató que en su actividad profesional percibió situaciones similares en el pasado en su país.

El doctor José Moreno estimó importante incluir este tema en la próxima reunión con los asesores jurídicos. Explicó que el trabajo que se hizo con organizaciones internacionales e instituciones académicas de la región al momento de elaborar la Guía sobre contratos internacionales fue esencial y contribuyó a contar con una mejor capacidad de respuesta. En este contexto, el doctor Hollis indicó que el cuestionario podría ser enviado a las sociedades de derecho internacional de cada país.

La Presidenta advirtió que en este tema el trabajo del Comité está construyendo bases en un dominio nuevo. Apoyó la propuesta del doctor Moreno de incluirlo en la reunión con los consultores jurídicos, y también del doctor Espeche para alimentar los trabajos del Comité.

El relator del tema estimó pertinente cuestionar la entidad nacional que ha respondido al cuestionario. En algún momento pensó elaborar una propuesta sobre el estado de derecho en la materia (similar a un *restatement of law*) pero no lo consideró como un enfoque adecuado, puesto que el Manual de Tallin ya integra un conjunto de respuestas de expertos, tanto en DIH como en relación al derecho internacional general. Sugirió enviar el cuestionario a instituciones académicas, tal como fuera propuesto por el doctor Espeche. Un problema sería determinar o identificar las instituciones más adecuadas. Concordó con la doctora Salazar respecto a los efectos que pueden tener los ataques cibernéticos en relación al uso de la fuerza. Asimismo, apoyó la propuesta del doctor Rudge a favor de una mayor capacitación en la materia. El CICTE ofrece cursos que presentan expertos que han trabajado el Manual. Apoyó la propuesta del doctor José Moreno de discutir este tema con los asesores jurídicos, debiendo ello hacerse en forma privada si es necesario. Notó haber percibido un interés en los desarrollos del CJI por parte de diversos actores, tal como el CICR y estudiosos en la materia.

La Presidenta solicitó insistir ante los Estados nuevamente, y adicionalmente circular el cuestionario a asociaciones especializadas en la materia, para lograr obtener una mayor contribución. Al respecto, el relator propuso incluir el informe con el cuestionario como una forma de ayudar a su mejor entendimiento. También se incluirá el tema con los asesores jurídicos.

El doctor Eric Rudge consultó sobre el tema de la capacitación a la Secretaría del Comité. Al respecto el doctor Negro explicó los esfuerzos de la SG en la materia, notamente el CICTE, y propuso para la próxima sesión presentar un listado con dichas capacitaciones.

Durante el 97º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (sesión virtual, agosto, 2020), el relator del tema, doctor Duncan Hollis presentó el quinto informe en la materia, (documento CJI/doc. 615/20), que tiene por objetivo mejorar la transparencia y coadyuvar a los Estados Miembros a identificar áreas de convergencia aplicables al ciberespacio, así como asistir a los

Estados respecto de los espacios de divergencia y convergencia; reducir el riesgo de escalada de conflictos; y otorgar un espacio a la OEA en la conversación global. Constató que la aplicación del derecho internacional al ciberespacio es ampliamente reconocida, siendo un problema fundamental la ausencia de convenciones específicas en la materia respecto a temas ligados a la paz y seguridad internacionales.

Explicó haberse servido de dos mecanismos para conocer la opinión de los gobiernos, un cuestionario y un conversatorio con expertos.

El cuestionario permitió conocer el estado de la situación respecto temas relativos a la aplicación básica de las normas jurídicas internacionales existentes; la prohibición del uso de la fuerza y el derecho de legítima defensa; la responsabilidad del Estado por los actores no estatales; la soberanía; la debida diligencia, y la aplicación del derecho internacional humanitario. Se recibieron respuestas de Bolivia, Chile, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Guyana y Perú. Por su parte, Estados Unidos envió declaraciones públicas anteriores y Brasil supeditó su posición al contexto del Grupo de Expertos Gubernamentales de la ONU (GGE).

Frente a la reticencia por parte de los Estados de responder al cuestionario, el relator realizó un conversatorio virtual, con la asistencia del Departamento de Derecho Internacional, siguiendo las reglas del *Chatham House* con el fin de mantener bajo reserva las posiciones de los Estados. El evento congregó a 18 Estados, además de una representación del Comité Internacional de la Cruz Roja, y permitió aclarar importantes elementos, teniendo en cuenta el elevado nivel de conocimiento de los expertos que estuvieron presentes. Tanto el cuestionario como el conversatorio permitieron al relator constatar una falencia importante en las capacidades técnicas respecto a cuestiones jurídicas relevantes en varios Estados Miembros.

Acto seguido, el doctor Hollis presentó tres propuestas concretas: (i) que el Comité presente una recomendación formal ante la Asamblea General de la OEA, respaldando la aplicación del derecho internacional a las operaciones cibernéticas del Estado, por medio de una declaración; (ii) que el Comité mantenga este tema en su agenda y amplíe su alcance; y (iii) que el Comité apoye o emprenda esfuerzos de creación de capacidad jurídica. Al culminar su presentación, el relator manifestó su deseo de continuar mejorando la visibilidad de la aplicación del derecho internacional en el ciberespacio en el seno de la OEA.

El doctor George Bandeira consultó al relator sobre el tratamiento del control efectivo con relación a las atribuciones de los Estados en el ciberespacio (el uso de la *lex specialis* podría contribuir en este espacio) y sugirió, como ámbito adicional, explorar el derecho diplomático, en cuyo campo se debería incluir la inviolabilidad de los documentos diplomáticos.

La doctora Mariana Salazar consultó al relator sobre la forma en que la OEA puede contribuir a las iniciativas que tienen lugar en las Naciones Unidas, que dispone de dos grupos trabajando en el tema, de manera a asegurarse que se complementen y no dupliquen los procesos concomitantemente. Concordó además con la propuesta de mantener en la agenda el tratamiento de este tema.

El doctor Iñigo Salvador manifestó su complacencia con las propuestas del relator, y solicitó incluir en el borrador de la declaración la Carta de la OEA, junto a la de la ONU. Asimismo, consultó al relator la razón de insertar referencias específicas a principios básicos que ya están incluidos en ambas Cartas.

El doctor Eric Rudge avaló la recomendación de mantener el tema en la agenda del Comité y solicitó al relator, incluir una referencia al “mal uso” de las Tics, agregando que los Estados deben ser considerados responsables internacionalmente cuando provocan un daño.

El doctor Milenko Bertrand acompañó la moción de continuar trabajando este tema. Describió algunos de los desafíos que se imponen a los Estados que no cuentan con una articulación institucional, pudiendo incluso dañar la democracia, por medio de la manipulación de la información y el hackéo digital. A la luz de esta explicación, el doctor Eric Rudge invitó a explorar el tema del fraude

electrónico, y apoyó la propuesta de incorporar los instrumentos de la OEA en la resolución a ser elaborada.

El doctor Espeche asintió a la moción de continuar estudiando el tema y mantenerlo en la agenda del Comité.

El doctor Alix Richard comentó sobre la interferencia en los procesos electorales por medio de ataques cibernéticos, que constituyen una amenaza a la soberanía de los Estados, a la democracia y a la paz, en congruencia con lo dicho por el doctor Bertrand. Asimismo, sugirió mantener este tema en la agenda.

El doctor Luis García Corrochano observó que el informe cumple el mandato, puesto que apunta a aspectos fundamentales en un tema que plantea oportunidades y también amenazas. En concordancia con el Derecho Internacional, este es un dominio en el que se debe buscar responder a problemas reales y concretos, donde los Estados garanticen su respeto.

La doctora Ruth Correa felicitó al relator por el completo y experto informe, y manifestó su satisfacción con las tres propuestas formuladas. Hizo referencia al tema de responsabilidad de los Estados por los daños que puedan causar agentes no estatales, terreno en el que se debieran establecer pautas claras.

En respuesta al doctor George Bandeira sobre el comentario relativo a la responsabilidad de los Estados, el relator declaró que la mayoría de los Estados sofisticados aún están buscando una respuesta a la pregunta sobre cómo se aplica el derecho internacional en esta materia; un dominio en que se debe considerar el respeto de la soberanía.

Con referencia a la consulta de la doctora Mariana Salazar, el relator sostuvo que ninguna institución debería competir. Conversaciones con los presidentes de los grupos en la ONU le han permitido observar que la propuesta de la OEA es vista de manera positiva.

El relator agradeció la sugerencia del doctor Iñigo Salvador de integrar la Carta de la OEA en la resolución. Asimismo, explicó que la mención a temas particulares tales como la soberanía y la no intervención, responde a la necesidad de confrontar la resistencia de ciertos países que se oponen a su aplicación en el ciberespacio. El relator también se mostró favorable a la propuesta del doctor Eric Rudge de aludir al “mal uso” de las Tics.

El doctor Hollis instó al doctor Milenko Bertrand a incluir en la agenda del Comité desarrollos ligados a los aspectos digitales y el derecho a la internet, los cuales han recobrado importancia particular en estos tiempos de pandemia. De igual manera, invitó al doctor Espeche a determinar qué otros temas pueden ser cubiertos en el ámbito cibernético, tal como lo hiciera el doctor Alix Richards en relación al fraude electoral y la falta de información.

Al finalizar la ronda, el relator manifestó su acuerdo con el doctor Luis García Corrochano respecto de las amenazas que pueden involucrar el comportamiento del Estado, como de las entidades no estatales; en todos los casos, el Estado es responsable por estas acciones. En este sentido, resaltó la importancia de lo mencionado por la doctora Correa sobre la responsabilidad de los Estados y el respeto de la debida diligencia.

La doctora Ruth Correa constató un claro respaldo por parte del pleno a la presentación de esta resolución ante la Asamblea General de la OEA, agregando la referencia a la Carta de la OEA en la declaración. En cuanto a la segunda propuesta de mantener el tema en la agenda, consultó si habría algún interés entre los miembros en ocuparse de relatoría, a lo cual la doctora Mariana Salazar manifestó su aceptación, sin perjuicio de que alguno de los nuevos miembros deseara participar como co-relator del tema. Finalmente, en relación a la tercera propuesta sobre los esfuerzos adicionales de capacidad, la Presidencia expresó la necesidad de implementarla por medios concretos. En este último punto, el doctor Hollis agregó que esta es una realidad que va a requerir recursos para la realización de cursos y va a depender de las capacidades disponibles, así como del apoyo de la Secretaría Técnica del Comité, el Departamento de Derecho Internacional.

El doctor Negro manifestó el interés de hacer todas las gestiones necesarias para poder pensar o diseñar actividades de capacitación en los términos de la tercera propuesta. Solicitó tiempo adicional para diseñar un plan de acción, con los contenidos de dicha capacitación y especialmente sobre quiénes podrían ser los capacitadores, esperando contar con la presencia del doctor Duncan Hollis y el apoyo de la nueva relatora, la doctora Mariana Salazar. Potencialmente el Departamento podría trabajar con el CICTE que tiene mucha experiencia en estas capacitaciones y enviar una propuesta a los miembros del Comité.

La doctora Ruth Correa propuso aprobar las propuestas y solicitó al relator hacer los ajustes que se imponen en relación a la primera propuesta, conforme a las intervenciones presentadas. En segundo lugar, el tema continuará en la agenda del Comité, siendo la nueva relatora del tema la doctora Mariana Salazar; en tercer término, el Comité quedará pendiente del apoyo de la Secretaría para concretar la capacitación para los Estados, en caso de que ello pueda realizarse.

A continuación, se incluyen los documentos presentados por el relator del tema doctor Duncan B. Hollis en febrero y en agosto de 2020, así como la resolución adoptada por el Comité:

**CJI/doc. 603/20 rev.1 corr.1**

**DERECHO INTERNACIONAL Y OPERACIONES CIBERNÉTICAS DEL ESTADO:  
MEJORA DE LA TRANSPARENCIA. CUARTO INFORME**

(presentado por el profesor Duncan B. Hollis)

1. Este es mi cuarto informe sobre la mejora de la transparencia en la forma en que los Estados Miembros entienden la aplicación del derecho internacional a las operaciones cibernéticas del Estado. Presenta un análisis de las respuestas recibidas hasta la fecha al cuestionario del Comité Jurídico Interamericano (CJI) dirigido a los Estados Miembros sobre el derecho internacional y las operaciones cibernéticas del Estado. De esta forma, el informe procura contribuir a una amplia tendencia en las relaciones internacionales hacia una mayor transparencia en la forma en que los Estados nación entienden la aplicación del derecho internacional al ciberespacio.

2. En mi primer informe puse de relieve la poca visibilidad que el derecho internacional ha tenido en la reglamentación de las operaciones cibernéticas del Estado, a pesar de su proliferación y de sus implicaciones económicas, humanitarias y para la seguridad nacional<sup>1</sup>. Muchos Estados *han* confirmado la aplicabilidad del derecho internacional a su comportamiento en el ciberespacio<sup>2</sup>. Aunque la OEA no lo ha hecho, otras organizaciones internacionales, como la ASEAN, la Unión Europea y las Naciones Unidas, también lo han hecho<sup>3</sup>. No obstante, los intentos realizados hasta

---

<sup>1</sup> Véase Duncan B. Hollis, *International Law and State Cyber Operations: Improving Transparency*, OEA/Ser. Q, CJI/doc. 570/18 (9 de agosto de 2018) (“primer informe de Hollis”).

<sup>2</sup> Véanse Naciones Unidas, Nota del Secretario General, *Grupo de Expertos Gubernamentales sobre los Avances en la Información y las Telecomunicaciones en el Contexto de la Seguridad Internacional*, párr. 19, A/68/98 (24 de junio de 2013) (“El derecho internacional, en particular la Carta de las Naciones Unidas, es aplicable” al ciberespacio); Nota del Secretario General, *Grupo de Expertos Gubernamentales sobre los Avances en la Información y las Telecomunicaciones en el Contexto de la Seguridad Internacional*, párr. 24, A/70/174 (22 de julio de 2015) (ídem).

<sup>3</sup> Véanse la resolución 266 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, A/RES/73/266 (2 de enero de 2019); *ASEAN-United States Leaders’ Statement on Cybersecurity Cooperation* (18 de noviembre de 2018); *EU Statement – United Nations 1st Committee, Thematic Discussion on Other Disarmament Measures and International Security* (26 de octubre de 2018). Tanto el G7 como el G20 han hecho declaraciones similares. Véanse, por ejemplo, *G7 Declaration on Responsible States Behavior in Cyberspace* (Luca, 11 de abril de 2017); *Comunicado de los dirigentes del G-20, Cumbre de Antalya*, 15 y 16 de noviembre de 2015, párr. 26.

la fecha de delinear *la forma* en que los Estados entienden la aplicación del derecho internacional al ciberespacio han tenido poco éxito.

3. Como señalé en mi segundo informe, sigue habiendo controversias y confusión con respecto a si ciertos regímenes jurídicos internacionales —entre ellos la autodefensa, el derecho internacional humanitario, las contramedidas, la soberanía (como norma autónoma) y la diligencia debida— se aplican a las operaciones cibernéticas<sup>4</sup>. Lo que es más importante, los Estados se muestran renuentes a invocar el derecho internacional al formular acusaciones con respecto a las operaciones cibernéticas de otros Estados<sup>5</sup>. En una notable excepción, en 2018, cinco Estados (Australia, Canadá, los Países Bajos, Nueva Zelanda y el Reino Unido) acusaron al Servicio de Información Militar (GRU) —la rama de inteligencia militar de Rusia— de una serie de operaciones cibernéticas, entre ellas algunas contra la Organización para la Prohibición de las Armas Químicas (OPAQ) y la Agencia Mundial Antidopaje (AMA). El Secretario de Relaciones Exteriores del Reino Unido señaló que Rusia quería operar sin respetar el *derecho internacional ni las normas establecidas, en tanto que* los Países Bajos afirmaron, en términos más generales, que las actividades rusas socavaban el estado de derecho internacional<sup>6</sup>. Desafortunadamente, en estas acusaciones no se indicó si todas las presuntas operaciones del GRU o solo algunas violaban el derecho internacional ni se especificaron las normas del derecho internacional que los acusadores creían que se habían infringido.

4. En años recientes, varios Estados han comenzado a ofrecer *algunas* explicaciones de la forma en que se aplica el derecho internacional al ciberespacio. A partir de 2012, Estados Unidos comenzó a expresar sus opiniones en discursos y declaraciones<sup>7</sup>. En 2018, el Ministerio Público del Reino Unido hizo una importante declaración acerca de las opiniones del país<sup>8</sup>. Posteriormente,

---

<sup>4</sup> Duncan B. Hollis. *International Law and State Cyber Operations: Improving Transparency*, OEA/Ser.Q, CJI/doc. 578/19 (21 de enero de 2019) (“segundo informe de Hollis”).

<sup>5</sup> Véanse Dan Efrony y Yuval Shany, *A Rule Book on the Shelf? Tallinn Manual 2.0 on Cyber-Operations and Subsequent State Practice*, 112 AJIL 583, 594 (2018); Duncan B. Hollis y Martha Finnemore, *Beyond Naming and Shaming: Accusations and International Law in Global Cybersecurity*, en *Euro. J. Int’l L.* (se publicará en 2020).

<sup>6</sup> Foreign Commonwealth Office, Press Release, *UK exposes Russian cyber-attacks* (4 de octubre de 2018); NCSC, *Reckless campaign of cyber attacks by Russian military intelligence service exposed* (4 de octubre de 2018); Netherlands Ministry of Defense, *Netherlands Defence Intelligence and Security Service disrupts Russian cyber operation targeting OPCW* (4 de octubre de 2018).

La acusación de Canadá contenía ambas formulaciones. Press Release, Global Affairs Canada, *Canada Identifies Malicious Cyber-Activity by Russia* (4 de octubre de 2018) (donde se señala que la actividad de Rusia demuestra un desconocimiento del derecho internacional y socava el orden internacional basado en normas). En cambio, Australia y Nueva Zelanda acusaron a Rusia de llevar a cabo una actividad cibernética maliciosa, sin hacer referencia alguna al derecho internacional. Véanse, por ejemplo, Press Release, Government Communications Security Bureau, *Malicious Cyber Activity Attributed to Russia* (4 de octubre de 2018); Media Release, Prime Minister of Australia, *Attribution of a Pattern of Malicious Cyber Activity to Russia* (4 de octubre de 2018).

<sup>7</sup> Véanse, por ejemplo, Brian Egan, *Remarks on International Law and Stability in Cyberspace* (10 de noviembre de 2016), en *Digest of U.S. Practice in Int’l Law* 815 (2016); *U.S. Submission to Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security* (octubre de 2016), en *Digest of U.S. Practice in Int’l Law* 823 (2016); *U.S. Submission to Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security* (octubre de 2014), en *Digest of U.S. Practice in Int’l Law* 732 (2014); Harold Koh, *International Law in Cyberspace* (18 de septiembre de 2012), en *Digest of U.S. Practice in Int’l Law* 593 (2012).

<sup>8</sup> Jeremy Wright, QC, MP. *Cyber and International Law in the 21st Century* (23 de mayo de 2018) (“las opiniones del Reino Unido”).

varios Estados —entre ellos Australia<sup>9</sup>, Estonia<sup>10</sup>, Francia<sup>11</sup> y los Países Bajos<sup>12</sup>— comenzaron a presentar sus propios puntos de vista de manera pormenorizada. Aunque se trata de un avance, el número y la especificidad de estas declaraciones (todavía) no han sido suficientes para usarlas como evidencia en la práctica general de los Estados o la *opinio juris*<sup>13</sup>.

5. Varios agentes no estatales han tratado de suplir esta falta de información con sus propias opiniones sobre la manera en que el derecho internacional consuetudinario regula las operaciones cibernéticas del Estado. Las dos voces más prominentes son, sin lugar a dudas, las del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) y el grupo independiente de expertos que escribió los manuales de Tallin<sup>14</sup>. No obstante, es evidente que no todos los Estados consideran que su contenido refleja el derecho internacional<sup>15</sup>.

6. Con el apoyo del Comité, en mi segundo informe detallé un plan para abordar la *transparencia* con respecto a la forma en que los Estados entienden la aplicación del derecho internacional a las operaciones cibernéticas. Específicamente, propuse distribuir un cuestionario a los Estados Miembros de la OEA sobre algunas de las cuestiones jurídicas internacionales más pertinentes, y el Comité lo aprobó. El proyecto tiene tres objetivos:

- a. Indicar áreas de convergencia en la forma en que los Estados entienden qué normas jurídicas internacionales se aplican y de qué manera. Su uniformidad de puntos de vista,

<sup>9</sup> Australian Mission to the United Nations. *Australian Paper—Open Ended Working Group on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the context of International Security* (septiembre de 2019) (“las opiniones de Australia”).

<sup>10</sup> Kersti Kaljulaid, Presidente de Estonia. *Speech at the opening of CyCon 2019* (29 de mayo de 2019) (“las opiniones de Estonia”).

<sup>11</sup> Ministère des Armées. *Droit international appliqué aux opérations dans le cyberspace* (9 de septiembre de 2019) (“las opiniones del Ministerio de Defensa de Francia”). No las llamo “opiniones de Francia” porque por lo menos un experto ha señalado que el autor del documento es el Ministerio de Defensa de Francia, y su contenido no puede atribuirse al Estado francés en conjunto. Véase Gary Corn, *Punching on the Edges of the Gray Zone, Iranian Cyber Threats and State Cyber Responses*, en *Just Security* (11 de febrero de 2020) (donde dice que, a pesar de las numerosas afirmaciones en contrario, el documento francés no dice que es la posición oficial del Gobierno de Francia. Fue escrito y publicado por el Ministerio de Defensa. Análogamente, el *Law of War Manual*, del Departamento de Defensa de Estados Unidos, no refleja necesariamente las opiniones del gobierno en conjunto).

<sup>12</sup> *Letter from Minister of Foreign Affairs to President of the House of Representatives on the international legal order in cyberspace*, 5 de julio de 2019, apéndice 1 (“las opiniones de los Países Bajos”).

<sup>13</sup> Véase, por ejemplo, Egan, nota 7 *supra*, 817.

<sup>14</sup> Véanse, por ejemplo, CICR, Documento de posición sobre *Derecho internacional humanitario y ciberoperaciones durante conflictos armados* (noviembre de 2019) (“Documento de posición del CICR”); Michael N. Schmitt (ed.), *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations* (2017) (“*Tallinn 2.0*”); véase también CICR, *Report on International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflict*, 70 años de los Convenios de Ginebra (Nov. 2019) (“Informe del CICR de 2019”); CICR, *International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts*, XXXII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (octubre de 2015) 39-43 (“Informe del CICR de 2015”).

<sup>15</sup> Egan, nota 7 *supra*, 817 (“Es posible que las interpretaciones o aplicaciones del derecho internacional propuestas por grupos no gubernamentales no reflejen la práctica o las opiniones jurídicas de muchos de los Estados o de la mayoría. El relativo silencio de los Estados podría llevar a la imprevisibilidad en el ámbito cibernético, que podría sembrar la incertidumbre entre los Estados con respecto a las opiniones de los demás con respecto al marco jurídico aplicable. En el contexto de un incidente cibernético particular, esta incertidumbre podría dar lugar a percepciones erróneas y errores de cálculo de los Estados, lo cual, a su vez, podría llevar a una escalada y, en el peor de los casos, a un conflicto” [traducción del CJI]).

- combinada con las declaraciones de Estados extrarregionales, podría proporcionar más pruebas para delinear las normas pertinentes del derecho internacional consuetudinario.
- b. Indicar opiniones divergentes sobre las normas del derecho internacional que se aplican y la forma en que se aplican. Eso podría facilitar el establecimiento de un punto de partida para un diálogo ulterior, sea para conciliar posiciones divergentes, aclarar el contenido del derecho o incluso tratar de cambiarlo. Además, una mayor transparencia de las opiniones de un Estado puede llevar a otros Estados a adaptar su comportamiento para limitar el riesgo de escalada involuntaria o conflicto.
  - c. Dar a los Estados Miembros de la OEA una voz apropiada en las conversaciones mundiales sobre la aplicación del derecho internacional. El año pasado, la Asamblea General de las Naciones Unidas encomendó a un nuevo Grupo de Expertos Gubernamentales (GEG) que recabara opiniones nacionales sobre el derecho internacional<sup>16</sup>. En vista de que solo cuatro Estados Miembros de la OEA participan en el GEG (Brasil, México, Estados Unidos y Uruguay), el trabajo del Comité ofrece a otros Estados Miembros la oportunidad de presentar una gama más completa de opiniones de toda la región. Eso concuerda con el llamamiento de la Unión Europea a *todos* los Estados Miembros de las Naciones Unidas para que presenten contribuciones nacionales sobre la forma en que se aplica el derecho internacional al uso de la tecnología de la información y las comunicaciones por los Estados<sup>17</sup>.

Al mismo tiempo, es importante reiterar lo que *no* se procura hacer con este proyecto. No es su finalidad codificar o desarrollar gradualmente el derecho internacional (ni siquiera presentar las mejores prácticas u orientación general). Tampoco es su finalidad ofrecer una perspectiva integral o fundamental de los asuntos jurídicos internacionales en el contexto cibernético. El objetivo es más moderado. El propósito de las preguntas era recabar las opiniones de los Estados sobre la forma en que el derecho internacional se aplica al ciberespacio en las áreas en las cuales han surgido más discusiones (y discordia) hasta el momento. Por lo tanto, lo que se busca con este proyecto es proporcionar a los Estados Miembros de la OEA una base para que sean más transparentes en lo que respecta a la forma en que entienden la relación del derecho internacional con el ciberespacio y la tecnología de la información y las comunicaciones (TIC) de la cual deriva.

7. Con la autorización del Comité, preparé un cuestionario sobre estos temas con aportes del Departamento de Derecho Internacional de la OEA y el Comité Internacional de la Cruz Roja. El cuestionario se distribuyó a los Estados Miembros en enero de 2019. En mi tercer informe presenté una actualización del contenido del cuestionario y pedí una prórroga del plazo para responder<sup>18</sup>.

8. Después de mi tercer informe, tuve la oportunidad de participar en consultas organizadas por la Secretaría del Comité Interamericano contra el Terrorismo (CICTE), de la OEA, con la Oficina de Asuntos de Desarme de las Naciones Unidas los días 15 y 16 de agosto de 2019. En esa oportunidad hablé a los participantes sobre el trabajo del Comité en este campo. En diciembre participé (en calidad de académico) en la reunión intersesional informal del Grupo de trabajo de composición abierta sobre los Avances en la esfera de la información y las telecomunicaciones en el contexto de la seguridad internacional. Allí mantuve varias consultas informales con los Estados y otros interesados y describí el interés del Comité en promover la transparencia en la forma en que los Estados entienden la aplicación del derecho internacional al ciberespacio. En ambos contextos recibí comentarios siempre positivos y aliento, lo cual muestra

---

<sup>16</sup> Véase la resolución 266 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, nota 3 *supra*, párr. 3 (sobre el mandato del GEG). Además del nuevo GEG, hay un grupo de trabajo de composición abierta patrocinado por las Naciones Unidas cuyo objetivo es llevar a la práctica el trabajo de GEG anteriores y, en algunos casos, rever o incluso revisar los resultados de ese trabajo. Véase A/RES/73/27.

<sup>17</sup> *EU Statement*, nota 3 *supra*.

<sup>18</sup> Véase Duncan B. Hollis, *International Law and State Cyber Operations: Improving Transparency: Third Report*, OEA/Ser.Q, CJI/doc 594/19 (24 de julio de 2019) (“tercer informe de Hollis”).

que hay gran interés en ofrecer a los Estados un foro o más de uno para que expresen sus opiniones y sigan fortaleciendo el estado de derecho en el ciberespacio.

9. En este informe presento una breve reseña de las respuestas a las diez preguntas del Comité sobre el derecho internacional y el ciberespacio. Hasta ahora, el Comité ha recibido nueve respuestas. Ocho son de fondo, ya que Bolivia, Chile, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Guyana y Perú proporcionaron respuestas específicas<sup>19</sup>, mientras que Estados Unidos remitió al Comité a sus declaraciones anteriores de 2012 a 2016<sup>20</sup>. La novena respuesta (de Brasil) no fue de fondo, sino que destacó el trabajo de Brasil en el GEG de las Naciones Unidas (que su experto preside) como foro donde planeaba abordar algunos aspectos de la aplicación del derecho internacional al ciberespacio<sup>21</sup>.

10. Antes de examinar las respuestas correspondientes a cada pregunta, debo recalcar tres reacciones generales. Ante todo, es evidente que los Estados que respondieron tienen un interés duradero en el estado de derecho, incluido el papel que el derecho internacional puede desempeñar en la reglamentación del comportamiento de los Estados en el ciberespacio. Esto es sin duda un avance y es muy prometedor para la cooperación y la coordinación futuras de los Estados Miembros en lo que se refiere a los asuntos jurídicos internacionales en este contexto.

11. Sin embargo, al mismo tiempo debo expresar una *segunda* reacción, menos positiva, a las respuestas del cuestionario. Consideradas en conjunto, revelan una *falta de uniformidad* de la capacidad actual de los Estados Miembros. Cuando hablo de “capacidad” me refiero no solo a las diferencias en la capacidad operacional de los Estados para realizar operaciones cibernéticas, aunque esas diferencias son muy reales, sino también a la medida en que los Estados Miembros de la OEA parecen comprender las cuestiones técnicas y jurídicas pertinentes que han suscitado mucha atención en otros contextos geopolíticos, como las Naciones Unidas. Claro está, varios Estados ponen de manifiesto en su respuesta un profundo conocimiento de las diversas formas en que pueden recurrir a operaciones cibernéticas como sustituto de otras cosas que han hecho anteriormente y como herramienta novedosa para alcanzar objetivos, escalas o efectos nunca antes vistos. Al mismo tiempo, otros Estados parecen tener una comprensión más limitada de lo que se puede lograr en el ciberespacio. Su comprensión se complica con la falta de un lenguaje compartido, ya que los Estados utilizan términos y definiciones muy diferentes en sus respuestas<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> Nota del Estado Plurinacional de Bolivia, Ministerio de Relaciones Exteriores, Misión Permanente ante la Organización de los Estados Americanos, MPB-OEA-NV104-19 (17 de julio de 2019) (que contiene las respuestas del Comando en Jefe de las Fuerzas Armadas del Estado, Inspectoría General de las Fuerzas Armadas, al cuestionario del CJI) (“respuesta de Bolivia”); Respuesta de Chile al cuestionario del Comité Jurídico Interamericano de la OEA (14 de enero de 2020) (“respuesta de Chile”); Comunicación de Carole Arce Echeverría, Organismos Internacionales, Dirección General de Política Exterior, Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de Costa Rica, a la OEA (3 de abril de 2019) (a la cual se adjunta la carta 163-OCRI2019, de Yonathan Alfaro Aguero, Oficina de Cooperación y Relaciones Internacionales, dirigida a Carole Arce Echeverría, con la respuesta de la Sala de Casación Penal [la “instancia pertinente”]) (“respuesta de Costa Rica”); Nota verbal 4-2 186/2019 de la Misión Permanente de Ecuador ante la OEA (28 de junio de 2019) (“respuesta de Ecuador”); Nota Of. 4VM.200-2019/GJL/lr/bm, de Gabriel Juárez Lucas, Cuarto Viceministro, Ministerio de Gobernación, a Luis Toro Utillano, Secretaría Técnica del Comité Jurídico Interamericano (14 de junio de 2019) (“respuesta de Guatemala”); Nota No: 105/2019 de la Misión Permanente de Guyana ante la OEA (30 de julio de 2019) (“respuesta de Guyana”); Respuesta de Perú al cuestionario sobre la aplicación del derecho internacional en los Estados Miembros de la OEA en el contexto cibernético (junio de 2019) (“respuesta de Perú”).

<sup>20</sup> Véase la nota 7.

<sup>21</sup> Respuesta de Brasil al CJI de la OEA, Nota 2.2/14/19 (1 de julio de 2019).

<sup>22</sup> Por ejemplo, los Estados usan definiciones diferentes de ciberespacio. Compárese la respuesta de Guyana, nota 19 *supra*, en 2 (donde se usa una definición tomada del sitio web de la Academia Naval de Estados Unidos) con la respuesta de Perú, nota 19 *supra*, en 2 (donde se usa una definición tomada de Kristen Eichensehr, *The Cyber-Law of Nations* 103, en *Georgetown L. J.* 323, 324 [2015], que, a su vez, proviene del *Oxford English Dictionary*).

Asimismo, en lo que se refiere al derecho internacional, varios Estados evidentemente conocen las diversas líneas divisorias que han dominado la conversación en los últimos años, mientras que otros demuestran un conocimiento mucho menor de las normas jurídicas internacionales subyacentes y de las cuestiones particulares que su aplicación suscita en el contexto cibernético.

12. En vista de estas disparidades, sería conveniente que el Comité considerara si, además de sondear las opiniones de los Estados, la OEA debería trabajar para aumentar más la capacidad jurídica y técnica. El CICTE, de la OEA, ya tiene una trayectoria excelente de ayuda a los Estados Miembros para aumentar la capacidad con la formulación de estrategias “nacionales” de ciberseguridad y el establecimiento de equipos de respuesta a incidentes de seguridad informática (CSIRT)<sup>23</sup>. En la región también se han llevado a cabo varios programas para capacitar a los ministerios de relaciones exteriores de los Estados Miembros sobre las cuestiones jurídicas pertinentes y los términos de los debates en curso<sup>24</sup>. No obstante, las respuestas actuales indican que se puede y se debe hacer más. Asimismo, esta opinión se refleja en las respuestas de varios Estados Miembros. La respuesta de Costa Rica fue particularmente elocuente en ese sentido:

la necesidad urgente de espacios de estudio y análisis para poder atender con éxito y efectividad toda la problemática que podría[n] generar las operaciones cibernéticas, no solo en atención a los ataques y su forma de contrarrestarlos, prevenirlos, sancionarlos, sino también de la responsabilidad de los Estados, aún frente a sujetos no estatales.

En ese sentido, expresamos con todo respeto la necesidad de unir esfuerzos para abrir los espacios idóneos, para que países como Costa Rica y otros se involucren en el estudio de esta temática y hagan propuestas, no solo en orden al Derecho internacional sino también de derecho interno, que puedan dar un paso en la atención de una realidad virtual con implicaciones transfronterizas, con capacidad de afectar derechos fundamentales de los ciudadanos del mundo<sup>25</sup>.

Teniendo en cuenta estos puntos de vista, invitaría al Comité a opinar si la OEA podría aumentar la capacidad jurídica internacional en este espacio y de qué forma. Me interesan en particular las formas de asegurar que los Estados Miembros posean los conocimientos jurídicos y técnicos básicos necesarios para participar en las discusiones y los debates en curso y sacar sus propias conclusiones fundamentadas.

13. *Tercero*, la tasa de respuesta al cuestionario del Comité sigue siendo subrepresentativa de la región en conjunto. Agradecemos el tiempo y el esfuerzo dedicados por los Estados a las respuestas de fondo, que son sumamente valiosas. Sin embargo, las respuestas recibidas hasta ahora representan menos de 25% de los Estados Miembros de la OEA. Para tener una idea más exacta de la forma en que la región entiende la aplicación del derecho internacional al ciberespacio se necesitan respuestas de más Estados Miembros. Invito al Comité a que opine sobre si sería útil o factible tratar de obtener estas respuestas.

14. Con estas salvedades en mente, a continuación, copio cada pregunta del Comité seguida de un resumen de las respuestas recibidas hasta ahora.

***Pregunta 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.***

15. En esta primera pregunta se pedían las declaraciones nacionales efectuadas sobre el derecho internacional y el ciberespacio. La idea era que el Comité estuviera al corriente de las opiniones vertidas anteriormente y que los Estados Miembros no tuvieran que responder a las preguntas si ya habían adoptado una posición de fondo pertinente. Sin embargo, de las ocho

---

<sup>23</sup> Véase más información sobre las actividades del CICTE en <http://www.oas.org/en/sms/cicte/prog-cybersecurity.asp>.

<sup>24</sup> Canadá y México, por ejemplo, fueron coanfitriones de un taller con la OEA el 30 de mayo de 2019, dirigido a Estados Miembros, en el cual se examinó la aplicación del derecho internacional al ciberespacio.

<sup>25</sup> Respuesta de Costa Rica, nota 19 *supra*, en 2.

respuestas, solo en la de Estados Unidos decía que se habían hecho declaraciones y discursos anteriormente sobre la aplicación del derecho internacional al ciberespacio, como los discursos de 2012 y 2016 de los entonces asesores jurídicos del Departamento de Estado y los escritos presentados por Estados Unidos en 2014 y 2016 en reuniones del Grupo de Expertos Gubernamentales (GEG) de las Naciones Unidas sobre los avances en la información y las telecomunicaciones en el contexto de la seguridad internacional<sup>26</sup>.

16. Otros Estados dijeron que no estaban al tanto de posiciones anteriores sobre la aplicación del derecho internacional en el contexto cibernético<sup>27</sup>. Varios aprovecharon la oportunidad para poner de relieve su acción interna encaminada a establecer organizaciones pertinentes o regímenes regulatorios con el fin de abordar asuntos relacionados con las TIC<sup>28</sup>.

17. La escasez de declaraciones oficiales anteriores confirma la hipótesis en que se basa este proyecto: que los Estados han dicho relativamente poco hasta ahora sobre la forma en que el derecho internacional se aplica al comportamiento de los Estados en el ciberespacio. También confirma que la mayoría de las actividades internas relacionadas con la ciberseguridad se han centrado hasta ahora en estrategias o políticas nacionales en materia de ciberseguridad y de ciberdelincuencia interna, así como en otros aspectos de la reglamentación de las TIC.

**Pregunta 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?**

18. Aunque una resolución reciente de la Asamblea General de las Naciones Unidas<sup>29</sup> parece indicar que ahora hay apoyo generalizado a la aplicación del derecho internacional al ciberespacio, los primeros intentos realizados en las Naciones Unidas revelaron que algunos Estados tenían profundas reservas acerca de la aplicabilidad de ciertos regímenes jurídicos internacionales. De hecho, supuestamente debido a estas reservas, el GEG de las Naciones Unidas que se reunió en 2016 y 2017 no elaboró un informe final<sup>30</sup>. Por lo tanto, subsiste la necesidad de determinar si la existencia de ciertas áreas del derecho internacional en relación con el ciberespacio es un tema controvertido y, si lo es, cuáles son esas áreas. La finalidad de la segunda pregunta era recabar las opiniones de los Estados sobre aspectos del derecho internacional que consideraran inaplicables (o cuya aplicación pudiera ser al menos problemática) en el contexto cibernético.

19. En general, las respuestas al cuestionario reflejan un amplio apoyo a la aplicación de los campos existentes del derecho internacional al ciberespacio. Como se resume en la respuesta de Chile, “el derecho internacional vigente proporciona el marco normativo aplicable [...], incluyendo las normas relativas al *jus ad bellum*, derecho internacional humanitario, derechos humanos y

---

<sup>26</sup> Con respecto a las citas, véase la nota 7 *supra*. Cabe señalar, sin embargo, que en la respuesta de Estados Unidos decía que estos eran solo “algunos” de los documentos en los que expresaba sus opiniones. Por lo tanto, es posible que haya otros que merezcan atención. En particular, podría ser útil saber en qué medida el *Laws of War Manual*, del Departamento de Defensa, refleja los puntos de vista de Estados Unidos en conjunto. Véase Office of General Counsel, U.S. Department of Defense, *Department of Defense Law of War Manual* (junio de 2015, actualizado en diciembre de 2016) (“Manual del Departamento de Defensa”).

<sup>27</sup> Véase, por ejemplo, la respuesta de Ecuador, nota 19 *supra*, en 1 (“No se conoce sobre un documento Oficial del Gobierno del Ecuador que sea público, en cuanto a las Operaciones Cibernéticas”); véase también la respuesta de Guyana, nota 19 *supra*, en 1 (ídem).

<sup>28</sup> Respuesta de Bolivia, nota 19 *supra*, en 1 (donde se cita una nueva ley de 2015); respuesta de Chile, nota 19 *supra*, en 1 (donde se menciona la “Política Nacional de Ciberdefensa”, del Ministerio de Defensa, publicada el 9 de marzo de 2018); respuesta de Guatemala, nota 19 *supra*, en 1 (donde se señalan la “Estrategia Nacional de Seguridad Cibernética” y la nueva Ley contra la Ciberdelincuencia); véase también la respuesta de Costa Rica, nota 19 *supra*, en 1.

<sup>29</sup> Véase la resolución 266 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, nota 3 *supra*.

<sup>30</sup> Véase, por ejemplo, Arun M. Sukumar, *The UN GGE Failed. Is International Law in Cyberspace Doomed As Well?*, en *Lawfare* (4 de julio de 2017).

aquellas que regulan la responsabilidad internacional de los Estados”<sup>31</sup>. Otros Estados que confirmaron la aplicación del derecho internacional fueron Ecuador, Perú y Estados Unidos<sup>32</sup>. Junto con el *jus ad bellum* y el *jus in bello*, en la respuesta de Perú se recalca 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 la información, derecho al secreto de las comunicaciones, etc.”<sup>33</sup>. Estados Unidos se hace eco de la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos, al mismo tiempo que plantea la aplicación del derecho internacional como “piedra angular” de su política para el ciberespacio<sup>34</sup>.

20. Bolivia también da una respuesta positiva, pero centrada en el derecho internacional “destinado a ser aplicado en los conflictos armados”, con opiniones sobre la forma de distinguir los casos en que el derecho internacional humanitario se aplicaría y aquellos en los que no se aplicaría<sup>35</sup>. Por consiguiente, no resulta claro si la respuesta positiva de Bolivia se extiende a la aplicación de otros subcampos del derecho internacional además del *jus ad bellum* y el *jus in bello*.

21. Guatemala y Guyana apoyan la aplicación del derecho internacional. No obstante, ambos formulan salvedades con respecto al alcance universal de la aplicación del derecho existente. Sin dar ningún ejemplo, Guatemala observa que podría haber áreas en las cuales “la novedad del ciberespacio sí excluya la aplicación de determinados derechos u obligaciones de carácter internacional”<sup>36</sup>. Guyana, entretanto, señala que las operaciones cibernéticas no se encuadran en conceptos tradicionales y que hay un enconado debate con respecto a si los campos existentes del derecho internacional se aplican al ciberespacio<sup>37</sup>. Teniendo en cuenta el trabajo anterior del GEG, Guyana afirma que, aunque se reconoce que el derecho internacional debería aplicarse al ciberespacio, es difícil aplicar principios existentes tales como el uso de la fuerza, que tradicionalmente implica un elemento físico y ataques con algún tipo de arma<sup>38</sup>.

---

<sup>31</sup> Respuesta de Chile, nota 19 *supra*, en 1 (en consecuencia, Chile observa que “la planificación, conducción y ejecución de las operaciones en el ciberespacio debe ceñirse estrictamente al respeto del Derecho Internacional Público, con especial consideración al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario”).

<sup>32</sup> Respuesta de Ecuador, nota 19 *supra*, en 1 (“se aplica[n] las ramas del derecho internacional al ciberespacio”); respuesta de Perú, nota 19 *supra*, en 1 (“considerando el rol esencial que posee la Carta en su vinculación con otros instrumentos internacionales [...], podría considerarse que no existirían áreas de las relaciones internacionales que se encuentren al margen de los principios señalados. Habida cuenta [de] que el ciberespacio se convierte en escenario cotidiano de interacción internacional, los actores de tales relaciones están obligados a respetar las obligaciones mayores del Derecho internacional, entre las que se encuentran la prohibición del uso de la fuerza, el derecho a la legítima defensa y el respeto por los derechos humanos y el derecho internacional humanitario”); Koh, nota 7 *supra*, en 594 (donde se señala que los principios del derecho internacional se aplican al ciberespacio, el cual no es una zona “desprovista de leyes” donde cualquiera pueda realizar actividades hostiles sin restricciones y sin atenerse a regla alguna).

<sup>33</sup> Respuesta de Perú, nota 19 *supra*, en 1.

<sup>34</sup> Escrito presentado por Estados Unidos al GGE en 2014, nota 7 *supra*, en 733 (la aplicación del derecho internacional es la “piedra angular” de las opiniones de Estados Unidos, habida cuenta de sus características distintivas); Egan, nota 7 *supra*, en 815 (*idem*). Sobre la aplicación de los derechos humanos, véanse Koh, nota 7 *supra*, en 598; Egan, nota 7 *supra*, en 820; escrito presentado por Estados Unidos al GGE en 2016, nota 7 *supra*, en 824.

<sup>35</sup> Respuesta de Bolivia, nota 19 *supra*, en 2 a 7. Bolivia indica que el derecho internacional humanitario no regiría las operaciones cibernéticas relacionadas con la seguridad nacional, la propaganda, el espionaje, la manipulación de la estructura estratégica crítica, las operaciones cibernéticas con fines políticos o la piratería de sistemas privados que ponga en peligro las operaciones económicas y sociales del Estado. *Íd.* en 3 a 7.

<sup>36</sup> Respuesta de Guatemala, nota 19 *supra*, en 1 y 2.

<sup>37</sup> Respuesta de Guyana, nota 19 *supra*, en 1 y 2.

<sup>38</sup> *Íd.*

22. Por consiguiente, aunque la aplicación general del derecho internacional a las operaciones cibernéticas parece estar firmemente arraigada, las dos últimas respuestas parecen indicar la necesidad de continuar el diálogo. Sería útil indicar *qué áreas* particulares de aplicación del derecho internacional dan que pensar a algunos Estados y por qué. Eso ayudaría a comprender el grado de convergencia (o divergencia) de opiniones sobre la forma en que los regímenes jurídicos internacionales rigen las operaciones cibernéticas de los Estados o patrocinadas por los Estados.

**Pregunta 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?**

23. La mayoría de los Estados, pero no todos, parecen aceptar la aplicación del derecho internacional sobre el uso de la fuerza (por ejemplo, el *jus ad bellum*) a sus operaciones cibernéticas. La finalidad de esta pregunta era determinar qué Estados de la región se adhieren a esta posición predominante y cuáles a otras posiciones. Al mismo tiempo, han surgido otras cuestiones con respecto a la aplicación entre los Estados que aceptan el *jus ad bellum* en el ciberespacio, en particular la medida en que los umbrales para el “uso de la fuerza” o los “ataques armados” requieren que haya efectos “violentos” análogos a los que antes se consideraba que superaban esos umbrales. La cuestión ahora es cómo manejar las novedades en la escala o los efectos de las operaciones cibernéticas (es decir, las operaciones que no son similares a operaciones cinéticas pasadas que superaron el umbral del uso de la fuerza ni a sanciones económicas o políticas que no superaron el umbral). ¿Cómo debe el derecho internacional considerar esas operaciones cibernéticas? ¿Deben colocarse automáticamente por debajo o por encima del umbral del uso de la fuerza o se necesitan más investigaciones y análisis para dividir las operaciones cibernéticas de esta nueva “zona gris” según estén por encima o por debajo de los umbrales correspondientes?<sup>39</sup> En consecuencia, con esta pregunta se procuraba saber si los Estados consideran las operaciones cibernéticas como casos de uso de la fuerza (o ataques armados) enteramente por analogía con casos anteriores o si creen que es necesario establecer una norma nueva con ese fin.

24. Bolivia, Chile, Guatemala, Perú y Estados Unidos entienden claramente que las operaciones cibernéticas por sí solas podrían generar la prohibición del uso de la fuerza y el derecho inherente de autodefensa para responder a un “ataque armado”<sup>40</sup>. Como explicó Guatemala:

---

<sup>39</sup> Véase Michael N. Schmitt, *Grey Zones in the International Law of Cyberspace*, 42 *Yale J. Int’ L.* 1 (2017).

<sup>40</sup> Respuesta de Bolivia, nota 19 *supra*, en 2 a 7; respuesta de Chile, nota 19 *supra*, en 1 (Chile se abstendrá del uso de la fuerza “a través del ciberespacio” de una manera que contravenga el derecho internacional y podrá ejercer “su derecho a la legítima defensa frente a un ataque armado perpetrado a través del ciberespacio”); Guatemala, nota 19 *supra*, en 2; respuesta de Perú, nota 19 *supra*, en 1 a 3; Koh, nota 7 *supra*, en 595 (donde se presenta la opinión de Estados Unidos de que a) las actividades cibernéticas podrían constituir uso de la fuerza en ciertas circunstancias de acuerdo con el significado establecido en el artículo 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas y el derecho internacional consuetudinario, y b) las actividades de redes informáticas que representen un ataque armado o una amenaza inminente de ataque armado podrían llevar al ejercicio del derecho nacional de legítima defensa de un Estado, reconocido en el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas); escrito presentado por Estados Unidos al GEG en 2014, nota 7 *supra*, en 734; Egan, nota 7 *supra*, en 816 (donde se indica que el GEG de las Naciones Unidas que se reunió en 2015 refrendó el derecho a la legítima defensa). Ecuador también respondió a la pregunta de manera afirmativa, pero citó la definición de “ataque armado” que se usa en el artículo 92 del manual *Tallinn 2.0*, donde se define esta expresión en el contexto de un conflicto armado (es decir, el *jus in bello*), a diferencia de la forma en se usa en el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas y en el *jus ad bellum*. Véase la respuesta de Ecuador, nota 19 *supra*, en 1.

una operación cibernética por sí misma puede constituir un uso de fuerza, ya que el uso de la fuerza no se refiere exclusivamente a la fuerza física, sino además a los riesgos o vulneraciones que se hagan a la seguridad y la protección de los terceros. [...] existe el derecho de legítima defensa ante un ataque u operación cibernética que atente contra la soberanía de un país<sup>41</sup>.

En el escrito presentado al GEG en 2014, Estados Unidos puso de relieve su idea de que el derecho inherente a la legítima defensa podría aplicarse al uso ilegal de la fuerza, lo cual parece indicar un solo umbral para ambas normas<sup>42</sup>. Eso difiere de la postura de los Estados que consideran que todos los ataques armados constituyen uso de la fuerza, pero no todos los casos de uso de la fuerza constituyen ataques armados (los cuales implicarían solo las formas “más graves” de uso de la fuerza)<sup>43</sup>. Estados Unidos afirmó también que puede ejercer su derecho inherente de legítima defensa a raíz de actividades cibernéticas que representen un ataque armado real o inminente, independientemente de que el atacante sea un Estado o un agente no estatal<sup>44</sup>.

25. En cambio, Guyana expresa dudas en su respuesta con respecto a la aplicabilidad del *jus ad bellum* a las operaciones únicamente cibernéticas. Basándose en la definición de fuerza que aparece en *Black's Law Dictionary* (“poder considerado de manera dinámica”), Guyana señala que es posible que una operación cibernética de por sí no constituya uso de la fuerza<sup>45</sup>. Asimismo, afirma que un ataque armado implica el uso de armamento y que una operación cibernética, que no implica el uso de armamento físico, no puede considerarse como un ataque armado que genere el ejercicio de la legítima defensa<sup>46</sup>. Al mismo tiempo, Guyana recalca que es posible que se usen operaciones cibernéticas en conflictos armados, que estarían regidas por el derecho internacional humanitario<sup>47</sup>.

26. Con respecto a si una operación cibernética puede cruzar el umbral del uso de la fuerza (o de un ataque armado<sup>48</sup>) sin tener efectos violentos, las opiniones de los Estados son variadas. La mayoría de los Estados que respondieron prefieren trazar los umbrales pertinentes por medio de analogías entre las operaciones cibernéticas y operaciones pasadas, cinéticas o de otro tipo, que reunían o no los requisitos para ser consideradas como uso de la fuerza o ataque armado. Sin embargo, algunos Estados mencionan la posibilidad de no limitarse a analogías de ese tipo. Chile, por ejemplo, señala que las operaciones cibernéticas análogas al umbral de gravedad necesario para cumplir los requisitos establecidos en el derecho internacional para ser consideradas como un ataque armado pueden generar el derecho de legítima defensa<sup>49</sup>. Al mismo tiempo, la respuesta de Chile posiblemente deje margen para definir los ataques armados en términos más generales al indicar 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 armados<sup>50</sup>.

---

<sup>41</sup> Guatemala, nota 19 *supra*, en 2; respuesta de Perú, nota 19 *supra*, en 3 (donde se cita al CICR y a Michael Schmitt, según los cuales los usos de la fuerza no se limitan a la fuerza cinética).

<sup>42</sup> Koh, nota 7 *supra*, en 597.

<sup>43</sup> Véase *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. U.S.)* [1986] ICJ Rep. 14, párrs. 176 y 191 (27 de junio) (donde se describen los ataques armados como las formas más graves de uso de la fuerza).

<sup>44</sup> Escrito presentado por Estados Unidos al GEG en 2014, nota 7 *supra*, en 734 y 735. En el escrito se reitera también la prueba de la falta de voluntad o de capacidad para defenderse de un Estado sin su consentimiento en los casos en que un Estado territorial no esté dispuesto a parar o prevenir un ataque real o inminente lanzado en el ciberespacio o por medio del mismo o no pueda hacerlo. Íd. en 735.

<sup>45</sup> Respuesta de Guyana, nota 19 *supra*, en 2.

<sup>46</sup> Íd.

<sup>47</sup> Véase íd. en 3 y 5.

<sup>48</sup> Esto parte del supuesto de que podría haber dos umbrales diferentes, contrariamente a la opinión de Estados Unidos. Véanse las notas 42 y 43 *supra* y el texto acompañante.

<sup>49</sup> Respuesta de Chile, nota 19 *supra*, en 2.

<sup>50</sup> Íd. en 2.

27. Perú admite más abiertamente “la posibilidad de que pueda ser calificada como uso de la fuerza o ataque armado una operación cibernética que no tenga efectos violentos”<sup>51</sup>. Sin embargo, se basa en la idea de que, en el pasado, posiblemente también se haya usado armamento cinético sin causar efectos violentos y, aun así, haya constituido uso de la fuerza (por ejemplo, el lanzamiento de un misil que cruce el territorio de otro Estado aunque no caiga en dicho Estado)<sup>52</sup>. En general, Perú recalca la necesidad de hacer una distinción entre los “ciberataques” (que implican que “se cause daño a un objetivo militarmente relevante, el mismo que puede ser destruido total o parcialmente, incluso capturado o neutralizado”) y una “interrupción abrupta de las comunicaciones en el espacio cibernético”, es decir, “las operaciones cibernéticas que causan inconvenientes, incluso inconvenientes extremos, pero no lesiones directas ni muertes, ni destrucción de la propiedad”<sup>53</sup>. En consecuencia, en su respuesta específica, Perú recalca la determinación de la legalidad de las operaciones cibernéticas en el contexto del uso de la fuerza teniendo en cuenta si pueden “generar la muerte o lesión de personas o bienes”<sup>54</sup>.

28. Guatemala adopta un enfoque diferente en su respuesta y expresa la voluntad de repensar lo que constituye “efectos violentos” porque las consecuencias de una operación cibernética pueden ser “superiores y ulteriores, amenazando sectores como salud, seguridad entre otros”<sup>55</sup>. Indica que, en el contexto cibernético, las consecuencias que producen “muerte, zozobra, pobreza” deberían considerarse violentas<sup>56</sup>.

29. Bolivia señala en su respuesta que podría ser difícil aplicar el umbral en la práctica porque “los efectos de los ciberataques no siempre serán conocidos de inmediato”, debido a lo cual es difícil verificar si ha habido uso de la fuerza. Al mismo tiempo, Bolivia indica que evaluará el umbral sobre la base de analogías con el contexto cinético, es decir que se trataría de un “ataque armado” si “el ataque virtual cibernético utiliza medios no convencionales pero que tienen el mismo impacto de un ataque armado”<sup>57</sup>.

30. Por último, Estados Unidos no respondió al cuestionario en sí, pero sus declaraciones anteriores arrojan luz sobre sus opiniones. En su discurso seminal de 2012, Harold Koh indicó la preferencia de Estados Unidos por un enfoque contextual para identificar casos de uso de la fuerza (aunque con la salvedad antedicha de que la definición utilizada por Estados Unidos abarca también los ataques armados):

Al determinar si un evento constituyó uso de la fuerza en el ciberespacio o por medio del mismo, debemos evaluar factores tales como el contexto del evento, el perpetrador del acto (habida cuenta de las dificultades para la atribución en el ciberespacio), el objetivo y la ubicación, los efectos y la intención, entre otros posibles aspectos<sup>58</sup>.

Al mismo tiempo, Koh considera claramente que la prueba requiere una analogía y pregunta si la lesión física directa y el daño patrimonial resultantes del evento cibernético parecen lo que se consideraría como un caso de uso de la fuerza si los hubieran producido armas cinéticas<sup>59</sup>. Menciona también ejemplos concretos de operaciones cibernéticas que constituirían uso de la

---

<sup>51</sup> Respuesta de Perú, nota 19 *supra*, en 3.

<sup>52</sup> *Íd.*

<sup>53</sup> *Íd.* en 2.

<sup>54</sup> *Íd.* en 3.

<sup>55</sup> Guatemala, nota 19 *supra*, en 2.

<sup>56</sup> *Íd.*

<sup>57</sup> Respuesta de Bolivia, nota 19 *supra*, en 2 a 7 (Bolivia recalca que el derecho de legítima defensa abarca también la “legítima defensa anticipada”, a la que se puede recurrir solo cuando la amenaza es inminente y la necesidad de defenderse es inmediata (en vez de ser una represalia).

<sup>58</sup> Koh, nota 7 *supra*, en 595 (“las actividades cibernéticas que, en forma directa o inmediata, ocasionan muertes, lesiones o gran destrucción probablemente se consideren como uso de la fuerza” [traducción del CJI]). Estados Unidos ha mantenido este punto de vista desde entonces. Véase el escrito presentado al GEG en 2014, nota 7, en 734. Este escrito se anexó al de 2016, lo cual indica que su contenido seguía siendo válido.

<sup>59</sup> Koh, nota 7 *supra*, en 595.

fuerza: i) fusión del núcleo del reactor de una planta nuclear causada por un acto cibernético; ii) operaciones cibernéticas que abren una presa río arriba de una zona poblada y causa destrucción, y iii) una operación cibernética que inutiliza el control del tráfico aéreo y ocasiona accidentes de aviación<sup>60</sup>. En la medida en que todos estos ejemplos implican alguna forma de “violencia”, parecería que Estados Unidos favorece un umbral para el uso de la fuerza análogo al utilizado en el contexto cinético.

***Pregunta 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?***

***Pregunta 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?***

31. Los Estados son responsables del comportamiento no solo de sus propios órganos y dependencias en el ciberespacio, sino también de todo agente no estatal que apoye o controle<sup>61</sup>. En la cuarta y quinta preguntas se inquiriere qué entienden los Estados acerca de la asignación de responsabilidad jurídica internacional por actos de agentes no estatales, en particular el grado de “control” requerido por el Estado. Como es bien sabido, las amenazas cibernéticas pueden ser perpetradas no solo por Estados directamente, sino también por diversos agentes no estatales, entre ellos grupos hacktivistas y organizaciones ciberdelictivas. En algunos casos, los Estados tratan de utilizar estos agentes no estatales como sustitutos para llevar a cabo diversas operaciones cibernéticas.

32. Rastrear los actos de un sustituto y vincularlos a un autor principal en el ciberespacio puede ser bastante difícil desde el punto de vista técnico (aunque quizá no tan difícil como algunos suponían antes). Al mismo tiempo, un nexo fáctico no es suficiente, sino que debe haber también una atribución jurídica, es decir, una conexión suficiente entre un Estado y un agente no estatal para que el primero asuma la responsabilidad jurídica por los actos del segundo. Por ejemplo, un Estado podría refrendar los actos de un agente no estatal a posteriori y, de esta forma, asumir la responsabilidad jurídica por ellos<sup>62</sup>. Otra posibilidad es que los Estados sean jurídicamente responsables por los actos de los agentes estatales que operan bajo su control, aunque el grado de control no suele ser claro. En el caso de Nicaragua, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) indicó que el derecho internacional contiene una regla que impone responsabilidad al Estado por actos de agentes no estatales sobre los cuales tenga un “control efectivo” (es decir, si ordena el acto o dirige una operación)<sup>63</sup>. Sin embargo, pocos años después, el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia adoptó una norma menos estricta de “control general” a efectos del derecho internacional humanitario. Según el Tribunal, esta prueba requiere algo más que el mero suministro de equipo, adiestramiento militar o asistencia financiera, pero no insiste en la emisión de órdenes específicas por el Estado ni en su conducción de las operaciones<sup>64</sup>. Posteriormente, la Corte Penal Internacional refrendó la norma del “control general”<sup>65</sup>.

33. Sin embargo, la CIJ ha seguido insistiendo en su fórmula del “control efectivo” en el contexto del uso de la fuerza. Al mismo tiempo, afirma que la prueba del “control general” podría

---

<sup>60</sup> Íd.

<sup>61</sup> Véase Comisión de Derecho Internacional, *Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, en *Informe sobre la labor realizada en su quincuagésimo primer período de sesiones* (3 de mayo a 23 de julio de 1999), A/56/10 55 [3]; *Tallinn 2.0*, nota 14 *supra*, regla 15.

<sup>62</sup> Artículos sobre la responsabilidad del Estado, nota 61 *supra*, art. 11; Heather Harrison Dinniss, *Cyber Warfare and the Laws of War* 52 (2012).

<sup>63</sup> *Nicaragua Case*, nota 43 *supra*, párr. 115.

<sup>64</sup> *Prosecutor v. Dusko Tadić aka 'Dule'* (Sentencia) ICTY-94-1-A (15 de julio de 1999), párrs. 131 a 145 y 162.

<sup>65</sup> *Prosecutor v. Lubanga*, Caso No. ICC-01/04-01/06, Sala de Primera Instancia, Sentencia (Corte Penal Internacional, 14 de marzo de 2012).

ser apropiada en el contexto del derecho internacional humanitario, lo cual plantea la posibilidad de un consenso sobre el “control general” en el contexto del derecho internacional humanitario y el “control efectivo” en otros contextos<sup>66</sup>. En vista de ello, en el cuestionario se preguntó acerca de la responsabilidad del Estado tanto en general como en el contexto del derecho internacional humanitario sobre la base de la existencia de un conflicto armado tal como se usa esta expresión en los Convenios de Ginebra.

34. En su respuesta, varios Estados Miembros ponen de relieve la dificultad de la atribución en el ciberespacio<sup>67</sup>. Otros se centran menos en la cuestión de la responsabilidad por actos de sustitutos y más en el deber del Estado de cerciorarse de que su territorio no sea utilizado por agentes no estatales para lanzar ataques<sup>68</sup>. En ese sentido, Perú comenta que “la inercia de un Estado respecto de un actor no estatal que pudiera desencadenar un ciberataque hacia otro Estado y que estuviera en capacidad de controlar podría generar que su comportamiento sea atribuible al Estado”<sup>69</sup>. Bolivia, por su parte, afirma que los Estados no tienen responsabilidad si carecen de la infraestructura tecnológica necesaria para controlar a los agentes no estatales<sup>70</sup>. Estados Unidos señala que “el mero hecho de que una actividad cibernética haya sido lanzada desde el territorio de otro Estado, se origine de otra forma en dicho territorio o haya sido lanzada desde la infraestructura cibernética de otro Estado es insuficiente, ante la falta de más elementos, para atribuir esa actividad al Estado”<sup>71</sup>.

35. Los Estados que se concentran en la cuestión de los agentes sustitutos atribuyen gran importancia a los artículos sobre la responsabilidad del Estado. Chile, Guyana y Perú basan su respuesta en el artículo 8:

Un Estado será responsable por una operación cibernética internacionalmente ilícita cuando esta haya sido perpetrada a través de alguno de sus órganos, por alguna persona o entidad ejerciendo autoridad gubernamental, o bien por una persona o grupo de personas actuando conforme a las instrucciones o bajo la dirección o control de dicho Estado<sup>72</sup>.

---

<sup>66</sup> *Case concerning application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)* (Sentencia) [1997] ICJ Rep. 43, 208–09, párrs. 402 a 407 (donde se indica que la prueba del control general bien podría aplicarse a los tipos de clasificaciones que se usan en el derecho internacional humanitario y ser apropiada para ellos).

<sup>67</sup> Guatemala, nota 19 *supra*, en 3 (donde se indica que “es sumamente complicado” determinar una clara responsabilidad por un ataque cibernético); Perú, nota 19 *supra*, en 4 (donde se señala que existe gran “incertidumbre en la atribución, y los niveles de atribución, de la autoría de los ciberataques”, lo cual dificulta la posibilidad de “control de aquellos que utilizan el ciberespacio para desencadenar ataques vía Internet”).

<sup>68</sup> Ecuador, nota 19 *supra*, en 1 (“Los Estados no tienen responsabilidad de un ataque de un actor no estatal, sin embargo, debería existir la forma de colaborar para encontrar a los responsables de los mismos. Así también es responsabilidad del Estado regular/normar los servicios a fin de evitar que se pueda producir un ataque desde el territorio perteneciente a un Estado”); Guatemala, nota 19 *supra*, en 3 (donde responde desde la óptica de la debida diligencia del Estado anfitrión en vez del grado de control ejercido sobre agentes sustitutos).

<sup>69</sup> Respuesta de Perú, nota 19 *supra*, en 4 (donde se cita el artículo 11 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado).

<sup>70</sup> Bolivia, nota 19 *supra*, en 3 a 7. La respuesta de Bolivia a la pregunta sobre los sustitutos es indirecta, aunque indica la existencia de un nexo entre un Estado y los agentes no estatales vinculados a los objetivos o las estrategias de la política de defensa del Estado en una situación de conflicto armado. *Íd.*

<sup>71</sup> Escrito presentado por Estados Unidos al GEG en 2014, nota 7 *supra*, en 738 (traducción del CJJ).

<sup>72</sup> Artículos sobre la responsabilidad del Estado, nota 61 *supra*, art. 8; respuesta de Chile, nota 19 *supra*, en 2; respuesta de Guyana, nota 19 *supra*, en 3; respuesta de Perú, nota 19 *supra*, en 4. Las respuestas de Chile y Perú también parecen basarse en el artículo 5 de los artículos sobre la

Sin embargo, en los artículos sobre la responsabilidad del Estado no se formula una opinión sobre el grado de “control” que el Estado debe ejercer, sino que es un asunto que debe valorarse en cada caso<sup>73</sup>. Esto concuerda con la opinión de Estados Unidos, que refrenda la responsabilidad del Estado por las actividades realizadas por medio de “agentes sustitutos” que actúan siguiendo instrucciones del Estado o bajo su dirección o control, aunque dice solamente que el grado de control ejercido debe ser “suficiente”<sup>74</sup>. Estados Unidos también ha reconocido que un Estado puede reconocer o adoptar a posteriori una operación cibernética de un agente no estatal como si fuera propia<sup>75</sup>.

36. Chile, en cambio, al exponer su punto de vista sobre el grado de control necesario para que haya responsabilidad jurídica, menciona las causas de *Nicaragua* y del *Genocidio* y opina que “el grado o estándar de control o participación que debe tener un Estado en las operaciones de un actor no estatal para desencadenar su responsabilidad internacional es el de control efectivo”<sup>76</sup>. Asimismo, opina que las normas relativas a la responsabilidad del Estado son las mismas en el contexto de los conflictos armados<sup>77</sup>.

37. En lo que concierne al derecho internacional humanitario, Perú adopta una posición similar, que favorece una regla uniforme con respecto a la responsabilidad del Estado tanto en conflictos armados como en otros contextos. Aunque reconoce la posibilidad de que los artículos sobre la responsabilidad del Estado se reemplacen con una *lex specialis*, indica que para eso se necesita un análisis exhaustivo. En este caso, “[d]e la revisión de los Convenios de Ginebra no se identifica una alteración respecto de las normas relativas a la responsabilidad internacional plasmadas en el Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, por lo tanto, no se puede sostener un cambio respecto al ámbito de aplicación de este proyecto”<sup>78</sup>. Sin embargo, en la norma sobre responsabilidad enunciada en los artículos sobre la responsabilidad del Estado se hace referencia al “control” solo en forma general, sin distinguir si debe ser “efectivo” o “general”.

38. Otros Estados tuvieron más dificultades para responder a la pregunta 5. Guatemala indica que “es necesario continuar las discusiones en foros internacionales sobre los aspectos únicos y diferentes que presentaría un conflicto en el ciberespacio, especialmente aspectos como la atribución y la territorialidad de los ataques”<sup>79</sup>. Otros Estados entendieron que la pregunta se refería a las diferencias en las normas en materia de responsabilidad en los casos de conflictos armados internacionales y sin carácter internacional<sup>80</sup>.

**Pregunta 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**

responsabilidad del Estado, en el cual se asigna responsabilidad al Estado por “el comportamiento de una persona o entidad que [...] esté facultada por el derecho de ese Estado para ejercer atribuciones del poder público, siempre que, en el caso de que se trate, la persona o entidad actúe en esa capacidad”. Véanse la respuesta de Chile, nota 19 *supra*, en 2, y la respuesta de Perú, nota 19 *supra*, en 4.

<sup>73</sup> Artículos sobre la responsabilidad del Estado, nota 61 *supra*, en 48 (comentario sobre el artículo 8).

<sup>74</sup> Koh, nota 7 *supra*, en 595; escrito presentado por Estados Unidos al GEG en 2014, nota 7 *supra*, en 738 (ídem); Egan, nota 7 *supra*, en 821; escrito presentado por Estados Unidos al GEG en 2016, nota 7 *supra*, en 826.

<sup>75</sup> Egan, nota 7 *supra*, en 821; escrito presentado por Estados Unidos al GEG en 2016, nota 7 *supra*, en 826.

<sup>76</sup> Respuesta de Chile, nota 19 *supra*, en 2.

<sup>77</sup> Íd. en 3.

<sup>78</sup> Respuesta de Perú, nota 19 *supra*, en 4 y 5.

<sup>79</sup> Respuesta de Guatemala, nota 19 *supra*, en 3.

<sup>80</sup> Véanse, por ejemplo, la respuesta de Bolivia, nota 19 *supra*, en 4 a 7, y la respuesta de Guyana, nota 19 *supra*, en 3. En la respuesta de Ecuador simplemente se recalca que “los Estados son los responsables por cumplir las normas en los conflictos armados, aun cuando existan partes que no formen parte del convenio” correspondiente. Respuesta de Ecuador, nota 19 *supra*, en 2.

*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?*

39. La sexta pregunta es la primera de dos que abordan la forma en que el derecho internacional humanitario (o *jus in bello*) se aplica a las operaciones cibernéticas. Se centra en un asunto que ha dividido a los Estados y a los expertos hasta la fecha: cómo definir un “ataque” a efectos del derecho internacional humanitario. Gran parte de esta rama del derecho, incluidos sus principios fundamentales de distinción, proporcionalidad y precauciones, está formulada mayormente desde el punto de vista de la prohibición de ciertos tipos de “ataques” (por ejemplo, los dirigidos contra civiles u objetivos civiles) y la autorización de otros (por ejemplo, los dirigidos contra objetivos militares)<sup>81</sup>. Como señaló recientemente el CICR, el tema de la interpretación amplia o estricta del concepto de “ataque” en relación con las operaciones cibernéticas es esencial para la aplicabilidad de estas normas y la protección que confieren a los civiles y a la infraestructura civil<sup>82</sup>. En efecto, en la medida en que una operación *no* constituya un “ataque”, podría realizarse en el marco de un conflicto armado sin tener en cuenta la mayoría de las normas del derecho internacional humanitario<sup>83</sup>.

40. De conformidad con el derecho internacional humanitario, se entienden por “ataques” en el derecho internacional consuetudinario (codificado en el artículo 49 del Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra) “los actos de violencia contra el adversario, sean ofensivos o defensivos”<sup>84</sup>. Asimismo, tal como se explica en el *Tallinn Manual 2.0*, “las consecuencias, no su índole, por lo general determinan el alcance del término ‘ataque’; la ‘violencia’ debe considerarse en el sentido de las consecuencias violentas y no se limita a los actos violentos”<sup>85</sup>. El CICR ha señalado que “tiene amplia aceptación la idea de que las operaciones cibernéticas que se prevé que causen muertes, lesiones o daños físicos constituyen ataques de conformidad con el derecho internacional humanitario”<sup>86</sup>. Sin embargo, es bien sabido que algunas operaciones cibernéticas (por ejemplo, el *ransomware* o programa de secuestro de archivos a cambio de un rescate) son novedosas porque pueden perturbar el funcionamiento de objetos sin dañarlos físicamente<sup>87</sup>. Eso lleva a la pregunta de si las operaciones cibernéticas que no producen efectos de ese tipo (por ejemplo, la interrupción del funcionamiento de una planta potabilizadora sin causar necesariamente un daño físico) pueden constituir un ataque. Han surgido opiniones divergentes hasta la fecha, incluso entre los integrantes del grupo independiente de expertos que elaboró el *Tallinn Manual 2.0*<sup>88</sup>.

---

<sup>81</sup> Por ejemplo, el principio de distinción se plantea regularmente como la prohibición de que la población civil sea el objeto de un ataque. Véanse, por ejemplo, Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) (8 de junio de 1977), 1125 UNTS 3, art. 5.2 (“Protocolo adicional I”); 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 (12 de diciembre de 1977), 1125 UNTS 609, art. 13.2; Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (17 de julio de 1998), art. 8.2.b.f; Convención relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre (H.IV) y su anexo: Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre (18 de octubre de 1907), 36 Stat. 2277, art. 8.2.b.i-ii; Jean Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law* (ICRC, 2005), reglas 1, 7, 9 y 10.

<sup>82</sup> Documento de posición del CICR, nota 14 *supra*, en 7.

<sup>83</sup> Incluso en ausencia de ataques, los Estados deben actuar con un “cuidado constante” en un conflicto armado internacional para “preservar a la población civil [...] y a los bienes de carácter civil”. Protocolo adicional I, nota 81 *supra*, art. 57.1; *Tallinn 2.0*, nota 14 *supra*, en 476.

<sup>84</sup> Protocolo adicional I, nota 81 *supra*, art. 49.

<sup>85</sup> *Tallinn 2.0*, nota 14 *supra*, en 415 (traducción del CJI).

<sup>86</sup> Véase el Documento de posición del CICR, nota 14 *supra*, en 7 (traducción del CJI).

<sup>87</sup> Informe de actividad: la labor del CICR en 2015, nota 14 *supra*, en 41.

<sup>88</sup> *Íd.*

41. La mayoría de los autores del *Tallinn Manual 2.0* opinan que, para que haya violencia, debe haber algún daño físico que requiera, por ejemplo, el “reemplazo de componentes físicos” tales como un sistema de control<sup>89</sup>. Otros entienden que el daño incluye los casos en que no sea necesario reemplazar componentes físicos y se pueda restablecer el funcionamiento reinstalando el sistema operativo, mientras que unos pocos expertos consideran que un ataque podría consistir en la “pérdida de aptitud para el uso de la infraestructura cibernética” en sí<sup>90</sup>. El CICR, por su parte, ha argumentado que, en un conflicto armado, una operación con la finalidad de poner fuera de servicio una computadora o una red informática constituye un ataque de acuerdo con el derecho internacional humanitario, independientemente de que el objeto sea inhabilitado por medios cinéticos o cibernéticos<sup>91</sup>.

42. Por consiguiente, la finalidad de la sexta pregunta era determinar si los Estados Miembros también consideran el umbral para un ataque en el contexto del derecho internacional humanitario en términos de violencia (o efectos violentos) o si consideran que la rúbrica de “ataque” se aplica a las operaciones cibernéticas sobre la base de la pérdida de funcionalidad, en vez de los conceptos más tradicionales de daño físico o destrucción.

43. Las respuestas al cuestionario reflejan apoyo a la aplicabilidad del derecho internacional humanitario en general y a la idea de que las operaciones cibernéticas pueden constituir un ataque en ese contexto<sup>92</sup>. Sin embargo, hay más variedad en las respuestas a la pregunta de si una operación cibernética puede calificarse como un “ataque” de conformidad con el derecho internacional humanitario si no causa muertes, lesiones o daños físicos directos. Chile, Perú y Estados Unidos respondieron que no<sup>93</sup>. Chile cita el artículo 49 del Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra al insistir en que los ataques en el contexto del derecho internacional humanitario deben implicar “efectos o consecuencias originados por el acto en sí, los cuales deben ser violentos”<sup>94</sup>. En particular, indica que, para que el acto pueda considerarse como un ataque, su resultado debe requerir que “el Estado afectado debe realizar acciones para reparar o recuperar la infraestructura o sistema informático afectado, debido a que en aquellos casos las consecuencias del ataque son similares a las descritas anteriormente, en particular daños físicos a la propiedad”<sup>95</sup>. Perú responde que, para que haya un “ataque”, se deben causar “daños físicos” a “personas” o “bienes públicos o privados”<sup>96</sup>. Estados Unidos, entretanto, ha recalcado que el umbral para un “ataque” en el contexto del derecho internacional humanitario requiere la determinación, entre otras cosas, de si una actividad cibernética produce efectos cinéticos irreversibles o efectos no

---

<sup>89</sup> *Tallinn 2.0*, nota 14 *supra*, en 417.

<sup>90</sup> Informe de actividad: la labor del CICR en 2015, nota 14 *supra*, en 43. Véase también el Informe del CICR de 2019, *supra* nota 18, en 21 (“Las normas del DIH que protegen los objetos civiles pueden, sin embargo, proporcionar un alcance completo de la protección legal solo si los Estados reconocen que las operaciones cibernéticas que afectan la funcionalidad de la infraestructura civil están sujetas a las normas que rigen los ataques en virtud del DIH”).

<sup>91</sup> Véanse el Documento de posición del CICR, nota 14 *supra*, en 7, y el Informe de actividad: la labor del CICR en 2015, nota 14 *supra*, en 43 (donde se afirma que el derecho internacional debe tratar como ataques las operaciones cibernéticas que desactiven objetos, ya que la definición de objetivo militar abarca la neutralización, de lo cual se infiere que la neutralización de objetos está comprendida en el ámbito del derecho internacional humanitario).

<sup>92</sup> Véanse, por ejemplo, respuesta de Bolivia, nota 19 *supra*, en 3 a 7; *id.* en 4 a 7 (donde se señalan dos puntos de vista con respecto a si una operación cibernética por sí sola puede dar lugar a un conflicto armado sujeto al derecho internacional humanitario); respuesta de Chile, nota 19 *supra*, en 3; respuesta de Guyana, nota 19 *supra*, en 3; respuesta de Perú, nota 19 *supra*, en 1; Koh, nota 7 *supra*, en 595 (opinión de Estados Unidos).

<sup>93</sup> Respuesta de Guyana, nota 19 *supra*, en 4.

<sup>94</sup> Respuesta de Chile, nota 19 *supra*, en 3.

<sup>95</sup> *Id.*

<sup>96</sup> Sin embargo, la respuesta de Perú es un poco ambigua, ya que parece basarse en elementos del *jus ad bellum* para indicar las normas aplicables a un ataque en el contexto del derecho internacional humanitario y menciona el enfoque contextual de Estados Unidos por el cual expresa preferencia Harold Koh. Respuesta de Perú, nota 19 *supra*, en 6.

cinéticos reversibles en la población civil, en objetivos de carácter civil o en la infraestructura civil<sup>97</sup>. Eso implica que, si una operación cibernética produce efectos no cinéticos o reversibles, no constituye un ataque armado<sup>98</sup>, lo cual parecería excluir, por ejemplo, los programas intrusos de *ransomware* que no sean cinéticos de por sí o los casos en que los datos que se interrumpen puedan restablecerse.

44. En cambio, Guatemala y Ecuador apoyan la idea de delimitar los ataques sobre la base de las pérdidas de funcionalidad, en vez de las muertes, las lesiones o la destrucción de bienes que puedan causar. Guatemala señala que, entre las operaciones cibernéticas que pueden considerarse como un ataque, se encuentran las “que solo producen una pérdida de funcionalidad”<sup>99</sup>. Ecuador opina que “[u]na operación cibernética puede considerarse un ataque en caso de dejar sin funcionalidad la infraestructura crítica del Estado u otros que pongan en peligro la seguridad del Estado”<sup>100</sup>.

45. Las respuestas de Bolivia y Guyana son más ambiguas. Por una parte, Bolivia afirma que la definición de ataques según el derecho internacional humanitario incluiría una operación cibernética “de la cual se espera que pueda causar pérdidas de vidas humanas, lesiones a las personas y daños o destrucciones de bienes”<sup>101</sup>. Por otra parte, dice que una operación cibernética “podría ser considerada como un ataque cuando tiene el objetivo de inhabilitar los servicios básicos (agua, luz, telecomunicaciones o el sistema financiero, etc.) de un Estado”<sup>102</sup>. Guyana observa que, cuando una operación cibernética produce una pérdida de funcionalidad, puede o no constituir un ataque<sup>103</sup>. Igual que Chile, hace referencia al artículo 49 del Protocolo adicional I y vincula el concepto de ataque a la necesidad de que haya violencia (en lo que se refiere a los medios o a las consecuencias): “una operación cibernética que no ocasione muertes, lesiones o daños físicos no puede constituir un ataque” de acuerdo con el derecho internacional humanitario<sup>104</sup>. Por otro lado, señala que “las operaciones cibernéticas que socavan el funcionamiento de los sistemas y la infraestructura informáticos necesarios para el suministro de servicios y recursos a la población civil constituyen un ataque”. Entre ellos incluye “plantas nucleares, hospitales, bancos y sistemas de control del tráfico aéreo”<sup>105</sup>. Estas respuestas parecen indicar la necesidad de profundizar el diálogo sobre cuán inmediata deber ser la muerte o la destrucción tras la pérdida de funcionalidad. En otras palabras, ¿la pérdida de funcionalidad de un servicio esencial constituye por sí sola un ataque o debe haber muertes, lesiones o daños materiales concomitantes (o razonablemente previsibles)?

**Pregunta 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?**

46. El derecho internacional humanitario requiere claramente que los Estados “atacantes” hagan una distinción entre objetivos civiles y militares y permite los ataques a objetivos militares, pero prohíbe los ataques contra la población civil y objetivos de carácter civil<sup>106</sup>. Sin embargo, cuando se trata del ciberespacio, no siempre resulta claro qué constituye un “objetivo” al cual se

<sup>97</sup> Escrito presentado por Estados Unidos al GEG en 2014, nota 7 *supra*, en 736.

<sup>98</sup> Egan, nota 7 *supra*, en 818. Egan no mencionó en su discurso el criterio de daños reversibles o irreversibles, pero recalco en cambio “la naturaleza y el alcance de esos efectos, así como la índole de la relación, si la hubiere, entre la actividad cibernética y el conflicto armado particular en cuestión” (traducción del CJI). Íd.

<sup>99</sup> Respuesta de Guatemala, nota 19 *supra*, en 3.

<sup>100</sup> Respuesta de Ecuador, nota 19 *supra*, en 3.

<sup>101</sup> Respuesta de Bolivia, nota 19 *supra*, en 4 a 7.

<sup>102</sup> Íd.

<sup>103</sup> Guyana, nota 19 *supra*, en 3.

<sup>104</sup> Íd. (traducción del CJI).

<sup>105</sup> Íd. (donde se cita el artículo 54.2 del Protocolo adicional I [traducción del CJI]).

<sup>106</sup> Cuando un objeto particular se usa para fines civiles y militares (los llamados “objetos de doble uso”), se convierte en un objetivo militar (excepto por las partes que puedan separarse). Véanse fuentes en las cuales se codifica este principio de “distinción” en la nota 81 *supra*.

aplica este principio. El debate fundamental se ha centrado en los “datos.” ¿Quiere decir que los “datos”, por su índole no física, no constituyen un objetivo y que, en consecuencia, los militares no necesitan hacer una distinción y excluirlos de sus operaciones cibernéticas? ¿O por lo menos algunos “datos” deberían considerarse como un “objetivo” al cual se aplica el principio de la distinción y las normas pertinentes del derecho internacional humanitario?

47. La mayoría de los expertos del grupo independiente que redactó el *Tallinn Manual 2.0* adoptaron la primera posición: “no debe entenderse que el concepto de ‘objetivo’ en el conflicto armado incluye los datos, por lo menos en el derecho actual”<sup>107</sup>. No obstante, los expertos están de acuerdo en que una operación cibernética dirigida contra datos podría desencadenar la aplicación de las normas del derecho internacional humanitario en los casos en que “pueda preverse que ocasione lesiones, muertes, daños materiales o destrucción de objetos físicos”, ya que las personas y los objetos afectados estarían protegidos por las reglas pertinentes del derecho internacional humanitario, como las relativas a la distinción<sup>108</sup>. En cambio, el CICR ha propuesto una definición más amplia de datos con la expresión “datos civiles esenciales” (por ejemplo, datos médicos, biométricos y de seguridad social, expedientes tributarios, cuentas bancarias, expedientes de clientes de empresas, padrones y registros electorales). Ha señalado que “borrar o alterar de manera fraudulenta datos civiles esenciales puede ocasionar más daños a la población civil que la destrucción de objetos físicos”<sup>109</sup>. Aunque el CICR reconoce que la cuestión de si los datos pueden constituir un objetivo civil sigue pendiente, ha indicado que debería resolverse en el ámbito del derecho internacional humanitario. De lo contrario, habrá una gran “brecha en la protección” que es incompatible con el objeto y el propósito del derecho internacional humanitario. Con la séptima pregunta se trató de recabar la opinión de los Estados Miembros sobre este importante asunto.

48. Ninguno de los Estados que respondieron a esta pregunta adoptó la posición de que los datos civiles estén sujetos directamente al principio de distinción en el conflicto armado. De hecho, varios Estados mencionan el principio de distinción sin formular una opinión sobre la condición de los datos como objeto<sup>110</sup>. Sin embargo, la respuesta de Chile parece indicar que el principio de distinción podría aplicarse a las operaciones cibernéticas dirigidas contra datos indirectamente sobre la base de sus repercusiones. Cita el comentario del Protocolo adicional I de que un objeto debe ser “visible y tangible”, lo cual significa que, “bajo el derecho internacional humanitario vigente, los mencionados datos no calificarían como objetos, en principio, por ser esencialmente intangibles, sin perjuicio de los elementos físicos en los cuáles se encuentran contenidos los datos, por ejemplo, hardware”<sup>111</sup>. Al mismo tiempo, Chile señala que “un ataque dirigido exclusivamente en contra de datos informáticos podría perfectamente generar consecuencias adversas que afecten a la población civil”. Da como ejemplo la posibilidad de una operación cibernética que elimine la base de datos de seguridad social de un Estado<sup>112</sup> y concluye que “el principio de distinción debe

---

<sup>107</sup> *Tallinn 2.0*, nota 14 *supra*, en 437 (traducción del CJI).

<sup>108</sup> Íd. en 416 (traducción del CJI).

<sup>109</sup> CICR, Documento de posición, nota 14 *supra*, en 8; Informe del CICR de 2019, nota 18 *supra*, en 21 (Además, los datos se han convertido en un componente esencial del dominio digital y una piedra angular de la vida en muchas sociedades. Sin embargo, existen diferentes puntos de vista sobre si los datos civiles deben considerarse como objetos civiles y, por lo tanto, si deben protegerse bajo los principios y normas del DIH que rigen la conducción de las hostilidades. En la opinión del CICR, la conclusión de que este tipo de operación no estaría prohibido por el DIH en el mundo de hoy, cada vez más dependiente de la esfera cibernética –sea porque eliminar o alterar esos datos no constituiría un ataque en el sentido del DIH o porque esos datos no se considerarían objetos respecto de los cuales se aplicaría la prohibición de ataques contra bienes de carácter civil– parece difícil de conciliar con el objetivo y el propósito de este ordenamiento jurídico. En pocas palabras, el reemplazo de archivos en papel y documentos con archivos digitales en forma de datos no debería disminuir la protección que el DIH les brinda”); Informe del CICR en 2015, nota 14 *supra*, en 43 (traducción del CJI).

<sup>110</sup> Véanse la respuesta de Bolivia, nota 19 *supra*, en 5 a 7; la respuesta de Ecuador, nota 19 *supra*, en 2, y la respuesta de Guatemala, nota 19 *supra*, en 3.

<sup>111</sup> Respuesta de Chile, nota 19 *supra*, en 4.

<sup>112</sup> Íd.

ser tenido en consideración en el contexto de las operaciones cibernéticas, por lo cual un Estado debiera abstenerse de atacar datos en caso de que esto pudiese afectar a la población civil, a menos que dichos datos estuvieran siendo usados para propósitos militares”<sup>113</sup>. Guyana responde con una óptica similar. Tras señalar que borrar, suprimir o corromper datos podría tener consecuencias de gran alcance, se centra en los efectos de la operación cibernética, en vez de abordar la cuestión de si los datos que sean el objetivo del ataque pueden considerarse como un objeto o no<sup>114</sup>.

49. En su respuesta, Perú no aborda la posibilidad de que los datos puedan considerarse como un objetivo civil, sino que se centra (de manera afirmativa) en la posibilidad de que puedan considerarse como un objetivo militar. Señala que ciertos “datos” (por ejemplo, “un software que permita la comunicación entre las tropas de un ejército en campaña o sincronice el arsenal de misiles de un país o ayude a localizar una aeronave enemiga”) son objetivos militares legítimos, mientras que otros sistemas de datos utilizados en conflictos (por ejemplo, “un sistema de datos que permita el funcionamiento de la sala de operaciones de un hospital de campaña en el que se atiende a heridos de guerra o a población civil”) no pueden ser el blanco de ataques<sup>115</sup>.

**Pregunta 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?**

50. La soberanía es sin lugar a dudas la característica estructural básica del ordenamiento jurídico internacional actual, que asigna derechos y responsabilidades a los Estados<sup>116</sup>. Es un principio fundacional de algunas de las normas jurídicas internacionales mencionadas (por ejemplo, la prohibición del uso de la fuerza, el derecho de legítima defensa, la responsabilidad del Estado). Asimismo, en ciertos contextos, la soberanía es algo más que un principio básico: es una norma independiente que regula el comportamiento del Estado (por ejemplo, una aeronave que penetra el espacio aéreo de otro Estado sin autorización viola su soberanía)<sup>117</sup>. Sin embargo,

---

<sup>113</sup> Íd.

<sup>114</sup> Respuesta de Guyana, nota 19 *supra*, en 4 (donde dice que, en lo que se refiere a los datos, hay que tener en cuenta si la operación cibernética dirigida contra los datos ha producido una pérdida tal de funcionalidad que pueda constituir un ataque).

<sup>115</sup> Respuesta de Perú, nota 19 *supra*, en 6. Perú explica que, en el primer caso, los ataques causarían “un daño militar significativo a las fuerzas de la contraparte”, mientras que un ataque contra los datos en el hospital de campaña “no generaría una ventaja militar legítima”. Íd.

<sup>116</sup> *Island of Palmas (Netherlands v. United States of America)*, 2 R.I.A.A. 829, 839 (1928) (“La soberanía en las relaciones entre Estados significa independencia. La independencia con respecto a la porción del mundo que ocupan es el derecho a ejercer dentro de ella, con exclusión de cualquier otro Estado, las funciones de un Estado [...]. La soberanía territorial, como ya se dijo, implica el derecho exclusivo a realizar las actividades de un Estado. Este derecho tiene como corolario un deber: la obligación de proteger, dentro del territorio, los derechos de otros Estados, en particular su derecho a la integridad y la inviolabilidad en tiempos de paz y de guerra” [traducción del CJI]).

<sup>117</sup> Véase, por ejemplo, Michael N. Schmitt y Liis Vihul, *Respect for Sovereignty in Cyberspace*, 95 en *Texas L. Rev.* 1639, 1640 (2017). Además de la prohibición del uso de la fuerza enunciada en el artículo 2.4, en el derecho internacional hay amplio acuerdo sobre el deber de no intervención que se aplica al ciberespacio. Véanse, por ejemplo, *Case Concerning Armed Activities in the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)* (Jurisdicción y Admisibilidad) [2006] ICJ Rep. 6, [46]-[48]; *Nicaragua Case*, nota 43 *supra*, párr. 205; Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 24 de octubre de 1970, que contiene la Declaración relativa a los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas. El GEG de 2015 refrendó este principio entre las normas del derecho internacional que se aplican al ciberespacio. Informe del GEG de 2015, nota 2 *supra*, párrs. 26 y 28.b. La regla 66 del manual *Tallinn 2.0* postula que “un Estado no puede intervenir, incluso por medios cibernéticos, en los asuntos internos o externos de otro Estado”. *Tallinn 2.0*, nota 14 *supra*, en 312 (traducción del CJI). Sin embargo, igual que ocurre con el uso de la fuerza, subsisten dudas

todavía no resulta claro si la soberanía tiene calidad de norma en el ciberespacio. En el *Tallinn Manual 2.0* se señala que es una regla que limita las operaciones cibernéticas de un Estado que no dan lugar al uso de la fuerza ni constituyen una intervención prohibida<sup>118</sup>. No obstante, en 2018, el Fiscal General del Reino Unido opinó que la soberanía no era una norma de derecho internacional en sí, sino un principio que servía de base para otras normas<sup>119</sup>. Posteriormente, el Ministerio de Defensa de Francia y el Gobierno de Holanda han expresado apoyo a la soberanía como norma autónoma<sup>120</sup>.

51. La finalidad de la octava pregunta era recabar las opiniones de los Estados Miembros sobre la cuestión de la soberanía como principio en contraposición a la soberanía como norma. La pregunta se centra en la función limitante de la soberanía, es decir, si limita la capacidad de un Estado para realizar operaciones cibernéticas fuera de su territorio y de qué forma. Lo interesante es que muchos de los Estados que respondieron tomaron la pregunta como una invitación para reafirmar la función habilitadora de la soberanía; por ejemplo, de acuerdo con la autoridad del Estado para reglamentar las TIC dentro de su propia jurisdicción territorial. Bolivia y Guyana dicen que la soberanía autoriza a los Estados a ejercer jurisdicción sobre la infraestructura o las actividades cibernéticas en su territorio<sup>121</sup>. Ecuador, en cambio, arroja dudas sobre la capacidad de los Estados para ejercer su soberanía en el ciberespacio en vista de su “intangibilidad” y, al mismo tiempo, afirma que los Estados tienen soberanía sobre la “infraestructura cibernética” y las actividades relacionadas con dicha infraestructura en su territorio<sup>122</sup>. Chile y Estados Unidos también se hacen eco del poder que la soberanía confiere a los Estados sobre las TIC en su territorio, pero observan que ese poder debe actuar dentro de ciertos límites. Ambos señalan la

---

con respecto a si este deber existe en el espacio cibernético y qué operaciones cibernéticas prohíbe o reglamenta.

<sup>118</sup> *Tallinn 2.0*, nota 14 *supra*, regla 4 (“Un Estado no debe realizar operaciones cibernéticas que violen la soberanía de otro Estado” [traducción del CJI]).

<sup>119</sup> Véase, por ejemplo, la opinión del Reino Unido, nota 8 *supra* (“Algunos han tratado de demostrar la existencia de una norma orientada específicamente al espacio cibernético que se aplica a la ‘violación de la soberanía territorial’ [...]. Por supuesto, la soberanía es fundamental para el sistema internacional basado en normas, pero no estoy convencido de que en la actualidad podamos extrapolar de ese principio general una norma específica o una prohibición de actividades cibernéticas además de una intervención prohibida. Por lo tanto, la posición del Gobierno del Reino Unido es que no hay una norma de ese tipo en el derecho internacional vigente” [traducción del CJI]).

<sup>120</sup> Véanse la opinión del Ministerio de Defensa de Francia, nota 11 *supra*, en 6 (“Toda penetración no autorizada de sistemas franceses por un Estado o todo acto que surta efectos en el territorio francés por medio de un vector digital podría constituir, como mínimo, una violación de la soberanía” [traducción del CJI]); opinión de los Países Bajos, nota 12 *supra*, apéndice, en 2 (“Según algunos países y juristas, el principio de soberanía no constituye una norma independientemente vinculante del derecho internacional que la separa de las demás normas derivadas del mismo. Los Países Bajos no están de acuerdo con este punto de vista, ya que creen que el respeto de la soberanía de otros países es una obligación por sí misma, cuya violación podría a su vez constituir un acto internacionalmente ilícito” [traducción del CJI]). En un análisis académico reciente se cuestiona si Francia se encuadra claramente en el bando de la soberanía como norma. Véase Corn, nota 11 *supra* (“aunque el Ministerio de Defensa afirma que los ciberataques, tal como define el término, contra sistemas digitales franceses o todo efecto producido en territorio francés por medios digitales podrían constituir una violación de la soberanía en sentido general, en ningún momento dice sin lugar a dudas que una violación del principio de soberanía constituye un incumplimiento de una obligación internacional. Por el contrario, los autores del documento, obviamente conscientes del debate, son deliberadamente vagos al respecto y reafirman simplemente el derecho de Francia a responder a los ciberataques con la gama completa de opciones que tenga a su alcance de acuerdo con el derecho internacional” [traducción del CJI]).

<sup>121</sup> Respuesta de Bolivia, nota 19 *supra*, en 5 a 7; respuesta de Guyana, nota 19 *supra*, en 5.

<sup>122</sup> Respuesta de Ecuador, nota 19 *supra*, en 2.

necesidad de que los Estados ejerzan la soberanía de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos<sup>123</sup>.

52. Con respecto a la pregunta de si la soberanía opera como norma autónoma en el ciberespacio, tres Estados —Bolivia, Guatemala y Guyana— respondieron que sí<sup>124</sup>. Guyana, por ejemplo, afirma que las protecciones de la soberanía “no se limitan a las actividades que representen un uso injustificado de la fuerza, un ataque armado o una intervención prohibida”<sup>125</sup>. Opina que el Estado “no debe realizar operaciones cibernéticas que violen la soberanía de otro Estado”, y la existencia de una violación de ese tipo depende “del grado de infracción y de si ha habido interferencia en las funciones del gobierno”<sup>126</sup>. Guatemala adopta una posición similar y señala que “un Estado que participa en operaciones cibernéticas específicas viola la soberanía de un país si al momento de realizar un ataque cibernético se capta cierta información en el ciberentorno de otro Estado, aun cuando no causare ningún daño que repercuta en algún equipo o en los derechos humanos de alguna o algunas personas”<sup>127</sup>.

53. Las respuestas de otros Estados son bastante ambiguas. Perú dice simplemente que la soberanía “es uno de los pilares fundamentales de la sociedad internacional”, sin opinar sobre su condición de norma independiente<sup>128</sup>. Ecuador indica que la “norma” que autoriza a los Estados a controlar su propia infraestructura cibernética “no prohíbe a un Estado [...] participar en operaciones cibernéticas”, pero no opina sobre si podría reglamentar la forma en que lo hace en relación con otros Estados soberanos<sup>129</sup>.

54. En su respuesta, Chile describe la soberanía como un principio que “[l]os Estados que llevan a cabo operaciones cibernéticas deben siempre tener en cuenta”<sup>130</sup>. Por lo tanto, “cada vez que un Estado contempla realizar una operación cibernética, debe tener en consideración no afectar la soberanía de otro”<sup>131</sup>. La referencia a un “principio” orientador puede sugerir algo diferente de una regla concreta, aunque el uso del verbo “deben” crea expectativas con un carácter más obligatorio. Por otro lado, Chile afirma lo siguiente:

cada Estado está obligado a respetar la integridad territorial e independencia política de otros Estados y debe cumplir fielmente con sus obligaciones internacionales, incluyendo el principio de no intervención. Por ende, las operaciones cibernéticas que impiden el ejercicio de soberanía por parte de otro Estado constituyen una violación de dicha soberanía y están prohibidas por el derecho internacional<sup>132</sup>.

---

<sup>123</sup> Respuesta de Chile, nota 19 *supra*, en 4 y 5 (donde reconoce que la soberanía autoriza al Estado a proteger y defender “su infraestructura crítica de la información, [...] siempre y cuando estas medidas no vayan en contra de una norma de derecho internacional, como por ejemplo aquellas presentes en el derecho internacional de los derechos humanos o el derecho internacional humanitario”); escrito presentado por Estados Unidos al GEG en 2014, nota 7 *supra*, en 737 a 738 (donde se señala que el ejercicio de la jurisdicción de un Estado territorial no es ilimitado, sino que debe concordar con el derecho internacional aplicable, incluidas las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, y se mencionan en particular la libertad de expresión y la libertad de opinión).

<sup>124</sup> Respuesta de Bolivia, nota 19 *supra*, en 5 a 7; respuesta de Guatemala, nota 19 *supra*, en 3; respuesta de Guyana, nota 19 *supra*, en 5.

<sup>125</sup> Respuesta de Guyana, nota 19 *supra*, en 5 (traducción del CJI).

<sup>126</sup> *Íd.* (traducción del CJI).

<sup>127</sup> Respuesta de Guatemala, nota 19 *supra*, en 3.

<sup>128</sup> Respuesta de Perú, nota 19 *supra*, en 6 y 7.

<sup>129</sup> Respuesta de Ecuador, nota 19 *supra*, en 2.

<sup>130</sup> Respuesta de Chile, nota 19 *supra*, en 5.

<sup>131</sup> *Íd.*

<sup>132</sup> *Íd.*

La última oración parece indicar que la soberanía podría constituir una norma autónoma salvo que la referencia a la intervención en el ejercicio de la soberanía de otro Estado se entienda como el equivalente del *domaine réservé* protegido por el deber de no intervención<sup>133</sup>.

55. La posición de Estados Unidos es menos clara aún. En 2014, el entonces asesor jurídico Harold Koh afirmó que “la soberanía del Estado [...] debe tenerse en cuenta en la realización de actividades en el ciberespacio, incluso fuera del contexto del conflicto armado”<sup>134</sup>. Sin embargo, no resulta claro si tener en cuenta la soberanía del Estado indica el reconocimiento por Estados Unidos de la soberanía como norma autónoma. En su discurso de 2016, el entonces asesor jurídico Brian Egan dejó en claro que “las operaciones cibernéticas remotas con computadoras u otros dispositivos en red situados en el territorio de otro Estado no constituyen de por sí una violación del derecho internacional”<sup>135</sup>. Al mismo tiempo, admitió que, “en ciertas circunstancias, las operaciones cibernéticas no consensuales de un Estado en el territorio de otro podrían violar el derecho internacional, incluso si no llegan al umbral para el uso de la fuerza”. De todas maneras, Egan indicó que “el momento preciso en que una operación cibernética no consensual viola la soberanía de otro Estado es una cuestión que los abogados del Gobierno de Estados Unidos siguen estudiando minuciosamente y, en última instancia, se resolverá por medio de la práctica y la *opinio juris*”<sup>136</sup>. Sin embargo, más recientemente, el Asesor Jurídico del Departamento de Defensa de los Estados Unidos indicó que “en relación a las operaciones cibernéticas que no constituirían una intervención prohibida o uso de la fuerza [es decir, aquellas que podrían estar cubiertas por una regla de soberanía], el Departamento cree que no existe una práctica estatal suficientemente extendida y consistente como resultado de un sentido de obligación legal de concluir que el derecho internacional consuetudinario generalmente prohíbe tales operaciones cibernéticas no consensuales en el territorio de otro Estado”<sup>137</sup>. Sin embargo, no está claro cuán ampliamente compartida es esta opinión en el gobierno de los EE. UU en su conjunto.

**Pregunta 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?**

56. La diligencia debida es un principio del derecho internacional según el cual un Estado debe responder a las actividades que sepa (o que razonablemente deba saber) que se han originado en su territorio o en otras zonas bajo su control y que violan los derechos de otro Estado<sup>138</sup>. Es una obligación de esfuerzo y no de resultado: en los casos en que un Estado tenga conocimiento de la conducta o deba tenerlo, debe emplear “todos los medios que estén razonablemente a su alcance” para corregirla<sup>139</sup>. Como principio, la diligencia debida regula actualmente el comportamiento del Estado en varios contextos, en particular el derecho ambiental internacional, donde constituye la base del requisito de que los Estados frenen en su territorio la contaminación que sea una fuente de daños transfronterizos para el territorio de otros Estados.

---

<sup>133</sup> Véase la nota 117.

<sup>134</sup> Koh, nota 7 *supra*, en 596 (traducción del CJI); escrito presentado por Estados Unidos al GEG en 2014, nota 7 *supra*, en 737; escrito presentado por Estados Unidos al GEG en 2016, nota 7 *supra*, en 825.

<sup>135</sup> Egan, *supra* note 7, en 818 (traducción del CJI). Entre otras cosas, Egan dijo que Estados Unidos recopilaba inteligencia en el exterior y que esas actividades podrían violar las leyes internas de otros Estados, pero no estaban prohibidas de por sí en el derecho internacional consuetudinario. Íd.

<sup>136</sup> Íd. en 819 (traducción del CJI).

<sup>137</sup> Véase Paul C. Ney, “DOD General Counsel Remarks at U.S. Cyber Command Legal Conference, 2 de marzo, 2020, en <https://www.defense.gov/Newsroom/Speeches/Speech/Article/2099378/?dod-general-counsel-remarks-at-us-cyber-command-legal-conference=%20%20>

<sup>138</sup> Véanse, por ejemplo, *Corfu Channel Case; Assessment of Compensation (United Kingdom v. Albania)* [1949] ICJ Rep., párr. 22 (9 de abril); *Trail Smelter Case (United States-Canada)*, UNRIAA, vol. III, 1905 (1938, 1941).

<sup>139</sup> Véase *Application of the Convention on the Protection and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia v. Serbia)* (Judgment) [2007] ICJ Rep. 1, párr. 430.

57. Igual que en el caso de la soberanía, hay opiniones contrarias sobre si la diligencia debida es un requisito del derecho internacional en el ciberespacio. En el informe del GEG de 2015 se la menciona entre las normas “voluntarias” del comportamiento responsable de los Estados, en vez de incluirla en los principios aplicables del derecho internacional<sup>140</sup>. Varios Estados, entre ellos Francia y los Países Bajos, la han descrito como una norma jurídica que se aplica al ciberespacio<sup>141</sup>. Sin embargo, los Países Bajos observan que no todos los países están de acuerdo en que el principio de la diligencia debida constituye una obligación en sí en el marco del derecho internacional, y se cree que Estados Unidos es uno de los países que ponen en tela de juicio esa condición<sup>142</sup>. Por lo tanto, con la novena pregunta se trató de recabar la opinión de los Estados Miembros sobre la condición de la diligencia debida con respecto a las obligaciones de un Estado de conformidad con el derecho internacional en el ciberespacio.

58. Chile, Ecuador, Guatemala, Guyana y Perú adoptan la posición de que el principio de la diligencia debida forma parte del derecho internacional que los Estados deben aplicar en el ciberespacio<sup>143</sup>. Como explica Chile, “desde el punto de vista de las operaciones cibernéticas, un Estado debe ejercer la debida diligencia para no permitir que su territorio soberano, incluida la infraestructura cibernética bajo su control, sea utilizado para llevar a cabo operaciones cibernéticas que afecten los derechos o pudieran producir consecuencias adversas sobre otro Estado”<sup>144</sup>. Guatemala adopta una posición similar y agrega que, como “ciberespacio” es un término muy amplio, actuar con la diligencia debida puede ser sumamente complicado<sup>145</sup>. Aun así, en la medida en que la diligencia debida “deriva del principio de soberanía”, Guatemala opina que “cada Estado debe tener el control para detener la actividad nociva que se produce desde su territorio, obligándose a tomar medidas preventivas, estableciendo un CERT, adoptar políticas de seguridad de la información, y elevar la conciencia sobre seguridad de la información”<sup>146</sup>.

59. La respuesta de Bolivia es más ambigua. Sin referirse a la condición jurídica de la diligencia debida, opina que no se puede responsabilizar a un Estado por un ataque cibernético si no tiene la infraestructura tecnológica necesaria para controlar a un agente no estatal<sup>147</sup>. Esta

---

<sup>140</sup> GEG de 2015, nota 2 *supra*, párrs. 13 y 26 a 28.

<sup>141</sup> Opinión del Ministerio de Defensa de Francia, nota 11 *supra*, en 10 (“De acuerdo con la obligación de actuar con la debida diligencia, los Estados deben asegurar que su ámbito soberano en el ciberespacio no se use para cometer actos internacionalmente ilícitos. Si un Estado no cumple esta obligación, eso no es motivo para una excepción a la prohibición del uso de la fuerza, contrariamente a la opinión de la mayoría de los integrantes del grupo de expertos que redactaron el Manual de Tallinn” [traducción del CJI]); opinión de los Países Bajos, nota 12 *supra*, apéndice, en 4 (“el principio de la debida diligencia requiere que los Estados tomen medidas con respecto a las actividades cibernéticas realizadas por personas en su territorio o para las cuales se usen redes que se encuentren en su territorio o bajo su control, que violen un derecho de otro Estado y de cuya existencia tengan conocimiento o deban tenerlo” [traducción del CJI]). Estonia, aunque no describe la debida diligencia como norma específica del derecho internacional, ha catalogado su contenido como requisito para el comportamiento del Estado. Opinión de Estonia, nota 10 *supra* (“los Estados tienen que hacer un esfuerzo razonable para asegurar que su territorio no se use con el fin de perjudicar los derechos de otros Estados. Deben buscar medios para ofrecer apoyo cuando el Estado lesionado lo solicite para identificar, atribuir o investigar operaciones cibernéticas maliciosas. Esta expectativa depende de la capacidad nacional, la disponibilidad de información y su accesibilidad” [traducción del CJI]).

<sup>142</sup> Opinión de los Países Bajos, nota 12 *supra*, apéndice, en 4.

<sup>143</sup> Respuesta de Chile, nota 19 *supra*, en 6 y 7; respuesta de Ecuador, nota 19 *supra*, en 2; respuesta de Guatemala, nota 19 *supra*, en 4; respuesta de Guyana, nota 19 *supra*, en 5; respuesta de Perú, nota 19 *supra*, en 7.

<sup>144</sup> Respuesta de Chile, nota 19 *supra*, en 6 y 7. Ecuador dijo simplemente que “la diligencia debida es aplicable a lo que sucede en los recursos tecnológicos dentro de su territorio nacional”. Respuesta de Ecuador, nota 19 *supra*, en 2.

<sup>145</sup> Respuesta de Guatemala, nota 19 *supra*, en 4.

<sup>146</sup> *Íd.* en 2 y 4.

<sup>147</sup> Respuesta de Bolivia, nota 19 *supra*, en 3 a 7.

opinión podría ser compatible con el principio de la diligencia debida como norma jurídica internacional para las operaciones cibernéticas, ya que, por lo general, requiere que los Estados “tengan conocimiento” de las actividades en cuestión, lo cual no sería posible en el caso de los Estados que no tengan la infraestructura técnica necesaria<sup>148</sup>. Por otro lado, la imposibilidad de “controlar” actividades cibernéticas de las cuales se tenga conocimiento podría indicar que Bolivia no se adhiere a la doctrina de la diligencia debida en el ciberespacio. Sin una aclaración de la respuesta, es difícil llegar a una conclusión.

60. Asimismo, en las declaraciones públicas anteriores de Estados Unidos no se abordó la condición jurídica de la diligencia debida de forma directa. Cabe señalar, no obstante, que Estados Unidos ha tendido a describir toda obligación de responder a solicitudes de asistencia en términos no vinculantes<sup>149</sup>. El hecho de que Estados Unidos no haya refrendado públicamente el principio de la diligencia debida como norma jurídica en el GEG ni en otros contextos podría indicar dudas con respecto a la condición jurídica de este principio.

***Pregunta 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. En la décima y última pregunta se pidió a los Estados que indicaran otras áreas del derecho internacional en las cuales el Comité debería concentrarse para mejorar la transparencia en el contexto cibernético. En las respuestas se abordan distintos asuntos. Bolivia pide que se preste más atención a la protección de los “derechos fundamentales de sus ciudadanos en cualquier dimensión en la que actúen”, incluso en el ciberespacio<sup>150</sup>. Algunas respuestas se centran en la ciberdelincuencia y, en particular, el Convenio de Budapest, elaborado por el Consejo de Europa<sup>151</sup>; otras destacan la contribución de los Manuales de Tallinn<sup>152</sup>.

62. Dos Estados —Ecuador y Guyana— indican que podría ser necesario un nuevo derecho internacional en el contexto cibernético. Ecuador recalca la necesidad de establecer la forma de regular “los ataques a objetivos militares y/o civiles que afecten masivamente a la población, como es el caso de la infraestructura crítica, los hospitales, medios de transporte masivo y otra infraestructura que afecte a la seguridad del Estado”<sup>153</sup>. Guyana dice que sería prudente contar con un conjunto de principios del derecho internacional adaptados a la índole especial del ciberespacio y observa que los principios jurídicos actuales fueron elaborados para una época y un contexto diferentes<sup>154</sup>.

\* \* \*

63. Si el Comité lo autoriza, propongo publicar mi informe (y las respuestas) para que los Estados de la región y de todo el mundo puedan beneficiarse de las posiciones y los puntos de vista que contiene. Sería también una oportunidad para recabar la opinión de los Estados que todavía no han respondido el cuestionario.

64. Como de costumbre, agradeceré las opiniones y las observaciones del Comité sobre las respuestas recibidas hasta la fecha y su indicación de si valdría la pena tratar de obtener más

<sup>148</sup> Véase *Tallinn 2.0*, nota 14 *supra*, en 40.

<sup>149</sup> Escrito presentado por Estados Unidos al GEG en 2014, nota 7 *supra*, en 739 (“Un Estado debería cooperar, de una manera acorde con el derecho interno y las obligaciones internacionales, con los pedidos de asistencia de otros Estados para investigar delitos cibernéticos, obtener pruebas electrónicas y mitigar las actividades cibernéticas maliciosas en su territorio” [traducción del CJI]).

<sup>150</sup> Respuesta de Bolivia, nota 19 *supra*, en 6 y 7.

<sup>151</sup> Respuesta de Guatemala, nota 19 *supra*, en 4; respuesta de Bolivia, nota 19 *supra*, en 6 y 7.

<sup>152</sup> Respuesta de Costa Rica, nota 19 *supra*, en 2 (donde se expresa el interés de Costa Rica en adherirse al Convenio de Budapest); respuesta de Guatemala, nota 19 *supra*, en 4 (donde se cita el Convenio de Budapest).

<sup>153</sup> Respuesta de Ecuador, nota 19 *supra*, en 3.

<sup>154</sup> Respuesta de Guyana, nota 19 *supra*, en 5 y 6 (donde se indica que el anonimato es una dificultad particular para la aplicación del derecho actual).

respuestas. Agradecería también los comentarios del Comité sobre la forma en que podríamos abordar la capacidad técnica y jurídica desigual que se ha observado en el marco de este proyecto.

65. Por último, valoraría los aportes del Comité sobre los próximos pasos de este proyecto, si considera que debe haberlos. Por una parte, simplemente podría recibir comentarios de los Estados Miembros sobre este informe y revisarlo según sea necesario antes de su aprobación final. Otra posibilidad es que, en mi próximo informe, trate de ampliar el análisis con la respuesta de más Estados Miembros o, si no se reciben más respuestas, con una comparación de las opiniones de los Estados Miembros con las de Estados extrarregionales. En medida creciente contamos con más opiniones que antes y sería útil compararlas con las respuestas examinadas en este informe. ¿O debería mantener el foco original del proyecto y prestar atención solo a la transparencia de los Estados Miembros de la OEA en cuestiones relativas a la aplicación del derecho internacional a las operaciones cibernéticas?

\* \* \*

**CJI/doc. 615/20 rev.1**

**DERECHO INTERNACIONAL Y OPERACIONES CIBERNÉTICAS DEL ESTADO:  
MEJORA DE LA TRANSPARENCIA. QUINTO INFORME**

(presentado por el profesor Duncan B. Hollis)

1. Este es mi quinto y último informe sobre el tema relativo a la mejora de la transparencia con respecto a cómo los Estados Miembros entienden la aplicación del derecho internacional a las operaciones cibernéticas estatales. Este proyecto tiene como objetivo contribuir a una tendencia más amplia en las relaciones internacionales que buscan una mayor transparencia sobre cómo los Estados nacionales entienden la aplicación del derecho internacional al ciberespacio. Al así hacerlo, lo que se persigue es lograr cuatro objetivos:

a. identificar áreas de convergencia en cómo los Estados entienden qué reglas legales internacionales se aplican y cómo lo hacen. Cuando se combina con declaraciones existentes de Estados situados fuera de la región, una uniformidad de puntos de vista puede proporcionar evidencia adicional para delinear las reglas de derecho internacional consuetudinario relevantes;

b. identificar puntos de vista divergentes sobre qué normas internacionales se aplican o cómo lo hacen. Esto puede ayudar a establecer una línea de base para un diálogo adicional, ya sea para conciliar posiciones en conflicto, aclarar el contenido de la ley o, tal vez, incluso buscar modificaciones a la misma;

c. limitar los riesgos de escalada o conflicto involuntario debido a que los Estados poseen interpretaciones diferentes sobre la aplicación del derecho internacional y desconocen o no entienden cómo otros ven el problema; y

d. brindar a la OEA y sus Estados Miembros una voz apropiada en las conversaciones mundiales sobre la aplicación del derecho internacional.

Al mismo tiempo, es importante reiterar lo que este proyecto no está destinado a hacer. No tiene como objetivo codificar o desarrollar progresivamente el derecho internacional (ni siquiera identificar las mejores prácticas u orientación general). Tampoco pretende ofrecer una perspectiva integral o general sobre cuestiones legales internacionales en el contexto cibernético.

2. En lugar de ello, este proyecto está destinado, y debe leerse, como un modesto primer paso. El Comité Jurídico (y la OEA en términos más generales) pueden utilizar los materiales proporcionados aquí para evaluar qué actividades adicionales, si las hubiera, podrían llevarse a cabo para agregar más transparencia a la forma en que el derecho internacional se aplica a los Estados de la región, sus operaciones cibernéticas y sus reacciones a amenazas cibernéticas por parte de otros. El Comité también podría considerar aumentar los esfuerzos existentes de creación de capacidad para mejorar el conocimiento y la experiencia de los funcionarios pertinentes sobre las cuestiones de la aplicación del derecho internacional al

ciberespacio. Esto puede implicar la compilación (y publicación) de puntos de vista nacionales adicionales y/o establecer plataformas u otros procesos para compartir información y dialogar sobre la relación del derecho internacional con el ciberespacio y las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) de las que deriva.

3. Mi primer informe destacó la limitada visibilidad del derecho internacional en la regulación de las operaciones cibernéticas estatales, a pesar del creciente número de tales operaciones y sus implicaciones económicas, humanitarias y de seguridad nacional<sup>1</sup>. Es cierto que muchos Estados han confirmado la aplicabilidad del derecho internacional a su comportamiento en el ciberespacio<sup>2</sup>. Y, aunque la OEA no lo ha hecho, otras organizaciones internacionales (la ASEAN, la Unión Europea y las Naciones Unidas) también lo han realizado<sup>3</sup>. Hasta la fecha, sin embargo, los esfuerzos para delinear cómo los Estados entienden la aplicación del derecho internacional al ciberespacio han tenido un éxito limitado.

4. Parte del problema en la aplicación del derecho internacional al ciberespacio se deriva de la falta de normas o estándares a medida. Cuando se trata de la paz y la seguridad internacionales, por ejemplo, no existen tratados específicos sobre ciberseguridad. Y esas convenciones que se ocupan del delito cibernético - la Convención de Budapest y (si alguna vez entra en vigor) la Convención de la Unión Africana - solo se dirigen, por definición, al comportamiento de los actores no estatales con el apoyo de una minoría de Estados nacionales<sup>4</sup>. Por lo tanto, la aplicación del derecho internacional al ciberespacio depende de la analogía con tratados multilaterales más generales (por ejemplo, la Carta de las Naciones Unidas) o el derecho internacional consuetudinario.

5. Sin embargo, como destacué en mi segundo informe, a nivel mundial no existe un consenso universal entre los Estados sobre qué normas internacionales generales vigentes se aplican a las operaciones cibernéticas, y mucho menos cómo lo hacen<sup>5</sup>. Para varios regímenes jurídicos internacionales (por ejemplo, defensa propia, derecho internacional humanitario,

---

<sup>1</sup> Ver Duncan B. Hollis, *Derecho Internacional y Operaciones Cibernéticas Estatales: Mejorando la Transparencia*, OEA/Ser.Q, CJI/doc 570/18 (Agosto 9, 2018) (“Hollis, Primer Informe”), en [http://www.oas.org/en/sla/iajc/docs/CJI\\_doc\\_570-18.pdf](http://www.oas.org/en/sla/iajc/docs/CJI_doc_570-18.pdf).

<sup>2</sup> Ver Secretario General de la ONU, *Report of the Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security*, ¶19, U.N. Doc. A/68/98 (Junio 24, 2013) (“el derecho internacional, y en particular la Carta de las Naciones Unidas, se aplica” al ciberespacio); ver también Secretario General de la ONU, *Report of the Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security*, ¶24, U.N. Doc. A/70/174 (Julio 22, 2015)

<sup>3</sup> Ver UNGA Res. 266, U.N. Doc. A/RES/73/266 (Ene. 2, 2019); Declaración de los líderes de la ASEAN-Estados Unidos sobre cooperación en ciberseguridad (Nov. 18, 2018), en <https://asean.org/storage/2018/11/ASEAN-US-Leaders-Statement-on-Cybersecurity-Cooperation-Final.pdf>; Declaración de la UE: 1.er Comité de las Naciones Unidas, debate temático sobre otras medidas de desarme y seguridad internacional (Oct. 26, 2018) (“EU Statement”), en [https://eeas.europa.eu/delegations/un-new-york/52894/eu-statement-%E2%80%93-united-nations-1st-committee-thematic-discussion-other-disarmament-measures-and\\_en](https://eeas.europa.eu/delegations/un-new-york/52894/eu-statement-%E2%80%93-united-nations-1st-committee-thematic-discussion-other-disarmament-measures-and_en). Tanto el G7 y el G20 realizaron afirmaciones similares. Ver, por ej., Declaración del G7 sobre la Responsabilidad de los Estados por su Conducta en el Ciberespacio (Abril 11, 2017) en <https://www.mofa.go.jp/files/000246367.pdf>; G20 Comunicado de los Líderes de la Cumbre de Antalya (Nov. 15-16, 2015) ¶26, en <http://www.gpfi.org/sites/gpfi/files/documents/G20-Antalya-Leaders-Summit-Communique--.pdf>.

<sup>4</sup> Consejo de Europa, Convención sobre el Ciberdelito, (Budapest, 23 Nov 2001) CETS No 185; Convención de la UA sobre seguridad cibernética y protección de datos personales, junio 27, 2014, AU Doc. EX.CL/846(XXV). La Convención de Budapest cuenta ahora con 65 partes, aunque varios otros Estados la ven con cierta hostilidad. Ver Convención sobre Ciberdelitos, en <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=185&CL=ENG>

<sup>5</sup> Duncan B. Hollis, *Derecho Internacional y Operaciones Cibernéticas Estatales: Mejorando la Transparencia*, OEA/Ser.Q, CJI/doc 578/19 (Ene. 21, 2019) (“segundo Informe, Hollis”), en [http://www.oas.org/en/sla/iajc/docs/CJI\\_doc\\_578-19.pdf](http://www.oas.org/en/sla/iajc/docs/CJI_doc_578-19.pdf)

contramedidas, soberanía (como regla independiente) y debida diligencia) uno o más Estados impugnan su aplicación *in toto* al ciberespacio, mientras que otros difieren (a veces dramáticamente) en cómo interpretan la aplicación de esas reglas a las operaciones cibernéticas estatales y patrocinadas por el Estado.

6. Los Estados parecen igualmente reacios a invocar el lenguaje del derecho internacional al hacer acusaciones sobre las operaciones cibernéticas de otros Estados<sup>6</sup>. En una notable excepción, en 2018 cinco estados (Australia, Canadá, los Países Bajos, Nueva Zelanda y el Reino Unido) acusaron al GRU, el brazo de inteligencia militar de Rusia, de responsabilidad por una serie de operaciones cibernéticas, incluidas las dirigidas a la Organización para la Prohibición de Armas Químicas (OPAQ) y la Agencia Mundial Antidopaje (AMA). El Secretario de Relaciones Exteriores del Reino Unido sugirió que Rusia tenía un "deseo de operar sin tener en cuenta el derecho internacional o las normas establecidas", mientras que los Países Bajos sugirieron, en términos más generales, que estas actividades rusas "socavan el estado de derecho internacional".<sup>7</sup> Lamentablemente, estas acusaciones no delinearón si todas las supuestas operaciones de GRU violaron el derecho internacional o si solo algunas lo hicieron; ni elaboraron respecto de qué normas internacionales los acusadores creían se habían violado. Sin embargo, la mayoría de los casos son similares a las recientes acusaciones de Canadá, Estados Unidos y el Reino Unido de que el GRU se ha enfocado en la investigación de la vacuna COVID 19; no se menciona el derecho internacional en absoluto<sup>8</sup>.

7. En los últimos años, varios Estados han comenzado a ofrecer algunas explicaciones sobre cómo entienden que el derecho internacional se aplica al ciberespacio. A partir de 2012,

---

<sup>6</sup> See Dan Efrony and Yuval Shany, *A Rule Book on the Shelf? Tallinn Manual 2.0 on Cyber-Operations and Subsequent State Practice*, 112 AJIL 583, 586 (2018); Duncan B. Hollis & Martha Finnemore, *Beyond Naming and Shaming: Accusations and International Law in Global Cybersecurity*, 33 EURO. J. INT'L L. (próximamente 2020).

<sup>7</sup> Comunicado de Prensa, Foreign Commonwealth Office, *UK exposes Russian cyber-attacks* (Oct. 4, 2018), at <https://www.gov.uk/government/news/uk-exposes-russian-cyber-attacks>; National Cyber Security Centre (NCSC), *Reckless campaign of cyber attacks by Russian military intelligence service exposed* (Oct. 4, 2018), at <https://www.ncsc.gov.uk/news/reckless-campaign-cyber-attacks-russian-military-intelligence-service-exposed>; Ministerio de Defensa de los Países Bajos, *Netherlands Defence Intelligence and Security Service disrupts Russian cyber operation targeting OPCW* (Oct. 4, 2018), en

<https://english.defensie.nl/latest/news/2018/10/04/netherlands-defence-intelligence-and-security-service-disrupts-russian-cyber-operation-targeting-opcw>. Acusación de Canadá incorporó ambas formulaciones. Comunicado de Prensa, Global Affairs Canada, *Canada identifies malicious cyber-activity by Russia* (Oct. 4, 2018) en <https://www.canada.ca/en/global-affairs/news/2018/10/canada-identifies-malicious-cyber-activity-by-russia.html> (La actividad rusa demuestra "falta de interés en el derecho internacional y mina el orden internacional basado en las reglas."). Contrastando, Australia y Nueva Zelanda acusaron a Rusia de "ciberactividad maliciosa" sin hacer referencia al derecho internacional en absoluto. *Ver, por ej.* Comunicado de Prensa. Gobierno de Nueva Zelanda, Comunicaciones del Buró de Seguridad, *Malicious cyber activity attributed to Russia* (Octubre 4, 2018), en <https://www.gcsb.govt.nz/news/malicious-cyber-activity-attributed-to-russia/>; Comunicado de Prensa, Primer Ministro de Australia, *Attribution of a Pattern of Malicious Cyber Activity to Russia* (Oct. 4, 2018), en <https://www.pm.gov.au/media/attribution-pattern-malicious-cyber-activity-russia>

<sup>8</sup> *Ver, por ej.*, NCSC (Reino Unido), *Comunicado de Prensa: UK and allies expose Russian attacks on coronavirus vaccine development* (16 July 2020), at <https://www.ncsc.gov.uk/news/uk-and-allies-expose-russian-attacks-on-coronavirus-vaccine-development>; Establecimiento de seguridad (Canadá), *Statement on Threat Activity Targeting COVID-19 Vaccine Development* (16 Julio 2020), en <https://cse-cst.gc.ca/en/media/2020-07-16>; Servicio de Seguridad Central de la Agencia Nacional de Seguridad de los EE. UU., *NSA Teams with NCSC, CSE, DHS CISA to Expose Russian Intelligence Services Targeting COVID-19 Researchers* (16 Julio 2020), en <https://www.nsa.gov/news-features/press-room/Article/2275378/nsa-teams-with-ncsc-cse-dhs-cisa-to-expose-russian-intelligence-services-target/>

Estados Unidos comenzó a ofrecer sus puntos de vista en una serie de discursos y declaraciones oficiales<sup>9</sup>. En 2018, el Procurador General del Reino Unido hizo una importante declaración sobre la opinión del Reino Unido<sup>10</sup>. En los años siguientes, otros Estados (en su mayoría europeos) han comenzado a ofrecer sus propias perspectivas detalladas, como Australia<sup>11</sup>, Estonia<sup>12</sup>, Francia<sup>13</sup>, Alemania<sup>14</sup> y los Países Bajos<sup>15</sup>. Aunque es un hecho positivo, el número

---

<sup>9</sup> *Ver, por ej.*, Brian Egan, *Remarks on International Law and Stability in Cyberspace* (Nov. 10, 2016), en DIGEST OF U.S. PRACTICE IN INT'L LAW 815 (2016); *U.S. Submission to Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security* (Oct. 2016), en DIGEST OF U.S. PRACTICE IN INT'L LAW 823 (2016) (“2016 US GGE Submission”); *U.S. Submission to Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security* (Oct. 2014), en DIGEST OF U.S. PRACTICE IN INT'L LAW 732 (2014) (“2014 US GGE Submission”); Harold Koh, *International Law in Cyberspace* (Sept. 18, 2012), en DIGEST OF U.S. PRACTICE IN INT'L LAW 593 (2012). En 2020, el Asesor Jurídico del Departamento de Defensa de EE. UU. Ofreció puntos de vista sobre varias cuestiones clave de la aplicación del derecho internacional al ciberespacio. Sin embargo, aún no está claro si sus puntos de vista reflejan los de los Estados Unidos en general o solo del Departamento de Defensa de los Estados Unidos. *Ver* Paul C. Ney, *DOD General Counsel Remarks at U.S. Cyber Command Legal Conference* (Marzo 2, 2020), at

<https://www.defense.gov/Newsroom/Speeches/Speech/Article/2099378/dod-general-counsel-remarks-at-us-cyber-command-legal-conference/>;

<sup>10</sup> Jeremy Wright, QC, MP, *Cyber and International Law in the 21st Century* (Mayo 23, 2018), at <https://www.gov.uk/government/speeches/cyber-and-international-law-in-the-21st-century> (“U.K. Views”/ Puntos de Vista del Reino Unido).

<sup>11</sup> Misión Australiana a las Naciones Unidas, *Australian Paper—Open Ended Working Group on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security* (Sept. 2019), en <https://s3.amazonaws.com/unoda-web/wp-content/uploads/2019/09/fin-australian-oewg-national-paper-Sept-2019.pdf> (“Australian Views”/Puntos de Vista de Australia ); Commonwealth de Australia, Departamento de Relaciones Exteriores y Comercio, *Annex A: Australia’s position on how international law applies to State conduct in cyberspace*, en AUSTRALIA’S INT’L CYBER ENGAGEMENT STRATEGY (2017) en [https://www.dfat.gov.au/sites/default/files/DFAT%20AICES\\_AccPDF.pdf](https://www.dfat.gov.au/sites/default/files/DFAT%20AICES_AccPDF.pdf).

<sup>12</sup> Kersti Kaljulaid, Presidente de Estonia, *President of the Republic at the opening of CyCon 2019* (May 29, 2019), en <https://www.president.ee/en/official-duties/speeches/15241-president-of-the-republic-at-the-opening-of-cycon-2019/index.html> (“Estonian Views”/Puntos de Vista de Estonia)

<sup>13</sup> Ministère des Armées, *Droit international appliqué aux opérations dans le cyberspace* (Sept. 9, 2019), [https://www.defense.gouv.fr/salle-de-presse/communiqués/communiqués-du-ministère-des-armées/communiqué\\_la-france-s-engage-a-promouvoir-un-cyberespace-stable-fonde-sur-la-confiance-et-le-respect-du-droit-international](https://www.defense.gouv.fr/salle-de-presse/communiqués/communiqués-du-ministère-des-armées/communiqué_la-france-s-engage-a-promouvoir-un-cyberespace-stable-fonde-sur-la-confiance-et-le-respect-du-droit-international) (“French Ministry of Defense Views”). I have not labeled these as “French views” as at least one scholar has pointed out that the document is authored by the French Ministry of Defense and its contents may not be attributable to the French State as a whole. *See* Gary Corn, *Punching on the Edges of the Gray Zone: Iranian Cyber Threats and State Cyber Responses*, JUST SECURITY (Feb. 11, 2020) (“Cabe señalar que, a pesar de numerosas afirmaciones en contrario, el documento francés no pretende ser la posición oficial del gobierno francés. Fue escrito y publicado por el Ministère des Armées (Mda) francés, en el mismo sentido que el DoD Law of War Manual, que no necesariamente refleja los puntos de vista del gobierno de los Estados Unidos en su conjunto.”).

<sup>14</sup> Discurso del Embajador Norbert Riedel, Comisionado de Política Cibernética Internacional, Ministerio Federal de Relaciones Exteriores de Alemania (Mayo 18, 2015), en <https://www.auswaertiges-amt.de/en/newsroom/news/150518-ca-b-chatham-house/271832>.

<sup>15</sup> *Letter to the parliament on the international legal order in cyberspace*, July 5, 2019, Apéndice 1, en <https://www.government.nl/ministries/ministry-of-foreign-affairs/documents/parliamentary-documents/2019/09/26/letter-to-the-parliament-on-the-international-legal-order-in-cyberspace> (“The Netherlands Views” / Puntos de Vista de los Países Bajos).

y la especificidad de estas declaraciones no ha sido (aun) suficiente para confiar en ellas como evidencia de la práctica general del Estado o de la *opinio juris*<sup>16</sup>.

8. Varios actores no estatales han tratado de llenar este déficit de información ofreciendo sus propios puntos de vista sobre cómo el derecho internacional consuetudinario regula las operaciones cibernéticas estatales. Las dos voces más destacadas son, sin duda, las del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) y el Grupo Independiente de Expertos que escribió los *Manuales de Tallin*.<sup>17</sup> Sin embargo, está claro que no todos los Estados consideran que su contenido refleje el derecho internacional.<sup>18</sup>

9. El año pasado, la Asamblea General de la ONU encargó a un nuevo Grupo de Expertos Gubernamentales de la ONU ("GEG") que invitara a las opiniones nacionales sobre el derecho internacional.<sup>19</sup> Además, en el nuevo GEG, también hay un Grupo de trabajo de Composición Abierta ("OEWG"/GTCA) sobre Avances en el Campo de la Información y las Telecomunicaciones en el Contexto de la Seguridad Internacional patrocinado por la ONU, que ha brindado a los participantes la oportunidad de hacer declaraciones, algunas de las cuales hacen referencia al derecho internacional.<sup>20</sup> Sin embargo, el GEG solo cuenta con la participación de cuatro Estados Miembros de la OEA (Brasil, México, Estados Unidos y Uruguay). En contraste, el OEWG/GTCA está abierto a todos los Estados Miembros de la OEA. Pero la mayoría de las contribuciones allí relacionadas con el derecho internacional se han mantenido muy generalizadas. Y, al igual que el GEG, el OEWG/GTCA se centra exclusivamente en cuestiones de seguridad internacional y, en consecuencia, confina las opiniones del Estado sobre la aplicación del derecho internacional.

10. Por lo tanto, existe la necesidad de foros adicionales en los cuales los Estados Miembros puedan ser alentados —y oportunidades brindadas — para expresar sus propios puntos de vista sobre la aplicación del derecho internacional. Este proyecto marca un primer intento (y algo cauteloso) de satisfacer esa necesidad en la región. No está diseñado para sustituir o competir con los procesos en curso de la ONU. Más bien, tiene como objetivo complementar esos esfuerzos al permitir que todas las voces de esta región participen y exploren la panoplia completa de la aplicación del derecho internacional al comportamiento del

---

<sup>16</sup> Ver, por ej., Egan, *supra* nota 7, en 817.

<sup>17</sup> Ver, por ej., CICR, *Position Paper on International Humanitarian Law and Cyber Operations during Armed Conflicts* (Nov. 2019); MICHAEL N. SCHMITT (ED.), *TALLINN MANUAL 2.0 ON THE INTERNATIONAL LAW APPLICABLE TO CYBER OPERATIONS* (2017) ("*Tallinn 2.0*"); ver también ICRC, *Report on International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflict* (Nov. 2019); CICR, *International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts*, (Oct. 2015) 39-44.

<sup>18</sup> Egan, *supra* note 7, at 817 ("Las interpretaciones o aplicaciones del derecho internacional propuestas por grupos no gubernamentales pueden no reflejar la práctica o los puntos de vista legales de muchos o la mayoría de los Estados. El silencio relativo de los estados podría conducir a la imprevisibilidad en el ámbito cibernético, donde los Estados pueden hacer suposiciones sobre las opiniones de los demás sobre el marco legal aplicable. En el contexto de un incidente cibernético específico, esta incertidumbre podría generar percepciones erróneas y errores de cálculo por parte de los Estados, lo que podría conducir a una escalada y, en el peor de los casos, a conflictos.").

<sup>19</sup> Ver UNGA Res. 266, *supra* nota 3, ¶3 (sobre el mandato del GEG).

<sup>20</sup> Ver U.N. Doc. A/RES/73/27, ¶5 (Dec. 5, 2018). Varios Estados (aún en su mayoría europeos) han utilizado sus comentarios sobre los proyectos de informes del OEWG/GTCA para elaborar puntos de vista sobre cómo se aplica el derecho internacional al ciberespacio. Ver, por ej., Austria, *Comments on Pre-Draft Report of the OEWG - ICT* (March 31, 2020); Ministerio de Relaciones Exteriores de la República Checa, Comentarios presentados por la República Checa en respuesta al informe "preliminar" inicial del Grupo de Trabajo de Composición Abierta sobre la evolución en el campo de la información y las telecomunicaciones en el contexto de la seguridad internacional (*Comments submitted by the Czech Republic in reaction to the initial "pre-draft" report of the Open-Ended Working Group on developments in the field of information and telecommunications in the context of international security*). Estas y otras presentaciones al GTCA pueden verse en <https://www.un.org/disarmament/open-ended-working-group/>.

Estado en el ciberespacio. En este sentido, el trabajo del Comité se alinea con el llamado de la Unión Europea a que los Estados Miembros de la ONU "deben presentar contribuciones nacionales sobre el tema de cómo el derecho internacional se aplica al uso [de tecnologías de la información y la comunicación] por parte de los Estados."<sup>21</sup>

11. El proyecto actual ha tratado de satisfacer la necesidad de una mayor transparencia regional a través de dos métodos diferentes: (i) un cuestionario preparado junto con el Departamento de Derecho Internacional de la OEA (con aportes del CICR) y distribuido por primera vez a los Estados Miembros en febrero de 2019; y (ii) una discusión informal con representantes legales de los Estados Miembros bajo las reglas de la "Chatham House" (es decir, las declaraciones hechas durante la reunión pueden repetirse, pero las identidades de los oradores y otros participantes permanecen confidenciales). Se incluye una copia del cuestionario en el Anexo A de este informe.

12. Mi tercer informe brindó una actualización sobre el contenido del cuestionario y solicitó una extensión en lo que hacía al plazo de respuesta, con lo cual el Comité estuvo de acuerdo.<sup>22</sup> Mi cuarto informe se refiere a la compulsas que realicé de las respuestas recibidas de nueve Estados: Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, Ecuador, Estados Unidos, Guatemala, Guyana y Perú.<sup>23</sup> De estos, siete resultaron sustantivos, mientras que los Estados Unidos remitió al Comité sus declaraciones públicas previas.<sup>24</sup> Brasil resaltó su labor pendiente en el GEG (cuyo embajador ocupa la presidencia) como el foro que debería abordar cuestiones sobre la aplicación del derecho internacional.<sup>25</sup> La totalidad de las siete respuestas sustantivas se adjuntan al presente informe como Anexo B.

13. Además de la compulsas de las respuestas al cuestionario, mi cuarto informe catalogó conversaciones informales adicionales al respecto en concierto con consultas celebradas por la Secretaría de la OEA del Comité Interamericano contra el Terrorismo (CICTE) con la Oficina de Asuntos de Desarme de las Naciones Unidas en los días 15-16 de agosto de 2019, y la reunión informal entre sesiones del GTCA. También destacué tres conclusiones más amplias sobre el estado de la transparencia en la región con respecto al derecho internacional en el ciberespacio:

- En primer lugar, que todos los Estados Miembros que respondieron poseen interés permanente en el estado de derecho, incluido el papel que puede desempeñar el

---

<sup>21</sup> Declaración de la UE, *supra* nota 3.

<sup>22</sup> Duncan B. Hollis, *Derecho Internacional y Operaciones Cibernéticas Estatales: Mejorando la Transparencia: Tercer Informe*, OEA/Ser.Q, CJI/doc 594/19 (Julio 24, 2019) ("Hollis, Tercer Informe"), en [http://www.oas.org/en/sla/iajc/docs/CJI\\_doc\\_594-19.pdf](http://www.oas.org/en/sla/iajc/docs/CJI_doc_594-19.pdf).

<sup>23</sup> *Ver Nota del Estado Plurinacional de Bolivia, Ministerio de Relaciones Exteriores, Misión Permanente de la OEA al Comité Jurídico Interamericano*, MPB-OEA-NV104-19 (Julio 17, 2019) (conteniendo respuestas al Cuestionario del CJI desde la oficina del Comandante en Jefe del Estado Inspector General de las Fuerzas Armadas) ("Respuesta de Bolivia"); *Respuesta presentada por Chile al Cuestionario del Comité Jurídico Interamericano* (Enero 14, 2020) ("Respuesta de Chile"); *Comunicación de Carole Arce Echeverría, Costa Rica, Organizaciones Internacionales, Departamento de Política Externa, Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto a la OEA (Abril 3, 2019)* (incluyendo carta No. 163-OCRI2019 de Yonathan Alfaro Aguero, Oficina de Cooperación Internacional y Relaciones a Carole Arce Echeverría, que incluye una respuesta de la «autoridad relevante» - el Tribunal de Apelaciones Penales de Costa Rica ("Respuesta de Costa Rica) *Nota Verbal 4-2 186/2019 de la Misión Permanente de Ecuador a la OEA* (Junio 28, 2019) ("Respuesta de Ecuador"); Nota Of. 4VM.200-2019/GJL/lr/bm, del Sr. Gabriel Juárez Lucas, Cuarto Viceministro del Ministerio del Interior, de la República de Guatemala a Luis Toro Utillano, Secretario Técnico, Comité Jurídico Interamericano (Junio 14, 2019) ("Respuesta de Guatemala"); *Nota N°: 105/2019 de la Misión Permanente de Guyana a la OEA (Julio 30, 2019)* ("Respuesta de Guyana"); *Respuesta presentada por Perú al Cuestionario sobre la Aplicación del Derecho Internacional en los Estados Miembros de la OEA en el Contexto Cibernético (Junio 2019)* ("Respuesta de Perú").

<sup>24</sup> *Ver* nota 7.

<sup>25</sup> Respuesta de Brasil al CJI de la OEA Nota 2.2/14/19 (Julio 1, 2019).

derecho internacional en la regulación del comportamiento del Estado en el ciberespacio.

- Segundo, las respuestas revelan la desigualdad de las capacidades legales del Estado en esta área. Algunos Estados demostraron un profundo conocimiento de las operaciones cibernéticas y los nuevos problemas legales internacionales que ellas plantean, mientras que otros demostraron mucha menos familiaridad con las normas legales internacionales subyacentes y las preguntas particulares que sus aplicaciones generan en el contexto cibernético. Esto sugiere la necesidad de una mayor creación de capacidad jurídica internacional más allá del excelente trabajo realizado hasta la fecha por el CICTE y varios Estados Miembros.<sup>26</sup>
- En tercer lugar, el bajo porcentaje de respuestas al cuestionario del Comité sugiere que los Estados siguen siendo reacios a ser transparentes en sus puntos de vista sobre la aplicación del derecho internacional, incluso cuando se les brindan nuevas oportunidades para hacerlo. Esto sugiere la necesidad de alentar mayores respuestas estatales o buscar sus aportes de maneras menos formales.

14. Con la aprobación del Comité, el plazo para responder al Cuestionario se extendió hasta el 1 de junio de 2020. Lamentablemente, no se recibieron respuestas adicionales. Dicho esto, varios Estados Miembros hicieron declaraciones relevantes en sus comentarios escritos a los borradores de informes del OEWG/GTCA sobre seguridad internacional.<sup>27</sup>

15. Con la asistencia del Departamento de Derecho Internacional de la OEA, iniciamos un segundo vehículo para llevar una mayor variedad de puntos de vista del Estado sobre el derecho internacional y el ciberespacio a la esfera pública: una conversación al estilo de Chatham House sobre el tema. El 23 de junio de 2020, el Departamento de Derecho Internacional organizó, y este servidor moderó, una discusión de casi tres horas que incluyó representantes legales de 16 Estados Miembros y el CICR. La conversación en profundidad confirmó varias de las conclusiones de mi cuarto informe, especialmente la necesidad de una mayor creación de capacidad legal. También destacó varias explicaciones sobre la reticencia de los Estados Miembros a dejar constancia con respecto a la aplicación del derecho internacional al ciberespacio.

16. En este informe, me he detenido en tres aspectos. En primer lugar, estoy actualizando y revisando la compulsión de respuestas de los Estados al Cuestionario del Comité a la luz de la reunión del 23 de junio, así como las declaraciones relevantes de los Estados Miembros en el proceso del OEWG. Esta encuesta revisada se adjunta en el Anexo B de este Informe.

17. En segundo lugar, con base en las consultas del 23 de junio, deseo destacar tres conjuntos de retos - técnicos, políticos y legales - para lograr una mayor transparencia de los Estados Miembros sobre la aplicación del derecho internacional al ciberespacio. Técnicamente, el llamado "problema de atribución" complica la capacidad de los Estados Miembros para hablar públicamente sobre la aplicación del derecho internacional. Los Estados pueden saber que han sido víctimas de un ataque cibernético, pero no pueden discernir si su autor fue un Estado (o un representante del cual un Estado podría ser considerado legalmente responsable).

---

<sup>26</sup> Para mayor información sobre las actividades del CICTE, consultar <http://www.oas.org/en/sms/cicte/prog-cybersecurity.asp>. Más allá del CICTE, varios Estados Miembros apoyaron también el desarrollo de la capacidad legal. Canadá y México, por ejemplo, fueron co-anfitriones junto con la OEA de un taller el 30 de mayo de 2019, destinado a los países de la OEA, para una discusión sobre la aplicación del derecho internacional en el espacio cibernético.

<sup>27</sup> (Ver, por ej., el Segundo "Anteproyecto" del informe del GTCA sobre avances en el campo de la información y las telecomunicaciones en el contexto de la seguridad internacional (Mayo 27, 2020) (*Second "Pre-draft" of the report of the OEWG on developments in the field of information and telecommunications in the context of international security*), en <https://front.un-arm.org/wp-content/uploads/2020/05/200527-oewg-ict-revised-pre-draft.pdf>. Los textos de varias declaraciones nacionales están disponibles en <https://www.un.org/disarmament/open-ended-working-group/>.

Sin la capacidad técnica (o de otro tipo) de atribuir una operación cibernética a un Estado extranjero, los Estados no pueden invocar el derecho internacional, ya que esa norma solo se aplica si el perpetrador fuese un Estado o un actor del que un Estado podría ser legalmente responsable. Del mismo modo, donde los actores operan de forma anónima, es difícil identificar la práctica estatal requerida (y mucho menos la *opinio juris*) ya que el comportamiento no es atribuible a un Estado.

18. Políticamente, algunos de los problemas de transparencia son internos de los Estados Miembros: varios representantes legales informaron sobre la continua necesidad de organizar mejor la responsabilidad para abordar los problemas relacionados con la cibernética (sus marcos legales y de políticas nacionales aún no han alcanzado la realidad actual). Aunque varios Estados han estado lidiando con problemas de ciberseguridad durante algún tiempo, para otros Estados Miembros estos problemas siguen siendo relativamente nuevos y novedosos. Como tal, varios Estados Miembros informaron de la falta de experiencia gubernamental (o recursos) en cuestiones relacionadas con la cibernética.

19. En otros casos, se trata de problemas institucionales; la experiencia existe, pero se distribuye de manera que dificulta la fusión en una visión formal del Estado que pueda expresarse públicamente. Varios representantes del Ministerio de Relaciones Exteriores enfatizaron en particular la necesidad de un mayor diálogo interno para garantizar que las cancillerías asuman el papel principal en las discusiones sobre la diplomacia cibernética, incluidas las relevantes para la aplicación del derecho internacional. Al mismo tiempo, el deseo de ciertos Estados de retener la libertad de participar en operaciones cibernéticas ha llevado a una reticencia a tomar posiciones sobre qué operaciones podría prohibir o restringir el derecho internacional para no limitar su futura libertad de maniobra o reacción.

20. Otros participantes en las consultas del 23 de junio identificaron desafíos políticos externos para una mayor transparencia. Está claro que ciertos Estados (por ejemplo, Estados Unidos, Rusia, China) tienen actualmente amplias capacidades para conducir y defenderse contra las operaciones cibernéticas, capacidades que los han llevado a replantear opiniones discretas, y a menudo conflictivas, sobre el papel regulador del derecho internacional. Algunos Estados Miembros indicaron reticencias a hacer señales similares para no involucrar a ese Estado en la competencia y el conflicto entre dichos actores; se trata de problemas que los Estados pueden evitar si permanecen en silencio. Para otros participantes, la transparencia solo debería ocurrir gradualmente, con el tiempo, cuando los Estados Miembros hayan tenido más oportunidades para un diálogo y discusión diplomáticos cuidadosos.

21. Al mismo tiempo, muchos de los participantes del 23 de junio reconocieron que algunas de las razones del silencio del Estado eran tanto legales como políticas: varios Estados Miembros siguen careciendo de la experiencia suficiente sobre cómo el derecho internacional puede manifestarse en el contexto cibernético para formular una opinión sobre algunas de las preguntas más actuales y urgentes (y si un Estado no puede formular una opinión informada, no tiene nada como para ser transparente).<sup>28</sup> Un participante lo expresó sucintamente: "todavía no hemos llegado allí" en términos de estar listos para aplicar el derecho internacional al contexto cibernético.

22. En tercer lugar, dados los resultados del cuestionario y la discusión del 23 de junio, quien les escribe formularía tres propuestas concretas para su consideración específica por parte del Comité y de la OEA y sus Estados Miembros de manera más amplia.

**Propuesta 1: El Comité debería recomendar que la Asamblea General de la OEA apoye la aplicabilidad del derecho internacional a las operaciones Estatales y a aquellas patrocinadas por el Estado**

23. Como se señaló, la Asamblea General de las Naciones Unidas y varias organizaciones regionales (ASEAN, la UE) han respaldado la aplicabilidad del derecho

---

<sup>28</sup> Por supuesto, tales Estados podrían ser transparentes sobre su inhabilidad en formular un punto de vista, pero es comprensible que pocos Estados, si los hubiera, deseen formular tal concesión públicamente.

internacional al comportamiento del Estado en el ciberespacio. Hasta la fecha, sin embargo, la OEA no lo ha hecho. Tal respaldo enviaría una señal clara del compromiso de la organización y la región con el estado de derecho en el ciberespacio. Una posible formulación para tal declaración sería:

*La Asamblea General de la OEA afirma que el derecho internacional, incluida la Carta de las Naciones Unidas en su totalidad, la Carta de la Organización de los Estados Americanos, el derecho internacional humanitario, el derecho internacional de los derechos humanos, el deber de no intervención, la igualdad soberana de los Estados y el derecho de responsabilidad estatal, son aplicables al uso de las tecnologías y de la información y de la comunicación (TICs) por parte de los Estados y de quienes son responsables internacionalmente.*

La región de la OEA se beneficia de la aceptación de los Estados Miembros de la aplicación de ciertos regímenes jurídicos internacionales (por ejemplo, el derecho internacional humanitario) donde el consenso global aún no ha sido posible. También he incluido la soberanía en esta lista, aunque algunos Estados Miembros pueden plantear dudas sobre cómo se aplica. En cualquier caso, al adoptar una posición clara sobre qué normas de derecho internacional se aplican, la OEA podría contribuir a esta conversación global y, al hacerlo, promover el estado de derecho.

24. Alternativamente – o como un paso intermedio – el propio Comité podría apoyar dicha formulación en una de sus resoluciones, y enviarla a la Asamblea General para su consideración.

**Propuesta 2: Retener este Tema en la Agenda del Comité y expandir su alcance más allá de los temas del derecho internacional, hacia la paz y seguridad internacionales**

25. Aunque mi mandato en el Comité expira al final del año calendario, este punto del temario sin duda se beneficiaría de una mayor atención por parte del Comité. Este es el caso ya sea que el Comité (o la Asamblea General) actúe o no sobre mi primera propuesta. Los participantes en la discusión del 23 de junio estaban entusiasmados con la posibilidad de nuevos intercambios diplomáticos. Con la asistencia del Departamento de Derecho Internacional, el Comité podría continuar organizando tales intercambios diplomáticos periódicamente. Sus bajos riesgos y pocos obstáculos para el ingreso brindarían oportunidades para identificar convergencias y divergencias en los puntos de vista estatales, que pueden luego ser organizadas contra la amenaza de operaciones cibernéticas patrocinadas por el Estado carentes de regulación apropiada y libres de restricciones, como hasta la fecha.

26. Con más tiempo y esfuerzo, podría ser posible obtener más puntos de vista "oficiales" de los Estados Miembros para ayudar a cumplir el objetivo general de mejorar la transparencia sobre cómo se aplica el derecho internacional al ciberespacio. Al hacerlo, además, el Comité podría considerar expandir el alcance de la aplicación para cubrir otros temas, además de la paz y la seguridad internacionales, temas esos que dominan los procesos existentes de la ONU. Mi cuestionario no abordaba, por ejemplo, el deber de no intervención, incluso cuando varios representantes del Estado pidieron más atención sobre ese tema en mis consultas del 23 de junio. Del mismo modo, varios participantes pidieron más atención al papel del derecho internacional de los derechos humanos en el ciberespacio; un tema que el Comité podría abordar solo o en concierto con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

27. Asimismo, el Comité podría tratar de mejorar la transparencia sobre cómo el derecho internacional protege al sector de la salud. La pandemia de COVID 19 ha afectado gravemente a la región tanto en términos humanitarios como económicos. Desafortunadamente, las amenazas cibernéticas corren el riesgo de hacer sufrir aún más daños, como lo demuestran los ataques cibernéticos a los hospitales y, más recientemente, los esfuerzos de investigación de vacunas. Por lo tanto, el Comité podría centralizar su atención en un tema crucial de interés actual, que sería de ayuda para los Estados Miembros y sus nacionales en toda la región.<sup>29</sup>

---

<sup>29</sup> Para un esfuerzo continuo para aclarar las protecciones del derecho internacional del sector de la salud contra las amenazas cibernéticas, consulte Dapo Akande, Duncan Hollis, Harold Hongju

### Propuesta 3: Apoyar o emprender esfuerzos adicionales de creación de capacidad legal

28. El CICTE y varios Estados Miembros han emprendido ya esfuerzos significativos e importantes para crear capacidad sobre cuestiones cibernéticas entre los Estados Miembros, tanto la capacidad de comprender la naturaleza técnica de las TIC como las amenazas que plantean, así como la capacidad de comprender y evaluar los problemas legales que plantean estas amenazas. Sin embargo, tanto las respuestas al cuestionario como las consultas del 23 de junio dejan en claro que queda mucho por hacer, especialmente en el contexto del desarrollo de la capacidad legal. Los participantes en las consultas del 23 de junio se expresaron nutridamente sobre la necesidad de desarrollar capacidades adicionales en la aplicación del derecho internacional en el contexto cibernético. Varios Estados Miembros (por ejemplo, Argentina, Canadá y Estados Unidos) expresaron opiniones similares en sus recientes comentarios al OEWG/GTCA<sup>30</sup>. Por lo tanto, el Comité parecería tener un sólido apoyo si escoge mostrar su disposición a prestar su experiencia o recursos a los esfuerzos existentes de creación de capacidad.

29. Alternativamente, el Comité podría considerar la posibilidad de apoyar o realizar sus propios esfuerzos adicionales (y más diversificados) de creación de capacidad. Los cursos sobre la aplicación del derecho internacional al ciberespacio podrían complementarse con cursos que ofrezcan "capacitación técnica" a expertos no técnicos para ayudar a los diplomáticos estatales y otros representantes a comprender y evaluar con precisión cómo operan las amenazas cibernéticas. Alternativamente, el Comité podría usar sus reuniones con los Asesores Legales del Ministerio de Relaciones Exteriores para "ensayar, como en un juego" ciertos escenarios que involucran amenazas cibernéticas para dar a los abogados del gobierno más oportunidades de aplicar las normas y estándares legales relevantes (y, al así hacerlo, ayudar a facilitar el desarrollo de un Estado sobre su propia visión de cómo se aplica la ley). Finalmente, el Comité podría desear llevar a cabo conversaciones regulares como las que tuvieron lugar en junio, organizando y moderando debates sobre la aplicación del derecho internacional entre los Estados Miembros (y quizás en algún momento, con otras partes interesadas relevantes de la industria y la sociedad civil).

30. En resumen, a través de más esfuerzos de transparencia y creación de capacidad, el Comité podría hacer una contribución importante para mejorar la aplicación (y eficacia) del derecho internacional como herramienta reguladora en el ciberespacio. Además, podría hacerlo solo o en concierto con otras instituciones de la OEA, ciertos Estados Miembros u otras organizaciones. El CICR, por ejemplo, ha expresado su entusiasmo por apoyar más esfuerzos de creación de capacidad en torno al derecho internacional en la región.

31. Ha sido para mí un verdadero privilegio trabajar en este tema durante mi paso por el Comité. Creo en verdad que las amenazas cibernéticas, incluidas las operaciones de los Estados y sus representantes, crean riesgos que tienen importantes consecuencias económicas, humanitarias y de seguridad nacional. El derecho internacional proporciona un mecanismo - que el tiempo ha demostrado - para regular las nuevas amenazas. Sin embargo, los retos técnicos, políticos y legales han hecho que la ley en general (y la práctica del Estado y la *opinio juris* que comprenden la costumbre específicamente) sean menos visibles, y por lo tanto menos efectivas, hasta la fecha. Con más transparencia sobre cómo los Estados entienden la ley para operar, se debería avizorar una mayor oportunidad de desempeñar un papel regulador muy necesario para restringir el comportamiento no deseado y facilitar una mayor asistencia y

---

Koh, y Jim O'Brien, *Oxford Statement on the International Law Protections against Cyber Operations Targeting the Health Care Sector*, JUST SECURITY (mayo 21, 2020) (envío cruzado en OPINIO JURIS & EJILTALK!).

<sup>30</sup> Ver, por ej., Argentina, *Initial "Pre-draft" of the report of the OEWG on developments in the field of information and telecommunications in the context of international security* ("Anteproyecto" del informe del GTCA sobre la evolución en el campo de la información y las telecomunicaciones en el contexto de la seguridad internacional); Michael Walma, *Canadian Comments on Draft OEWG Report* (April 6, 2020); United States, *United States Comments on the Chair's Pre-draft of the Report of the U.N. Open Ended Working Group (OEWG)* (Abril 6, 2020). Estas (y otras) declaraciones Nacionales están disponibles en el *Grupo Trabajo de Composición Abierta (GTCA)* en <https://www.un.org/disarmament/open-ended-working-group/>.

cooperación. Es mi deseo que estos informes sobre los resultados del cuestionario y otras conversaciones dentro de la región pudiesen marcar un primer y modesto paso para mejorar la visibilidad de la aplicación del derecho internacional al ciberespacio. Estimularían también al Comité (y a la OEA) a continuar participando en esfuerzos similares en el futuro y estaré ansioso de ver los productos y procesos resultantes de tales esfuerzos.

\* \* \*



**OEA** | Más derechos  
para más gente

CJI

COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO

COMISSÃO JURÍDICA INTERAMERICANA

Av. Marechal Floriano, 196 - 3º andar - Palácio Itamaraty - Centro - Rio de Janeiro, RJ -  
20080-002 - Brasil

Tel.: (55-21) 3172-1474 - e-mail: [cjioea.trp@terra.com.br](mailto:cjioea.trp@terra.com.br)

OEA/2.2/14/19

El Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, en su calidad de Secretaría Técnica del Comité Jurídico Interamericano (en adelante CJI), saluda muy atentamente a las Misiones Permanentes en ocasión de informarles que el CJI realiza un estudio sobre la aplicación del derecho internacional en el contexto cibernético en los Estados Miembros de la OEA.

Para ello, el Comité solicita muy respetuosamente tenga a bien responder las siguientes preguntas:

1. ¿Ha hecho público 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?

Explicaciones adicionales sobre el cuestionario pueden ser consultadas en el informe del CJI titulado “El derecho internacional y las operaciones cibernéticas de los Estados: mejorar la transparencia”, documento anexo CJI/doc. 578/19.

Las respuestas deben ser enviadas antes del 28 de junio de 2019 a la Secretaría Técnica del CJI, el Departamento de Derecho Internacional, a través de Luis Toro Utillano por vía electrónica a [ltoro@oas.org](mailto:ltoro@oas.org). Adicionalmente puede contactarnos al Teléfono (202) 370-0632 y al Fax (202) 458-3293.

El Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos aprovecha la oportunidad para renovar a las Misiones Permanentes ante la OEA las seguridades de su más alta y distinguida consideración.

Washington, D. C., 20 de marzo de 2019



**Respuestas al cuestionario del Comité Jurídico Interamericano del 14 de febrero de 2019 sobre la aplicación del derecho internacional dentro de los Estados Miembros de la OEA en el contexto cibernético<sup>1</sup>**

***Pregunta 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.***

1. En esta primera pregunta se pedían las declaraciones nacionales efectuadas sobre el derecho internacional y el ciberespacio. La idea era que el Comité estuviera al corriente de las opiniones vertidas anteriormente y que los Estados Miembros no tuvieran que responder a las

---

<sup>1</sup> Siete Estados-Bolivia, Chile, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Guyana y Perú – respondieron formalmente al cuestionario. Véase *Nota del Estado Plurinacional de Bolivia, Ministerio de Relaciones Exteriores, Misión Permanente de la OEA ante el Comité Jurídico Interamericano*, MPB-OEA-NV104-19 (17 de julio de 2019) (que contiene respuestas de la Oficina del Comando en Jefe de las Fuerzas Armadas del Estado, Inspectoría General de las Fuerzas Armadas, al cuestionario del CIJ (“Respuesta de Bolivia”); *Respuesta presentada por Chile al cuestionario del Comité Jurídico Interamericano de la OEA* (14 de enero de 2020) (“Respuesta de Chile”); *Comunicación de Carole Arce Echeverría, Organismos Internacionales, Dirección General de Política Exterior, Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de Costa Rica a la OEA* (3 de abril de 2019) (a la cual se adjunta la carta 163-OCRI2019, de Yonathan Alfaro Aguero, Oficina de Cooperación y Relaciones Internacionales, dirigida a Carole Arce Echeverría, con la respuesta de la Sala de Casación Penal, (la “instancia pertinente”) (“Respuesta de Costa Rica”); *Nota verbal 4-2 186/2019 de la Misión Permanente de Ecuador ante la OEA* (28 de junio de 2019) (“Respuesta de Ecuador”); *Nota Of. 4VM.200-2019/GJL/lr/bm*, de Gabriel Juárez Lucas, Cuarto Viceministro, Ministerio de Gobernación, a Luis Toro Utrillano, Secretaría Técnica del Comité Jurídico Interamericano (14 de junio de 2019) (“Respuesta de Guatemala”); *Nota No. 105/2019 de la Misión Permanente de Guyana ante la OEA* (30 de julio de 2019) (“Respuesta de Guyana”); *Respuesta de Perú al cuestionario sobre la aplicación del derecho internacional en los Estados Miembros de la OEA en el contexto cibernético* (junio de 2019) (“Respuesta de Perú”).

La respuesta de Estados Unidos dirigió al Comité a sus declaraciones públicas anteriores. Véase, Brian Egan, *Remarks on International Law and Stability in Cyberspace* (10 de noviembre de 2016), en *Digest of U.S. Practice in Int'l Law* 815 (2016); *U.S. Submission to Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security* (octubre de 2016), en *Digest of U.S. Practice in Int'l Law* 823 (2016); *U.S. Submission to Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security* (octubre de 2014), en *Digest of U.S. Practice in Int'l Law* 732 (2014); Harold Koh, *International Law in Cyberspace* (18 de septiembre de 2012), en *Digest of U.S. Practice in Int'l Law* 593 (2012). Recientemente, el Asesor Jurídico del Departamento de Defensa de los Estados Unidos pronunció un discurso que incluyó también opiniones formales sobre la aplicación del derecho internacional (aunque no está claro si estaba hablando por Estados Unidos en su conjunto o solamente por el Departamento de Defensa). Véase, por ejemplo, Paul C. Ney, “*DOD General Counsel Remarks at U.S. Cyber Command Legal Conference*, 2 de marzo de 2020, en:

<https://www.defense.gov/Newsroom/Speeches/Speech/Article/2099378/?dod-general-counsel-remarks-at-us-cyber-command-legal-conference/>.

Brasil respondió al cuestionario del Comité con la observación de que utilizaría el Grupo de Expertos Gubernamentales de Naciones Unidas (GEG) sobre “Promoción del comportamiento responsable de los Estados en el ciberespacio en el contexto de la seguridad internacional” como el foro en el cual abordar estos temas. Véase, Respuesta de Brasil al CJI, OEA, Nota 2.2/14/19 (1 de julio de 2019).

preguntas si ya habían adoptado una posición de fondo pertinente. Sin embargo, de las nueve respuestas, solo en la de Estados Unidos decía que se habían hecho declaraciones y discursos anteriormente sobre la aplicación del derecho internacional al ciberespacio, como los discursos de 2012 y 2016 de los entonces asesores jurídicos del Departamento de Estado y los escritos presentados por Estados Unidos en 2014 y 2016 en reuniones del Grupo de Expertos Gubernamentales (GEG) de las Naciones Unidas sobre los avances en la información y las telecomunicaciones en el contexto de la seguridad internacional.<sup>2</sup>

2. Otros Estados que respondieron dijeron que no estaban al tanto de posiciones anteriores sobre la aplicación del derecho internacional en el contexto cibernético<sup>3</sup>. Varios aprovecharon la oportunidad para poner de relieve su acción interna encaminada a establecer organizaciones pertinentes o regímenes regulatorios con el fin de abordar asuntos relacionados con las tecnologías de la información y la comunicación (TIC)<sup>4</sup>.

3. Varios Estados Miembros han utilizado al Grupo de Trabajo de Composición Abierta sobre Avances en la Esfera de la Información y las Telecomunicaciones en el Contexto de la Seguridad Internacional patrocinado por Naciones Unidas para efectuar declaraciones públicas que incluyeron referencias a la aplicación del derecho internacional. Sin embargo, en su mayor parte, estas declaraciones se expresaron en términos muy generales o se adaptaron para abordar aspectos específicos del texto del informe del Grupo de Trabajo de Composición Abierta. Varias de estas declaraciones son de Estados que ya respondieron directamente al cuestionario del Comité. Sin embargo, algunos Estados, tales como Argentina, Brasil, Canadá, Colombia, México, Nicaragua y Uruguay efectuaron comentarios pertinentes al cuestionario.<sup>5</sup> Por lo tanto, se presentan a continuación referencias a las declaraciones nacionales.

---

<sup>2</sup> Con respecto a las citas, véase la nota 1 *supra*. Cabe señalar, sin embargo, que en la respuesta de Estados Unidos decía que estos eran solo “algunos” de los documentos en los que expresaba sus opiniones. Por lo tanto, es posible que haya otros que merezcan atención. En particular, podría ser útil saber en qué medida el *Laws of War Manual*, del Departamento de Defensa, refleja los puntos de vista de Estados Unidos en conjunto. Véase Office of General Counsel, U.S. Department of Defense, *Department of Defense Law of War Manual* (junio de 2015, actualizado en diciembre de 2016) (“Manual del Departamento de Defensa”).

<sup>3</sup> Véase, por ejemplo, la respuesta de Ecuador, nota 1 *supra*, en 1 (“No se conoce sobre un documento Oficial del Gobierno del Ecuador que sea público, en cuanto a las Operaciones Cibernéticas”); véase también la respuesta de Guyana, nota 1 *supra*, en 1 (*idem*).

<sup>4</sup> Respuesta de Bolivia, nota 1 *supra*, en 1 (donde se cita una nueva ley de 2015); respuesta de Chile, nota 1 *supra*, en 1 (donde se menciona la “Política Nacional de Ciberdefensa”, del Ministerio de Defensa, publicada el 9 de marzo de 2018); respuesta de Guatemala, nota 1 *supra*, en 1 (donde se señalan la “Estrategia Nacional de Seguridad Cibernética” y la nueva Ley contra la Ciberdelincuencia); véase también la respuesta de Costa Rica, nota 1 *supra*, en 1.

<sup>5</sup> Todas las declaraciones nacionales pueden encontrarse en Naciones Unidas, *Grupo de Trabajo de Composición Abierta*, en el sitio: <https://www.un.org/disarmament/open-ended-working-group/>. Véanse, por ejemplo, Argentina, *Proyecto preliminar del Informe del Grupo de Trabajo de Composición Abierta sobre Avances en la Esfera de la Información y las Telecomunicaciones en el Contexto de la Seguridad Internacional* (Comentarios de Argentina”); Brasil, *Comentarios presentados por Brasil al Proyecto preliminar del Informe del Grupo de Trabajo de Composición Abierta sobre los Avances en la Esfera de la Información y las Telecomunicaciones en el Contexto de la Seguridad Internacional* (8 de abril de 2020) (“comentarios de Brasil”); Michael Walma, *Comentarios de Canadá sobre el Proyecto Preliminar de Informe del Grupo de Trabajo de Composición Abierta sobre los Avances en la Esfera de la Información y las Telecomunicaciones en el Contexto de la Seguridad Internacional* (6 de abril de 2020) (“Comentarios de Canadá”); Colombia, *Comentarios de Colombia sobre el Proyecto Preliminar de Informe del Grupo de Trabajo de Composición Abierta sobre los Avances en la Esfera de la Información y las Telecomunicaciones en el Contexto de la Seguridad Internacional* (16 de abril de 2020) (“comentarios de Colombia”); México, *Comentarios preliminares de México al Proyecto Preliminar de Informe del Grupo de Trabajo de Composición Abierta sobre los Avances en la*

4. La escasez de declaraciones oficiales anteriores en combinación con el carácter general de las declaraciones realizadas más recientemente confirma la hipótesis en que se basa este proyecto: que los Estados han dicho relativamente poco hasta ahora sobre la forma en que el derecho internacional se aplica al comportamiento de los Estados en el ciberespacio. También confirma que la mayoría de las actividades internas relacionadas con la ciberseguridad se han centrado hasta ahora en estrategias o políticas nacionales en materia de ciberseguridad y de ciberdelincuencia interna, así como en otros aspectos de la reglamentación de las TIC.

***Pregunta 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?***

5. Aunque una resolución reciente de la Asamblea General de las Naciones Unidas<sup>6</sup> parece indicar que ahora hay apoyo generalizado a la aplicación del derecho internacional al ciberespacio, los primeros intentos realizados en las Naciones Unidas revelaron que algunos Estados tenían profundas reservas acerca de la aplicabilidad de ciertos regímenes jurídicos internacionales. De hecho, supuestamente debido a estas reservas, el GEG de las Naciones Unidas que se reunió en 2016 y 2017 no elaboró un informe final<sup>7</sup>. Por lo tanto, subsiste la necesidad de determinar si la existencia de ciertas áreas del derecho internacional en relación con el ciberespacio es un tema controvertido y, si lo es, cuáles son esas áreas. La finalidad de la segunda pregunta era recabar las opiniones de los Estados sobre aspectos del derecho internacional que consideraran inaplicables (o cuya aplicación pudiera ser al menos problemática) en el contexto cibernético.

6. En general, las respuestas al cuestionario reflejan un amplio apoyo a la aplicación de los campos existentes del derecho internacional al ciberespacio. Como se resume en la respuesta de Chile, “el derecho internacional vigente proporciona el marco normativo aplicable [...], incluyendo las normas relativas al *jus ad bellum*, derecho internacional humanitario, derechos humanos y aquellas que regulan la responsabilidad internacional de los Estados”<sup>8</sup>.

---

*Esfera de la Información y las Telecomunicaciones en el Contexto de la Seguridad Internacional* (2020) (“comentarios de México”); Nicaragua, *MINIC-MIS-143-04-2020* (abril de 2020) (“comentarios de Nicaragua”); Uruguay, *Comentarios sobre el Proyecto Preliminar de Informe del Grupo de Trabajo de Composición Abierta sobre los Avances en la Esfera de la Información y las Telecomunicaciones en el Contexto de la Seguridad Internacional* (2020) (“comentarios de Uruguay”).

Para información sobre los comentarios de otros Estados Miembros, véanse Chile, *Comentarios de Chile al pre-informe del Chair* (2020) (“comentarios de Chile”); Ecuador, *Comentarios Preliminares de Ecuador al Proyecto de Informe del Grupo de Trabajo de Composición Abierta de las Naciones Unidas sobre los Avances en la Esfera de la Información y las Telecomunicaciones en el Contexto de la Seguridad Internacional* (abril de 2020) (“comentarios de Ecuador”); Venezuela (Régimen de Maduro) *Consideraciones preliminares de Venezuela al Proyecto de Informe del Grupo de Trabajo de Composición Abierta sobre los Avances en la Esfera de la Información y las Telecomunicaciones en el Contexto de la Seguridad Internacional* (2020) (“comentarios de Venezuela”); Estados Unidos, *Comentarios de Estados Unidos sobre el Proyecto de Informe del Chair del Grupo de Trabajo de Composición Abierta sobre los Avances en la Esfera de la Información y las Telecomunicaciones en el Contexto de la Seguridad Internacional* (6 de abril de 2020) (“comentarios de Estados Unidos”).

<sup>6</sup> Véase, AGNU resolución 266, UN doc. A/RES/73/266 (2 de enero de 2019).

<sup>7</sup> Véase, por ejemplo, Arun M. Sukumar, *The UN GGE Failed. Is International Law in Cyberspace Doomed As Well?*, en *Lawfare* (4 de julio de 2017), en: <https://www.lawfareblog.com/un-gge-failed-international-law-cyberspace-doomed-well>.

<sup>8</sup> Respuesta de Chile, nota 1 *supra*, en 1 (en consecuencia, Chile observa que “la planificación, conducción y ejecución de las operaciones en el ciberespacio debe ceñirse estrictamente al

Otros Estados que confirmaron la aplicación del derecho internacional fueron Ecuador, Perú y Estados Unidos<sup>9</sup>. Junto con el *jus ad bellum* y el *jus in bello*, en la respuesta de Perú se recalca 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 la información, derecho al secreto de las comunicaciones, etc.”<sup>10</sup>. Estados Unidos se hace eco de la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos, al mismo tiempo que plantea la aplicación del derecho internacional como “piedra angular” de su política para el ciberespacio<sup>11</sup>.

7. Bolivia también da una respuesta positiva, pero centrada en el derecho internacional “destinado a ser aplicado en los conflictos armados”, con opiniones sobre la forma de distinguir los casos en que el derecho internacional humanitario se aplicaría y aquellos en los que no se aplicaría<sup>12</sup>. Por consiguiente, no resulta claro si la respuesta positiva de Bolivia se extiende a la aplicación de otros subcampos del derecho internacional además del *jus ad bellum* y el *jus in bello*.

8. Guatemala y Guyana apoyan la aplicación del derecho internacional. No obstante, ambos formulan salvedades con respecto al alcance universal de la aplicación del derecho existente. Sin dar ningún ejemplo, Guatemala observa que podría haber áreas en las cuales “la novedad del ciberespacio sí excluya la aplicación de determinados derechos u obligaciones de carácter internacional”<sup>13</sup>. Guyana, entretanto, señala que las operaciones cibernéticas no se encuadran en conceptos tradicionales y que hay un enconado debate con respecto a si los campos existentes del derecho internacional se aplican al ciberespacio<sup>14</sup>. Teniendo en cuenta el trabajo anterior del GEG, Guyana afirma que, aunque se reconoce que el derecho internacional debería aplicarse al ciberespacio, es difícil aplicar principios existentes tales como el uso de la fuerza, que tradicionalmente implica un elemento físico y ataques con algún tipo de arma<sup>15</sup>.

---

respeto del Derecho Internacional Público, con especial consideración al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario”).

<sup>9</sup> Respuesta de Ecuador, nota 1 *supra*, en 1 (“se aplica[n] las ramas del derecho internacional al ciberespacio”); respuesta de Perú, nota 1 en 1 (“considerando el rol esencial que posee la Carta en su vinculación con otros instrumentos internacionales [...], podría considerarse que no existirían áreas de las relaciones internacionales que se encuentren al margen de los principios señalados. Habida cuenta [de] que el ciberespacio se convierte en escenario cotidiano de interacción internacional, los actores de tales relaciones están obligados a respetar las obligaciones mayores del Derecho internacional, entre las que se encuentran la prohibición del uso de la fuerza, el derecho a la legítima defensa y el respeto por los derechos humanos y el derecho internacional humanitario”); Koh, nota 1 en 594 (donde se señala que los principios del derecho internacional se aplican al ciberespacio, el cual no es una zona “desprovista de leyes” donde cualquiera pueda realizar actividades hostiles sin restricciones y sin atenerse a regla alguna).

<sup>10</sup> Respuesta de Perú, nota 1 *supra*, en 1.

<sup>11</sup> Escrito presentado por Estados Unidos al GGE en 2014, nota 1 *supra*, en 733 (la aplicación del derecho internacional es la “piedra angular” de las opiniones de Estados Unidos, habida cuenta de sus características distintivas); Egan, nota 1 *supra*, en 815. Sobre la aplicación de los derechos humanos, véanse Koh, nota 1 *supra*, en 598; Egan, nota 1 *supra*, en 820; escrito presentado por Estados Unidos al GGE en 2016, nota 1 *supra*, en 824.

<sup>12</sup> Respuesta de Bolivia, nota 1 *supra*, en 2 a 7. Bolivia indica que el derecho internacional humanitario no regiría las operaciones cibernéticas relacionadas con la seguridad nacional, la propaganda, el espionaje, la manipulación de la estructura estratégica crítica, las operaciones cibernéticas con fines políticos o la piratería de sistemas privados que ponga en peligro las operaciones económicas y sociales del Estado. Íd. en 3 a 7.

<sup>13</sup> Respuesta de Guatemala, nota 1 *supra*, en 1 y 2.

<sup>14</sup> Respuesta de Guyana, nota 1 *supra*, en 1 y 2.

<sup>15</sup> Íd.

9. Por consiguiente, aunque la aplicación general del derecho internacional a las operaciones cibernéticas parece estar firmemente arraigada, las dos últimas respuestas parecen indicar la necesidad de continuar el diálogo. Sería útil indicar *qué áreas* particulares de aplicación del derecho internacional dan que pensar a algunos Estados y por qué. Eso ayudaría a comprender el grado de convergencia (o divergencia) de opiniones sobre la forma en que los regímenes jurídicos internacionales rigen las operaciones cibernéticas de los Estados o patrocinadas por los Estados.

10. Los comentarios de los Estados Miembros al Grupo de Trabajo de Composición Abierta sobre los Avances en la Esfera de la Información y las Telecomunicaciones en el Contexto de la Seguridad Internacional refuerzan estos aspectos. Los mismos reflejan el amplio consenso de que el derecho internacional, incluida la Carta de las Naciones Unidas, se aplica al espacio cibernético. Canadá, Chile, Colombia, México, Uruguay y Estados Unidos expresaron todos esta idea de forma explícita.<sup>16</sup> Algunos Estados (por ejemplo, Nicaragua y Venezuela (representado por el régimen de Maduro) cuestionaron la conveniencia del derecho internacional vigente en el espacio cibernético aún si los mismos aceptaron su aplicación en dicho contexto.<sup>17</sup> Otros comentarios agregaron un nuevo grado de preocupación que no se planteó en las respuestas al cuestionario del Comité; por ejemplo, si las diferencias en la capacidad jurídica podrían afectar la verdadera aplicación o evolución de la ley (dado que los Estados que poseen una infraestructura avanzada en ciberseguridad podrían contar con la correspondiente capacidad para influir de manera desproporcionada en el contenido y los límites de las normas en materia de espacio cibernético sobre los Estados que carecen de dicha capacidad).<sup>18</sup>

***Pregunta 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?***

11. La mayoría de los Estados, pero no todos, parecen aceptar la aplicación del derecho internacional sobre el uso de la fuerza (por ejemplo, el *jus ad bellum*) a sus operaciones cibernéticas. La finalidad de esta pregunta era determinar qué Estados de la región se adhieren a esta posición predominante y cuáles a otras posiciones. Al mismo tiempo, han surgido otras cuestiones con respecto a la aplicación entre los Estados que aceptan el *jus ad bellum* en el ciberespacio, en particular la medida en que los umbrales para el “uso de la fuerza” o los “ataques armados” requieren que haya efectos “violentos” análogos a los que antes se consideraba que superaban esos umbrales. La cuestión ahora es cómo manejar las novedades en la escala o los efectos de las operaciones cibernéticas (es decir, las operaciones que no son similares a operaciones cinéticas pasadas que superaron el umbral del uso de la fuerza ni a sanciones económicas o políticas que no superaron el umbral). ¿Cómo debe el derecho internacional considerar esas operaciones cibernéticas? ¿Deben colocarse automáticamente por

---

<sup>16</sup> Véase, Comentarios de Canadá, nota *supra*; Comentarios de Colombia, nota *supra*; Comentarios de Chile, nota *supra*; Comentarios de México, nota *supra*; Comentarios de Estados Unidos, nota 5 *supra*; Comentarios de Uruguay, nota *supra*.

<sup>17</sup> Comentarios de Nicaragua, nota *supra* (sugieren que nos enfrentamos con una “aplicabilidad deficiente” del derecho internacional en esta esfera pero no niega en principio que el derecho internacional se aplica a la esfera de las tecnologías de la información y la comunicación); Comentarios de Venezuela, nota 5 *supra* (reafirma la necesidad de “adaptar el derecho internacional al contexto de las TIC, teniendo en cuenta los vacíos jurídicos existentes”). En sus comentarios al Grupo de Trabajo de Composición Abierta sobre los Avances en la Esfera de la Información y las Telecomunicaciones en el Contexto de la Seguridad Internacional, Argentina solicitó que se bifurcaran las sugerencias del Grupo de Trabajo de Composición Abierta para clarificar la aplicación de la prohibición sobre el uso de fuerza y el derecho internacional humanitario. Véase, Comentarios de Argentina, *supra*, nota 5.

<sup>18</sup> Véase, por ejemplo, Comentarios de México, *supra*, nota 5; Comentarios de Bolivia *supra*, nota 5; Comentarios de Ecuador, *supra*, nota 5.

debajo o por encima del umbral del uso de la fuerza o se necesitan más investigaciones y análisis para dividir las operaciones cibernéticas de esta nueva “zona gris” según estén por encima o por debajo de los umbrales correspondientes?<sup>19</sup> En consecuencia, con esta pregunta se procuraba saber si los Estados consideran las operaciones cibernéticas como casos de uso de la fuerza (o ataques armados) enteramente por analogía con casos anteriores o si creen que es necesario establecer una norma nueva con ese fin.

12. Bolivia, Chile, Guatemala, Perú y Estados Unidos entienden claramente que las operaciones cibernéticas por sí solas podrían generar la prohibición del uso de la fuerza y el derecho inherente de autodefensa para responder a un “ataque armado”<sup>20</sup>. Como explicó Guatemala:

una operación cibernética por sí misma puede constituir un uso de fuerza, ya que el uso de la fuerza no se refiere exclusivamente a la fuerza física, sino además a los riesgos o vulneraciones que se hagan a la seguridad y la protección de los terceros. [...] existe el derecho de legítima defensa ante un ataque u operación cibernética que atente contra la soberanía de un país<sup>21</sup>.

En el escrito presentado al GEG en 2014, Estados Unidos puso de relieve su idea de que el derecho inherente a la legítima defensa podría aplicarse al uso ilegal de la fuerza, lo cual parece indicar un solo umbral para ambas normas<sup>22</sup>. Eso difiere de la postura de los Estados que consideran que todos los ataques armados constituyen uso de la fuerza, pero no todos los casos de uso de la fuerza constituyen ataques armados (los cuales implicarían solo las formas “más graves” de uso de la fuerza)<sup>23</sup>. Estados Unidos afirmó también que puede ejercer su derecho inherente de legítima defensa a raíz de actividades cibernéticas que representen un ataque

---

<sup>19</sup> Véase Michael N. Schmitt, *Grey Zones in the International Law of Cyberspace*, 42 *Yale J. Int’ L.* 1 (2017).

<sup>20</sup> Respuesta de Bolivia, nota 1 en 2 a 7; respuesta de Chile, nota 19 en 1 (Chile se abstendrá del uso de la fuerza “a través del ciberespacio” de una manera que contravenga el derecho internacional y podrá ejercer “su derecho a la legítima defensa frente a un ataque armado perpetrado a través del ciberespacio”); Respuesta de Guatemala, nota 19 *supra*, en 2; respuesta de Perú, nota 1 *supra*, en 1 a 3; Koh, nota 1 *supra*, en 595 (donde se presenta la opinión de Estados Unidos de que *a*) las actividades cibernéticas podrían constituir uso de la fuerza en ciertas circunstancias de acuerdo con el significado establecido en el artículo 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas y el derecho internacional consuetudinario, y *b*) las actividades de redes informáticas que representen un ataque armado o una amenaza inminente de ataque armado podrían llevar al ejercicio del derecho nacional de legítima defensa de un Estado, reconocido en el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas); escrito presentado por Estados Unidos al GEG en 2014, nota 1 *supra*, en 734; Egan, nota 1 *supra*, en 816 (donde se indica que el GEG de las Naciones Unidas que se reunió en 2015 refrendó el derecho a la legítima defensa). Ecuador también respondió a la pregunta de manera afirmativa, pero citó la definición de “ataque armado” que se usa en el artículo 92 del manual *Tallinn 2.0*, donde se define esta expresión en el contexto de un conflicto armado (es decir, el *jus in bello*), a diferencia de la forma en se usa en el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas y en el *jus ad bellum*. Véase la respuesta de Ecuador, nota 1 *supra*, en 1.; MICHAEL N. SCHMITT (ED.), *TALLINN MANUAL 2.0 ON THE INTERNATIONAL LAW APPLICABLE TO CYBER OPERATIONS (2017)* (“*Tallinn 2.0*”); Véase, también *CICR, Report on International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflict*. En sus comentarios al Grupo de Trabajo de Composición Abierta, Colombia expresó la idea de que la autodefensa es “esencial para mantener la paz y la estabilidad en el entorno de las TIC”. Comentarios de Colombia, *supra*, nota 5.

<sup>21</sup> Respuesta de Guatemala, nota 1 *supra*, en 2; respuesta de Perú, nota 1 *supra*, en 3 (donde se cita al CICR y a Michael Schmitt, según los cuales los usos de la fuerza no se limitan a la fuerza cinética).

<sup>22</sup> Koh, nota 1 *supra*, en 597.

<sup>23</sup> Véase *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. U.S.)* [1986] ICJ Rep. 14, párrafos 176 y 191 (27 de junio) (donde se describen los ataques armados como las formas más graves de uso de la fuerza).

armado real o inminente, independientemente de que el atacante sea un Estado o un agente no estatal<sup>24</sup>.

13. En cambio, Guyana expresa dudas en su respuesta con respecto a la aplicabilidad del *jus ad bellum* a las operaciones únicamente cibernéticas. Basándose en la definición de fuerza que aparece en *Black's Law Dictionary* (“poder considerado de manera dinámica”), Guyana señala que es posible que una operación cibernética de por sí no constituya uso de la fuerza<sup>25</sup>. Asimismo, afirma que un ataque armado implica el uso de armamento y que una operación cibernética, que no implica el uso de armamento físico, no puede considerarse como un ataque armado que genere el ejercicio de la legítima defensa<sup>26</sup>. Al mismo tiempo, Guyana recalca que es posible que se usen operaciones cibernéticas en conflictos armados, que estarían regidas por el derecho internacional humanitario<sup>27</sup>.

14. Con respecto a si una operación cibernética puede cruzar el umbral del uso de la fuerza (o de un ataque armado<sup>28</sup>) sin tener efectos violentos, las opiniones de los Estados son variadas. La mayoría de los Estados que respondieron prefieren trazar los umbrales pertinentes por medio de analogías entre las operaciones cibernéticas y operaciones pasadas, cinéticas o de otro tipo, que reunían o no los requisitos para ser consideradas como uso de la fuerza o ataque armado. Sin embargo, algunos Estados mencionan la posibilidad de no limitarse a analogías de ese tipo. Chile, por ejemplo, señala que las operaciones cibernéticas análogas al umbral de gravedad necesario para cumplir los requisitos establecidos en el derecho internacional para ser consideradas como un ataque armado pueden generar el derecho de legítima defensa<sup>29</sup>. Al mismo tiempo, la respuesta de Chile posiblemente deje margen para definir los ataques armados en términos más generales al indicar 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 armados<sup>30</sup>.

15. Perú admite más abiertamente “la posibilidad de que pueda ser calificada como uso de la fuerza o ataque armado una operación cibernética que no tenga efectos violentos”<sup>31</sup>. Sin embargo, se basa en la idea de que, en el pasado, posiblemente también se haya usado armamento cinético sin causar efectos violentos y, aun así, haya constituido uso de la fuerza (por ejemplo, el lanzamiento de un misil que cruce el territorio de otro Estado aunque no caiga en dicho Estado)<sup>32</sup>. En general, Perú recalca la necesidad de hacer una distinción entre los “ciberataques” (que implican que “se cause daño a un objetivo militarmente relevante, el mismo que puede ser destruido total o parcialmente, incluso capturado o neutralizado”) y una “interrupción abrupta de las comunicaciones en el espacio cibernético”, es decir, “las operaciones cibernéticas que causan inconvenientes, incluso inconvenientes extremos, pero no lesiones directas ni muertes, ni destrucción de la propiedad”<sup>33</sup>. En consecuencia, en su respuesta específica, Perú recalca la determinación de la legalidad de las operaciones cibernéticas en el contexto del uso de la fuerza teniendo en cuenta si pueden “generar la muerte o lesión de personas o bienes”<sup>34</sup>.

---

<sup>24</sup> Escrito presentado por Estados Unidos al GEG en 2014, nota 1 *supra*, en 734 y 735. En el escrito se reitera también la prueba de la falta de voluntad o de capacidad para defenderse de un Estado sin su consentimiento en los casos en que un Estado territorial no esté dispuesto a parar o prevenir un ataque real o inminente lanzado en el ciberespacio o por medio del mismo o no pueda hacerlo. Íd. en 735.

<sup>25</sup> Respuesta de Guyana, nota 1 *supra*, en 2.

<sup>26</sup> Íd.

<sup>27</sup> Véase íd. en 3 y 5.

<sup>28</sup> Esto parte del supuesto de que podría haber dos umbrales diferentes, contrariamente a la opinión de Estados Unidos. Véanse las notas 23-25 *supra* y el texto acompañante.

<sup>29</sup> Respuesta de Chile, nota 1 *supra*, en 2.

<sup>30</sup> Íd. en 2.

<sup>31</sup> Respuesta de Perú, nota 1 *supra*, en 3.

<sup>32</sup> Íd.

<sup>33</sup> Íd. en 2.

<sup>34</sup> Íd. en 3.

16. Guatemala adopta un enfoque diferente en su respuesta y expresa la voluntad de repensar lo que constituye “efectos violentos” porque las consecuencias de una operación cibernética pueden ser “superiores y ulteriores, amenazando sectores como salud, seguridad entre otros”<sup>35</sup>. Indica que, en el contexto cibernético, las consecuencias que producen “muerte, zozobra, pobreza” deberían considerarse violentas<sup>36</sup>.

17. Bolivia señala en su respuesta que podría ser difícil aplicar el umbral en la práctica porque “los efectos de los ciberataques no siempre serán conocidos de inmediato”, debido a lo cual es difícil verificar si ha habido uso de la fuerza. Al mismo tiempo, Bolivia indica que evaluará el umbral sobre la base de analogías con el contexto cinético, es decir que se trataría de un “ataque armado” si “el ataque virtual cibernético utiliza medios no convencionales pero que tienen el mismo impacto de un ataque armado”<sup>37</sup>.

18. Por último, Estados Unidos no respondió al cuestionario en sí, pero sus declaraciones anteriores arrojan luz sobre sus opiniones. En su discurso seminal de 2012, Harold Koh indicó la preferencia de Estados Unidos por un enfoque contextual para identificar casos de uso de la fuerza (aunque con la salvedad antedicha de que la definición utilizada por Estados Unidos abarca también los ataques armados):

Al determinar si un evento constituyó uso de la fuerza en el ciberespacio o por medio del mismo, debemos evaluar factores tales como el contexto del evento, el perpetrador del acto (habida cuenta de las dificultades para la atribución en el ciberespacio), el objetivo y la ubicación, los efectos y la intención, entre otros posibles aspectos<sup>38</sup>.

Al mismo tiempo, Koh considera claramente que la prueba requiere una analogía y pregunta si la lesión física directa y el daño patrimonial resultantes del evento cibernético parecen lo que se consideraría como un caso de uso de la fuerza si los hubieran producido armas cinéticas<sup>39</sup>. Menciona también ejemplos concretos de operaciones cibernéticas que constituirían uso de la fuerza: i) fusión del núcleo del reactor de una planta nuclear causada por un acto cibernético; ii) operaciones cibernéticas que abren una presa río arriba de una zona poblada y causa destrucción, y iii) una operación cibernética que inutiliza el control del tráfico aéreo y ocasiona accidentes de aviación<sup>40</sup>. En la medida en que todos estos ejemplos implican alguna forma de “violencia”, parecería que Estados Unidos favorece un umbral para el uso de la fuerza análogo al utilizado en el contexto cinético.

***Pregunta 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?***

***Pregunta 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?***

---

<sup>35</sup> Respuesta de Guatemala, nota 1 *supra*, en 2.

<sup>36</sup> *Íd.*

<sup>37</sup> Respuesta de Bolivia, nota 1 *supra*, en 2 a 7 (Bolivia recalca que el derecho de legítima defensa abarca también la “legítima defensa anticipada”, a la que se puede recurrir solo cuando la amenaza es inminente y la necesidad de defenderse es inmediata (en vez de ser una represalia).

<sup>38</sup> Koh, nota 1 *supra*, en 595 (“las actividades cibernéticas que, en forma directa o inmediata, ocasionan muertes, lesiones o gran destrucción probablemente se consideren como uso de la fuerza”. Estados Unidos ha mantenido este punto de vista desde entonces. Véase el escrito presentado al GEG en 2014, nota 1, en 734. Este escrito se anexó al de 2016, lo cual indica que su contenido seguía siendo válido.

<sup>39</sup> Koh, nota 1 *supra*, en 595.

<sup>40</sup> *Íd.*

19. Los Estados son responsables del comportamiento no solo de sus propios órganos y dependencias en el ciberespacio, sino también de todo agente no estatal que apoye o controle<sup>41</sup>. En la cuarta y quinta preguntas se inquiriere qué entienden los Estados acerca de la asignación de responsabilidad jurídica internacional por actos de agentes no estatales, en particular el grado de “control” requerido por el Estado. Como es bien sabido, las amenazas cibernéticas pueden ser perpetradas no solo por Estados directamente, sino también por diversos agentes no estatales, entre ellos grupos hacktivistas y organizaciones ciberdelictivas. En algunos casos, los Estados tratan de utilizar estos agentes no estatales como sustitutos para llevar a cabo diversas operaciones cibernéticas.

20. Rastrear los actos de un sustituto y vincularlos a un autor principal en el ciberespacio puede ser bastante difícil desde el punto de vista técnico (aunque quizá no tan difícil como algunos suponían antes). Al mismo tiempo, un nexo fáctico no es suficiente, sino que debe haber también una atribución jurídica, es decir, una conexión suficiente entre un Estado y un agente no estatal para que el primero asuma la responsabilidad jurídica por los actos del segundo. Por ejemplo, un Estado podría refrendar los actos de un agente no estatal a posteriori y, de esta forma, asumir la responsabilidad jurídica por ellos<sup>42</sup>. Otra posibilidad es que los Estados sean jurídicamente responsables por los actos de los agentes estatales que operan bajo su control, aunque el grado de control no suele ser claro. En el caso de Nicaragua, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) indicó que el derecho internacional contiene una regla que impone responsabilidad al Estado por actos de agentes no estatales sobre los cuales tenga un “control efectivo” (es decir, si ordena el acto o dirige una operación)<sup>43</sup>. Sin embargo, pocos años después, el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia adoptó una norma menos estricta de “control general” a efectos del derecho internacional humanitario. Según el Tribunal, esta prueba requiere algo más que el mero suministro de equipo, adiestramiento militar o asistencia financiera, pero no insiste en la emisión de órdenes específicas por el Estado ni en su conducción de las operaciones<sup>44</sup>. Posteriormente, la Corte Penal Internacional refrendó la norma del “control general”<sup>45</sup>.

21. Sin embargo, la CIJ ha seguido insistiendo en su fórmula del “control efectivo” en el contexto del uso de la fuerza. Al mismo tiempo, afirma que la prueba del “control general” podría ser apropiada en el contexto del derecho internacional humanitario, lo cual plantea la posibilidad de un consenso sobre el “control general” en el contexto del derecho internacional humanitario y el “control efectivo” en otros contextos<sup>46</sup>. En vista de ello, en el cuestionario se preguntó acerca de la responsabilidad del Estado tanto en general como en el contexto del derecho internacional humanitario sobre la base de la existencia de un conflicto armado tal como se usa esta expresión en los Convenios de Ginebra.

---

<sup>41</sup> Véase Comisión de Derecho Internacional, *Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, en *Informe sobre la labor realizada en su quincuagésimo primer período de sesiones* (3 de mayo a 23 de julio de 1999), UN doc. A/56/10 55 [3]; *Tallinn 2.0*, nota 20 *supra*, regla 15.

<sup>42</sup> Artículos sobre la responsabilidad del Estado, nota 41 *supra*, art. 11; Heather Harrison Dinniss, *Cyber Warfare and the Laws of War* 52 (2012).

<sup>43</sup> *Nicaragua Case*, nota 23 *supra*, párr. 115.

<sup>44</sup> *Prosecutor v. Dusko Tadić aka 'Dule'* (Sentencia) ICTY-94-1-A (15 de julio de 1999), párrs. 131 a 145 y 162.

<sup>45</sup> *Prosecutor v. Lubanga*, Caso No. ICC-01/04-01/06, Sala de Primera Instancia, Sentencia (Corte Penal Internacional, 14 de marzo de 2012).

<sup>46</sup> *Case concerning application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)* (Sentencia) [1997] ICJ Rep. 43, 208–09, párrs. 402 a 407 (donde se indica que la prueba del control general bien podría aplicarse a los tipos de clasificaciones que se usan en el derecho internacional humanitario y ser apropiada para ellos).

22. En su respuesta, varios Estados Miembros ponen de relieve la dificultad de la atribución en el ciberespacio<sup>47</sup>. Otros se centran menos en la cuestión de la responsabilidad por actos de sustitutos y más en el deber del Estado de cerciorarse de que su territorio no sea utilizado por agentes no estatales para lanzar ataques<sup>48</sup>. En ese sentido, Perú comenta que “la inercia de un Estado respecto de un actor no estatal que pudiera desencadenar un ciberataque hacia otro Estado y que estuviera en capacidad de controlar podría generar que su comportamiento sea atribuible al Estado”<sup>49</sup>. Bolivia, por su parte, afirma que los Estados no tienen responsabilidad si carecen de la infraestructura tecnológica necesaria para controlar a los agentes no estatales<sup>50</sup>. Estados Unidos señala que “el mero hecho de que una actividad cibernética haya sido lanzada desde el territorio de otro Estado, se origine de otra forma en dicho territorio o haya sido lanzada desde la infraestructura cibernética de otro Estado es insuficiente, ante la falta de más elementos, para atribuir esa actividad al Estado”<sup>51</sup>.

23. Los Estados que se concentran en la cuestión de los agentes sustitutos atribuyen gran importancia a los artículos sobre la responsabilidad del Estado. Chile, Guyana y Perú basan su respuesta en el artículo 8:

Un Estado será responsable por una operación cibernética internacionalmente ilícita cuando esta haya sido perpetrada a través de alguno de sus órganos, por alguna persona o entidad ejerciendo autoridad gubernamental, o bien por una persona o grupo de personas actuando conforme a las instrucciones o bajo la dirección o control de dicho Estado<sup>52</sup>.

Sin embargo, en los artículos sobre la responsabilidad del Estado no se formula una opinión sobre el grado de “control” que el Estado debe ejercer, sino que es un asunto que debe valorarse en cada caso<sup>53</sup>. Esto concuerda con la opinión de Estados Unidos, que refrenda la responsabilidad del Estado por las actividades realizadas por medio de “agentes sustitutos” que actúan siguiendo instrucciones del Estado o bajo su dirección o control, aunque dice solamente

---

<sup>47</sup> Respuesta de Guatemala, nota 1 *supra*, en 3 (donde se indica que “es sumamente complicado” determinar una clara responsabilidad por un ataque cibernético); Respuesta de Perú, nota 1 *supra*, en 4 (donde se señala que existe gran “incertidumbre en la atribución, y los niveles de atribución, de la autoría de los ciberataques”, lo cual dificulta la posibilidad de “control de aquellos que utilizan el ciberespacio para desencadenar ataques vía Internet”).

<sup>48</sup> Respuesta de Ecuador, nota 1 *supra*, en 1 (“Los Estados no tienen responsabilidad de un ataque de un actor no estatal, sin embargo, debería existir la forma de colaborar para encontrar a los responsables de los mismos. Así también es responsabilidad del Estado regular/normar los servicios a fin de evitar que se pueda producir un ataque desde el territorio perteneciente a un Estado”); Respuesta de Guatemala, nota 1 *supra*, en 3 (donde responde desde la óptica de la debida diligencia del Estado anfitrión en vez del grado de control ejercido sobre agentes sustitutos).

<sup>49</sup> Respuesta de Perú, nota 1 *supra*, en 4 (donde se cita el artículo 11 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado).

<sup>50</sup> Respuesta de Bolivia, nota 1 *supra*, en 3 a 7. La respuesta de Bolivia a la pregunta sobre los sustitutos es indirecta, aunque indica la existencia de un nexo entre un Estado y los agentes no estatales vinculados a los objetivos o las estrategias de la política de defensa del Estado en una situación de conflicto armado. *Íd.*

<sup>51</sup> Escrito presentado por Estados Unidos al GEG en 2014, nota 1 *supra*, en 738.

<sup>52</sup> Artículos sobre la responsabilidad del Estado, nota 41 *supra*, art. 8; respuesta de Chile, nota 1 *supra*, en 2; respuesta de Guyana, nota 1 *supra*, en 3; respuesta de Perú, nota 1 *supra*, en 4. Las respuestas de Chile y Perú también parecen basarse en el artículo 5 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado, en el cual se asigna responsabilidad al Estado por “el comportamiento de una persona o entidad que [...] esté facultada por el derecho de ese Estado para ejercer atribuciones del poder público, siempre que, en el caso de que se trate, la persona o entidad actúe en esa capacidad”. Véanse la respuesta de Chile, nota 1 *supra*, en 2, y la respuesta de Perú, nota 1 *supra*, en 4.

<sup>53</sup> Artículos sobre la responsabilidad del Estado, nota 41 *supra*, en 48 (comentario sobre el artículo 8).

que el grado de control ejercido debe ser “suficiente”<sup>54</sup>. Estados Unidos también ha reconocido que un Estado puede reconocer o adoptar a posteriori una operación cibernética de un agente no estatal como si fuera propia<sup>55</sup>.

24. Chile, en cambio, al exponer su punto de vista sobre el grado de control necesario para que haya responsabilidad jurídica, menciona las causas de *Nicaragua* y del *Genocidio* y opina que “el grado o estándar de control o participación que debe tener un Estado en las operaciones de un actor no estatal para desencadenar su responsabilidad internacional es el de control efectivo”<sup>56</sup>. Asimismo, opina que las normas relativas a la responsabilidad del Estado son las mismas en el contexto de los conflictos armados<sup>57</sup>.

25. En lo que concierne al derecho internacional humanitario, Perú adopta una posición similar, que favorece una regla uniforme con respecto a la responsabilidad del Estado tanto en conflictos armados como en otros contextos. Aunque reconoce la posibilidad de que los artículos sobre la responsabilidad del Estado se reemplacen con una *lex specialis*, indica que para eso se necesita un análisis exhaustivo. En este caso, “[d]e la revisión de los Convenios de Ginebra no se identifica una alteración respecto de las normas relativas a la responsabilidad internacional plasmadas en el Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, por lo tanto, no se puede sostener un cambio respecto al ámbito de aplicación de este proyecto”<sup>58</sup>. Sin embargo, en la norma sobre responsabilidad enunciada en los artículos sobre la responsabilidad del Estado se hace referencia al “control” solo en forma general, sin distinguir si debe ser “efectivo” o “general”.

26. Otros Estados tuvieron más dificultades para responder a la pregunta 5. Guatemala indica que “es necesario continuar las discusiones en foros internacionales sobre los aspectos únicos y diferentes que presentaría un conflicto en el ciberespacio, especialmente aspectos como la atribución y la territorialidad de los ataques”<sup>59</sup>. Otros Estados entendieron que la pregunta se refería a las diferencias en las normas en materia de responsabilidad en los casos de conflictos armados internacionales y sin carácter internacional<sup>60</sup>.

***Pregunta 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?***

27. La sexta pregunta es la primera de dos que abordan la forma en que el derecho internacional humanitario (o *jus in bello*) se aplica a las operaciones cibernéticas. Se centra en un asunto que ha dividido a los Estados y a los expertos hasta la fecha: cómo definir un “ataque” a efectos del derecho internacional humanitario. Gran parte de esta rama del derecho, incluidos sus principios fundamentales de distinción, proporcionalidad y precauciones, está formulada mayormente desde el punto de vista de la prohibición de ciertos tipos de “ataques” (por ejemplo, los dirigidos contra civiles u objetivos civiles) y la autorización de otros (por

---

<sup>54</sup> Koh, nota 1 *supra*, en 595; escrito presentado por Estados Unidos al GEG en 2014, nota 1 *supra*, en 738 (idem); Egan, nota 1 *supra*, en 821; escrito presentado por Estados Unidos al GEG en 2016, nota 1 *supra*, en 826.

<sup>55</sup> Egan, nota 1 *supra*, en 821; escrito presentado por Estados Unidos al GEG en 2016, nota 1 *supra*, en 826.

<sup>56</sup> Respuesta de Chile, nota 1 *supra*, en 2.

<sup>57</sup> Íd. en 3.

<sup>58</sup> Respuesta de Perú, nota 1 *supra*, en 4 y 5.

<sup>59</sup> Respuesta de Guatemala, nota 1 *supra*, en 3.

<sup>60</sup> Véanse, por ejemplo, la respuesta de Bolivia, nota 1 *supra*, en 4 a 7, y la respuesta de Guyana, nota 1 *supra*, en 3. En la respuesta de Ecuador simplemente se recalca que “los Estados son los responsables por cumplir las normas en los conflictos armados, aun cuando existan partes que no formen parte del convenio” correspondiente. Respuesta de Ecuador, nota 1 *supra*, en 2.

ejemplo, los dirigidos contra objetivos militares)<sup>61</sup>. Como señaló recientemente el CICR, el tema de la interpretación amplia o estricta del concepto de “ataque” en relación con las operaciones cibernéticas es esencial para la aplicabilidad de estas normas y la protección que confieren a los civiles y a la infraestructura civil<sup>62</sup>. En efecto, en la medida en que una operación *no* constituya un “ataque”, podría realizarse en el marco de un conflicto armado sin tener en cuenta la mayoría de las normas del derecho internacional humanitario<sup>63</sup>.

28. De conformidad con el derecho internacional humanitario, se entienden por “ataques” en el derecho internacional consuetudinario (codificado en el artículo 49 del Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra) “los actos de violencia contra el adversario, sean ofensivos o defensivos”<sup>64</sup>. Asimismo, tal como se explica en el *Tallinn Manual 2.0*, “las consecuencias, no su índole, por lo general determinan el alcance del término ‘ataque’; la ‘violencia’ debe considerarse en el sentido de las consecuencias violentas y no se limita a los actos violentos”<sup>65</sup>. El CICR ha señalado que “tiene amplia aceptación la idea de que las operaciones cibernéticas que se prevé que causen muertes, lesiones o daños físicos constituyen ataques de conformidad con el derecho internacional humanitario”<sup>66</sup>. Sin embargo, es bien sabido que algunas operaciones cibernéticas (por ejemplo, el *ransomware* o programa de secuestro de archivos a cambio de un rescate) son novedosas porque pueden perturbar el funcionamiento de objetos sin dañarlos físicamente<sup>67</sup>. Eso lleva a la pregunta de si las operaciones cibernéticas que no producen efectos de ese tipo (por ejemplo, la interrupción del funcionamiento de una planta potabilizadora sin causar necesariamente un daño físico) pueden constituir un ataque. Han surgido opiniones divergentes hasta la fecha, incluso entre los integrantes del grupo independiente de expertos que elaboró el *Tallinn Manual 2.0*<sup>68</sup>.

29. La mayoría de los autores del *Tallinn Manual 2.0* opinan que, para que haya violencia, debe haber algún daño físico que requiera, por ejemplo, el “reemplazo de componentes físicos” tales como un sistema de control<sup>69</sup>. Otros entienden que el daño incluye los casos en que no sea necesario reemplazar componentes físicos y se pueda restablecer el funcionamiento reinstalando el sistema operativo, mientras que unos pocos expertos consideran que un ataque podría consistir en la “pérdida de aptitud para el uso de la infraestructura cibernética” en sí<sup>70</sup>. El CICR, por su parte, ha argumentado que, en un conflicto armado, una

---

<sup>61</sup> Por ejemplo, el principio de distinción se plantea regularmente como la prohibición de que la población civil sea el objeto de un ataque. Véanse, por ejemplo, Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) (8 de junio de 1977), 1125 UNTS 3, art. 5.2 (“Protocolo adicional I”); 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 (12 de diciembre de 1977), 1125 UNTS 609, art. 13.2; Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (17 de julio de 1998), art. 8.2.b.f; Convención relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre (H.IV) y su anexo: Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre (18 de octubre de 1907), 36 Stat. 2277, art. 8.2.b.i-ii; Jean Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law* (ICRC, 2005), reglas 1, 7, 9 y 10.

<sup>62</sup> CICR, *Documento de posición sobre Derecho internacional humanitario y ciberoperaciones durante conflictos armados* (noviembre de 2019) en 7 (“Documento de posición del CICR”).

<sup>63</sup> Incluso en ausencia de ataques, los Estados deben actuar con un “cuidado constante” en un conflicto armado internacional para “preservar a la población civil [...] y a los bienes de carácter civil”. Protocolo adicional I, nota 61 *supra*, art. 57.1; *Tallinn 2.0*, nota 20 *supra*, en 476.

<sup>64</sup> Protocolo adicional I, nota 61 *supra*, art. 49.

<sup>65</sup> *Tallinn 2.0*, nota 20 *supra* en 415.

<sup>66</sup> Véase el Documento de posición del CICR, nota 62.

<sup>67</sup> ICRC, *International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts*, (octubre de 2015) 41 (“Informe del CICR de 2015”).

<sup>68</sup> *Tallinn 2.0*, nota 20 *supra* en 417.

<sup>69</sup> *Id.*

<sup>70</sup> Informe del CICR de 2015, nota 67 *supra*, en 41. Véase también ICRC, *International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts* (noviembre de 2019), en 28 (“Informe del CICR de 2019”) (“Las normas del DIH que protegen los objetos civiles

operación con la finalidad de poner fuera de servicio una computadora o una red informática constituye un ataque de acuerdo con el derecho internacional humanitario, independientemente de que el objeto sea inhabilitado por medios cinéticos o cibernéticos<sup>71</sup>.

30. Por consiguiente, la finalidad de la sexta pregunta era determinar si los Estados Miembros también consideran el umbral para un ataque en el contexto del derecho internacional humanitario en términos de violencia (o efectos violentos) o si consideran que la rúbrica de “ataque” podría aplicarse a las operaciones cibernéticas sobre la base de la pérdida de funcionalidad, en vez de los conceptos más tradicionales de daño físico o destrucción.

31. Las respuestas al cuestionario reflejan apoyo a la aplicabilidad del derecho internacional humanitario en general y a la idea de que las operaciones cibernéticas pueden constituir un ataque en ese contexto<sup>72</sup>. Sin embargo, hay más variedad en las respuestas a la pregunta de si una operación cibernética puede calificarse como un “ataque” de conformidad con el derecho internacional humanitario si no causa muertes, lesiones o daños físicos directos. Chile, Perú y Estados Unidos respondieron que no<sup>73</sup>. Chile cita el artículo 49 del Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra al insistir en que los ataques en el contexto del derecho internacional humanitario deben implicar “efectos o consecuencias originados por el acto en sí, los cuales deben ser violentos”<sup>74</sup>. En particular, indica que, para que el acto pueda considerarse como un ataque, su resultado debe requerir que “el Estado afectado debe realizar acciones para reparar o recuperar la infraestructura o sistema informático afectado, debido a que en aquellos casos las consecuencias del ataque son similares a las descritas anteriormente, en particular daños físicos a la propiedad”<sup>75</sup>. Perú responde que, para que haya un “ataque”, se deben causar “daños físicos” a “personas” o “bienes públicos o privados”<sup>76</sup>. Estados Unidos, entretanto, ha recalcado que el umbral para un “ataque” en el contexto del derecho internacional humanitario requiere la determinación, entre otras cosas, de si una actividad cibernética produce efectos cinéticos irreversibles o efectos no cinéticos reversibles en la población civil, en objetivos de carácter civil o en la infraestructura civil<sup>77</sup>. Eso implica que, si una operación cibernética produce efectos no cinéticos o reversibles, no constituye un ataque armado<sup>78</sup>, lo cual parecería excluir, por ejemplo, los programas intrusos de *ransomware* que no sean cinéticos de por sí o los casos en que los datos que se interrumpen puedan restablecerse.

---

pueden, sin embargo, proporcionar un alcance completo de la protección legal solo si los Estados reconocen que las operaciones cibernéticas que afectan la funcionalidad de la infraestructura civil están sujetas a las normas que rigen los ataques en virtud del DIH ".)

<sup>71</sup> Véanse el Documento de posición del CICR, nota 62 *supra*, en 7-8, y el Informe del CICR en 2015, nota 67 *supra*, en 43 (donde se afirma que el derecho internacional debe tratar como ataques las operaciones cibernéticas que desactiven objetos, ya que la definición de objetivo militar abarca la neutralización, de lo cual se infiere que la neutralización de objetos está comprendida en el ámbito del derecho internacional humanitario).

<sup>72</sup> Véanse, por ejemplo, respuesta de Bolivia, nota 1 *supra*, en 3 a 7; *id.* en 4 a 7 (donde se señalan dos puntos de vista con respecto a si una operación cibernética por sí sola puede dar lugar a un conflicto armado sujeto al derecho internacional humanitario); respuesta de Chile, nota 1 *supra*, en 3; respuesta de Guyana, nota 1 *supra*, en 3; respuesta de Perú, nota 1 *supra*, en 1; Koh, nota 1 *supra*, en 595 (opinión de Estados Unidos).

<sup>73</sup> Respuesta de Guyana, nota 1 *supra*, en 4.

<sup>74</sup> Respuesta de Chile, nota 1 *supra*, en 3.

<sup>75</sup> *Íd.*

<sup>76</sup> Sin embargo, la respuesta de Perú es un poco ambigua, ya que parece basarse en elementos del *jus ad bellum* para indicar las normas aplicables a un ataque en el contexto del derecho internacional humanitario y menciona el enfoque contextual de Estados Unidos por el cual expresa preferencia Harold Koh. Respuesta de Perú, nota 1 *supra*, en 6.

<sup>77</sup> Escrito presentado por Estados Unidos al GEG en 2014, nota 1 *supra*, en 736.

<sup>78</sup> Egan, nota 1 *supra*, en 818. Egan no mencionó en su discurso el criterio de daños reversibles o irreversibles, pero recaló en cambio “la naturaleza y el alcance de esos efectos, así como la índole de la relación, si la hubiere, entre la actividad cibernética y el conflicto armado particular en cuestión”. *Íd.*

32. En cambio, Guatemala y Ecuador apoyan la idea de delimitar los ataques sobre la base de las pérdidas de funcionalidad, en vez de las muertes, las lesiones o la destrucción de bienes que puedan causar. Guatemala señala que, entre las operaciones cibernéticas que pueden considerarse como un ataque, se encuentran las “que solo producen una pérdida de funcionalidad”<sup>79</sup>. Ecuador opina que “[u]na operación cibernética puede considerarse un ataque en caso de dejar sin funcionalidad la infraestructura crítica del Estado u otros que pongan en peligro la seguridad del Estado”<sup>80</sup>.

33. Las respuestas de Bolivia y Guyana son más ambiguas. Por una parte, Bolivia afirma que la definición de ataques según el derecho internacional humanitario incluiría una operación cibernética “de la cual se espera que pueda causar pérdidas de vidas humanas, lesiones a las personas y daños o destrucciones de bienes”<sup>81</sup>. Por otra parte, dice que una operación cibernética “podría ser considerada como un ataque cuando tiene el objetivo de inhabilitar los servicios básicos (agua, luz, telecomunicaciones o el sistema financiero, etc.) de un Estado”<sup>82</sup>. Guyana observa que, cuando una operación cibernética produce una pérdida de funcionalidad, puede o no constituir un ataque<sup>83</sup>. Igual que Chile, hace referencia al artículo 49 del Protocolo adicional I y vincula el concepto de ataque a la necesidad de que haya violencia (en lo que se refiere a los medios o a las consecuencias): “una operación cibernética que no ocasione muertes, lesiones o daños físicos no puede constituir un ataque” de acuerdo con el derecho internacional humanitario<sup>84</sup>. Por otro lado, señala que “las operaciones cibernéticas que socavan el funcionamiento de los sistemas y la infraestructura informáticos necesarios para el suministro de servicios y recursos a la población civil constituyen un ataque”. Entre ellos incluye “plantas nucleares, hospitales, bancos y sistemas de control del tráfico aéreo”<sup>85</sup>. Estas respuestas parecen indicar la necesidad de profundizar el diálogo sobre cuán inmediata deber ser la muerte o la destrucción tras la pérdida de funcionalidad. En otras palabras, ¿la pérdida de funcionalidad de un servicio esencial constituye por sí sola un ataque o debe haber muertes, lesiones o daños materiales concomitantes (o razonablemente previsibles)?

***Pregunta 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?***

34. El derecho internacional humanitario requiere claramente que los Estados “atacantes” hagan una distinción entre objetivos civiles y militares y permite los ataques a objetivos militares, pero prohíbe los ataques contra la población civil y objetivos de carácter civil<sup>86</sup>. Sin embargo, cuando se trata del ciberespacio, no siempre resulta claro qué constituye un “objetivo” al cual se aplica este principio. El debate fundamental se ha centrado en los “datos.” ¿Quiere decir que los “datos”, por su índole no física, no constituyen un objetivo y que, en consecuencia, los militares no necesitan hacer una distinción y excluirlos de sus operaciones cibernéticas? ¿O por lo menos algunos “datos” deberían considerarse como un “objetivo” al cual se aplica el principio de la distinción y las normas pertinentes del derecho internacional humanitario?

35. La mayoría de los expertos del grupo independiente que redactó el *Tallinn Manual 2.0* adoptaron la primera posición: “no debe entenderse que el concepto de ‘objetivo’ en el conflicto armado incluye los datos, por lo menos en el derecho actual”<sup>87</sup>. No obstante, los expertos están de acuerdo en que una operación cibernética dirigida contra datos podría

---

<sup>79</sup> Respuesta de Guatemala, nota 1 *supra*, en 3.

<sup>80</sup> Respuesta de Ecuador, nota 1 *supra*, en 3.

<sup>81</sup> Respuesta de Bolivia, nota 1 *supra*, en 4 a 7.

<sup>82</sup> *Íd.*

<sup>83</sup> Respuesta de Guyana, nota 1 *supra*, en 3.

<sup>84</sup> *Íd.*

<sup>85</sup> *Íd.* (donde se cita el artículo 54.2 del Protocolo adicional I)

<sup>86</sup> Cuando un objeto particular se usa para fines civiles y militares (los llamados “objetos de doble uso”), se convierte en un objetivo militar (excepto por las partes que puedan separarse). Véanse fuentes en las cuales se codifica este principio de “distinción” en la nota 61 *supra*.

<sup>87</sup> *Tallinn 2.0*, nota 20 *supra*, en 437.

desencadenar la aplicación de las normas del derecho internacional humanitario en los casos en que “pueda preverse que ocasione lesiones, muertes, daños materiales o destrucción de objetos físicos”, ya que las personas y los objetos afectados estarían protegidos por las reglas pertinentes del derecho internacional humanitario, como las relativas a la distinción<sup>88</sup>. En cambio, el CICR ha propuesto una definición más amplia de datos con la expresión “datos civiles esenciales” (por ejemplo, datos médicos, biométricos y de seguridad social, expedientes tributarios, cuentas bancarias, expedientes de clientes de empresas, padrones y registros electorales). Ha señalado que “borrar o alterar de manera fraudulenta datos civiles esenciales puede ocasionar más daños a la población civil que la destrucción de objetos físicos”<sup>89</sup>. Aunque el CICR reconoce que la cuestión de si los datos pueden constituir un objetivo civil sigue pendiente, ha indicado que debería resolverse en el ámbito del derecho internacional humanitario. De lo contrario, habrá una gran “brecha en la protección” que es incompatible con el objeto y el propósito del derecho internacional humanitario. Con la séptima pregunta se trató de recabar la opinión de los Estados Miembros sobre este importante asunto.

36. Ninguno de los Estados que respondieron a esta pregunta adoptó la posición de que los datos civiles estén sujetos directamente al principio de distinción en el conflicto armado. De hecho, varios Estados mencionan el principio de distinción sin formular una opinión sobre la condición de los datos como objeto<sup>90</sup>. Sin embargo, la respuesta de Chile parece indicar que el principio de distinción podría aplicarse a las operaciones cibernéticas dirigidas contra datos indirectamente sobre la base de sus repercusiones. Cita el comentario del Protocolo adicional I de que un objeto debe ser “visible y tangible”, lo cual significa que, “bajo el derecho internacional humanitario vigente, los mencionados datos no calificarían como objetos, en principio, por ser esencialmente intangibles, sin perjuicio de los elementos físicos en los cuáles se encuentran contenidos los datos, por ejemplo, hardware”<sup>91</sup>. Al mismo tiempo, Chile señala que “un ataque dirigido exclusivamente en contra de datos informáticos podría perfectamente generar consecuencias adversas que afecten a la población civil”. Da como ejemplo la posibilidad de una operación cibernética que elimine la base de datos de seguridad social de un Estado<sup>92</sup> y concluye que “el principio de distinción debe ser tenido en consideración en el contexto de las operaciones cibernéticas, por lo cual un Estado debiera abstenerse de atacar datos en caso de que esto pudiese afectar a la población civil, a menos que dichos datos estuvieran siendo usados para propósitos militares”<sup>93</sup>. Guyana responde con una óptica similar. Tras señalar que borrar, suprimir o corromper datos podría tener consecuencias de gran alcance,

---

<sup>88</sup> Íd. en 416.

<sup>89</sup> CICR, Documento de posición, nota 62 *supra*, en 8; Informe del CICR de 2019, nota 71 *supra*, en 21 (Además, los datos se han convertido en un componente esencial del dominio digital y una piedra angular de la vida en muchas sociedades. Sin embargo, existen diferentes puntos de vista sobre si los datos civiles deben considerarse como objetos civiles y, por lo tanto, si deben protegerse bajo los principios y normas del DIH que rigen la conducción de las hostilidades. En la opinión del CICR, la conclusión de que este tipo de operación no estaría prohibido por el DIH en el mundo de hoy, cada vez más dependiente de la esfera cibernética – sea porque eliminar o alterar esos datos no constituiría un ataque en el sentido del DIH o porque esos datos no se considerarían objetos respecto de los cuales se aplicaría la prohibición de ataques contra bienes de carácter civil- parece difícil de conciliar con el objetivo y el propósito de este ordenamiento jurídico. En pocas palabras, el reemplazo de archivos en papel y documentos con archivos digitales en forma de datos no debería disminuir la protección que el DIH les brinda”); Informe del CICR en 2015, nota 67 *supra*, en 43.

<sup>90</sup> Véanse la respuesta de Bolivia, nota 1 *supra*, en 5 a 7; la respuesta de Ecuador, nota 1 *supra*, en 2, y la respuesta de Guatemala, nota 1 *supra*, en 3.

<sup>91</sup> Respuesta de Chile, nota 1 *supra*, en 4.

<sup>92</sup> Íd.

<sup>93</sup> Íd.

se centra en los efectos de la operación cibernética, en vez de abordar la cuestión de si los datos que sean el objetivo del ataque pueden considerarse como un objeto o no<sup>94</sup>.

37. En su respuesta, Perú no aborda la posibilidad de que los datos puedan considerarse como un objetivo civil, sino que se centra (de manera afirmativa) en la posibilidad de que puedan considerarse como un objetivo militar. Señala que ciertos “datos” (por ejemplo, “un software que permita la comunicación entre las tropas de un ejército en campaña o sincronice el arsenal de misiles de un país o ayude a localizar una aeronave enemiga”) son objetivos militares legítimos, mientras que otros sistemas de datos utilizados en conflictos (por ejemplo, “un sistema de datos que permita el funcionamiento de la sala de operaciones de un hospital de campaña en el que se atiende a heridos de guerra o a población civil”) no pueden ser el blanco de ataques<sup>95</sup>.

38. Varios comentarios de Estados Miembros al Grupo de Trabajo de Composición Abierta afirmaron la importancia de aplicar el derecho internacional humanitario al contexto cibernético. Algunos Estados, como Brasil, subrayaron, además, que esta aplicación debe incluir expresamente los principios fundamentales de “humanidad, necesidad, proporcionalidad y distinción”.<sup>96</sup> Sin embargo, ninguna de las contribuciones del Grupo de Trabajo de Composición Abierta abordó la definición de un ataque ni la idea de los datos como objetivo civil (o militar).

***Pregunta 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?***

39. La soberanía es sin lugar a dudas la característica estructural básica del ordenamiento jurídico internacional actual, que asigna derechos y responsabilidades a los Estados<sup>97</sup>. Es un principio fundacional de algunas de las normas jurídicas internacionales mencionadas (por ejemplo, la prohibición del uso de la fuerza, el derecho de legítima defensa, la responsabilidad del Estado). Asimismo, en ciertos contextos, la soberanía existe no solamente como un principio básico, sino como una norma independiente que regula el comportamiento del Estado (por ejemplo, una aeronave que penetra el espacio aéreo de otro Estado sin autorización viola su soberanía)<sup>98</sup>. Sin embargo, todavía no resulta claro si la

---

<sup>94</sup> Respuesta de Guyana, nota 1 *supra*, en 4 (donde dice que, en lo que se refiere a los datos, hay que tener en cuenta si la operación cibernética dirigida contra los datos ha producido una pérdida tal de funcionalidad que pueda constituir un ataque).

<sup>95</sup> Respuesta de Perú, nota 1 *supra*, en 6. Perú explica que, en el primer caso, los ataques causarían “un daño militar significativo a las fuerzas de la contraparte”, mientras que un ataque contra los datos en el hospital de campaña “no generaría una ventaja militar legítima”. *Id.*

<sup>96</sup> Comentarios de Brasil, *supra*, nota 5

<sup>97</sup> *Island of Palmas (Netherlands v. United States of America)*, 2 R.I.A.A. 829, 839 (1928) (“La soberanía en las relaciones entre Estados significa independencia. La independencia con respecto a la porción del mundo que ocupan es el derecho a ejercer dentro de ella, con exclusión de cualquier otro Estado, las funciones de un Estado [...]. La soberanía territorial, como ya se dijo, implica el derecho exclusivo a realizar las actividades de un Estado. Este derecho tiene como corolario un deber: la obligación de proteger, dentro del territorio, los derechos de otros Estados, en particular su derecho a la integridad y la inviolabilidad en tiempos de paz y de guerra” [traducción del CJI]).

<sup>98</sup> Véase, por ejemplo, Michael N. Schmitt y Liis Vihul, *Respect for Sovereignty in Cyberspace*, 95 en *Texas L. Rev.* 1639, 1640 (2017). Además de la prohibición del uso de la fuerza enunciada en el artículo 2.4, en el derecho internacional hay amplio acuerdo sobre el deber de no intervención que se aplica al ciberespacio. Véanse, por ejemplo, *Case Concerning Armed Activities in the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)* (Jurisdicción y Admisibilidad) [2006] ICJ Rep. 6, [46]-[48]; *Nicaragua Case*, nota 23 *supra*, párr. 205; Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 24 de octubre de 1970, que contiene la Declaración relativa a los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con

soberanía tiene calidad de norma en el ciberespacio. En el *Tallinn Manual 2.0* se señala que es una regla que limita las operaciones cibernéticas de un Estado que no dan lugar al uso de la fuerza ni constituyen una intervención prohibida<sup>99</sup>. No obstante, en 2018, el Fiscal General del Reino Unido opinó que la soberanía no era una norma de derecho internacional en sí, sino un principio que servía de base para otras normas<sup>100</sup>. Posteriormente, el Ministerio de Defensa de Francia y el Gobierno de Holanda han expresado apoyo a la soberanía como norma autónoma<sup>101</sup>.

---

la Carta de las Naciones Unidas. El GEG de 2015 refrendó este principio entre las normas del derecho internacional que se aplican al ciberespacio. 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/70/174 (22 de julio de 2015) párrafos. 26 y 28.b. La regla 66 del manual *Tallinn 2.0* postula que “un Estado no puede intervenir, incluso por medios cibernéticos, en los asuntos internos o externos de otro Estado”. *Tallinn 2.0*, nota 20 *supra*, en 312 (traducción del CJI). Sin embargo, igual que ocurre con el uso de la fuerza, subsisten dudas con respecto a si este deber existe en el espacio cibernético y qué operaciones cibernéticas prohíbe o reglamenta.

<sup>99</sup> *Tallinn 2.0*, nota 20 *supra*, regla 4 (“Un Estado no debe realizar operaciones cibernéticas que violen la soberanía de otro Estado” [traducción del CJI]).

<sup>100</sup> Véase, por ejemplo, Jeremy Wright, QC, MP. *Cyber and International Law in the 21st Century* (23 de mayo de 2018) en <https://www.gov.uk/government/speeches/cyber-and-international-law-in-the-21st-century> (“las opiniones del Reino Unido”). (“Algunos han tratado de demostrar la existencia de una norma orientada específicamente al espacio cibernético que se aplica a la ‘violación de la soberanía territorial’ [...]. Por supuesto, la soberanía es fundamental para el sistema internacional basado en normas, pero no estoy convencido de que en la actualidad podamos extrapolar de ese principio general una norma específica o una prohibición de actividades cibernéticas además de una intervención prohibida. Por lo tanto, la posición del Gobierno del Reino Unido es que no hay una norma de ese tipo en el derecho internacional vigente”).

<sup>101</sup> Véase Ministère des Armées, *Droit international appliqué aux opérations dans le cyberspace* (9 de septiembre de 2019), en: [https://www.defense.gouv.fr/salle-de-presse/communiqués/communiqués-du-ministère-des-armées/communiqué\\_la-france-s-engage-a-promouvoir-un-cyberspace-stable-fonde-sur-la-confiance-et-le-respect-du-droit-international](https://www.defense.gouv.fr/salle-de-presse/communiqués/communiqués-du-ministère-des-armées/communiqué_la-france-s-engage-a-promouvoir-un-cyberspace-stable-fonde-sur-la-confiance-et-le-respect-du-droit-international) (“Opinión del Ministerio de Defensa de Francia”) en 6 (“Toda penetración no autorizada de sistemas franceses por un Estado o todo acto que surta efectos en el territorio francés por medio de un vector digital podría constituir, como mínimo, una violación de la soberanía” [traducción al inglés del Relator]); *Letter to the parliament on the international legal order in cyberspace*, 5 de julio de 2019, apéndice 1 en <https://www.government.nl/ministries/ministry-of-foreign-affairs/documents/parliamentary-documents/2019/09/26/letter-to-the-parliament-on-the-international-legal-order-in-cyberspace> (“Opinión de los Países Bajos”) (“Según algunos países y juristas, el principio de soberanía no constituye una norma independientemente vinculante del derecho internacional que la separa de las demás normas derivadas del mismo. Los Países Bajos no están de acuerdo con este punto de vista, ya que creen que el respeto de la soberanía de otros países es una obligación por sí misma, cuya violación podría a su vez constituir un acto internacionalmente ilícito” [traducción del CJI]). En un análisis académico reciente se cuestiona si Francia se encuadra claramente en el bando de la soberanía como norma. Véase Gary Corn, *Punching on the Edges of the Gray Zone: Iranian Cyber Threats and State Cyber Responses*, JUST SECURITY (11 de febrero de 2020) (“aunque el Ministerio de Defensa afirma que los ciberataques, tal como define el término, contra sistemas digitales franceses o todo efecto producido en territorio francés por medios digitales podrían constituir una violación de la soberanía en sentido general, en ningún momento dice sin lugar a dudas que una violación del principio de soberanía constituye un incumplimiento de una obligación internacional. Por el contrario, los autores del documento, obviamente conscientes del debate, son deliberadamente vagos al respecto y reafirman simplemente el derecho de Francia a responder a los ciberataques con la gama completa de opciones que tenga a su alcance de acuerdo con el derecho internacional”).

40. La finalidad de la octava pregunta era recabar las opiniones de los Estados Miembros sobre la cuestión de la soberanía como principio en contraposición a la soberanía como norma. La pregunta se centra en la función limitante de la soberanía, es decir, si limita la capacidad de un Estado para realizar operaciones cibernéticas fuera de su territorio y de qué forma. Lo interesante es que muchos de los Estados que respondieron tomaron la pregunta como una invitación para reafirmar la función habilitadora de la soberanía; por ejemplo, de acuerdo con la autoridad del Estado para reglamentar las TIC dentro de su propia jurisdicción territorial. Bolivia y Guyana dicen que la soberanía autoriza a los Estados a ejercer jurisdicción sobre la infraestructura o las actividades cibernéticas en su territorio<sup>102</sup>. Ecuador, en cambio, arroja dudas sobre la capacidad de los Estados para ejercer su soberanía en el ciberespacio en vista de su “intangibilidad” y, al mismo tiempo, afirma que los Estados tienen soberanía sobre la “infraestructura cibernética” y las actividades relacionadas con dicha infraestructura en su territorio<sup>103</sup>. Chile y Estados Unidos también se hacen eco del poder que la soberanía confiere a los Estados sobre las TIC en su territorio, pero observan que ese poder debe actuar dentro de ciertos límites. Ambos señalan la necesidad de que los Estados ejerzan la soberanía de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos<sup>104</sup>. Colombia respaldó este último punto en sus comentarios al Grupo de Trabajo de Composición Abierta.<sup>105</sup>

41. Con respecto a la pregunta de si la soberanía opera como norma autónoma en el ciberespacio, tres Estados —Bolivia, Guatemala y Guyana— respondieron que sí<sup>106</sup>. Guyana, por ejemplo, afirma que las protecciones de la soberanía “no se limitan a las actividades que representen un uso injustificado de la fuerza, un ataque armado o una intervención prohibida”<sup>107</sup>. Opina que el Estado “no debe realizar operaciones cibernéticas que violen la soberanía de otro Estado”, y la existencia de una violación de ese tipo depende “del grado de infracción y de si ha habido interferencia en las funciones del gobierno”<sup>108</sup>. Guatemala adopta una posición similar y señala que “un Estado que participa en operaciones cibernéticas específicas viola la soberanía de un país si al momento de realizar un ataque cibernético se capta cierta información en el ciberentorno de otro Estado, aun cuando no causare ningún daño que repercuta en algún equipo o en los derechos humanos de alguna o algunas personas”<sup>109</sup>.

42. Las respuestas de otros Estados son bastante ambiguas. Perú dice simplemente que la soberanía “es uno de los pilares fundamentales de la sociedad internacional”, sin opinar sobre su condición de norma independiente<sup>110</sup>. Ecuador indica que la “norma” que autoriza a los Estados a controlar su propia infraestructura cibernética “no prohíbe a un Estado [...] participar en operaciones cibernéticas”, pero no opina sobre si podría reglamentar la forma en que lo hace en relación con otros Estados soberanos<sup>111</sup>.

---

<sup>102</sup> Respuesta de Bolivia, nota 1 *supra*, en 5 a 7; respuesta de Guyana, nota 1 *supra*, en 5.

<sup>103</sup> Respuesta de Ecuador, nota 1 *supra*, en 2.

<sup>104</sup> Respuesta de Chile, nota 1 *supra*, en 4 y 5 (donde reconoce que la soberanía autoriza al Estado a proteger y defender “su infraestructura crítica de la información, [...] siempre y cuando estas medidas no vayan en contra de una norma de derecho internacional, como por ejemplo aquellas presentes en el derecho internacional de los derechos humanos o el derecho internacional humanitario”); escrito presentado por Estados Unidos al GEG en 2014, nota 1 *supra*, en 737 a 738 (donde se señala que el ejercicio de la jurisdicción de un Estado territorial no es ilimitado, sino que debe concordar con el derecho internacional aplicable, incluidas las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, y se mencionan en particular la libertad de expresión y la libertad de opinión).

<sup>105</sup> Comentarios de Colombia, nota 5 *supra*.

<sup>106</sup> Respuesta de Bolivia, nota 1 *supra*, en 5 a 7; respuesta de Guatemala, nota 1 *supra*, en 3; respuesta de Guyana, nota 1 *supra*, en 5.

<sup>107</sup> Respuesta de Guyana, nota 19 *supra*, en 5

<sup>108</sup> Íd.

<sup>109</sup> Respuesta de Guatemala, nota 1 *supra*, en 3.

<sup>110</sup> Respuesta de Perú, nota 1 *supra*, en 6 y 7.

<sup>111</sup> Respuesta de Ecuador, nota 1 *supra*, en 2.

43. En su respuesta, Chile describe la soberanía como un principio que “[l]os Estados que llevan a cabo operaciones cibernéticas deben siempre tener en cuenta”<sup>112</sup>. Por lo tanto, “cada vez que un Estado contempla realizar una operación cibernética, debe tener en consideración no afectar la soberanía de otro”<sup>113</sup>. La referencia a un “principio” orientador puede sugerir algo diferente de una regla concreta, aunque el uso del verbo “deben” crea expectativas con un carácter más obligatoria. Por otro lado, Chile afirma lo siguiente:

cada Estado está obligado a respetar la integridad territorial e independencia política de otros Estados y debe cumplir fielmente con sus obligaciones internacionales, incluyendo el principio de no intervención. Por ende, las operaciones cibernéticas que impiden el ejercicio de soberanía por parte de otro Estado constituyen una violación de dicha soberanía y están prohibidas por el derecho internacional<sup>114</sup>.

La última oración parece indicar que la soberanía podría constituir una norma autónoma salvo que la referencia a la intervención en el ejercicio de la soberanía de otro Estado se entienda como el equivalente del *domaine réservé* protegido por el deber de no intervención<sup>115</sup>.

44. La posición de Estados Unidos es menos clara aún. En 2014, el entonces asesor jurídico Harold Koh afirmó que “la soberanía del Estado [...] debe tenerse en cuenta en la realización de actividades en el ciberespacio, incluso fuera del contexto del conflicto armado”<sup>116</sup>. Sin embargo, no resulta claro si tener en cuenta la soberanía del Estado indica el reconocimiento por Estados Unidos de la soberanía como norma autónoma. En su discurso de 2016, el entonces asesor jurídico Brian Egan dejó en claro que “las operaciones cibernéticas remotas con computadoras u otros dispositivos en red situados en el territorio de otro Estado no constituyen de por sí una violación del derecho internacional”<sup>117</sup>. Al mismo tiempo, admitió que, “en ciertas circunstancias, las operaciones cibernéticas no consensuales de un Estado en el territorio de otro podrían violar el derecho internacional, incluso si no llegan al umbral para el uso de la fuerza”. De todas maneras, Egan indicó que “el momento preciso en que una operación cibernética no consensual viola la soberanía de otro Estado es una cuestión que los abogados del Gobierno de Estados Unidos siguen estudiando minuciosamente y, en última instancia, se resolverá por medio de la práctica y la *opinio juris*”<sup>118</sup>. Sin embargo, más recientemente, el Asesor Jurídico del Departamento de Defensa de los Estados Unidos indicó que “en relación a las operaciones cibernéticas que no constituirían una intervención prohibida o uso de la fuerza [es decir, aquellas que podrían estar cubiertas por una regla de soberanía], el Departamento cree que no existe una práctica estatal suficientemente extendida y consistente como resultado de un sentido de obligación legal de concluir que el derecho internacional consuetudinario generalmente prohíbe tales operaciones cibernéticas no consensuales en el territorio de otro Estado”<sup>119</sup>.

---

<sup>112</sup> Respuesta de Chile, nota 1 *supra*, en 5.

<sup>113</sup> *Íd.*

<sup>114</sup> *Íd.*

<sup>115</sup> Véase la nota 99.

<sup>116</sup> Koh, nota 1 *supra*, en 596 (traducción del CJI); escrito presentado por Estados Unidos al GEG en 2014, nota 1 *supra*, en 737; escrito presentado por Estados Unidos al GEG en 2016, nota 1 *supra*, en 825.

<sup>117</sup> Egan, *supra* note 1, en 818 (traducción del CJI). Entre otras cosas, Egan dijo que Estados Unidos recopilaba inteligencia en el exterior y que esas actividades podrían violar las leyes internas de otros Estados, pero no estaban prohibidas de por sí en el derecho internacional consuetudinario. *Íd.*

<sup>118</sup> *Íd.* en 819.

<sup>119</sup> Véase Paul C. Ney, “DOD General Counsel Remarks at U.S. Cyber Command Legal Conference, 2 de marzo, 2020, en, <https://www.defense.gov/Newsroom/Speeches/Speech/Article/2099378/?dod-general-counsel-remarks-at-us-cyber-command-legal-conference>. Sin embargo, no queda claro si Ney estaba expresando la opinión de los Estados Unidos en su totalidad o si se trataba solamente de la posición de los militares estadounidenses, una ambigüedad que existe también con respecto a las opiniones del Ministerio de Defensa de Francia. Véase nota 101 *supra*.

45. En un debate entre 16 representantes de Estados Miembros celebrado de acuerdo a las “Reglas de Chatham House”<sup>120</sup> el 23 de junio de 2020, se reforzó la actual diversidad de opiniones sobre la cuestión de la soberanía. Varios participantes solicitaron que se afirmara la opinión de la soberanía como norma para el espacio cibernético, con lo cual la violación de la misma conllevaría una responsabilidad jurídica internacional. Otros, sin embargo, expresaron mayor escepticismo con respecto al valor de dicha labor; un participante sugirió que podrían existir muchos significados del término “soberanía” para atribuirle el rango de regla. Otro participante consideró que la “el debate sobre soberanía es una distracción”, y un tercer participante sugirió explícitamente la necesidad de replantearse su significado en el contexto cibernético.

**Pregunta 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?**

46. La diligencia debida es un principio del derecho internacional según el cual un Estado debe responder a las actividades que sepa (o que razonablemente deba saber) que se han originado en su territorio o en otras zonas bajo su control y que violan los derechos de otro Estado<sup>121</sup>. Es una obligación de esfuerzo y no de resultado: en los casos en que un Estado tenga conocimiento de la conducta o deba tenerlo, debe emplear “todos los medios que estén razonablemente a su alcance” para corregirla<sup>122</sup>. Como principio, la diligencia debida regula actualmente el comportamiento del Estado en varios contextos, en particular el derecho ambiental internacional, donde constituye la base del requisito de que los Estados frenen en su territorio la contaminación que sea una fuente de daños transfronterizos para el territorio de otros Estados.

47. Igual que en el caso de la soberanía, hay opiniones contrarias sobre si la diligencia debida es un requisito del derecho internacional en el ciberespacio. En el informe del GEG de 2015 se la menciona entre las normas “voluntarias” del comportamiento responsable de los Estados, en vez de incluirla en los principios aplicables del derecho internacional<sup>123</sup>. Los Ministerios de Defensa de los Países Bajos y de Francia la han descrito como una norma jurídica que se aplica al ciberespacio<sup>124</sup>. Sin embargo, los Países Bajos observan que no todos

---

<sup>120</sup> Chatham House, *La Regla de Chatham House*: <https://www.chathamhouse.org/chatham-house-rule> (Cuando una reunión, o una parte de la reunión, se convoca bajo la Regla de Chatham House, los participantes tienen derecho a utilizar la información que reciben, pero no pueden revelar la identidad ni la afiliación del orador, ni de ningún otro participante.)

<sup>121</sup> Véanse, por ejemplo, *Corfu Channel Case; Assessment of Compensation (United Kingdom v. Albania)* [1949] ICJ Rep., párr. 22 (9 de abril); *Trail Smelter Case (United States-Canada)*, UNRIIA, vol. III, 1905 (1938, 1941).

<sup>122</sup> Véase *Application of the Convention on the Protection and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia v. Serbia)* (Judgment) [2007] ICJ Rep. 1, párr. 430.

<sup>123</sup> GEG de 2015, nota 1 *supra*, párrs. 13 y 26 a 28.

<sup>124</sup> Opinión del Ministerio de Defensa de Francia, nota 101 *supra*, en 10 (“De acuerdo con la obligación de actuar con la debida diligencia, los Estados deben asegurar que su ámbito soberano en el ciberespacio no se use para cometer actos internacionalmente ilícitos. Si un Estado no cumple esta obligación, eso no es motivo para una excepción a la prohibición del uso de la fuerza, contrariamente a la opinión de la mayoría de los integrantes del grupo de expertos que redactaron el Manual de Tallinn”; opinión de los Países Bajos, nota 101 *supra*, apéndice, en 4 (“el principio de la debida diligencia requiere que los Estados tomen medidas con respecto a las actividades cibernéticas realizadas por personas en su territorio o para las cuales se usen redes que se encuentren en su territorio o bajo su control, que violen un derecho de otro Estado y de cuya existencia tengan conocimiento o deban tenerlo” [traducción del CJI]). Estonia, aunque no describe la debida diligencia como norma específica del derecho internacional, ha catalogado su contenido como requisito para el comportamiento del Estado. Kersti Kaljulaid, Presidente de Estonia, *President of the Republic at the opening of CyCon 2019* (mayo de 2019), en: <https://www.president.ee/en/official-duties/speeches/15241-president-of-the-republic-at-the-opening-of-cycon-2019/index.html> (“La opinión de Estonia”) (“los Estados tienen que hacer un

los países están de acuerdo en que el principio de la diligencia debida constituye una obligación en sí en el marco del derecho internacional, y se cree que Estados Unidos es uno de los países que ponen en tela de juicio esa condición<sup>125</sup>. Por lo tanto, con la novena pregunta se trató de recabar la opinión de los Estados Miembros sobre la condición de la diligencia debida con respecto a las obligaciones de un Estado de conformidad con el derecho internacional en el ciberespacio.

48. Chile, Ecuador, Guatemala, Guyana y Perú adoptan la posición de que el principio de la diligencia debida forma parte del derecho internacional que los Estados deben aplicar en el ciberespacio<sup>126</sup>. Como explica Chile, “desde el punto de vista de las operaciones cibernéticas, un Estado debe ejercer la debida diligencia para no permitir que su territorio soberano, incluida la infraestructura cibernética bajo su control, sea utilizado para llevar a cabo operaciones cibernéticas que afecten los derechos o pudieran producir consecuencias adversas sobre otro Estado”<sup>127</sup>. Guatemala adopta una posición similar y agrega que, como “ciberespacio” es un término muy amplio, actuar con la diligencia debida puede ser sumamente complicado<sup>128</sup>. Aun así, en la medida en que la diligencia debida “deriva del principio de soberanía”, Guatemala opina que “cada Estado debe tener el control para detener la actividad nociva que se produce desde su territorio, obligándose a tomar medidas preventivas, estableciendo un CERT, adoptar políticas de seguridad de la información, y elevar la conciencia sobre seguridad de la información”<sup>129</sup>.

49. La respuesta de Bolivia es más ambigua. Sin referirse a la condición jurídica de la diligencia debida, opina que no se puede responsabilizar a un Estado por un ataque cibernético si no tiene la infraestructura tecnológica necesaria para controlar a un agente no estatal<sup>130</sup>. Esta opinión podría ser compatible con el principio de la diligencia debida como norma jurídica internacional para las operaciones cibernéticas, ya que, por lo general, requiere que los Estados “tengan conocimiento” de las actividades en cuestión, lo cual no sería posible en el caso de los Estados que no tengan la infraestructura técnica necesaria<sup>131</sup>. Por otro lado, la imposibilidad de “controlar” actividades cibernéticas de las cuales se tenga conocimiento podría indicar que Bolivia no se adhiere a la doctrina de la diligencia debida en el ciberespacio. Sin una aclaración de la respuesta, es difícil llegar a una conclusión. Asimismo, en las declaraciones públicas anteriores de Estados Unidos no se abordó la condición jurídica de la diligencia debida de forma directa. Cabe señalar, no obstante, que Estados Unidos ha tendido a describir toda obligación de responder a solicitudes de asistencia en términos no vinculantes<sup>132</sup>. El hecho de que Estados Unidos no haya refrendado públicamente el principio de la diligencia debida como

---

esfuerzo razonable para asegurar que su territorio no se use con el fin de perjudicar los derechos de otros Estados. Deben buscar medios para ofrecer apoyo cuando el Estado lesionado lo solicite para identificar, atribuir o investigar operaciones cibernéticas maliciosas. Esta expectativa depende de la capacidad nacional, la disponibilidad de información y su accesibilidad” [traducción del CJI]).

<sup>125</sup> Opinión de los Países Bajos, nota 101 *supra*, apéndice, en 4.

<sup>126</sup> Respuesta de Chile, nota 1 *supra*, en 6 y 7; respuesta de Ecuador, nota 1 *supra*, en 2; respuesta de Guatemala, nota 1 *supra*, en 4; respuesta de Guyana, nota 1 *supra*, en 5; respuesta de Perú, nota 1 *supra*, en 7.

<sup>127</sup> Respuesta de Chile, nota 1 *supra*, en 6 y 7. Ecuador dijo simplemente que “la diligencia debida es aplicable a lo que sucede en los recursos tecnológicos dentro de su territorio nacional”. Respuesta de Ecuador, nota 1 *supra*, en 2.

<sup>128</sup> Respuesta de Guatemala, nota 1 *supra*, en 4.

<sup>129</sup> *Íd.* en 2 y 4.

<sup>130</sup> Respuesta de Bolivia, nota 1 *supra*, en 3 a 7.

<sup>131</sup> Véase *Tallinn 2.0*, nota 20 *supra*, en 40.

<sup>132</sup> Escrito presentado por Estados Unidos al GEG en 2014, nota 1 *supra*, en 739 (“Un Estado debería cooperar, de una manera acorde con el derecho interno y las obligaciones internacionales, con los pedidos de asistencia de otros Estados para investigar delitos cibernéticos, obtener pruebas electrónicas y mitigar las actividades cibernéticas maliciosas en su territorio”).

norma jurídica en el GEG ni en otros contextos podría indicar dudas con respecto a la condición jurídica de este principio.

50. En el debate de Chatham House de junio de 2020, varios Estados Miembros expresaron su apoyo a la debida diligencia como una norma (importante) del derecho internacional en el contexto cibernético. Sin embargo, un representante de un Estado Miembro expresó dudas con respecto al respaldo de la debida diligencia, dado el riesgo de incumplimiento que podría ocurrir para los Estados que no pueden responder adecuadamente a los ataques cibernéticos por falta de capacidad técnica.

***Pregunta 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?***

51. En la décima y última pregunta se pidió a los Estados que indicaran otras áreas del derecho internacional en las cuales el Comité debería concentrarse para mejorar la transparencia en el contexto cibernético. En las respuestas se abordan distintos asuntos. Bolivia pide que se preste más atención a la protección de los “derechos fundamentales de sus ciudadanos en cualquier dimensión en la que actúen”, incluso en el ciberespacio<sup>133</sup>. Algunas respuestas se centran en la ciberdelincuencia y, en particular, el Convenio de Budapest, elaborado por el Consejo de Europa<sup>134</sup>; otras destacan la contribución de los Manuales de Tallinn<sup>135</sup>.

52. Dos Estados —Ecuador y Guyana— indican que podría ser necesario un nuevo derecho internacional en el contexto cibernético. Ecuador recalca la necesidad de establecer la forma de regular “los ataques a objetivos militares y/o civiles que afecten masivamente a la población, como es el caso de la infraestructura crítica, los hospitales, medios de transporte masivo y otra infraestructura que afecte a la seguridad del Estado”<sup>136</sup>. Guyana dice que sería prudente contar con un conjunto de principios del derecho internacional adaptados a la índole especial del ciberespacio y observa que los principios jurídicos actuales fueron elaborados para una época y un contexto diferente<sup>137</sup>.

53. En las consultas de Chatham House de junio de 2020, varios Estados Miembros solicitaron que se preste mayor atención al principio de no injerencia (y al tema de qué actividades cibernéticas constituyen coerción). Varios participantes se hicieron eco del llamado para prestar mayor atención a los temas jurídicos “por debajo” del umbral del uso de fuerza establecido por la prohibición del artículo 2 (4) de la Carta de las Naciones Unidas. Otros sugirieron menor atención a los temas de paz y seguridad internacional en favor de una mayor atención a la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos al espacio cibernético. Otros temas que recibieron atención fueron el derecho diplomático, el principio de buena fe, las contramedidas y los estándares de prueba para la atribución de operaciones cibernéticas a un Estado.

54. Por último, al menos un participante solicitó que se desarrollara una perspectiva latinoamericana sobre la gobernabilidad internacional y el marco jurídico del espacio cibernético. El participante señaló que mayoría de las ideas sobre derecho internacional en el espacio cibernético fueron elaboradas por los Estados europeos o por especialistas del Norte Global. En lugar de duplicar los esfuerzos existentes (por ejemplo, GEG de Naciones Unidas, Grupo de Trabajo de Composición Abierta de Naciones Unidas, etc.), los países de América Latina podrían basarse en estos principios para elaborar un marco latinoamericano a fin de entender el derecho internacional en el espacio cibernético, basándose en una cultura política

---

<sup>133</sup> Respuesta de Bolivia, nota 1 *supra*, en 6 y 7.

<sup>134</sup> Respuesta de Guatemala, nota 1 *supra*, en 4; respuesta de Bolivia, nota 1 *supra*, en 6 y 7.

<sup>135</sup> Respuesta de Costa Rica, nota 1 *supra*, en 2 (donde se expresa el interés de Costa Rica en adherirse al Convenio de Budapest); respuesta de Guatemala, nota 1 *supra*, en 4 (donde se cita el Convenio de Budapest).

<sup>136</sup> Respuesta de Ecuador, nota 1 *supra*, en 3.

<sup>137</sup> Respuesta de Guyana, nota 1 *supra*, en 5 y 6 (donde se indica que el anonimato es una dificultad particular para la aplicación del derecho actual).

común de instituciones democráticas e historia iberoamericana. La OEA fue citada como el lugar ideal para coordinar dicha visión conjunta.

\* \* \*

## **CJI/RES. 260 (XCVII-O/20)**

### **DERECHO INTERNACIONAL Y OPERACIONES CIBERNÉTICAS DEL ESTADO**

EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO,

TENIENDO EN CUENTA:

Que la Asamblea General de la OEA, mediante resolución AG/RES. 2930 (XLIX-O/19) “Derecho Internacional”, en el punto i sobre “Observaciones y recomendaciones al Informe Anual del Comité Jurídico Interamericano”, solicitó al CJI que informe permanentemente sobre los avances respecto de los temas incluidos en su agenda tales como los asuntos referidos a la ciberseguridad;

CONSCIENTE de la necesidad de brindar a los Estados Miembros de la OEA parámetros claros sobre la aplicación del derecho internacional al ciberespacio, limitando así los riesgos de escalada o conflicto involuntario;

TOMANDO EN CUENTA el documento “Derecho Internacional y Operaciones Cibernéticas del Estado: Mejora de la Transparencia – Quinto Informe”, documento CJI/doc. 615/20, presentado por el doctor Duncan B. Hollis, relator del tema,

RESUELVE:

1. Agradecer al doctor Duncan B. Hollis por su trabajo como relator del tema y por la presentación de dicho informe.

2. Con base en las propuestas del informe antes referido, recomendar a la Asamblea General que apoye la aplicabilidad del derecho internacional a las operaciones estatales en el ciberespacio a través de la aprobación de la siguiente declaración:

*“La Asamblea General de la OEA afirma que el derecho internacional, incluida la Carta de las Naciones Unidas en su totalidad, la Carta de la Organización de los Estados Americanos, el derecho internacional humanitario, el derecho internacional de los derechos humanos, el deber de no intervención, la igualdad soberana de los Estados y el derecho de responsabilidad estatal, son aplicables al uso de la información y de tecnologías de la comunicación (TIC) por parte de los Estados y de quienes son responsables internacionalmente.”*

3. Solicitar al Departamento de Derecho Internacional, en su calidad de Secretaría Técnica del Comité Jurídico Interamericano, que presente al CJI una propuesta para apoyar o emprender actividades de capacitación sobre la aplicación del derecho internacional al ciberespacio dirigidas a diversos actores.

4. Mantener el tema en su agenda ampliando su alcance más allá de los temas del derecho internacional relativos a la paz y seguridad internacionales para que abarque otros regímenes internacionales.

La presente resolución fue aprobada por unanimidad en la sesión ordinaria celebrada el 7 de agosto de 2020, por los siguientes miembros: doctores Luis García-Corrochano Moyano, Eric P. Rudge, Mariana Salazar Alborno, José Antonio Moreno Rodríguez, Milenko Bertrand-Galindo Arriagada, Duncan B. Hollis, Alix Richard, George Rodrigo Bandeira Galindo, Miguel A. Espeche-Gil, Íñigo Salvador Crespo y Ruth Correa Palacio.

## **6. Interferencia extranjera en el proceso electoral de un Estado: una amenaza a la democracia y la soberanía de los Estados, respuestas del Derecho Internacional**

Durante el 93º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, agosto, 2018) el doctor Alix Richard presentó el informe preliminar titulado “Interferencia extranjera en el proceso electoral de un Estado: una amenaza a la democracia y la soberanía de los Estados, respuestas del Derecho Internacional” (documento CJI/doc. 565/18), con la intención de mostrar su importancia y proponer un nuevo tema a la agenda de trabajo del Comité. El informe releva diversos tipos de interferencia en los sistemas electorales y busca poner a disposición de los Estados un mecanismo jurídico internacional eficaz para protegerles. Entre las formas de interferencia destacó el tema del financiamiento de las campañas electorales y la interferencia cibernéticas en la era digital. Al respecto, cuestionó si los mecanismos del derecho internacional vigentes sean suficientes para proteger jurídicamente a los Estados y responder de manera efectiva ante la interferencia extranjera en los procesos electorales. Constató que el Manual de Tallin presenta un análisis completo sobre las operaciones cibernética, sin embargo, debido a la importancia y complejidad del tema, el Comité debería emitir algunas recomendaciones para los Estados con mejores prácticas para coadyuvar a los Estados. Al terminar su presentación se ofreció como relator del mismo.

El doctor Luis García-Corrochano reconoció la sofisticación de las amenazas cibernéticas en las campañas electorales y constató su relacionamiento con la Carta Democrática Interamericana, por ende el Comité podría tener una participación al respecto.

El doctor Duncan Hollis agradeció la introducción al tema y concurrió con la pertinencia de evaluar el estudio del tema en el seno del Comité. Constató dos formas para enfocarlo, una opción podría ser algo relativo a la manipulación de las elecciones para cambiar los resultados; mientras que la otra opción tendría relación con el uso de medios sociales y del control del contenido de los discursos para influenciar en la voluntad de las personas. En este último caso es muy difícil separar la influencia indebida de la mera influencia.

El doctor Carlos Mata agradeció al doctor Alix Richard por la propuesta y al doctor Duncan Hollis por su apoyo. Este es un tema complejo y amplio que debería conectarse a la Carta de la OEA. En este sentido apoyó su incorporación en la agenda. El doctor Baena Soares agradeció la propuesta y sugirió contactar a los Estados Miembros para evaluar su interés en el tema. La doctora Ruth Correa constató que este tema podría complementar el informe del doctor Hernán Salinas. El doctor Miguel Espeche-Gil explicó que este tema había sido trabajado por el Comité en el año 1965 cuyo informe hacía una distinción entre intervención y acción colectiva, la novedad representa el aspecto cibernético con motivo de elecciones. Al respecto, la Carta Democrática Interamericana establece pautas que pueden ser incorporadas en su informe. Asimismo, constató que el fraude electoral al interior de los Estados debe ser objeto de estudio por el Comité e integrado de alguna manera en los trabajos sobre la Carta Democrática. Solicitó distribuir al respecto un informe presentado por el doctor Arrighi ante el Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional (ILHADI) y el informe del CJI del 1965.

El Presidente agradeció la propuesta haciendo hincapié en el interés de resguardar los procesos electorales y distinguirlo de los casos en que la OEA pueda intervenir. El tema de la libertad de expresión es de primera importancia. En este sentido, el objetivo del estudio debe ser limitado a las buenas prácticas respecto a las interferencias indebidas. Al respecto, solicitó al doctor Alix Richard con el apoyo del doctor Hollis presentar un esquema que contenga los elementos de lo que se propone con contenidos específicos. El doctor Hollis propuso incluir el tema en la agenda de la VII Reunión de Consultores Jurídicos (15 de agosto de 2018) para contar con la opinión de los mismos, lo cual el pleno aceptó.

El último día de sesiones y luego de haberlo discutido con los asesores jurídicos el tema fue incorporado en la agenda del Comité y el doctor Alix Richard, quien fue designado como relator del

mismo, agradeció la recepción de su propuesta y se comprometió a presentar un informe en la próxima sesión del Comité.

Durante el 94º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, febrero, 2019) el tema no fue discutido.

Durante el 95º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, julio/agosto, 2019) el relator del tema doctor Alix Richard, dio a conocer los antecedentes de su propuesta que tiene por objeto elaborar un inventario de formas de interferencia pasadas y presentes, describiendo las normas existentes. Consultó la opinión de los miembros sobre la naturaleza jurídica del documento (si sería preferible redactar un instrumento vinculante, una ley modelo, un estudio o una guía) y el camino a seguir para poder dotar a los Estados de contribuciones prácticas. Aludió a los desafíos para determinar de manera eficiente las interferencias y sancionar (o disuadir) a aquellos que lo hacen. Asimismo, el relator describió las diferencias de su tema en relación al fraude electoral que en principio tendría matices de orden interno comparado a la interferencia extranjera, además aclaró que no es su intención incluir dichos desarrollos en su informe. Finalmente, sugirió enviar un cuestionario a los Estados para conocer la situación en cada país miembro de la OEA.

El doctor Carlos Mata instó al relator a determinar el objeto del trabajo para concretar de la mejor manera su tarea. Sugirió trabajar el impacto de las nuevas tecnologías, por medio de acciones que vienen desde el extranjero, teniendo como punto de referencia el principio de no intervención, estipulado en la Carta de la OEA. Al respecto citó el caso de las influencias que partidos políticos hacen por medio de llamadas telefónicas desde el exterior de los países. En su entender el aporte que haga el Comité no requiere ser necesariamente la elaboración de una ley modelo.

El doctor Milenko Bertrand subrayó la importancia de la finalidad del estudio, sin que sea necesario elaborar una ley modelo, pero que incluya temas ligados a la responsabilidad de los Estados. Instó al relator a limitarse a los temas jurídicos que refieran a nuevas formas de intervención, pero sin omitir las formas en que históricamente los Estados de las Américas han sufrido la interferencia y sus efectos, integrando en cada caso soluciones.

El doctor Espeche-Gil invitó al relator a presentar desarrollos en materia de no intervención y acción colectiva, y la necesaria actualización para enfrentar las nuevas formas de interferencias.

El doctor Duncan Hollis sugirió no determinar el formato en esta etapa, y que se defina la naturaleza del documento en función del informe que se presente. Se debería buscar mecanismos para defenderse frente a la interferencia. El informe inicial debería contener desarrollos de lo sucedido en las elecciones en Francia, la Unión Europea y los Estados Unidos. Determinar los pasos para confrontar las interferencias, tales como los compromisos políticos del G-7; el llamado de Macron que retoma el compromiso del G-7 (el llamado de París) e involucrar tanto a los Estados como a actores no gubernamentales. Se debería también realizar un análisis sobre el impacto de la no intervención y su definición bajo el estado actual del derecho internacional.

El relator del tema doctor Alix Richard agradeció los comentarios y se comprometió a incluir tanto las formas tradicionales de interferencia como las más recientes, incluyendo a los ataques cibernéticos. Todo ello con el fin de buscar una fórmula que permita proteger a los gobiernos frente a las diversas formas de intervención.

La Presidenta solicitó al relator presentar un informe en la próxima sesión del Comité en que se proponga además la naturaleza del instrumento a ser desarrollado.

Durante el 96º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, marzo, 2020), el tema no fue considerado porque el relator no estuvo presente.

Durante el 97º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Sesión virtual, agosto, 2020), este tema no fue considerado.

\* \* \*

## 7. Lineamientos para un desarrollo normativo ulterior del asilo diplomático

Durante el 95º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, julio/agosto, 2019) el doctor Íñigo Salvador presentó una propuesta de nuevo tema a ser integrado en la agenda del Comité por medio de un informe titulado “Lineamientos para un desarrollo normativo ulterior del asilo diplomático” (documento CJI/doc. 592/19). Para ello el relator identificó la normativa convencional (Convención de 1954 que le arroga al Estado la facultad exclusiva) y los desarrollos jurisprudenciales en la materia. También se refirió a la distinción entre el asilo territorial y el asilo diplomático, citando opiniones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la doctrina por medio de casos particulares tanto en el hemisferio como fuera del mismo. En este sentido, el doctor Salvador presentó tres principios jurídicos que deberían ser considerados respecto a las obligaciones de los asilados:

1. *No se debe establecer obligaciones que les sean imposibles de cumplir o impliquen una carga demasiado gravosa para las personas asiladas*
2. *De ninguna manera las obligaciones de las personas asiladas deben ser una especie de contraprestación por la concesión del asilo*
3. *Las obligaciones de las personas asiladas deben ser compatibles con la naturaleza jurídica de la modalidad de asilo aplicada*

Al culminar aseveró que su propuesta busca determinar las condiciones, contenido y alcance del asilo diplomático teniendo en cuenta las obligaciones de la persona asilada, los principios de no interferencia en los asuntos internos del Estado receptor e inviolabilidad de las misiones diplomáticas, y el tema de la calificación de su naturaleza por el Estado asilante.

El doctor Milenko Bertrand agradeció la propuesta en un tema en donde existe un poco de anarquía. Sugirió incluir los avances en relación a las normas contra el terrorismo y el genocidio. En su entender se deberían considerar las causales del refugio en la aplicación del asilo. Respecto al tema de la facultad soberana y derechos humanos, citó el caso de un nacional chileno quien tiene pendientes varias acusaciones de crímenes cometidos en su país y a quien se le ha otorgado el refugio en Argentina (cuya defensa alude al asilo político). Instó a verificar la pertinencia de revisar la posible eliminación de la institución del asilo. Es consciente que el asilo ha permitido salvar vidas, pero la crisis del refugio de nuestros días y la extensión de las causales obliga a generar un concepto del refugio que pudiera incluir el asilo.

La doctora Mariana Salazar agradeció la actualidad del tema y la descripción que propone el doctor Salvador. Se opuso a toda tentativa de eliminar la figura del asilo a la luz del no reconocimiento ampliado de la Convención de Cartagena sobre Refugiados y de la posibilidad que esta figura permite cuando no se puede salir de su país de origen. Solicitó cautela en relación a la caracterización del asilo como un derecho humano, respecto a las causas que se citan en el informe.

El doctor George Galindo agradeció al doctor Salvador y destacó el carácter apropiado de la propuesta. En relación al objeto del trabajo, consideró que un estudio sobre el asilo permitirá hacer una actualización y será una contribución importante. Sugirió añadir los deberes de los Estados respecto al asilo diplomático (a la luz del caso Irán c. EEUU que establece que el derecho diplomático es autosuficiente “self contained”) así como la relación con los asilados y el personal diplomático. Propuso verificar la dimensión política respecto a la manera en que los Estados se relacionan, y no únicamente la dimensión de los derechos humanos. Instó también a incluir elementos sobre el deber de garantizar la inviolabilidad de las legaciones diplomáticas y las garantías necesarias para mantener la neutralidad.

El doctor Luis García-Corrochano constató la ausencia de claridad de ciertos elementos que no fueron resueltos por la Corte Internacional de Justicia en el Caso Haya De la Torre. No se trataría de un derecho al asilo, pero más bien sería una discreción en manos del Estado bajo ciertos lineamientos. La incorporación en el informe de la condición del asilado es fundamental, ello tiene además relación con

la capacidad para poder mantener la neutralidad y permitirle al Estado garantizar al asilado sus derechos esenciales. Finalmente, se sugirió regular el aspecto temporal (pues por naturaleza el asilo diplomático debe ser transitorio).

La Presidenta aludió a la importancia de la inviolabilidad de las Embajadas, e invitó al doctor Íñigo Salvador a participar como el relator en el tema, contando con la anuencia del pleno.

El relator del tema agradeció las observaciones, el interés en mantener el tema bajo estudio, y solicitó orientaciones respecto al camino a tomar. El doctor Arrighi recomendó al Comité educar a la opinión pública sobre el buen uso de los conceptos formulados, teniendo en cuenta los elementos planteados por los miembros. El relator propuso identificar los términos sin perder de vista el interés de poder hacer una propuesta normativa al finalizar esa primera tarea.

Durante el 96° período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, marzo, 2020), el tema no fue considerado porque el relator no estuvo presente.

Durante el 97° período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Sesión virtual, agosto, 2020), este tema no fue considerado.

\* \* \*

## 8. Derecho internacional consuetudinario particular en el contexto del continente

Durante el 95º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, julio-agosto, 2019), el doctor George Galindo presentó una nueva propuesta a ser incluida en la agenda del Comité, titulada: Derecho Internacional consuetudinario regional (documento CJI/doc. 587/19). En la oportunidad, explicó las tres motivaciones principales en el tema:

- que el CJI reflexione sobre el significado de pertenecer al Continente americano;
- que se examine la opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos humanos del 30 de mayo de 2018, Opinión Consultiva OC-25/18 acerca de “la institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de protección”, y
- que se analice el pronunciamiento de la Comisión de Derecho Internacional sobre la identificación del Derecho Internacional Consuetudinario, notamente la conclusión 16 (de la cual la Asamblea General tomó nota):

*Conclusión 16: Derecho internacional consuetudinario particular*

*1. Una norma de derecho internacional consuetudinario particular, ya sea regional, local o de otra índole, es una norma de derecho internacional consuetudinario que solo se aplica entre un número limitado de Estados.*

*2. Para determinar la existencia y el contenido de una norma de derecho internacional consuetudinario particular, es necesario cerciorarse de que existe una práctica general entre los Estados interesados que es aceptada por ellos como derecho (opinio iuris) entre esos Estados.”*

Entre los elementos que serán considerados en su estudio, el doctor Bandeira Galindo, propuso los siguientes temas:

- La “delimitación de las reglas de costumbre”, a la luz de propuestas de la doctrina que la limitan a un número de Estados que la configuran.
- El consentimiento, su carácter expreso o tácito. Necesidad de investigar el tema del silencio en el ámbito restringido que impone el sistema regional.
- El relacionamiento entre la costumbre regional y universal.
- El principio de la objeción persistente, en particular frente a una norma consuetudinaria que exige el consentimiento.
- La existencia de un *jus cogens* regional.
- La determinación del concepto de región que sea “jurídicamente relevante”.

Como metodología propuso identificar las normas consuetudinarias que existen en el continente actualmente (normas primarias generales en el ámbito de la costumbre regional) por medio de un estudio de las decisiones de los tribunales internacionales, las contribuciones doctrinales y una encuesta a los Estados Miembros de la OEA.

El doctor Iñigo Salvador apoyó la propuesta del doctor George Galindo y como una manera de enriquecer su consideración propuso reflejar ambos aspectos del concepto bajo estudio, tanto en el ámbito regional como universal, incluyendo el aspecto particular versus general, de manera a incluir las opiniones de la Corte Internacional de Justicia en relación a la costumbre. En lo que respecta a la relación de este tema con el asilo bajo su relatoría, sugirió introducir en la reflexión el cruce de las fuentes (elementos que provengan de convenciones y del derecho internacional consuetudinario).

El doctor Luis García Corrochano apoyó igualmente la propuesta presentada. Aludió al efecto generador de la costumbre del Juez Jiménez de Arrechaga. Al ser una unidad continental habría que revisar donde comienza y termina la costumbre. Se debería hacer un análisis casuístico. Finalmente,

propuso referirse al paso de la norma consuetudinaria a norma imperativa, independientemente su cuestionamiento.

El doctor Milenko Bertrand se refirió al desafío revitalizante que implica la propuesta. Aconsejó incluir en el análisis la “costumbre bilateral” (su punto de conexión y diferenciación con el *stoppel*); aspectos valóricos respecto de la práctica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a partir del caso *Atala* por ejemplo; temas relativos al silencio en el consentimiento, en particular el efecto de las declaraciones de organizaciones internacionales de orden político que no se votan por favorecer el consenso.

El doctor Jean-Michel Arrighi recomendó referir a la existencia o ausencia de una costumbre de naturaleza regional en materia de democracia, en función de la Carta Democrática de la OEA que es un texto adoptado como una resolución.

Durante el 96º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, marzo, 2020), el relator del tema, doctor George Galindo, presentó el informe que ha elaborado en la materia, (documento CJI/doc. 602/20). Preciso que la metodología más adecuada es la inductiva puesto que permite hacer un balance de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia sobre el tema bajo estudio.

El desarrollo jurisprudencial presentado en su informe describe decisiones relativas a variados temas tales como al asilo; los derechos de nacionales de Estados Unidos en Marruecos; el derecho de paso sobre el territorio de India (“La Corte no ve ninguna razón por la cual una práctica prolongada entre dos Estados que la aceptan como elemento regulador de sus relaciones no pueda servir de base para derechos y obligaciones mutuos entre ambos Estados”); las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (Nicaragua contra los Estados Unidos de América); la controversia fronteriza (Burkina Faso contra la República de Malí) que trae a colación el tema del *uti possidetis*; la controversia sobre derechos de navegación y derechos conexos (Costa Rica contra Nicaragua), por medio de la cual la Corte hace una presunción de existencia de una costumbre a favor de Costa Rica, derecho a la pesca de subsistencia de los ribereños del río San Juan, por ende inversa la carga de la prueba respecto a los casos de asilo.

El doctor Luis García Corrochano se refirió a las costumbres regionales y las costumbres bilaterales y el tipo de prueba que se exige en cada caso (probar la costumbre y luego la reivindicación en particular).

La doctora Salazar congratuló al relator por la metodología utilizada y por haber integrado las opiniones disidentes o separadas de magistrados. Consultó al relator si la costumbre regional impondría requisitos más estrictos para la expresión de la voluntad de los Estados, como se refleja en los primeros casos de la Corte, tendencia que parece haber sido revertida en la última decisión citada en su informe respecto a los casos en que hay aquiescencia de una norma. Finalmente, solicitó al relator si tiene la intención de hacer un listado de normas que son costumbre regional en las Américas, lo cual estimó sería aconsejable y útil. El relator explicó que el cambio de posición de la Corte debería ser investigado con mayor profundidad. En relación a la clasificación, sea esta regional o particular, solicitó mayor tiempo para su reflexión. Sugirió ver la posibilidad de incluir la diferenciación entre reglas primarias y secundarias; o tal vez identificar cómo la norma surge y luego ver si valdría la pena analizar algunas materias que constituyen costumbre regional.

El doctor Milenko Bertrand instó al relator a desarrollar un listado de áreas particulares en donde existe de nuestros días una costumbre, más allá del sistema latinoamericano (e incluso en la región que incluya al Caribe). Propuesta que recibió el apoyo del doctor Eric Rudge, quien estimó importante incluir las prácticas de toda la región.

El doctor José Moreno solicitó al relator sobre la elaboración de un listado que pudiera tener en cuenta el tema de las inversiones.

La Presidenta, doctora Ruth Correa, agradeció al relator por su trabajo, y le invitó a tomar el tiempo necesario para avanzar su reflexión.

Durante el 97º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (sesión virtual, agosto, 2020), este tema no fue considerado.

\* \* \*

## 9. El fraude electoral como ilícito internacional del sistema interamericano

Durante el 95º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, julio/agosto, 2019), el doctor Miguel Angel Espeche-Gil manifestó su interés en desarrollar la temática del fraude electoral, y que de nuestros días toma diversas formas y ramificaciones (incluyendo en el ámbito cibernético). En concreto, su propuesta inicial era incluir una nueva provisión a la Carta Democrática Interamericana, cuenta tenida su trascendencia en la materia por medio de un agregado al artículo 23 en el Capítulo V que lee:

“El fraude electoral, en todas sus formas, es un ilícito dentro del Sistema Interamericano pues viola uno de los principios fundamentales de la O.E.A.: el ejercicio efectivo de la democracia representativa. Tan ilegal es el fraude electoral como los golpes de Estado, ambos generan gobiernos ilegítimos.”

El doctor Arrighi explicó que la propuesta original de la Carta Democrática Interamericana que realizó el gobierno peruano buscaba precisamente pronunciarse sobre el fraude electoral a la luz de la pretensión de cada candidato en las elecciones presidenciales de 2000 que oponían a Fujimori y Toledo. Sin embargo, el tema no avanzó y ninguna de las cuatro hipótesis de crisis previstas por la Carta Democrática Interamericana prevé el caso del fraude electoral. Recomendó evitar modificar la CDI en la actualidad, y adoptar una resolución siguiendo el camino trazado por el Comité, que ya dispone de estudios sobre los elementos de la democracia.

El doctor Espeche-Gil agradeció la sugerencia del doctor Arrighi y convino en trabajar un pronunciamiento sobre el tema del fraude electoral sin por ahora introducir propuestas de cambio a la Carta Democrática Interamericana.

El doctor Luis García-Corrochano agradeció la propuesta del doctor Espeche-Gil y el camino propuesto por el doctor Arrighi. Frente al aumento del número de amenazas a la democracia se debería incluir un listado amplio de elementos que tengan incidencia.

El doctor George Galindo solicitó información adicional sobre los desarrollos del Comité sobre la temática de la democracia.

Al respecto, el doctor Dante Negro se refirió al volumen sobre “La democracia en los trabajos del Comité Jurídico Interamericano”, el cual recopila los desarrollos entre 1946 y 2010.

La Presidenta solicitó a la Secretaría remitir a los miembros no solamente los informes aprobados sino que también incluir los desarrollos del doctor Hernán Salinas.

Para distinguir el tratamiento de este tema de la propuesta del doctor Richard, el doctor Espeche-Gil planteó la posibilidad de presentar un voto separado al informe del doctor Richard que permita precisar su posición sobre el fraude electoral. La propuesta del doctor Espeche-Gil quedó en la agenda del Comité, quedando designado como relator del mismo.

Durante el 96º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, marzo, 2020), el relator del tema, doctor Miguel Espeche presentó un informe verbal en la materia. Explicó que se trataba de una propuesta que había traído originalmente al Comité en el año 1994. En la instancia, propuso elaborar una declaración que indique al fraude electoral como algo que vulnera los principios de la democracia. Por ende, condena al fraude como ilícito. Explicó asimismo que había pensado proponer una enmienda a la Carta Democrática Interamericana, pero consideró que no era pertinente en este momento seguir por esa vía.

El doctor Luis García apoyó la propuesta de adoptar una declaración que fije la posición del Comité sobre conductas ilegítimas, tal como el fraude electoral.

El doctor Jean-Michel Arrighi se refirió al fraude electoral en las elecciones del año 2000 en Perú entre Toledo y Fujimori, que sirvió de referencia al art. 20 de la Carta Democrática Interamericana “cuando se produce una alteración grave del orden constitucional”. El CJI ha elaborado un informe sobre los elementos que permitían definir dicha alteración el cual tiene por título “Elementos esenciales y fundamentales de la democracia representativa y su vinculación con la acción

colectiva en el marco de la Carta Democrática Interamericana” (documento CJI/RES. 159 (LXXV-O/09)).

En este contexto el Comité podría reabrir el tema y darle seguimiento a la aplicación de la CDI, pero no consideró pertinente embarcarse en una propuesta de reforma a la misma.

El doctor Duncan Hollis instó al relator a desarrollar el concepto de “fraude electoral” y motivar la acción del Comité al respecto.

El doctor Milenko Bertrand estimó necesario discutir sobre la tipificación de la figura del fraude electoral e incluso identificar temas relativos a los agentes que participan y las posibles intervenciones desde el extranjero.

La Presidenta le solicitó al relator tuviera a bien someter una nueva versión de su informe en la próxima sesión.

Durante el 97º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Sesión virtual, agosto, 2020), el relator del tema, doctor Miguel A. Espeche Gil presentó su informe titulado “fraude electoral como ilícito internacional del Sistema Interamericano” (documento CJI/doc. 610/20). Explicó que cualquier alteración o ruptura inconstitucional del orden democrático en un Estado del Hemisferio debería constituir un obstáculo insuperable para la participación del gobierno de dicho Estado en el proceso de Cumbres de las Américas, y se refirió a la Carta Democrática Interamericana (CDI) como un conjunto de normas orientadoras que embarcan, entre otros, la celebración periódica de elecciones. En este sentido, el relator subrayó la conveniencia de dar un salto cualitativo para establecer que el fraude electoral puede ser cometido dentro de un Estado o por intrusión ilegítima desde otro; que dichas acciones podrían llegar a alterar dolosamente por distintos medios los resultados de la emisión genuina del sufragio, antes durante o después del acto eleccionario y generarían gobiernos tan ilegítimos como los surgidos de golpes de Estado. Consideró además que el fraude electoral constituye una alteración grave del orden constitucional en términos del art 19 de la CDI. El doctor Espeche comentó que la aprobación de esta propuesta demostraría la coherencia que debe existir entre el derecho interno y el derecho interamericano, y propuso consolidar este aspecto jurídico-político que contribuirá al fortalecimiento del sistema democrático en el continente por medio de un documento que pudiera ser eventualmente considerado por la Asamblea General de la OEA como un aporte al fortalecimiento del estado de derecho.

El doctor Eric P. Rudge señaló que las disposiciones de la CDI podrían con el tiempo convertirse en normas consuetudinarias de cumplimiento obligatorio y que, por lo tanto, es importante adoptar esta propuesta y posiblemente emitir una resolución del Comité sobre la importancia de tener elecciones libres y justas en la región, cuya alteración es contraria a todos los principios del sistema democrático que los países de la región han adoptado.

Por su parte, el doctor Luis García-Corrochano sugirió enviar una resolución a la Asamblea General denunciando el fraude electoral como la modalidad moderna del golpe de estado, incluyendo el fraude cibernético, que ponen en peligro la legítima representación de la voluntad popular que debe quedar legítimamente recogida en el resultado del proceso.

El doctor Alix Richard observó que para que la propuesta sea eficiente, debería definir de manera más precisa la noción de “fraude” así como las formas de probarlo, ya que hoy en día hay muchas formas de perpetrarlo y son distintos actores quienes pueden hacerlo.

La Presidenta felicitó al doctor Espeche por su puntual y oportuna propuesta y sugirió entonces que su trabajo se enfoque en la redacción de una resolución del CJI.

En respuesta a estas observaciones, el doctor Espeche consideró conveniente incorporar una definición de fraude electoral que podría tomar la siguiente forma: “alteraciones dolosas de resultados electorales que son conductas tipificadas como delitos en los Estados de la región”; y acogió la idea de elaborar una resolución.

En relación a la forma de probar el fraude electoral, el doctor Eric Ruge sugirió que la propuesta haga referencia al artículo 24 de la Carta Democrática Interamericana, permitiendo a la Misión de Observación Electoral (MOE) concluir que hubo fraude para que la carga de la prueba se tenga por satisfecha.

El doctor Arrighi intervino para referirse a ciertos antecedentes respecto al tema del fraude electoral, previos a la adopción de la CDI en los que se invocaron las disposiciones de la Carta de la OEA en materia de democracia. Recordó que el tema del fraude electoral no se incluyó en la CDI por las dificultades que impone la identificación todos los elementos que intervienen y los responsables de ellos. Recordó que el CJI ya había estudiado el tema de fraude y había determinado que sus elementos son casuísticos, por lo que esta resolución debería únicamente complementar lo que el CJI ya ha considerado, como los casos graves de alteración de la democracia. Por su parte, aclaró que las MOE solamente se hacen cuando el país las solicita por lo tanto es poco conveniente supeditar la presunción de fraude exclusivamente a la existencia o no de una MOE.

En el mismo tenor, el doctor Alix Richard observó que han existido antecedentes de que la propia gestión de la MOE pueda ser cuestionada, por lo que es muy delicado sujetar la presunción de fraude exclusivamente a la MOE sin incluir otros factores internos pertinentes.

El doctor Eric P. Rudge aconsejó fortalecer la selección y capacitación de quienes integran la MOE para que sus resultados y su gestión no dejen lugar a cuestionamientos, pero que una vez que la MOE emita su informe se le otorgue el mayor crédito posible. Observó que de lo contrario, se estaría debilitando un sistema que la propia OEA ha construido.

El doctor Luis García-Corrochano se refirió a una desafortunada gestión de la MOE en Perú en relación a la elección del año 2000 y recomendó que la propuesta debe apuntalar al fortalecimiento y la neutralidad de las autoridades de los Estados que acompañan la MOE, pero no como supeditados a ella o a entidades exteriores, porque el tratamiento dado por la propia MOE puede ser controversial.

La Presidenta tomó la palabra para apoyar la sugerencia del doctor García-Corrochano en el sentido de que las implicaciones del informe de la MOE ameritan un estudio más profundo que deberían hacerse en otra ocasión debido a las limitantes de tiempo.

Acto seguido, el doctor Espeche planteó una definición de fraude electoral que haga mención a conductas tipificadas en legislaciones locales, lo que fortalece instituciones internas, pero evitando entrar en el tema espinoso de los elementos de la prueba, y solicitó que los aspectos adicionales fueran incorporados por el Secretario de Asuntos Jurídicos al texto del proyecto de resolución.

El doctor Arrighi por su parte desaconsejó llevar este tema a la atención de la Asamblea General en este momento, por considerar que el nivel de especificidad que se plantea podría implicar reabrir la discusión de la CDI, en un tema sumamente delicado.

Siguiendo las instrucciones de la Presidenta, durante la última sesión de trabajo, el doctor Miguel A. Espeche Gil presentó una versión revisada de su informe, registrado como (documento CJI/doc. 610/20 rev.1.), que incorpora los acuerdos alcanzados, pero sugirió guardar este documento para su análisis en el curso del próximo año.

La Presidenta pidió que el tema se mantenga en la agenda para continuar su discusión.

\* \* \*

## **10. Ley Modelo sobre el uso de fuegos artificiales, sea para uso personal o en espectáculos pirotécnicos masivos**

El doctor Milenko Bertrand explicó la resolución de la Asamblea General de la OEA que solicita al CJI la “elaboración de una ley modelo que regule el uso de fuegos artificiales, sea para uso personal o en espectáculos pirotécnicos masivos, tomando como base las legislaciones existentes sobre esta materia en la región, así como los insumos que provean los Estados”, en virtud de la resolución AG/RES. 2930 (XLIX-O/19) numeral iii. En relación a los antecedentes, el doctor Bertrand reveló que la propuesta inicial fue presentada por dos ONGs de Chile que asisten a niños quemados y que viajaron a la sede de la OEA para presentar ante los Estados el trabajo realizado. Es un tema que tiene relación con la experiencia chilena que cuenta con una ley que regula de manera específica la materia de los fuegos artificiales. Dicha normativa prohíbe la venta y el uso de los mismos, pudiendo resultar en multas y decomisos en caso de infracciones a la ley. La ley se aplica también a los espectáculos pirotécnicos fijando niveles de seguridad permitidos, y ello implica tanto a instituciones públicas como privadas. La introducción de la norma fue acompañada de campañas publicitarias que buscaban generar un cambio cultural en la opinión pública, algo que resultó muy eficaz. Estudios permiten constatar que desde la publicación de la ley, en quince años ha bajado considerablemente el número de quemaduras, inclusive ya no hay muertes. Constató además que ya habría un análisis que describe el tipo de regulación existente en diez Estados Miembros de la OEA, y que estaría en marcha un estudio por parte de la Universidad de California sobre el impacto real del uso de fuegos artificiales en la niñez en toda América. En este contexto, al momento de manifestar su interés en hacerse cargo de la relatoría del tema, considerando su interés en el mismo y su vinculación con las ONGs involucradas, propuso la siguiente agenda de trabajo:

- Presentar el estudio de la Universidad de California que podría permitir elaborar una ley modelo en función de información efectiva.
- Revisar el cuestionario existente y redactar uno nuevo a ser enviado a instituciones públicas de los Estados miembros por medio de sus representantes ante la OEA.
- Proponer una ley modelo que incorpore modelos de técnica legislativa, tanto hemisférica como europea, que permita pronunciarse sobre políticas públicas en función de culturas y prácticas propias. Ello ayudaría a incorporar temas de la efectividad de la normativa en el contexto latinoamericano, incluyendo la generación de una metodología que podría servir en otros ámbitos.

El doctor Espeche-Gil confirmó que esta iniciativa inaugura una oposición muy fuerte de empresas poderosas en nuestros países.

El doctor George Bandeira constató el carácter oportuno del mandato de la Asamblea General y consultó sobre la existencia de alguna iniciativa global en la materia, destacando la relación de la pobreza con el tema de los fuegos artificiales, pudiéndose entonces pensar el tema bajo el ángulo del derecho. Asimismo, solicitó integrar la dimensión técnica del trabajo que realizan médicos e ingenieros, y otras partes involucradas.

El doctor José Moreno felicitó al doctor Bertrand, y le consultó si ya existe algún relevo en el *Common Law* que pudiera tener alguna trascendencia para el trabajo del Comité.

La Presidenta, doctora Ruth Correa, se refirió a la ley de su país, que incorpora temas de orden público, relativos a la salud (vista desde variados aspectos) y seguridad (pues regula el uso de la pólvora). Asimismo, solicitó el acuerdo de los miembros para designar al doctor Milenko Bertrand como relator de este mandato que ha sido solicitado por la Asamblea General de la OEA.

Cabe hacer notar que en días anteriores el Embajador de Chile ante la OEA, y ex miembro del Comité, doctor Hernán Salinas se había referido a la iniciativa relativa a los fuegos artificiales que fuera descrita por el doctor Bertrand, subrayando la importancia de regular el uso responsable de los mismos, en función de experiencia positiva de su país. En la oportunidad, el doctor Iñigo Salvador

explicó que el uso de fuegos artificiales compuesto de fósforo blanco no se limitaba a quemaduras en su país, sino que además al ser utilizado como veneno tenía efectos insospechados en la salud, incluyendo la muerte (al respecto anunció la presentación de un caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos). Adicionalmente, se refirió al impacto negativo de los fuegos artificiales en espacios como en las Islas Galápagos, cuyo efecto se hace sentir en los animales e inclusive pudiendo dar origen a incendios, y por ende provocar riesgos para la salud pública y el medio ambiente.

El relator designado del tema, doctor Milenko Bertrand, agradeció los aportes. Explicó que a pesar de no ser un tema de su especialidad, es consciente del importante impacto que tendrá en la población. Además, ello le llevará a relacionarse con especialistas en temas técnicos, tanto médicos, ingenieros y sociólogos. En cuanto al objetivo se buscará trabajar en una metodología que permita incorporar aportes que van más allá de lo jurídico, notamente aspectos de política pública. A nivel de la ONU no existen iniciativas en la materia, a pesar de los esfuerzos desplegados por las ONGs de Chile en el seno del organismo universal. En relación a las legislaciones nacionales señaló la necesidad de realizar mayores esfuerzos en lugares donde el Estado está mucho menos presente, y por ende convino que los desafíos son variados y de naturaleza distinta.

Durante el 96º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, marzo, 2020), el relator del tema, doctor Milenko Bertrand explicó que el origen del mandato nace de una iniciativa de la sociedad civil y tiene por fundamento el éxito de la legislación chilena en la materia, que restringe los artículos pirotécnicos, prohíbe el uso, la fabricación, la distribución y la venta. Es una legislación que establece prohibiciones absolutas muy diferentes de otros Estados. Somete las infracciones a los jueces y a la policía local, estableciendo multas. Manifestó el relator que los estudios demuestran una conexión directa entre la ley y la reducción en el número de muertes y personas dañadas en Chile. El estudio busca verificar cómo una ley modelo puede ejercer alguna incidencia en los Estados Miembros de la OEA, a partir de un estudio comparado que tiene en cuenta la legislación y la práctica de otros países. Su relatoría tiene como base investigaciones sobre la situación en otros Estados que le fueran entregadas por Organizaciones no gubernamentales, tales como la Organización Pro-Bono, y no necesariamente proviene de los Ministerios de Relaciones Exteriores. Constató que en ningún otro país existe una prohibición absoluta como en Chile. Asimismo, el trabajo tiene en consideración la entidad que se ocupa de la temática, el Ministerio de Defensa en Chile (prerogativa que en otros países le compete al cuerpo de bomberos). Constató que el trabajo incluye las razones que motivan la normativa en los países estudiados (algunos se refieren a temas de salud tales como la protección de personas autistas, mientras que otros destacan temas de medio ambiente). El relator criticó el uso de la calificación que se acuerda en el continente para dirimir los tipos de fuegos artificiales (UN-0336) que se basa en función del transporte de mercaderías peligrosas y no de los daños al ser humano. Al respecto sugirió seguir el modelo europeo que se refiere al rotulado de los fuegos artificiales e impone criterios tales como la distancia mínima de seguridad, nivel de ruido, tiempo para su encendido, etc.).

El relator propuso que el ámbito del mandato no se limite a la regulación del uso de los fuegos, sino que incluya además las etapas previas al uso, tales como la venta, importación y distribución. En cuanto a los órganos encargados de la regulación, se deberá tener en cuenta la diversidad de regímenes políticos, habida cuenta de las prerrogativas que los gobiernos establecen en la materia. Se debería adecuar la calificación de la ONU centrada en el transporte de materiales peligrosos e incorporar otros factores, tales como el daño al medio ambiente y la fauna. Una ley modelo en base a la prohibición total puede no ser exitosa, y por ende propone un modelo con opciones y alternativas que pueda ser seguido por otros países.

El doctor Duncan Hollis destacó cuatro elementos en particular. En relación al tema de la prohibición, propuso que se señalen diversas alternativas para considerar otras respuestas normativas. La respuesta del Comité debería además guiarse por el objetivo de la ley modelo, esto es determinar si se quiere simplemente asegurar que los Estados regulen el tema o tratar de armonizar dichas regulaciones. Si la intención es la primera entonces la ley modelo podría incluir diferentes opciones

respecto de diferentes preferencias de políticas. Asimismo, se debería tener en cuenta el nivel de peligro de cada tipo de fuego artificial y del material explosivo. Destacó finalmente el tema de las prerrogativas de los gobiernos locales, las cuales podrían complicar los esfuerzos de las regulaciones a nivel nacional, incluso la situación particular de los pueblos indígenas en los Estados Unidos impone desafíos similares.

El doctor Luis García Corrochano instó al relator a verificar la realidad de nuestros países y su real aplicación. Por ello propuso tener en cuenta el alto grado de informalidad en el tema, y el reto que impone el respecto del control efectivo, que por lo demás puede variar dentro de un mismo país (citó al respecto las fiestas patronales en los pueblos al interior de los Andes). El trabajo debería contemplar una cierta progresividad, pero no una prohibición absoluta. En este contexto, hay que pensar en la efectividad de la norma en función de la efectividad de la sanción.

El doctor José Moreno sugirió que el tipo de instrumento fuera una guía legislativa en lugar de una ley modelo, que permita brindar opciones y propuestas destinadas a resolver o confrontar los desafíos.

La doctora Mariana Salazar propuso que, desde el punto metodológico, se efectúe una primera evaluación de la región, que incluya una comparación de la regulación entre los países, lo cual facilitaría determinar el tipo de producto.

El doctor Eric Rudge manifestó su sorpresa de ver incorporado este tema en la agenda. En Suriname, el tema es regulado por el gobierno central, y los fuegos artificiales son prohibidos durante la mayor parte del año (únicamente permitidos para las celebraciones en torno al “año nuevo”). Invitó al relator a tener en cuenta la situación en el Caribe y también solicitó cautela en torno al tipo de regulación que se quiere proponer y respetar el mandato de la Asamblea General limitado al uso. Respecto de la situación señalada por el doctor Hollis sobre los pueblos indígenas, observó que no es algo que exista en otros países. El relator explicó que en Chile es posible utilizar fuegos artificiales, pero bajo ciertos criterios regulatorios. Aclaró también que el documento que se está trabajando no será vinculante.

La Presidenta del Comité explicó haber unanimidad sobre la naturaleza del trabajo, una ley modelo. También constató que el documento deberá considerar temas de protección al medio ambiente y a la fauna, todo lo cual requiere un cambio de mentalidad considerando que el uso de los fuegos artificiales en nuestros días está muy arraigado.

El relator del tema, doctor Milenko Bertrand, agradeció las propuestas. Concordó con lo dicho por el doctor Hollis. Es consciente del aspecto cultural del tema (al respecto el tema de las tradiciones indígenas deberá ser tenido en cuenta), y por tal razón lo ideal sería elaborar una propuesta que pueda presentar “modelos de leyes” en lugar de un modelo único. La clasificación y la rotulación respecto al nivel de peligro son aspectos esenciales, y podrían servir para la armonización. En respuesta a los doctores García-Corrochano y Moreno, observó un cierto consenso en los miembros del Comité de evitar un modelo absoluto con obligaciones como las que existen en Chile. Manifestó su interés en optar por una progresividad que permita tener en cuenta alternativas con grados diferentes de prohibición. Se incluirán también sanciones y propuestas de cambios para avanzar, en particular frente a la informalidad que existe en ciertos lugares. El relator aclaró la intención de incluir una categorización sobre la peligrosidad y daño a las personas junto con temas de protección del medio ambiente y de la fauna, todo ello con el fin de facilitar su incorporación en las legislaciones nacionales. Señaló además que propondrá medidas de socialización respecto de la cultura de los fuegos artificiales.

La Presidenta agradeció al relator, a quien invitó a trabajar un informe que tenga en cuenta las diferentes opciones.

Durante el 97º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Sesión virtual, agosto, 2020), este tema no fue considerado.

\* \* \*

## **11. Los aspectos jurídicos de la deuda externa**

Durante el 95º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, julio-agosto, 2019), el doctor Miguel Espeche-Gil solicitó incluir un nuevo tema que llevará por título “Aspectos jurídicos de la deuda externa de los Estados”. De hecho, se trataría de reactivar el tema considerando que había hecho parte de la agenda muchos años antes. Propuesta que fue aceptada por el pleno.

Durante el 96º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, marzo, 2020), este tema no fue considerado.

Durante el 97º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Sesión virtual, agosto, 2020), este tema no fue considerado.

\* \* \*

## **12. Guía del derecho aplicable a las inversiones extranjeras**

Durante el 97º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (sesión virtual, agosto, 2020), el doctor José Antonio Moreno Rodríguez hizo una presentación formal solicitando la inclusión del tema: “Guía sobre derecho aplicable a las inversiones extranjeras” que tendrá por objeto abordar temas que afectan a las inversiones que han generado decisiones contradictorias. Se comprometió a trabajar en la elaboración de una guía que abarque las mejores prácticas. El pleno del Comité apoyó la propuesta y el tema fue incorporado en la agenda bajo la relatoría del doctor Moreno Rodríguez.

\* \* \*

## **13. Incorporación de los principios rectores de las Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos**

Durante el 97º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Sesión virtual, agosto, 2020), el doctor Milenko Bertrand solicitó integrar en el temario el tema “Derechos humanos y empresas” a la luz de los principios rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos. Constató un desequilibrio entre los Estados de la región en donde las mismas empresas operan de manera diferente. La propuesta buscará relevar las mejores prácticas dentro de las iniciativas tendientes a generar programas nacionales. La solicitud de inclusión fue aprobada por el Comité y el tema se incorporó en la agenda bajo la relatoría del doctor Bertrand.

## TEMAS TERMINADOS

### 1. Acuerdos vinculantes y no vinculantes

#### Documentos

CJI/doc. 600/20	Acuerdos vinculantes y no vinculantes: sexto informe (presentado por el profesor Duncan B. Hollis)
CJI/RES. 259 (XCVII-O/20)	Directrices del Comité Jurídico Interamericano para los acuerdos vinculantes y no vinculantes
CJI/doc. 614/20 rev.1 corr.1	Acuerdos vinculantes y no vinculantes: informe final (presentado por el profesor Duncan B. Hollis)

\* \* \*

Durante el 90º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, marzo, 2017), el doctor Duncan B. Hollis manifestó su deseo de trabajar el tema de los acuerdos en relación a la forma en que los Estados optan a nivel interno por acuerdos vinculantes *versus* no vinculantes, tomando en consideración su experiencia en el área. El pleno acogió la propuesta y el tema fue consignado en la agenda, designando al doctor Hollis como su relator.

Durante el 91º período ordinario de sesiones (Rio de Janeiro, agosto, 2017), el relator expresó su agrado de presentar el informe (documento CJI/doc. 542/17 corr. 1) cuyo fundamento estaría compuesto de cuatro elementos: diferenciación, capacidad, efectos y procedimientos.

El tema de la diferenciación permite determinar las categorías de compromisos en el contexto internacional, además de identificarlos y distinguirlos. Al respecto relevó tres medios utilizados para celebrar compromisos internacionales junto con definir cada uno de ellos: tratados, contratos y acuerdos políticos. Para verificar su naturaleza, se debe determinar si se trata de un instrumento vinculante, y luego en caso afirmativo, determinar si es un tratado o contrato. Si no se expresa la naturaleza del instrumento, se pueden verificar indicios sobre la intención de los autores, tales como la estructura de los textos y las fórmulas utilizadas para manifestar el consentimiento en obligarse, la designación de un depositario, etc. En todos los casos se trata de un ejercicio casuístico debido a la especificidad de cada instrumento.

Para el relator existe una presunción a favor de otorgarle al documento un carácter vinculante. Adicionalmente, entre tratados y contratos, el relator favorece una presunción a favor de los tratados. En relación al tema de la capacidad para celebrar tratados explicó que, si bien este es un atributo de la soberanía de los Estados, no existe tanta claridad respecto de quien puede representar al Estado o actuar como su agente en la celebración de los mismos. Si bien es una práctica en los Estados Unidos y Canadá que agencias obtengan la autorización, en países como Egipto y Sudáfrica agencias gubernamentales carecen de tales capacidades. En este sentido, la práctica actual indica que el reconocimiento para organismos gubernamentales se basa en el consentimiento interno del Estado y el consentimiento externo de la contraparte. También constató diferencias en Estados Federales, citando como ejemplo el caso de Canadá cuya distribución de prerrogativas permite a la provincia de Quebec ciertas atribuciones en el plano internacional que la Constitución de Argentina no otorga a sus provincias. En relación a agencias municipales, citó como ejemplo la autorización dada a municipalidades en México para contraer obligaciones.

El relator subrayó como un problema la práctica extendida de acuerdos no autorizados entre organismos de diferentes países. Explicó que las limitaciones relativas a la capacidad que existen en relación con los acuerdos vinculantes no se aplican al momento de contraer compromisos políticos. En lo que refiere a los efectos de los instrumentos manifestó como principal elemento el respeto del principio *pacta sunt servanda*, y por lo tanto los efectos primordiales radican en sus propios términos. En este contexto reconoció tres fuentes principales: el derecho de los tratados, los actos de retorsión y

el derecho de la responsabilidad de los Estados. Por su parte los acuerdos políticos no están supeditados a un régimen particular y no se les aplica el derecho de los tratados ni las disposiciones sobre responsabilidad del Estado. Sin embargo, pueden tener efectos políticos y a veces, a pesar de no ser vinculantes, podrían indirectamente tener efectos jurídicos. Las consideraciones sobre procedimientos internos para concluir un instrumento y la forma en que los Estados autorizan los acuerdos vinculantes y no vinculantes varían. Los Estados casi universalmente lo asignan al Ejecutivo, y establecen formas de aprobación en manos del legislativo, incluyendo en algunos casos la revisión judicial. Es raro que no haya control por otros poderes. En los Estados Unidos, los procedimientos permiten al Departamento de Estado un control sobre agencia o estamento federal o municipal (Circular 175). En relación a los acuerdos políticos es difícil contar con información sobre la gama completa de procedimientos, el número de instrumento, el tipo, los temas y las obligaciones que persiguen.

Al final de su informe, se propone un menú de opciones sobre el camino a seguir respecto de lo que se espera del informe en relación a los principios generales, responsabilidades y mejores prácticas. En este contexto, se propone la redacción de consultas a los gobiernos por medio de un cuestionario para conocer el detalle de la práctica de los Estados, solicitando a los miembros su opinión sobre la pertinencia de las mismas, principalmente debido a la falta de información en relación a la práctica de los Estados.

El Presidente consideró muy relevante el trabajo presentado, el cual fuera planteado originalmente en la reunión de los asesores jurídicos, quienes por los demás deberían participar en algún momento en la evaluación del tema.

El doctor Hernández se refirió a las falencias de la Ley de Celebración de Tratados de México, y explicó además que los acuerdos realizados por cualquier estamento en su país pueden incurrir en la responsabilidad internacional del Estado, por lo que desde el punto de vista formal, todos deben estar avalados por una opinión jurídica previa con el fin de permitir que dicho acuerdo se realice en base a las competencias del sujeto, obligando además a incluirlos en los registros.

Adicionalmente, manifestó su acuerdo con la clasificación realizada, pero sugirió que los tratados fueran divididos en dos: *latu sensu* y *stricto sensu* (acuerdos de Estado a Estado que requieren aprobación parlamentaria). Si se requiere hacer una clasificación en razón del sujeto que lo realiza, distinguiendo aquellos acuerdos o tratados que se celebran entre poderes ejecutivos, los que se celebran entre ministerios, y finalmente, los que se celebran en unidades subnacionales (la práctica varía, en algunos lugares solamente pueden darse entre categorías similares). En relación a las preguntas del relator, constató que se debe redactar una guía práctica que establezca principios generales. Como segundo componente se debería incluir un prontuario de mejores prácticas (requisitos para su formalización, mecanismos de coordinación, etc.). Se debería prever además un listado de acuerdos con sus distintas características a la luz de lo establecido a nivel interno.

El doctor Carlos Mata Prates solicitó separar el campo del derecho internacional de los derechos internos (que llama a invocar el derecho constitucional) al diferenciar tratado y declaración política, En cuanto a la clasificación a partir de los efectos valdría la pena esquematizarlo de manera a determinar si producen efectos jurídicos. Al momento de pronunciarse a favor de un tratado se debe establecer una vinculación con el derecho interno que tenga en consideración la aplicación de procedimientos internos. En las declaraciones políticas se debería contar con pautas claras sin detenerse a determinar si ello crea o no efectos jurídicos. El trabajo de separar las declaraciones de los tratados es complejo. Asimismo, propuso al relator desarrollar el tema de los efectos de los instrumentos en lugar de la determinación de su naturaleza, considerando que ello puede ser establecido en función del actor que participa en el mismo y sirve de referencia para establecer su naturaleza, pero en todos los casos es el Estado el responsable.

La doctora Correa explicó que la regulación en Colombia se compone de controles variados en relación a los procedimientos respecto a la firma de instrumentos Internacionales. Solicitó al relator

tener en cuenta las declaraciones adoptadas por órganos legislativos y judiciales en variados foros, las cuales no se insertan necesariamente en el ámbito de lo obligatorio.

La doctora Elizabeth Villalta concordó con la pertinencia de la presentación de un cuestionario entre todos los Estados para conocer la experiencia de cada región, que debería contener entre otras, las siguientes preguntas:

- El tipo o clase de instrumento que suscriben;
- Si son partes de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados o si la aplican como derecho consuetudinario;
- La forma en que se registran de las declaraciones políticas.

El informe debería permitir concluir cómo utilizan los tratados los Estados.

El doctor Juan Cevallos propuso buscar la participación de los Estados en la elaboración del documento.

El doctor José Moreno constató que se debería hacer un desarrollo sobre los compromisos políticos, y al respecto sugirió dedicar algún espacio al tema de los registros centralizados. Coincidió también con la importancia de cuestionarios sencillos.

El doctor Alix Richard coincidió con los miembros del Comité respecto al informe presentado. Constató la existencia de acuerdos entre ciudades de Haití con otras en el mundo e instó al relator a incluir esta figura. Explicó a grandes rasgos el sistema interno de ratificación de tratados en Haití que impone la verificación de la constitucionalidad de tratados. Finalmente, aludió a la firma de memorandos de entendimientos como una práctica reciente.

El doctor Carlos Mata invitó al relator a distinguir el ámbito internacional de los ámbitos internos, considerando el significado de dicha distinción en particular para el juez del foro internacional. Un estudio del ámbito nacional implicaría una compleja discusión interna sobre las habilitaciones y alcances del derecho constitucional de cada uno de los Estados, un reto de talla por ello sugirió al relator enfocarse en el ámbito internacional únicamente. Constató la evaluación de tribunales internacionales sobre actos internos al considerarlos como actos unilaterales. En relación a los cuestionarios también apoyó la idea de un texto corto.

El doctor João Clemente Baena Soares manifestó que, en su experiencia, el establecimiento de acuerdos de entidades o unidades municipales extranjeras con las de Brasil no ha tenido una incidencia positiva y se han tenido que neutralizar por medio de normas efectivas.

El Presidente destacó en primer lugar la importancia de determinar lo que diferencia un acuerdo no vinculante de un tratado internacional. Ello será posible verificando la práctica de los Estados. Se debe dilucidar cómo los Estados afrontan este problema, incluyendo los distintos tipos de normas que los Estados aplican y su práctica.

El tema implica dos ámbitos: acuerdos entre Estados y acuerdos entre entidades no Estatales. En el primer grupo, sugirió verificar la intención de las partes para determinar si son vinculantes o no (citó al respecto el caso concerniente a la delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein). En el segundo ámbito, sugirió verificar la situación de acuerdos celebrados por entidades no Estatales, en función del derecho interno y la práctica de los Estados frente a estos instrumentos. Es algo que implica cautela. Adicionalmente a ello se debería tratar de verificar el tema del incumplimiento y si ello engendra responsabilidad para el Estado, en función de las reglas clásicas. En relación a la legítima expectativa o *stoppel* propuso que sean tratados con cautela. El cuestionario debe ser acotado y concreto, que aborde los problemas cruciales con el fin de permitir un mayor número de respuestas. También es fundamental tener una reunión con los Asesores Jurídicos de la región para discutir, entre otros temas, el trabajo en esta materia.

El relator explicó que su intención es mantener el enfoque principalmente dentro del ámbito del derecho internacional, pero que al mismo tiempo resultan relevantes ciertos temas internos,

particularmente frente a instrumentos elaborados por agencias o gobiernos subnacionales o regionales. Si bien no se va a explicar las formas en que cada país reglamenta sus procesos internos, la implicación de la responsabilidad de los Estados obliga a tener en cuenta el derecho nacional.

Propuso como siguiente paso la revisión del cuestionario con el apoyo de la Secretaría, y una vez aprobado por los miembros, circularlo entre los Estados. También revisará la situación de los acuerdos simplificados, y constató la falta de pertinencia de desarrollar temas sobre *estoppel*. La intención es entonces distinguir los tratados de las declaraciones, y determinar el estado de la situación respecto a la adopción de acuerdos por parte de entidades subnacionales, sin plantear juicios, pero respetando la soberanía de cada Estado.

El doctor Joel Hernández solicitó al relator incluir un espacio dedicado a la existencia de reglas mínimas en las declaraciones políticas.

El Presidente apoyó instó al relator a incluir referencias a violaciones manifiestas de las normas relativas a la capacidad o competencia de celebrar tratados. Ello implicaría necesariamente un enlace entre el derecho internacional y el derecho interno que permita determinar los estándares internacionales que existen en la materia respecto a la determinación de la naturaleza del instrumento. Finalmente, propuso que el cuestionario sea enviado a la brevedad.

Durante el 92º período ordinario de sesiones (Ciudad de México, México, febrero 2018), el relator del tema se refirió a la distinción entre tratados, acuerdos no vinculantes (políticos) y contratos, y recordó que el CJI aprobó el envío de cuestionarios a los Estados Miembros, de los cuales 10 respondieron oportunamente, Argentina Brasil, Colombia, Ecuador, EEUU, Jamaica, México, Perú, República Dominicana y Uruguay. El segundo informe, sometido en la presente sesión (documento CJI/doc. 553/18) analiza y sintetiza las respuestas recibidas y propone un camino hacia adelante para preparar una serie lineamientos prácticos en el tema.

El relator constató que la mayoría de los Estados Miembros que respondieron a la consulta son parte en la Convención de Viena sobre Derecho de Tratados, destacando que la definición a nivel interno de tratados internacionales es la que suscita diferencias. Similarmente, observó que todos los respondientes coincidieron en que los acuerdos políticos no tienen fuerza legal, pero difieren en su percepción del contenido que éstos deben tener para ser considerados no vinculantes por el derecho interno de cada Estado. Encontró también que la diferencia principal radica en si el lenguaje y el contexto del acto jurídico son determinantes para saber si estamos ante un acuerdo vinculante. El relator destacó la figura de los acuerdos institucionales, la cual presenta particularidades que no son comunes ni siquiera en la mayoría de los Estados. Esto es por lo general un asunto de derecho interno, pero el concepto mismo resulta difuso y es aquí en donde los Estados Miembros podrían beneficiarse de una clarificación sobre la autoridad jurídica de sus agencias y ministerios para celebrar acuerdos vinculantes al amparo del derecho internacional. En este sentido, observó enormes diferencias en cuanto a los acuerdos vinculantes celebrados entre provincias o regiones de diferentes países y si éstos obligan solamente a dicha provincia o al Estado en su totalidad. Todo lo cual le permitió constatar lo oportuno del ejercicio del CJI respecto a la elaboración de lineamientos que permitan a ambas partes en un acuerdo estar en la misma página respecto de la naturaleza del mismo. Concluyendo, el relator propuso realizar un nuevo esfuerzo para obtener un mayor número de respuestas al cuestionario, pues a pesar del importante y útil insumo, las diez respuestas representan una minoría de la membresía de la OEA. Por otra parte, propuso la preparación de un borrador o guía de lineamientos para la celebración de acuerdos internacionales, y no unos principios generales, cuya adopción política y práctica por parte de los Estados Miembros podría ser mucho menos fructífera.

El Presidente agradeció al relator y coincidió en que el énfasis debe ejercerse en los acuerdos interinstitucionales, considerando que el aporte del CJI en materia de tratados no sería substancial, pues la Convención de Viena ha sido suficiente para los Estados Miembros. Coincidió también en incentivar nuevamente a los Estados Miembros a enviar sus respuestas al cuestionario y propuso afinar el enfoque de los lineamientos a ser presentado con el fin de contar con un borrador de éstos en la reunión con consultores jurídicos de cancillerías prevista para el próximo período de sesiones.

El doctor Mata aclaró que, en el caso del sistema unitario uruguayo, la conducción de las relaciones exteriores corresponde al Poder Ejecutivo, y los gobiernos departamentales pueden suscribir acuerdos internacionales con aprobación parlamentaria previa y sobre ciertas materias solamente, por lo general créditos, siendo el Estado central un obligado subsidiario. En consecuencia, un gobierno departamental sin esa autorización parlamentaria, no puede obligar al Estado Uruguayo a responsabilizarse por el cumplimiento del mismo, y es esto lo que se denomina un acuerdo interinstitucional, porque solamente obliga instituciones, no a la totalidad del Estado. Por el contrario, en un sistema federal, los Estados o provincias tienen otras facultades en cuanto a la celebración de tratados y al concepto de acuerdo institucional. Por ello, advirtió ser cuidadosos de no entrar al análisis de los derechos internos, ni repetir lo que ya está regulado por el derecho convencional y consuetudinario, y al efecto, coincidió con el relator en la conveniencia de que los lineamientos se enfoquen a aquellos temas en los que la Convención de Viena no abunda, y en el efecto de los acuerdos institucionales y declaraciones políticas. Añadió que estos lineamientos serán útiles también para los jueces y árbitros, lo cual convierte los lineamientos en un aporte muy valioso del CJI.

La doctora Correa, destacó que los poderes legislativos y judiciales frecuentemente participan en reuniones internacionales en las que realizan declaraciones o asumen algún compromiso al margen de los procesos formales de celebración de tratados, adoptando mecanismos informales en los que hacen claras sus intenciones, pero cuyos efectos jurídicos no son siempre claros para todas las partes. En su opinión, la responsabilidad del Estado frente a acuerdos que no cumplen con las formalidades de un tratado, es un tema que regula el derecho interno, lo cual dificultaría un poco la preparación de los lineamientos.

El doctor José Moreno sugirió que los lineamientos contengan ejemplos para darles un enfoque pedagógico.

El doctor Alix Richard, expresó que un documento de lineamientos sería extremadamente útil para los jueces en Haití y que la diseminación del mismo enriquecería el trabajo de los abogados que practican en el ramo.

El Presidente observó que la Convención de Viena es supletoria y no impide que el derecho interno les reconozca a las instituciones la facultad de celebrar estos acuerdos, y que en esos casos, la práctica de los Estados americanos y el derecho comparado a nivel global serían una herramienta útil que podría aportar también claridad a los lineamientos. Concluyó que la mayor contribución del CJI a los Estados Miembros sería un documento de buenas prácticas.

El relator coincidió con los miembros en que los lineamientos son un proyecto de derecho internacional que no pretende modificar el derecho interno, y explicó que el documento tendría dos aristas: i) clarificar cuáles son los acuerdos internacionales que son vinculantes, a fin de evitar que alguna de las partes resulte sorprendida cuando se exija el cumplimiento o se le atribuya una responsabilidad, y ii) determinar en quién recae la responsabilidad en el caso de los acuerdos institucionales, en el Estado o solamente en la institución que lo suscribe, que es el área sobre la cual hay mayor diversidad de posturas jurídicas entre los Estados Miembros. Finalmente, el relator ofreció presentar en julio de 2018 un primer borrador de una guía práctica para la consideración de los miembros.

El Presidente coincidió en que los lineamientos se enfocarían en los acuerdos institucionales y el análisis comparativo de buenas prácticas que la región pueda adoptar y pidió un documento para comentar en el conversatorio con los asesores jurídicos, programada para el próximo período ordinario de sesiones en agosto de 2018.

Durante el 93° período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, agosto, 2018), el relator del tema doctor Duncan Hollis presentó el Tercer Informe respecto del tema de acuerdos vinculantes y no vinculantes, (documento CJI/doc. 563/18). Como forma introductoria se refirió al origen del tema en el seno de la V Reunión Conjunta con Asesores Jurídicos (25 y 26 de agosto de 2003), habiendo identificado tres tipos de acuerdos internacionales (tratados, compromisos

políticos y contratos), su informe desarrolló consideraciones sobre la capacidad para obligarse por parte de un Estado en función de cada uno de los instrumentos analizados. Aludió además a las consideraciones sobre los efectos jurídicos y los procedimientos de los diferentes tipos de acuerdos. Explicó que la relatoría recibió un total de doce respuestas al cuestionario enviado a los Estados, lo cual permitió ilustrar la situación respecto de cinco temas relativos a los acuerdos internacionales: definición; métodos de identificación; capacidad; efectos: y, procedimientos. Finalmente, comentó sobre la decisión del Comité de dotarse de unas directrices para diferenciar los acuerdos internacionales, cuyo proyecto aparece en el anexo I y los comentarios a cada provisión en el anexo II de su informe. El relator solicitó al pleno someter comentarios generales previos al análisis de las directrices.

El doctor Joel Hernández constató la utilidad del documento presentado en tan poco tiempo. La clasificación entre acuerdos vinculantes, no vinculantes y contratos es muy pertinente, por ello debería incluirse en la parte introductoria una explicación respecto de esta división, y ello a pesar de la incorporación de las definiciones. Sugirió también importante integrar el tema de la resolución de controversias, debido a la falta de entendimiento que muchas veces surge entre las partes respecto a la intención de dotarse de un acuerdo vinculante o no. Finalmente, recomendó ilustrar por medio de ejemplos los conceptos vertidos en materia de mejores prácticas, tal vez incluyendo las respuestas de los cuestionarios.

El doctor Carlos Mata Prates agradeció igualmente al relator por su informe. En relación a los acuerdos interinstitucionales en la página 8 propuso incluir una referencia a la naturaleza internacional de todos estos acuerdos.

El Presidente del Comité felicitó al relator y le solicitó modificar el título de manera a reflejar que trata de una manera más amplia de las directrices de la OEA en materia de acuerdos internacionales.

El relator agradeció las propuestas manifestando su intención de integrarlas en su informe. En relación a la importancia del título constató que tal vez sería pertinente regresar al que fuera utilizado en la versión anterior de su informe. Acto seguido, procedió a explicar las directrices. En relación a la diferenciación de los instrumentos, el relator reveló la necesidad de definirlos y verificar su estatus jurídico en cada caso: acuerdos, compromiso político y contratos.

En relación al tema de las definiciones, el doctor Carlos Mata Prates solicitó que la referencia a los tratados sea abarcativa de manera a incluir tanto los escritos y no escritos. Adicionalmente habría que evitar limitar la definición de los tratados a los Estados incluyendo a los organismos internacionales. En lo relativo a los contratos, la doctora Ruth Correa pidió una mayor articulación de la definición de los mismos. El doctor Joel Hernández concordó en dotarse de una definición de los acuerdos en su sentido amplio. En la página 12, solicitó mayores explicaciones sobre la referencia a los acuerdos unilaterales. En relación a los tratados debería subrayarse su aspecto jurídicamente vinculante. Consultó al relator sobre la distinción entre los compromisos políticos de los acuerdos interinstitucionales. En lo relativo a los contratos apoyó la sugerencia de la doctora Ruth Correa y solicitó mayores desarrollos sobre el ámbito material y espacial de los mismos (contrato entre dos personas o contratos de derecho internacional privado). El doctor José Moreno felicitó al doctor Duncan Hollis por el trabajo. En lo que respecta a la definición de los contratos, hay una percepción de contratos regidos por un derecho no nacional cuya referencia se hace en la página 19 de la Ley de Paraguay, por ende habría que clarificar la noción. El Presidente solicitó regirse por la doctrina, y en este contexto los tratados celebrados por escrito sin perjuicio de que haya acuerdos verbales han sido reflejados de buena manera por el relator. En lo relativo a los contratos pidió buscar un acomodo para que se refleje que ellos se rigen por el derecho nacional. No consideró necesario definir los acuerdos, por ser redundantes o de índole académico. Solicitó limitar los compromisos políticos a los Estados y no involucrar a los particulares. Finalmente, pidió mayores explicaciones respecto a la determinación de los acuerdos interinstitucionales en la página 21. El doctor Miguel Espeche Gil se refirió a los acuerdos ejecutivos entre Cancillerías y la necesidad de incorporar dicha modalidad. Al respecto el

doctor Joel Hernández concordó en la necesidad de incorporarlo en el informe., a pesar que no se debe crear una categoría adicional, pero explicarlo. Propuesta que fue también apoyada por el doctor Carlos Mata. El doctor Luis Garcia-Corrochano consideró esencial mantener las definiciones tal que fueran presentadas.

El relator del tema, doctor Duncan Hollis, agradeció nuevamente los comentarios. Expresó su acuerdo con el doctor Carlos Mata sobre la referencia a organizaciones internacionales, pidiendo tiempo para reflexionar sobre el tema de los acuerdos no escritos. Agradeció a los doctores Ruth Correa y José Moreno sobre su percepción respecto a la definición de contratos. En respuesta al doctor Joel Hernández explicó que su intención en referirse a los contratos refiere a casos en que este especifica que un acuerdo sea interpretado por las leyes de un país o sujeto a la ley nacional aplicable. Respecto a la diferenciación entre acuerdos notó que la Corte Internacional de Justicia ha sugerido la necesidad de un acuerdo independientemente de la cuestión de si es obligatorio o no, algo que el Presidente no concordó puesto que en su entender la Corte no se pronunció sobre los acuerdos, pero respecto de los tratados. El Presidente solicitó además que el documento gire en torno a las tres categorías, opinión que fue apoyada por el doctor Joel Hernández (definir tratado, contrato y compromiso político). El relator explicó que los acuerdos citados en la página 21 no son necesariamente recíprocos pero que a pesar de ello pueden ser considerados como tratados. Asimismo, constató que la idea de incluir acuerdos interinstitucionales se debe a la necesidad de comprender que estos pueden ser vinculantes o no. Finalmente, en relación a los acuerdos ejecutivos manifestó su intención de introducirlos en una sección posterior del informe relativa a los procedimientos.

Acto seguido, el relator se refirió al tema de la capacidad en cada figura. No hay duda de la capacidad de los Estados para celebrar tratados. Las instituciones del Estado por su parte tienen la potestad de celebrarlos, pero no la obligación. En todos los casos es importante hacer lo posible para confirmar que la institución tenga las prerrogativas en materia de tratados y la autorización correspondiente.

El doctor Joel Hernández sugirió enfatizar el artículo 46 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En el punto 2.2 solicitó al relator incluir una referencia a los plenos poderes. Una ilustración de la práctica en relación a este tema es la facultad de Hong-Kong para celebrar tratados.

El doctor Carlos Mata Prates constató que el punto 2.3 sobre el tema de las prerrogativas de las entidades que celebran los tratados le estaría imponiendo una obligación al Estado de investigar o interpretar el derecho interno de otro país, especialmente teniendo en cuenta que el 2.2 ya establece el tema de la plenipotencia para suscribirlo, por lo cual el tema ya estaría cubierto.

El Presidente solicitó evitar incluir referencias adicionales al derecho interno en la celebración de los compromisos políticos. Comprendió la explicación de doctor Mata Prates en el punto 2.3, y por ello solicitó incluir en el punto 2.2 una referencia en que la institución gubernamental acredite que tiene la capacidad jurídica. Que la transparencia sea una buena práctica.

El relator del tema agradeció los comentarios en torno a esta sección. Se comprometió a hacer una referencia al art. 46 de la Convención de Viena al Derecho de los Tratados. En relación al tema de la transparencia propuso imponer una carga a la entidad que no es Estatal para que demuestre que tiene las prerrogativas para celebrar el tratado y no al contrario. Por su parte, la doctora Ruth Correa hizo una distinción entre el tema de la capacidad y el de la representación, por ello no creía necesario anunciar el tema de los plenos poderes por ser parte de la representación y no de la capacidad. El doctor García-Corrochano se refirió a la titularidad de ciertas carteras o gabinetes del poder ejecutivo que deben cumplir las exigencias formales para vincular la voluntad de los Estados, independientemente del grado de importancia que disponen. El Presidente apoyó la argumentación de la doctora Ruth Correa en limitar el informe al tema de la capacidad y no de la representación, sin embargo, el relator estimó que sería pertinente integrar el tema de la representación en los comentarios de la Guía.

Finalmente, el relator del tema se refirió al método de identificación de la existencia de cada uno de los tipos de acuerdo. Desde un punto de vista práctico, las cláusulas del texto, las circunstancias y el actuar de las partes van a determinar la naturaleza del instrumento. Por lo tanto, esta sección es una referencia detallada que podría ayudar a determinar el tipo de instrumento. En caso de contradicción en la prueba se debe buscar un enfoque que combine tanto un método objetivo como subjetivo.

El doctor Miguel Espeche-Gil consideró que el ejercicio académico era muy abarcativo, y no le parecía que en todos los casos los Estados estén en condiciones de instrumentar las distintas hipótesis. Tal vez el tema central se debería dividir en subtemas. Al respecto, el Presidente explicó los antecedentes del tema que surgiera en la VI Reunión Conjunta con los Consultores Jurídicos – (5 de octubre de 2016), y refleja el resultado del dialogo y la interacción que el Comité debe tener con la comunidad jurídica, considerado como uno de los problemas mayores de las cancillerías. Por ende, reafirmó su importancia por su carácter concreto y práctico que permite contar con directrices y guías de la mayor relevancia.

En relación al informe, el Presidente sugirió eliminar el punto 3.1 por tratarse únicamente de acuerdos y su carácter académico, e iniciarlo con el 3.2 y la determinación del tipo de tratado. El doctor José Moreno solicitó no incluir doctrina en las notas de pie de página del documento final. El doctor Baena Soares solicitó una explicación respecto al punto 3.4 que no incluye una referencia a las convenciones y protocolos.

En respuesta a los comentarios emitidos el relator de tema concordó que el informe es abarcativo, habiendo incorporado múltiples temas. Manifestó una cierta reticencia respecto a la interpretación del Presidente sobre la jurisprudencia citada en el punto 3.1. En respuesta al doctor José Moreno sugirió presentar al público la Guía sin los comentarios. Finalmente, estuvo de acuerdo con el doctor Baena Soares y propuso añadir una sección que incluya otros títulos en relación a los tratados.

Al finalizar los debates, el relator se comprometió a incluir las sugerencias presentadas y someter una nueva versión en la próxima sesión.

Durante el 94º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, 18 – 22 febrero, 2019), el relator del tema doctor Duncan B. Hollis presentó su cuarto informe, (documento CJI/doc. 580/19), por medio de una videoconferencia puesto que no pudo viajar a las sesiones del Comité. En la primera parte de su presentación verbal hizo una breve explicación de la evolución del tema en el seno del Comité, por medio de la cual describió las tres principales categorías de acuerdos internacionales – tratados, compromisos políticos y contratos—así como la categoría más ambigua de “acuerdos interinstitucionales”. En cada caso propuso analizar los criterios que permiten determinar de la mejor manera el tipo de acuerdos, la capacidad de las diferentes instituciones del Estado y los métodos para definir cada tipo de acuerdo. Agradeció los comentarios recibidos, tanto por los Estados como por los representantes de los asesores jurídicos de los Ministerios de Relaciones Exteriores, cuyas respuestas confirman la diferenciación propuesta por el relator. Acto seguido, el relator dio a conocer las razones que le han motivado a seguir empleando el término “acuerdos” y su distinción respecto de otros conceptos, destacando los siguientes motivos:

- Motivos históricos en que se reconoce el acuerdo como algo más amplio que tratados.
- El concepto de acuerdo une a las tres categorías mencionadas (tratados, compromisos políticos, contratos), y lo diferencia de otros instrumentos.
- No se desea restringir el término únicamente a los tratados.
- Se evita cualquier riesgo de confusión al usar acuerdos vinculantes y no vinculantes.

Al finalizar su presentación, el relator anunció su intención de incluir en el anexo I los procedimientos, los efectos y la capacitación, así como la formación, aclarando que por ahora el Anexo II presenta comentarios a las *Directrices* sobre procedimientos. En relación a los procedimientos se espera facilitar las condiciones y la comunicación entre las partes en la negociación y conclusión de acuerdos, en que haya un catálogo que permita distinguir los compromisos políticos. En lo que refiere a

los efectos, se debería contemplar una manera de definir el tipo de contrato o acuerdo, incluyendo la determinación de la responsabilidad de la institución o del Estado. Finalmente, la capacitación estaría dirigida a las personas que se encargan de los acuerdos, para que conozcan los procedimientos y los efectos de los mismos.

El doctor José Moreno solicitó al relator tener a bien incluir los derechos no estatales en el punto 4.3, dejando una opción más abierta que permita involucrar a actores del derecho internacional privado.

El doctor Jorge Galindo aplaudió el detalle y la precisión del trabajo. En relación a la utilización del término “*approval procedures*” respecto de los compromisos políticos (incluidos en los ítems 4.1, 4.2, 4.3, 4.4 y 4.7), explicó que en países como Brasil no se dispone de un procedimiento de aprobación para dicho tipo de instrumentos, y por ello tal vez esta fórmula no sería apropiada. Su segunda pregunta aludió a la explicación del término “acuerdos” y al uso del verbo “conclusión de tratados”, y si ello posee una especificidad para tratados únicamente, y no para instrumentos de carácter político, por ejemplo. Asimismo, pidió una aclaración en torno “a los ministerios de gobiernos y unidades subnacionales” citados en el número 4.4, y consultó si no sería pertinente incluir a las “agencias de gobiernos” que están referidas en el punto 6.2, uniformizando el texto. Finalmente, sugirió fusionar los puntos 4.6 y 4.7 por consideraciones prácticas, en particular cuando no hay una opinión jurídica previa sobre la naturaleza vinculante o no de un instrumento.

El doctor Milenko Bertrand consultó sobre las consecuencias jurídicas de los instrumentos que no cumplen con las condiciones para transformarse en un tratado vinculante, pero que podrían generar obligaciones, tal como el *estoppel*.

La doctora Mariana Salazar sugirió modificar el tiempo verbal en español a “son” en el punto 4.1 de la Directriz. En cuanto a los procedimientos, se debería precisar el término “ganarían” en el punto 4.4. En relación al punto 4.5 sobre el tema de la publicación recomendó usar la referencia a “hacer pública”. Finalmente, en lo relativo al punto 5.8, propuso incluir un modelo de cláusula para los casos en que se deba limitar la responsabilidad derivada de acuerdos interinstitucionales al respecto.

El relator agradeció los comentarios presentados y respondió a algunos de estos. Se comprometió a incluir la referencia a “derechos no estatales” mencionados por el doctor Moreno así como tener en cuenta el uso del término “*procedures*” relevado por el doctor Galindo. Revisará además la reseña a la “conclusión” de acuerdos y aquella relativa a la incorporación de agencias. En lo relativo a integrar al informe acuerdos que no son tratados, ello implicaría cuestionarse si se desea expandir la propuesta en su forma actual. En respuesta a los comentarios de la doctora Salazar, reconoció que el uso del condicional fue en respuesta de algunos Estados que expresaron su disconformidad con un documento que fuese obligatorio, pero coincide que en los casos referidos no debería usarse el condicional. Finalmente, agradeció la sugerencia de incluir un modelo de acuerdo interinstitucional.

Durante el 95º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, 31 julio – 9 agosto, 2019), el relator del tema doctor Duncan B. Hollis presentó su quinto informe, (documento CJI/doc. 593/19), el cual incluye una propuesta de guía para facilitar a los Estados el tratamiento de este complejo tema, a partir de los siguientes elementos: definiciones; capacidad; metodología; procedimientos internos; efectos legales internacionales; programas de entrenamiento. Entre las novedades de esta versión, el relator destacó las siguientes:

- Se incluye un texto introductorio que aclara que no es la intención del relator codificar ni proponer reglas sobre el desarrollo progresivo del derecho internacional.
- Se ha hecho un esfuerzo para definir el término “acuerdos” de manera a incluir las diferentes formas trabajadas.
- También se revisó la terminología de “tratado” independientemente de la definición que reciba a nivel interno para referir a un acuerdo vinculante.
- Se revisó la definición de “contratos” en respuesta a la propuesta del doctor Moreno de manera a incluir aquellos gobernados por el derecho no estatal.

- La redacción sobre la capacidad y metodología fue reformulada de manera a reflejar buenas prácticas para los Estados y otros sujetos de derecho internacional.
- Se han integrado ilustraciones de cláusulas para apoyar la redacción del documento y facilitar la determinación de su naturaleza.
- En relación a las medidas para identificar un tratado se han introducido un conjunto de fórmulas con claves lingüísticas.
- Los efectos jurídicos se han organizado en directrices.
- El análisis de las buenas prácticas de los compromisos políticos refiere a los efectos jurídicos indirectos en circunstancias particulares.
- Por su parte, el tratamiento de los acuerdos interinstitucionales refiere a las expectativas de que tratados de esta naturaleza generen responsabilidad del Estado en su conjunto.

Respecto de la metodología, el relator instó a los miembros a presentar sus comentarios para permitirle hacerle las revisiones que se imponen. También sugirió enviar este documento a los Estados, inclusive aquellos que no son miembros de la OEA pero que han expresado interés en este trabajo. Su intención es adoptar el informe en agosto del próximo año.

Al culminar su presentación, el relator constató las positivas repercusiones de su trabajo al exterior del sistema interamericano, habiendo participado en dos eventos organizados por la ONU, uno con consultores jurídicos y otros con expertos en tratados.

La doctora Mariana Salazar agradeció los cambios realizados al informe, en particular la precaución sobre el tipo de documento que se propone y el tipo de lenguaje utilizado.

El doctor Carlos Mata saludó la referencia a directrices, considerando que el informe abarca temáticas dentro del ámbito del derecho internacional como del derecho interno. Destacó también el desarrollo sobre de los acuerdos entre Estados Federales al interior de una región particular, y el tema de la capacidad y del derecho aplicable en dichos acuerdos. Para fines de difusión, propuso llevar el trabajo a la atención de los consultores jurídicos que se reunirán en Rio de Janeiro el próximo año, y aprobarlo en agosto. Finalmente, sugirió hacer modificaciones de forma para facilitar su mejor comprensión.

El doctor George Galindo constató el carácter universal del documento que podrá servir a todos los países, y que responde a la solicitud inicial lanzada por los consultores jurídicos. Subrayó algunas ideas generales, solicitando al relator explicaciones sobre el uso de “compromiso normativo” en la definición de acuerdo, expresión que podría ser tautológica. También consultó sobre la pertinencia de referir a las dos escuelas de interpretación (intención y objetiva) para determinar el carácter vinculante y no vinculante, que en muchos casos se superponen. Asimismo, consideró como una de las más importantes contribuciones del documento los elementos indicativos del carácter vinculante o no vinculante de un acuerdo. Solicitó revisar el documento en español debido a ciertas inconsistencias en la traducción. En relación al efecto cuestionó la utilidad de distinguir entre los primarios y los secundarios. También sugirió no hacer una distinción sobre los efectos directos e indirectos. Finalmente, consideró que la educación y el entrenamiento deberían ser difundidos a otras áreas, puesto que el rol de los ministerios de relaciones exteriores en la negociación no es siempre directo.

El doctor José Moreno consultó sobre la forma de difundir el texto en la ONU. Instó a realizar un acto protocolar con los consultores jurídicos en agosto, y remitir el documento desde ya a las consultorías para obtener sus puntos de vista. Agradeció la referencia a los contratos como derechos no estatales, considerando entre otros que este tipo de documentos es importante en el ámbito del arbitraje.

La Presidenta, doctora Ruth Correa, por su parte felicitó al relator por su trabajo, destacó las contribuciones que pueda tener su trabajo en el ámbito de la educación y uniformización. Manifestó preocupación en relación a la actual definición de contrato invitándole a utilizar el concepto que el CJI ha aprobado en la materia. Agradeció la claridad de la descripción del punto 4.1 sobre el desarrollo de

procedimientos internos. Consultó sobre la expresión “desplazamiento” en el punto 5.2. Finalmente, solicitó hacer una mayor precisión sobre las competencias del Estado en la descripción de la situación en Colombia respecto de los acuerdos simplificados.

El doctor Espeche-Gil constató la importancia de distinguir los acuerdos que le permiten ejecutar un tratado previo y los acuerdos ejecutivos, apoyándose en sus propias atribuciones constitucionales.

El doctor Luis García-Corrochano advirtió que los acuerdos simplificados son una atribución del ejecutivo para obligar al Estado, y no habría diferencia de jerarquía con los tratados de tipo solemne (reservados al consentimiento de otros órganos).

El relator del tema, doctor Duncan Hollis, agradeció las intervenciones. En respuesta a la doctora Mariana Salazar constató que la institucionalidad mexicana permite limitar la responsabilidad de instituciones, y prometió incluir una clarificación al respecto. En relación a los comentarios del doctor Carlos Mata, el relator apoyó la idea de diferenciar el ámbito interno del externo. Frente a la sugerencia del doctor Galindo sobre el tema del comportamiento explicó que su idea original era incluir referencias a las expectativas de comportamiento (*normative commitment*). En el punto 3.2 indicó que su intención es tener en cuenta los casos en que se ha concluido un tratado sin que ello se desprenda necesariamente de la intención de las partes. Apoyó la idea de realizar una revisión del texto traducido al español. Se comprometió a simplificar las referencias al carácter primario y secundario y revisar la temática del carácter directo e indirecto. Sobre el tema del entrenamiento determinó importante centralizarlo en una entidad como los Ministerios de Relaciones Exteriores, sin perjuicio de involucrar a otras áreas. Solicitó al doctor Moreno asistencia para mejor vincular los contratos a los tratados. Como una fórmula de promoción del tema, aconsejó presentar el documento ante la Comisión de Derecho Internacional de la ONU. Respecto a la referencia a Colombia solicitó a la doctora Ruth Correa su apoyo para mejorar la explicación, y clarificar cuando un acuerdo será gobernado por derecho internacional o nacional. Finalmente, explicó que el término desplazamiento refiere a la norma que aplicaría en caso de silencio.

Al culminar el tratamiento del tema se decidió entonces esperar los comentarios de los miembros para mediados de diciembre. En la próxima sesión el relator propondría una nueva versión que se pondría a la disponibilidad de los Estados para sus comentarios.

Durante el 96° período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, marzo, 2020), el relator del tema doctor Duncan B. Hollis presentó su sexto informe sobre acuerdos vinculantes y no vinculantes, (documento CJI/doc. 600/20). Aclaró que su intención es presentar un grupo de mejores prácticas a la luz de actividades y puntos de vistas de diversos actores, Estados, agencias gubernamentales y unidades territoriales subnacionales. Subrayó que el proyecto no aspira a codificar o extenderse sobre el desarrollo del derecho internacional (aunque el proyecto resalta áreas en que el derecho internacional no resulta claro). El objeto principal es más bien presentar una serie de entendimientos voluntarios y prácticas que puedan ser utilizados por los Estados miembros para mejorar su entendimiento.

Al presente se han recibido respuestas al cuestionario del Comité de los siguientes países: Argentina, Brasil, Colombia, República Dominicana, Ecuador, Jamaica, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay Estados Unidos. Se ha integrado al Sexto Informe la respuesta de Canadá e información sobre la situación en Finlandia, Alemania, Israel, Japón, Corea del Sur y España. El nuevo informe contiene un proyecto de Directrices que incluye los comentarios recibidos por los miembros en la sesión de agosto. De manera particular, la nueva versión hace énfasis sobre las mejores prácticas de los Estados en el cual la responsabilidad por el hecho de una institución es asumida por el Estado en su conjunto, aunque al mismo tiempo la Guía reconoce que algunos pueden no aceptar dicha práctica. La nueva versión también insta a los Estados a dotarse de procedimientos que autoricen los compromisos políticos, dejando a los Estados decidir qué compromisos estarán sujetos a dichos procedimientos. Finalmente, en lo relativo al entrenamiento para los oficiales de gobierno, el nuevo proyecto de Directrices propone trabajar con diversos Ministerios, y no únicamente con los Ministerios de Relaciones Exteriores.

El doctor Hollis culminó su presentación describiendo los apoyos que ha recibido por el desarrollo de este tema de la parte de Estados de la OEA, tales como Paraguay, de la ONU, así como de Alemania y Corea del Sur.

Al momento de solicitar comentarios a los miembros del Comité, propuso las siguientes opciones como rumbo a seguir:

- a. Aprobar la guía en esta ocasión y luego circularla entre los Estados de la OEA para obtener sus respectivos comentarios; o,
- b. Circular desde ya el informe del relator para buscar comentarios y sugerencias de los Estados miembros, imponiéndoles como fecha límite el 1º de junio. Durante la próxima sesión del CJI se efectuaría una revisión final y se pasaría a su aprobación.

La doctora Mariana Salazar apoyó la segunda opción, con el fin de obtener la opinión de los Estados al texto propuesto con miras a aprobar un texto final en la próxima sesión.

El doctor George Galindo agradeció el informe del relator como una herramienta útil para las cancillerías. Propuso elaborar un libro como el que se hizo en el tema de contratos comerciales internacionales. En relación a la terminología en la página 10, solicitó incluir un mayor número de ilustraciones, tal como por ejemplo el uso de la expresión “*shall endeavor*” (se esforzará). Consultó al relator sobre la pertinencia de hacer una distinción entre reglas primarias y secundarias. En el ítem 5.4.2, expresó que correspondería al Estado interesado reclamar y por ende la referencia a instituciones puede no ser necesaria. En relación a las prácticas subsecuentes, inquirió por qué se hace alusión a “conductas subsecuentes” en lugar de prácticas. Explicó además que en Brasil algunos Estados pueden establecer contratos, pero no acuerdos de la suerte de los tratados regulados por el derecho internacional público. Finalmente, en el tema 2.2, sería útil hacer alusión a la Convención de Viena sobre los Tratados en lo que refiere a quién puede vincular un Estado a un tratado, art. 7 1) b).

El doctor José Moreno, al momento de agradecer al relator, mencionó que se trataba de un documento histórico. Los jueces y árbitros necesitan una guía en estos temas. En el tema de contratos sería preferible no aludir a *desplazados*. En la página 36, sugirió que la aplicación de un contrato fuese en función de la ley pertinente.

El doctor Eric Rudge constató la utilidad del informe en la operación de este campo, consultó si el informe incluye los acuerdos entre ciudades y los contratos con entidades privadas. En relación al rumbo a seguir, apoyó la segunda opción y que el informe sea enviado a las cancillerías previo a su adopción por el Comité.

El relator agradeció los comentarios y palabras. Constató entonces que se desprende un interés de enviar el documento a los Estados por medio de la Secretaría del Comité. Expresó su acuerdo con el doctor Galindo sobre el carácter vinculante y no vinculante de las columnas en los ejemplos a título ilustrativo, agregando que si se mezclan palabras se crean obligaciones de diferente naturaleza. En relación a las reglas primarios y secundarios, solicitó tiempo para reflexionar y determinar si se deberían o no incluir. En relación al ítem 4.1 sobre la inserción de la institución, se desea tener en cuenta aquellos casos en que un Estado acepta que las instituciones sean parte o no de un acuerdo. En lo que respecta a los contratos, agradeció la información que el doctor Galindo ha entregado en relación a Brasil. Frente a la propuesta del doctor Moreno, el relator comprendió el interés de que los jueces y árbitros puedan servirse del mismo. Aceptó la sugerencia sobre la ejecución de leyes no fundamentales, pero el problema es que se trata de un concepto polémico. Finalmente, en respuesta al doctor Rudge, explicó que los acuerdos con actores privados no estarían abarcados por este proyecto. Propuso entonces circular esta versión entre los Estados.

La Presidenta agradeció el trabajo del relator y constató su gran utilidad. Consultó al relator si el documento a ser circulado integrará las adiciones realizadas en esta sesión. Al respecto, el relator sugirió enviar esta versión tal como fuera presentada y se comprometió a introducir las propuestas presentadas en este día con posterioridad. En virtud de ello, se decidió circular el (documento CJI/doc. 600/20) del 3 de febrero de 2020.

Durante el 97º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, agosto, 2020), el doctor Duncan B. Hollis presentó su séptimo informe sobre acuerdos vinculantes y no vinculantes, (documento CJI/doc. 614/20), el cual incluye una propuesta de Directrices de la OEA con relación a acuerdos vinculantes y no vinculantes, con comentarios (“Directrices”). Este es un proyecto de casi cuatro años que comenzó a instancias de consultores jurídicos de Ministerios de Relaciones Exteriores a quienes les preocupaba el creciente número de acuerdos no vinculantes que estaban firmando ministerios gubernamentales y las unidades territoriales subnacionales, que adquirirían un carácter vinculante. En breve, tema en que existen preocupaciones legítimas sobre el impacto de los mismos. Las Directrices tienen como objetivo ayudar a los Estados Miembros a aclarar la naturaleza de diversos tipos de acuerdos internacionales vinculantes y no vinculantes y organizar las expectativas con respecto a su elaboración, implementación e interpretación. El relator del tema explicó que ellas no aspiran a codificar o desarrollar el derecho internacional, a pesar que utilizan el concepto de acuerdos internacionales, y hacen alusión a compromisos respecto del comportamiento al que participantes dan su consentimiento. Las Directrices se componen de seis secciones. 1) definiciones de los elementos que componen los acuerdos; 2) capacidad de las instituciones de los Estados para concluir acuerdos; 3) métodos de identificación que incluye una lista de términos sugeridos para distinguir los tratados, los compromisos políticos y los contratos; 4) negociación y celebrar tratados y contratos, junto a mejores prácticas; 5) resumen de los efectos legales; 6) recomendaciones de capacitaciones para los actores relevantes. El estudio incorpora las respuestas recibidas por parte de trece Estados miembros de la OEA a un cuestionario elaborado por el relator: Argentina, Brasil, Canadá, Colombia, República Dominicana, Ecuador, Jamaica, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Estados Unidos, incluyendo comentarios recientes al informe del relator por parte de Argentina, Chile y Colombia.

Concluyó su presentación agradeciendo a la Secretaría Técnica del Comité, el Departamento de Derecho Internacional de la OEA, por su constante apoyo, asesoramiento y estímulo, en la persona de los doctores Jean Michel, Dante Negro y Luis Toro U. Propuso enviar las Directrices a la Asamblea General de la OEA para su consideración y posible aprobación. Asimismo, recomendó la publicar de este informe para beneficiar no solo a los Estados Miembros de la OEA, sino a otros Estados y organizaciones internacionales.

Acto seguido todos los miembros del Comité expresaron su agradecimiento y felicitaciones al relator por el carácter extraordinario de su trabajo, calificándolo, entre otros, como un aporte provechoso, útil, y fundamental al desarrollo progresivo del derecho internacional.

El doctor George Galindo remarcó ser un momento histórico para el CJI al haber cumplido una tarea extraordinaria por medio de este informe. Asimismo realizó algunos comentarios concretos sobre los siguientes elementos: (i) en la página 31 del informe sobre la responsabilidad de los Estados, solicitó distinguir la noción de “atribución” y la de “plenos poderes” en el ámbito de una obligación internacional impuesta por un acuerdo internacional; (ii) en la página 66 pidió al relator incluir en un pie de página la referencia al comentario de Panamá, donde se sugiere que quizás habrían algunas normas internacionales consuetudinarias que permitirían llegar a este tipo de acuerdos institucionales, considerando que puede inducir en error; (iii) en relación a la propuesta de Colombia relativa a la noción de obligatoriedad de los tratados propuso hacer una alguna suerte de aclaración respecto a la existencia de tratados que no generan obligaciones vinculantes para las partes y la necesidad que ciertos expertos manifiestan de incluir la noción vinculantes al referirse a los tratados. y (iv) debido a la importancia de este informe para el Comité, sugirió que sería de gran utilidad circular y publicar este informe o las directrices en todos los idiomas oficiales de la OEA.

El doctor Luis García-Corrochano, calificó el trabajo del profesor Duncan Hollis como trascendente, por la contribución que hace al debate en torno a los tratados. También subrayó la distinción de usos y conceptos que revelan la esencia de los tratados, compromisos políticos y contratos. Estudio que coadyuva además a diferentes actores, pudiendo abarcar tanto a aquellos que poseen plenos poderes, como a quienes participan en la organización constitucional de cada Estado Miembro de la OEA.

El doctor Iñigo Salvador aludió a aspectos particulares del informe, tales como los relativos a las formas que se utilizan para elaborar los acuerdos, sus efectos, las capacidades de quienes los firman, además de las responsabilidades por su incumplimiento o violación. Al momento de expresar su acuerdo con los puntos relevados por el doctor Galindo, instó al relator a realizar los cambios que se imponen en esta sesión durante los próximos días. Acto seguido, presentó una moción con un voto de aplauso para el relator que permita aprobar este documento, considerando como obra magna del Comité.

La doctora Mariana Salazar constató que este informe tiene la pertinencia y calidad de reflejar la opinión de académicos, investigadores, y la visión de trece Estados miembros de la OEA que han respondido al cuestionario. Asimismo, manifestó su acuerdo con el doctor Iñigo Salvador que ha llegado el momento de aprobarlo y del doctor George Galindo de traducirlo en todos los idiomas oficiales de la OEA.

El doctor Eric Rudge secundó la propuesta de los doctores Salvador y Salazar de aprobar este informe y proceder a su promoción entre los Estados Miembros de la OEA. También instó a enviar el documento para la consideración de la Asamblea General y su posible aprobación.

El doctor Miguel Ángel Espeche, se adhirió a sus colegas y considero que está en condiciones perfectas para ser aprobado. Además, si hubiese alguien en desacuerdo, la practica tradicional en el Comité es presentar una observación adicional al voto afirmativo.

El doctor George Galindo, en su segunda intervención comentó estar completamente de acuerdo con el informe y que sus comentarios iniciales no eran sustantivos. Por lo tanto, estaría de acuerdo con la aprobación del informe.

El doctor Alix Richard observó que el informe cubre todos los aspectos correctamente y se unió a las palabras expresadas por el doctor Galindo sobre la publicación de este documento en francés lo cual permitirá ser promovido en Haití.

El doctor José Moreno expresó no tener comentarios adicionales a esta séptima versión y mencionó que este documento histórico merece efusivas felicitaciones, apoyando la moción de que este documento pueda ser traducido en todos los idiomas oficiales de la OEA.

La doctora Ruth Correa calificó como magnífico el trabajo, lo cual revela el académico que lo construyó. El informe contribuye a determinar con claridad el tipo de instrumento que los actores están elaborando y por ende aporta positivamente a quienes lo consulten e incluso podría evitar problemas futuros. Hizo una salvedad en el punto 4.5.1 y 4.5.2 pues parecieran idénticos en la versión en español

El doctor Duncan B. Hollis agradeció a los miembros por sus comentarios, insistiendo en haber seguido el ejemplo de otros al momento de lanzarse en un proyecto de esta envergadura. Se propuso hacer las modificaciones pertinentes y presentar un documento final el último día de la sesión virtual para la consideración y aprobación del Comité.

En el tema de la atribución relevado por doctor George Galindo, le solicitó una propuesta para incluir en la página 31, aclarando que la noción de atribución y plenos poderes son discrecionales. En relación al documento de Panamá hará una aclaración que indique que se trata de una posición aislada pero que quede constancia que existe tal punto de vista. En cuanto a la definición de tratado y la inclusión de su carácter vinculante, no ha seguido la posición de Colombia por el temor frente a al tema de las obligaciones, en caso que se quiera abarcar comportamientos. Si bien es consciente que la noción de tratado no requiere incluir el carácter vinculante, puesto que un tratado es regido por el derecho internacional, y por lo tanto vinculante. Finalmente se comprometió a revisará los puntos 4.5.1 y 4.5.2, y realizar los cambios que se imponen.

El doctor Dante Negro, agradeció al doctor Hollis por este informe y los aportes que ha realizado. Asimismo, aclaró ciertos elementos con relación al seguimiento del mismo por los órganos de la OEA. Si bien es un tema que nació por iniciativa propia del Comité, la Asamblea General solicitó al Comité mantenerla informada de los desarrollos en este tema. En este sentido existen dos vías que el

Comité puede considerar respecto de su adopción. Una opción es que el documento sea adoptado por el Comité y tenga vida propia, tal como se hizo con la Guía de Contratos Internacionales que no se sometido a la Asamblea General, sino que se le informó. El otro camino es considerarlo como un documento sujeto a la adopción de la Asamblea General, tal como se trató la propuesta de Ley Modelo 2.0 sobre acceso a la información pública, y por ende se adopte como un proyecto hasta su adopción eventual por la Asamblea General. El relator propuso que este fuera un producto del Comité, pero comprendió también que tendría un perfil más grande si tienes el aval de la Asamblea General, aunque este camino podría encontrar obstáculos, y no ser aprobado en el curso de la sesión ordinaria de la Asamblea General más cercana. El último día de la sesión virtual, el relator del tema, doctor Duncan Hollis presentó la versión final de su informe sobre Acuerdos vinculantes y no vinculantes, (documento CJI/doc. 614/20 rev.1 corr.1). Explicó haber realizado los cambios solicitados, tales como distinción entre plenos poderes, responsabilidad de los Estados y atribución. También llegó a la conclusión que sea una guía del Comité Jurídico Interamericano y no de la Asamblea General de la OEA.

Los doctores Rudge, García, Moreno, Salazar, Bertrand y Salvador expresaron su acuerdo con la propuesta del doctor. Hollis, considerando el informe como un aporte de primer nivel al derecho internacional. Por su parte, el doctor Moreno explicó su experiencia con la adopción de la Guía en contratos comerciales internacionales que ha tenido una trascendencia internacional, aunque no sea un documento de la OEA. El doctor Galindo constató la relevancia y momento histórico del trabajo al manifestar su total acuerdo con todas las modificaciones. El doctor Espeche también manifestó su complacencia con el trabajo; mientras que el doctor Richard reiteró su llamado a traducir el documento al francés. Al respecto el doctor Rudge instó a la Secretaría a apoyar en la búsqueda de fondos para la traducción tanto de este documento. La Presidenta propuso realizar la traducción de los trabajos del doctor Hollis de manera excepcional con los recursos disponibles, dejando claro que el CJI solamente trabaja en dos idiomas. El doctor George Galindo se refirió también a la posibilidad de hacer el trabajo en portugués con la ayuda de estudiantes en Brasilia, cuyo producto final él mismo supervisaría. El relator del tema agradeció a todos por la contribución que le han entregado a su informe a lo largo de estos cuatro años. Acto seguido la Presidenta solicitó que Guía fuese aprobada y remitida a la Asamblea General para su conocimiento y consideración, decisión que fue avalada por el pleno.

A continuación, se incluyen los documentos presentados por el relator del tema, doctor Duncan B. Hollis en febrero y agosto de 2020, así como la resolución aprobada por el Comité en agosto de 2020.

#### **CJI/doc. 600/20**

### **ACUERDOS VINCULANTES Y NO VINCULANTES: SEXTO INFORME**

(presentado por el profesor Duncan B. Hollis)

#### **INTRODUCCIÓN**

1. Este es mi sexto informe sobre acuerdos vinculantes y no vinculantes. La creciente prevalencia de acuerdos no vinculantes en términos generales —y de acuerdos vinculantes y no vinculantes en los ámbitos ministerial y subnacional, en particular— ha dado lugar a que los Estados Miembros de la OEA pidan que se conozcan y entiendan mejor los diferentes tipos de acuerdos internacionales que se utilizan hoy en día. La complejidad y diversidad de la práctica actual dan lugar a un cada vez mayor número de esquemas de coordinación y cooperación, pero a la vez plantean riesgos reales de que existan diferencias en puntos de entendimiento, expectativas divergentes y controversias.

2. Este proyecto busca ayudar a los Estados Miembros en la elaboración, implementación e interpretación de acuerdos internacionales poniendo a su disposición unas *Directrices sobre Acuerdos Vinculantes y no Vinculantes, con Comentarios*. En caso de que sean aprobadas por la Asamblea General de la OEA, estas *Directrices* podrían ofrecer un conjunto concreto y detallado

de definiciones, puntos de entendimiento y “prácticas óptimas” que los Estados Miembros (y otros) puedan emplear en la elaboración de diferentes tipos de acuerdos internacionales y en su interacción con los diversos actores que los hacen (Estados, entidades gubernamentales, y unidades territoriales subnacionales). No obstante, estas *Directrices* no aspiran a codificar ni aportar al desarrollo del derecho internacional (aunque sí toman nota de varias áreas en las que falta claridad o hay controversias en el derecho internacional existente). Más bien, pretenden ser un conjunto de puntos de entendimiento y prácticas voluntarias a las que pueden recurrir los Estados Miembros para mejorar sus conocimientos en estas áreas y reducir el riesgo de futuras dificultades con otros Estados de la región y del mundo entero.

3. Este proyecto tiene como premisa fundamental la idea de que los acuerdos internacionales pueden dividirse en dos grupos: (a) los que son “vinculantes” en el sentido de que se rigen por el derecho, sea el derecho internacional (es decir, “tratados”) o el derecho interno (es decir, “contratos”), y (b) los que no son vinculantes (es decir, “compromiso políticos”) en el sentido de que la fuerza normativa para la formación o la operación del acuerdo no dimana del derecho. El primer conjunto de acuerdos se rige por el derecho, mientras que el segundo depende de la política internacional o incluso de la moralidad.

4. En mi informe preliminar respondí al pedido de los Asesores Jurídicos de los Ministerios de Relaciones Exteriores de los Estados Miembros de que abordara el tema y señalara los asuntos que requerían atención<sup>1</sup>. En mi segundo informe examiné las respuestas a un cuestionario sobre el tema enviado por el Comité Jurídico Interamericano (CJI) a los Estados Miembros<sup>2</sup>. Concretamente, en el segundo informe analicé las respuestas recibidas de Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador, Estados Unidos, Jamaica, México, Perú, República Dominicana y Uruguay.<sup>3</sup> Posteriormente, Canadá, Panamá y Paraguay hicieron llegar sus respuestas, que se reflejan en los informes subsiguientes, incluido el presente.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup>. Véase Duncan B. Hollis, *Informe preliminar sobre acuerdos vinculantes y no vinculantes*, OEA/Ser.Q, CJI/doc. 542/17 (24 julio 2017) (“Informe preliminar”).

<sup>2</sup>. Véase Duncan B. Hollis, *Acuerdos vinculantes y no vinculantes: segundo informe*, OEA/Ser.Q, CJI/doc.553/18 (6 febrero 2018) (“segundo informe”).

<sup>3</sup>. Véanse Argentina, *Respuesta cuestionario OEA: Acuerdos vinculantes y no vinculantes* (en adelante “Respuesta de Argentina”); Brasil, *Acuerdos vinculantes y no vinculantes: Cuestionario para los Estados Miembros* (en adelante “Respuesta de Brasil”); Colombia, *Respuestas al cuestionario para los Estados Miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA). Acuerdos vinculantes y no vinculantes: práctica del Estado colombiano* (en adelante “Respuesta de Colombia”); República Dominicana, Dirección Jurídica, Ministerio de Relaciones Exteriores, *Respuestas al cuestionario sobre acuerdos vinculantes y no vinculantes*, 29 de noviembre de 2017 (en adelante “Respuesta de la República Dominicana”); República del Ecuador, Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, *Cuestionario “Acuerdos vinculantes y no vinculantes”* (en adelante “Respuesta de Ecuador”); Jamaica, *Nota de la Misión de Jamaica al Departamento de Derecho Internacional de la OEA*, Secretaría de Asuntos Jurídicos de la OEA, Ref. 06/10/12, 14 de diciembre de 2017 (en adelante “Respuesta de Jamaica”); Respuesta de México, *Informe del Comité Jurídico Interamericano, Acuerdos vinculantes y no vinculantes: Cuestionario para los Estados Miembros* (en adelante “Respuesta de México”); Perú, Dirección General de Tratados del Ministerio de Relaciones Exteriores, *Informe del Comité Jurídico Interamericano. Acuerdos vinculantes y no vinculantes: Cuestionario para los Estados Miembros* (en adelante “Respuesta de Perú”); Uruguay, *Respuesta a cuestionario sobre “los acuerdos vinculantes y no vinculantes”* (en adelante “Respuesta de Uruguay”); Estados Unidos, *Informe del Comité Jurídico Interamericano: Cuestionario para los Estados Miembros* (en adelante “Respuesta de los Estados Unidos”).

<sup>4</sup>. Véase Canadá, División de Derecho de los Tratados, Ministerio de Asuntos Mundiales de Canadá, *Binding and Non-Binding Agreements: A Questionnaire for OAS Member States—Submission by Canada* (9 Sept. 2019) (“Respuesta de Canadá”); Panamá, *Nota de la República de Panamá, Ministerio de Relaciones Exteriores, Dirección de Asuntos Jurídicos Internacionales y Tratados, al Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la Organización de los Estados Americanos*, N.V.-A.J. \_MIRE-201813176 (en adelante “Respuesta de Panamá”); Paraguay *Nota de la Misión Permanente del Paraguay al Departamento de Derecho*

5. En el tercer informe presenté un proyecto inicial de un conjunto de *Directrices de la OEA para los acuerdos vinculantes y no vinculantes*. Específicamente, el tercer informe contiene directrices y comentarios sobre (a) definiciones de distintos tipos de acuerdos internacionales; (b) las entidades que tienen capacidad para celebrar cada tipo de acuerdo, y (c) los métodos para identificarlos<sup>5</sup>. En el cuarto informe proseguí esa labor con directrices adicionales sobre (d) procedimientos internos para la celebración de acuerdos vinculantes y no vinculantes; (e) los efectos jurídicos internacionales, si los hay, de la suscripción de distintos tipos de acuerdos internacionales, y (f) programas de capacitación y educación sobre acuerdos vinculantes y no vinculantes.<sup>6</sup> En él respondí a varias cuestiones relativas a este proyecto que se plantearon durante la segunda reunión del Comité con Asesores Jurídicos de Ministerios de Relaciones Exteriores.<sup>7</sup> Así mismo, abordé diversos comentarios sobre el uso del término "acuerdo" en las *Directrices para acuerdos vinculantes y no vinculantes*<sup>8</sup>.

6. Con el quinto informe completé un "primer borrador" de *Directrices de la OEA para los acuerdos vinculantes y no vinculantes, con comentarios* (en adelante "Proyecto de Directrices")<sup>9</sup>. Contiene comentarios sobre efectos, así como sobre la capacitación y la educación. Asimismo, contiene un texto revisado de las otras directrices y comentarios, e incorpora revisiones y ajustes a la luz de las numerosas observaciones y sugerencias recibidas de los miembros del Comité y de Asesores Jurídicos de Ministerios de Relaciones Exteriores de los Estados Miembros de la OEA<sup>10</sup>. Refleja también los aportes recibidos a presentaciones que he hecho sobre este proyecto en las Naciones Unidas: una en la 29 Reunión Informal de Asesores Jurídicos, realizada el 23 de octubre de 2018, y otra en un grupo de trabajo informal de expertos y profesionales especializados en tratados, auspiciado por los Gobiernos de Canadá y Colombia en ocasión de los

---

*Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos, Secretaría General de la OEA*, No 635-18/MPP/OEA (12 de junio de 2018) (en adelante "Respuesta de Paraguay").

<sup>5</sup>. Véase Duncan B. Hollis, *Acuerdos vinculantes y no vinculantes: tercer informe*, OEA/Ser.Q, CJI/doc. 563/18 (15 julio 2018) ("tercer informe").

<sup>6</sup>. Véase Duncan B. Hollis, *Acuerdos vinculantes y no vinculantes: cuarto informe*, OEA/Ser.Q, CJI/doc. 580/19 (11 febrero 2019) ("cuarto informe").

<sup>7</sup>. Véase Comité Jurídico Interamericano, *Acta Resumida, Reunión Conjunta del Comité Jurídico Interamericano con los Asesores Jurídicos de los Estados Miembros de la OEA*, 93° período ordinario de sesiones, miércoles, 15 de agosto de 2018 (Reunión Conjunta CJI-Asesores Jurídicos 2018).

<sup>8</sup>. Véase Cuarto informe, *supra*, nota 6, párrs.7 a 13 [donde se presentan cinco argumentos a favor de limitar el alcance del *Proyecto de Directrices* a los "acuerdos" vinculantes y no vinculantes: (1) la Comisión de Derecho Internacional y otros nunca han considerado los tratados como sinónimo de acuerdos, sino como un subconjunto de la categoría más amplia de acuerdos; (2) el criterio que determina la existencia de un acuerdo une tratados, compromisos políticos y contratos y los distingue de otras posibilidades (como declaraciones unilaterales) de formas que otros rúbulos, como "instrumentos", no pueden); (3) según la práctica de los Estados, se aconseja no usar "palabras mágicas" para definir o identificar tratados; el uso del término "acuerdo" en un texto no puede garantizar su condición de tratado; (4) para superar la confusión reinante, es importante que los Estados conozcan mejor el concepto de acuerdo, independientemente de su uso, y (5) se podría mitigar cualquier riesgo de confusión con el uso del término si en las *Directrices* y los *comentarios* que les acompañan se adoptara un enfoque transparente del asunto y de los riesgos de confusión que podría crear].

<sup>9</sup>. Véase Duncan B. Hollis, *Acuerdos vinculantes y no vinculantes: quinto informe*, OEA/Ser.Q, CJI/doc. 593/19 (22 julio 2019) ("quinto informe").

<sup>10</sup>. Con respecto a estas preguntas y comentarios, véanse, por ejemplo, Reunión Conjunta CJI-Asesores Jurídicos 2018, nota 7 *supra*; *Acta Resumida*, 91 período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano, 9 de agosto de 2017; *Acta Resumida*, 92° período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano, 27 de febrero de 2018; *Acta Resumida*, 93° período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano, 15 y 16 de agosto de 2018; *Acta Resumida*, 94° período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano, 20 de febrero de 2019. *Acta Resumida*, 95° período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano, 7 de agosto de 2019.

eventos organizados por la Asamblea General de las Naciones Unidas para conmemorar el quincuagésimo aniversario de la suscripción de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Ambos eventos confirmaron que los temas relacionados con los acuerdos vinculantes y no vinculantes suscitan interés fuera del ámbito de los Estados Miembros.

7. Entre otras cosas, en el quinto informe *Proyecto de Directrices* añadí (i) un nuevo párrafo introductorio para aclarar que las *Directrices* presentan un conjunto de definiciones, puntos de entendimiento y prácticas óptimas no pretenden codificar el derecho internacional existente ni desarrollarlo progresivamente de alguna manera; (ii) una definición revisada de “acuerdo” que abarca el concepto amplio en el que encajan los tratados, los compromisos políticos, los contratos y los acuerdos interinstitucionales, al tiempo que se reconoce que, en la práctica, el término “acuerdo” se emplea con frecuencia solo en relación con los textos de tratados; (iii) cláusulas de muestra y una tabla de palabras y frases que los Estados Miembros (u otros) pueden utilizar en un instrumento como prueba de que se trata de un tratado, un compromiso político o un contrato, y (iv) una nueva directriz con la que se alienta a los Estados a cumplir sus compromisos políticos (aunque reconozcan que no tienen obligación jurídica de hacerlo).

8. En este sexto informe presento una versión revisada del *Proyecto de Directrices*. Este informe responde a las nuevas aportaciones recibidas de los miembros del Comité durante su 95º período ordinario de sesiones, en particular con respecto a:

- Revisar la definición de un “acuerdo” para eliminar la referencia a un “compromiso normativo” (que en español plantea una posible tautología) y reemplazarlo con la idea de un “compromiso para un acto futuro”. Sin embargo, este cambio no pretende ser sustantivo dado que las “normas”, por definición, hacen referencia a expectativas comunes de un acto futuro.
- Revisar la definición de “contrato” para alinearla más estrechamente con la definición ofrecida en la recientemente aprobada *Guide on the Law applicable to International Commercial Contracts in the Americas*<sup>11</sup>.
- Volver a elaborar la *Directriz 3.2 del Proyecto* para reconocer que la evidencias subjetiva y objetiva pueden entremezclarse, y para fomentar una mejor práctica en la que los Estados sean transparentes en sus propias pruebas e intenten alinear los resultados en ambas pruebas, cuando sea posible.
- Agregar un comentario a la *Directriz 4.1* para diferenciar los acuerdos ejecutivos de Colombia de los acuerdos de procedimientos simplificados, al tiempo que se señala que sería inconstitucional exceder el alcance de la autoridad en cualquiera de los casos.
- Aclarar que el término “desplazamiento” utilizado en la versión anterior *de la directriz 5.2 del Proyecto* se refería a la capacidad de un contrato para suplantar las normas de incumplimiento previstas por la legislación interna de un Estado.
- Agregar comentarios a la *Directriz 5.3.2 del Proyecto* para diferenciar (a) la forma en que los compromisos políticos pueden tener relevancia jurídica cuando son convertidos (mediante un acto discrecional) en un instrumento jurídico internacional o nacional y (b) los casos en que el compromiso político pueda servir como punto de referencia interpretativo sin necesidad de un acto discrecional adicional.
- Proponer una presunción de responsabilidad única por parte del Estado en acuerdos interinstitucionales vinculantes (es decir, que el acuerdo vinculante de una institución implica más bien la responsabilidad del Estado en su conjunto, y no la responsabilidad de la institución firmante). En la versión anterior se indicaba la responsabilidad única por parte del Estado unitario como una “expectativa”. Dado que claramente la mayoría de los Estados adopta este enfoque, parece que como práctica óptima, los Estados deberían actuar partiendo del supuesto de que esta regla es aplicable. No obstante, el *Proyecto de Directrices* sigue reconociendo que algunos Estados pueden no aceptar esta presunción y negar la responsabilidad única del Estado en sus acuerdos

---

<sup>11</sup> Véase Guía sobre el DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES en las Américas, OAS/Ser. Q, CJI/RES. 249 (XCIV-O/19) (21 de febrero de 2019).

interinstitucionales. Por este motivo, la versión actual sigue ofreciendo varias directrices sobre la forma en que los Estados que adoptan opiniones divergentes sobre la responsabilidad del Estado pueden reconciliarlas en acuerdos *inter se*.

- Revisar la *Directriz 4.2 del Proyecto* sobre la elaboración de procedimientos internos para compromisos políticos: En el proyecto anterior se habían sugerido dos opciones: los Estados Miembros deberían tener procedimientos internos para (a) “todos” sus compromisos políticos o (b) solo para los “más significativos”. La versión revisada plantea que los Estados deberían tener procedimientos internos para estos compromisos sin ningún calificativo. El texto debería permitir a los Estados elegir entre elaborar esos procedimientos para todos sus compromisos políticos y solo para algunos acuerdos específicos.
- Agregar texto a la *Directriz 6.1 del Proyecto* para dejar claro que la capacitación sobre acuerdos vinculantes y no vinculantes debe ofrecerse no solo a funcionarios de los Ministerios de Relaciones Exteriores, sino también a funcionarios de otros ministerios u organismos pertinentes que participan en acuerdos internacionales.

9. En la nueva versión del *Proyecto de Directrices* también se incorporan las respuestas recibidas de Canadá al cuestionario del Comité, entre las que cabe señalar las siguientes:

- Aclarar que aunque Canadá utiliza el término “memorando de entendimiento” para sus compromisos políticos jurídicamente vinculantes y no vinculantes, no considera que ese título sea determinante, ya que otros Estados pueden considerar un memorando de entendimiento como tratado.
- Delinear un compromiso político por su naturaleza política o moral.
- Ampliar la práctica de Canadá de hacer acuerdos interinstitucionales como compromisos o contratos políticos no vinculantes y no como tratados.
- Hacer referencia a las políticas de Canadá para revisar los compromisos políticos en los Ministerios de Relaciones Exteriores y mantener una base de datos de tales acuerdos no vinculantes.
- Hacer un recuento de los esfuerzos de Canadá por obtener exenciones de privilegios e inmunidades en sus contratos interestatales, que de no existir (además de la carencia de legislación aplicable o cláusulas de selección de foro) podrían dar lugar a que se niegue la condición de contrato a un acuerdo.
- Revisar la postura ambigua de Canadá sobre las pruebas de intención/objetivo para identificar tratados, y al mismo tiempo señalar la caracterización de la prueba para identificar un compromiso político como intención de una de las partes.

10. Además de su propia respuesta, Canadá puso a disposición de los interesados respuestas a un cuestionario sobre temas pertinentes a este proyecto, en el entendimiento de que podrían hacerse públicos<sup>12</sup>. En esas respuestas se incluyen otras opiniones de dos Estados Miembros de la OEA (Canadá y México), así como explicaciones de Alemania, España, Finlandia, Israel, Japón y la República de Corea. Se han incorporado tales respuestas en aquellas partes de las *Directrices* en que se consideró pertinente, por ejemplo:

- Se cita a los ocho Estados encuestados —Alemania, Canadá, Corea, España, Finlandia, Israel, Japón y México— por la idea de que el título de un acuerdo no es determinante de su condición jurídica vinculante o no vinculante.
- Se indica que los ocho Estados estuvieron de acuerdo en el creciente número e importancia de los compromisos políticos en las relaciones internacionales.
- Se hace mención de que Corea del Sur considera que sus acuerdos entre entidades no son vinculantes.

---

<sup>12</sup> División de Derecho de los Tratados, Ministerio de Asuntos Mundiales de Canadá, *Working Group on Treaty Practice, Survey on Binding and Non-Binding International Instruments* (18 de septiembre de 2019) (en lo sucesivo “Grupo de Trabajo sobre Práctica de Tratados”).

- Se hace referencia a que los diferentes procedimientos internos de aprobación y archivo que ha adoptado los Estados para sus compromisos políticos, y se menciona también el grupo de trabajo en su conjunto considera que existe la necesidad de mejorar la coordinación interna sobre la calidad y eficacia de los acuerdos no vinculantes.

11. El Anexo I contiene un borrador completo y revisado de *las Directrices de la OEA para los acuerdos vinculantes y no vinculantes*. El Anexo II contiene las *Directrices* con los comentarios correspondientes.

12. Aguado con interés cualquier aportación del Comité sobre cada una de las *Directrices del Proyecto* y sobre los comentarios, sean de fondo o relativos a su estructura.

13. Con la venia del Comité, creo que ha llegado el momento de recibir comentarios más formales. Sugeriría que el Comité apruebe ya sea remitir estas *Directrices* a la Asamblea General de la OEA para su examen y (posible) aprobación o bien, como medida alternativa y provisional, aprobar la distribución formal del borrador en su forma actual a los Estados Miembros de la OEA para sus comentarios y sugerencias. En este último caso, me comprometo a sintetizar y responder a cualquier sugerencia de modificaciones, enmiendas o ajustes, con el fin de obtener la aprobación final del Comité en su próximo período ordinario de sesiones, en julio-agosto de 2020.

\* \* \*

## ANEXO I

### PROYECTO DE DIRECTRICES DE LA OEA PARA LOS ACUERDOS VINCULANTES Y NO VINCULANTES

Los Estados y otros actores internacionales actualmente suscriben y aplican una diversa gama de acuerdos internacionales. En el plano más general, se acostumbra dividirlos en (i) acuerdos que son “vinculantes” y, por lo tanto, se rigen por el derecho, ya sea el derecho internacional (tratados) o el derecho interno (contratos), y (ii) acuerdos que no son vinculantes (“compromisos políticos”), para los cuales el derecho no es fuente de fuerza normativa alguna. En medida creciente, los Estados también están autorizando la celebración de acuerdos por sus ministerios nacionales o unidades territoriales subnacionales (provincias o regiones).

La gama actual de acuerdos vinculantes y no vinculantes ofrece mucha flexibilidad: los acuerdos pueden adaptarse al contexto, incluidos los intereses de los autores, la doctrina y jurisprudencia, y los recursos. Al mismo tiempo, en el derecho y la práctica internacionales se observan grandes ambigüedades (o claras diferencias) en la forma en que los Estados autorizan o entienden sus diferentes acuerdos internacionales.

Ante este estado de cosas, los representantes de los Estados están muy confundidos y han planteado la posibilidad de malentendidos y controversias. Dos Estados pueden suscribir un acuerdo que uno de ellos considera como un compromiso político no vinculante y el otro como un tratado (o un contrato). La posibilidad de confusión y controversias es mayor cuando los ministerios de Estado o las unidades territoriales subnacionales celebran acuerdos. Algunos Estados autorizan a estas entidades a celebrar tratados (es decir, acuerdos vinculantes que se rigen por el derecho internacional), mientras que otros les niegan esta posibilidad (ya sea debido a una falta de potestad o basándose en la premisa de que el derecho internacional no confiere a estos actores capacidad para suscribir tratados).

Con estas *Directrices* se procura disipar la confusión actual y la posibilidad de que surjan conflictos entre Estados y otros interesados con respecto a los acuerdos vinculantes y no vinculantes. Las *Directrices* proporcionan un conjunto de definiciones de trabajo, puntos de entendimiento y prácticas óptimas con respecto a quiénes celebran esos acuerdos, cómo pueden celebrarlos y qué efectos jurídicos tienen. La finalidad es ayudar a los Estados a deslindar y comprender las consecuencias de la negociación y celebración de distintos tipos de acuerdos internacionales. Un mayor conocimiento y conciencia de las prácticas óptimas podría ayudar a los Estados a evitar o mitigar los riesgos de confusión o conflicto que enfrentan actualmente.

Al mismo tiempo, estas directrices no aspiran de ninguna manera a una condición jurídica propia. No es su finalidad codificar el derecho internacional ni ofrecer una vía para su desarrollo progresivo. En cambio, señalan en varias instancias las áreas en las cuales el derecho internacional no es claro o es motivo de controversias. El alcance de las Directrices es menor: consiste en proveer un conjunto de prácticas y puntos de entendimiento voluntarios que los Estados Miembros puedan usar entre ellos (y quizá a escala mundial) para comprender mejor la forma en que se elaboran, interpretan y aplican acuerdos internacionales y reducir así el riesgo de desacuerdos o dificultades futuros.

## **1. Definiciones relacionadas con los acuerdos vinculantes y no vinculantes**

**1.1 Acuerdo:** Aunque el uso de este término en un texto suele ser indicativo de un tratado, el concepto puede definirse de una forma más amplia a fin de abarcar el consentimiento mutuo de los participantes en un compromiso relativo a un acto futuro.

**1.2 Tratado:** Acuerdo internacional vinculante celebrado entre Estados, instituciones del Estado u otros sujetos apropiados que consta por escrito y se rige por el derecho internacional, independientemente de su designación, su registro o los procedimientos jurídicos internos que los Estados utilicen para dar su consentimiento en obligarse.

**1.3 Compromiso político:** Acuerdo que no es jurídicamente vinculante, celebrado entre Estados, instituciones del Estado u otros actores con la intención de establecer compromisos de una índole exclusivamente política o moral.

**1.4 Contrato:** Acuerdo voluntario entre dos o más partes que constituye un acuerdo vinculante regido por el derecho nacional o el derecho no estatal.

**1.5 Acuerdo interinstitucional:** Acuerdo celebrado entre dos o más instituciones del Estado, entre ellas ministerios nacionales o unidades territoriales subnacionales. Según sus condiciones, las circunstancias del caso y los actos subsiguientes, un acuerdo interinstitucional podría reunir los requisitos para ser considerado como un tratado, un compromiso político o un contrato.

## **2. Capacidad para celebrar acuerdos internacionales**

**2.1 Capacidad de los Estados para celebrar tratados:** Los Estados tienen capacidad para suscribir tratados y deberían hacerlo de conformidad con los términos del tratado y cualesquiera leyes y procedimientos internos que regulen su capacidad para dar su consentimiento en obligarse.

**2.2 Capacidad de las instituciones del Estado para celebrar tratados:** Los Estados tienen la potestad, pero no la obligación, de autorizar a sus instituciones a celebrar tratados sobre temas de su competencia con el consentimiento de todos los copartícipes del tratado.

**2.3 Confirmación de la capacidad para celebrar tratados:** Los Estados o las instituciones autorizadas del Estado que prevean celebrar un tratado con una institución de otro Estado deben hacer todo lo posible para confirmar que la institución tenga suficiente competencia en la materia del tratado y autorización del Estado del cual forme parte para celebrar un tratado sobre el tema.

**2.4 Capacidad para celebrar compromisos políticos:** Los Estados o las instituciones del Estado deberían estar facultados para celebrar compromisos políticos en la medida en que las circunstancias políticas lo permitan.

**2.5 Capacidad para celebrar contratos entre Estados:** Un Estado debería celebrar contratos con otros Estados que estén dispuestos a hacerlo de conformidad con el derecho que rija el contrato.

**2.6 Capacidad para celebrar contratos interinstitucionales:** Una institución del Estado debería suscribir contratos con instituciones de otro Estado que estén dispuestas a hacerlo de conformidad con su propio derecho interno y, si es diferente, con el derecho que rija el contrato.

## **3. Métodos para identificar acuerdos vinculantes y no vinculantes**

**3.1 Identificación de acuerdos:** Los Estados y otras partes que celebren acuerdos deberían suscribir acuerdos internacionales a sabiendas, y no inadvertidamente. Como mínimo, eso significa que los Estados deben hacer una distinción entre sus acuerdos (sean vinculantes o no vinculantes)

y los demás compromisos e instrumentos. Las siguientes prácticas óptimas podrían facilitarles esa tarea:

**3.1.1** Los Estados deberían remitirse a la terminología utilizada y a las circunstancias particulares para determinar si surgirá un acuerdo (o si ya existe un acuerdo).

**3.1.2** En caso de duda, un Estado debería consultar con los potenciales copartícipes para confirmar si una declaración o instrumento constituirá o no un acuerdo (e, idealmente, qué tipo de acuerdo será).

**3.1.3** Un Estado debería abstenerse de refrendar una declaración o un instrumento si su punto de vista con respecto a su condición de acuerdo es diferente del punto de vista de los potenciales copartícipes hasta que logren conciliar esas diferencias.

**3.2 Identificación del tipo de acuerdo celebrado:** En la práctica actual de los Estados, las organizaciones internacionales, las cortes y los tribunales internacionales y otros sujetos de derecho internacional, se observan dos métodos diferentes para distinguir entre acuerdos vinculantes y no vinculantes.

- Con el primero, algunos actores utilizan la “prueba de la intención”, análisis subjetivo para ver si las intenciones manifiestas de los autores determinan si un acuerdo es vinculante o no (y, en caso de que sea vinculante, si es un tratado o un contrato).
- Con el segundo, otros actores usan una “prueba objetiva”, según la cual la materia, el lenguaje y el contexto determinan su condición vinculante o no vinculante, independientemente de todo indicio de las intenciones de uno o más de sus autores.

Ambos métodos suelen llevar a la misma conclusión. Tienen en cuenta (a) el texto; (b) las circunstancias particulares, y (c) los actos subsiguientes para identificar los distintos tipos de acuerdos vinculantes y no vinculantes. No obstante, son posibles resultados diferentes, en particular cuando el texto favorece objetivamente una conclusión (por ejemplo, un tratado), pero las pruebas externas sugieren otra cosa (por ejemplo, las declaraciones contemporáneas de uno o más participantes en el sentido de que no se pretendía hacer un tratado). La prueba objetiva priorizaría el texto y el lenguaje utilizados en contraste con el énfasis de la prueba de la intención en lo que se refiere a lo que las partes pretendían. Tales resultados diferentes pueden, a su vez, dar lugar a confusión o conflictos, riesgo que se puede mitigar con ciertas prácticas:

**3.2.1** Si un Estado todavía no ha decidido si usará la prueba de la intención o la prueba objetiva para identificar sus acuerdos vinculantes y no vinculantes, debería hacerlo.

**3.2.2** Todo Estado debería ser franco con otros Estados e interesados con respecto a la prueba que utilice. Asimismo, debería aplicarla de manera uniforme, en vez de aplicar una u otra según lo que le convenga en cada caso. La aplicación uniforme de una prueba ayudará a resolver las expectativas de otros actores y posibilitará una interacción más previsible entre ellos.

**3.2.3** Sin embargo, un Estado no debería suponer que los demás Estados o actores (entre ellos las cortes y los tribunales internacionales) usarán la misma prueba para identificar los acuerdos vinculantes y no vinculantes. En cambio, debería celebrar y aplicar sus acuerdos internacionales de una manera que mitigue o incluso elimine los problemas que puedan llevar a que las dos pruebas conduzcan a conclusiones contradictorias. Los Estados pueden lograr esto alineando las pruebas subjetiva y objetiva de tal manera que se obtenga el mismo resultado.

**3.3 Especificación del tipo de acuerdo celebrado:** A fin de evitar puntos de vista incompatibles sobre la índole vinculante de un acuerdo o sobre el derecho que lo rige, los participantes deben hacer todo lo posible para especificar expresamente el tipo de acuerdo alcanzado, sea en el texto del acuerdo o en comunicaciones relativas a su celebración. En lo que se refiere al texto, los Estados podrían usar los ejemplos de disposiciones que se presentan en el cuadro 1 para especificar la condición de un acuerdo. Sin embargo, en vista de la diversidad de acuerdos internacionales, los Estados también podrían adaptar otras fórmulas corrientes.

Cuadro 1. Especificación del tipo de acuerdo celebrado	
Tipo de acuerdo	Ejemplo de texto
<b>Tratado</b>	<i>En virtud de este acuerdo, se entablarán relaciones entre las partes que se regirán por el derecho internacional. Este acuerdo se propone dar lugar a derechos y obligaciones de conformidad con sus condiciones.</i>
<b>Compromiso político</b>	<i>Este [título] no es vinculante de conformidad con el derecho internacional y no crea derechos u obligaciones jurídicamente vinculantes para sus participantes.</i>
	<i>Este [título] es un compromiso político cuyas disposiciones no lo habilitan para el registro de conformidad con el artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas.</i>
<b>Contrato</b>	<i>Este acuerdo se regirá por el derecho de [indicar el Estado y/o una fuente de derecho no estatal].</i>

**3.4 Elementos indicativos del carácter vinculante o no vinculante de un acuerdo:** En los casos en que los participantes en el acuerdo no especifiquen su condición o no lleguen a otro tipo de avenencia al respecto, los Estados deberían usar ciertos elementos como los siguientes (o recurrir a ellos) para indicar la existencia de un tratado o de un compromiso político no vinculante:

- a) el lenguaje utilizado en la práctica;
- b) la inclusión de ciertas cláusulas finales;
- c) las circunstancias en torno a la celebración del acuerdo; y
- d) los actos subsiguientes de los participantes en el acuerdo.

En el cuadro 2 se presentan la terminología y las cláusulas que los Estados deberían relacionar con mayor frecuencia con tratados y las que suelen usarse en compromisos políticos.

**3.5 Elemento indicativo de un tratado:** En los casos en que los participantes en el acuerdo no especifiquen su condición o no lleguen a otro tipo de avenencia al respecto, los Estados deberían usar una cláusula sobre el derecho aplicable (o recurrir a ella) para confirmar la existencia de un contrato. Los Estados deberían suponer que un texto claramente vinculante entre Estados que guarda silencio con respecto a su condición es un tratado, en vez de un contrato.

**3.6 Indicios ambiguos o incongruentes de la condición de un acuerdo:** En los casos en que los elementos indicativos de la condición de un acuerdo sean ambiguos o incongruentes, la condición del acuerdo debería determinarse sobre la base de un análisis integral que procure conciliar las pruebas objetivas y las intenciones comunes de los participantes. Los Estados deberían tratar de dar a conocer los resultados de su análisis integral a las otras partes del acuerdo. En algunos casos, los Estados podrían considerar opciones más formales para la solución de controversias a fin de aclarar o resolver el carácter vinculante o no vinculante de sus acuerdos.

<b>Cuadro 2. Identificación de acuerdos vinculantes y no vinculantes</b>		
<b>Características del acuerdo</b>	<b>Elemento indicativo de un tratado</b>	<b>Elemento indicativo de un compromiso político</b>
<b>Títulos</b>	Tratado Convenio Acuerdo Pacto Protocolo	Entendimiento Declaración de intención Arreglo Declaración
<b>Autores</b>	partes	participantes
<b>Terminología</b>	artículos obligaciones compromisos derechos	compromisos expectativas principios parágrafos puntos de entendimiento
<b>Lenguaje que denota un compromiso (verbos)</b>	deberán acuerdan deben se comprometen a Hecho en [lugar] el [fecha]	deberían buscar impulsar tener la intención de esperar llevar a cabo tomar entender aceptar
<b>Lenguaje que denota un compromiso (adjetivos)</b>	vinculante auténtico fidedigno	político voluntario vigente de igual validez
<b>Cláusulas</b>	Consentimiento en obligarse Entrada en vigor Depositario Modificación Rescisión Solución obligatoria de controversias	Entrada en vigor (o inicio de aplicación) Diferencias Modificaciones

#### **4. Procedimientos para la celebración de acuerdos vinculantes y no vinculantes**

**4.1 Diferentes procedimientos internos para los tratados.** Todo Estado debería tener plena libertad para establecer y mantener un procedimiento interno o varios para autorizar la negociación y celebración de tratados por el Estado o sus instituciones. Estos procedimientos podrían basarse en la constitución del Estado, sus leyes o su práctica. Distintos Estados podrían seguir procedimientos internos diferentes para el mismo tratado.

**4.2 Establecimiento de procedimientos internos para los compromisos políticos.** Los Estados deberían establecer y mantener procedimientos para autorizar los compromisos políticos celebrados por el Estado o sus instituciones. Aunque los compromisos políticos son acuerdos no vinculantes, sería conveniente que los Estados tuvieran procedimientos que confirmaran:

- a) el carácter no vinculante de un compromiso;

- b) la pertinencia del uso de una forma o modalidad no vinculante en vez de una vinculante, como ocurre en los casos en que, debido a la falta de tiempo o a la incertidumbre, es desaconsejable que el Estado quede atrapado en un acuerdo con efectos jurídicos; y
- c) la notificación de las instituciones pertinentes del Estado, incluyendo al Ministerio de Relaciones Exteriores, y la coordinación con ellas.

**4.3 Establecimiento de procedimientos internos para la aprobación de contratos entre Estados.** Los Estados que celebren contratos con otros Estados deberían establecer y mantener procedimientos para aprobar su celebración. Como buena práctica, en dichos procedimientos los Estados deberían incluir:

- a) información sobre la forma en que el Estado determinará el derecho aplicable al contrato, y
- b) mecanismos para confirmar el derecho aplicable con los otros Estados contratantes a fin de evitar conflictos futuros.

**4.4. Procedimientos internos para la aprobación de acuerdos interinstitucionales vinculantes.** Los Estados deberían contar con procedimientos para otorgar la debida autorización a las instituciones (sean ministerios de gobierno, unidades subnacionales o ambos) que tengan capacidad para celebrar un tratado regido por el derecho internacional. Asimismo, los Estados deberían contar con procedimientos a fin de otorgar la debida autorización a sus instituciones (sean ministerios de gobierno, unidades subnacionales o ambos) para suscribir contratos de conformidad con su propio derecho interno, con el derecho interno de otro Estado o con un derecho no estatal.

**4.4.1** En esos procedimientos se debería indicar la forma en que el Estado distingue si la institución está celebrando un tratado o un contrato.

**4.4.2** En esos procedimientos se deberían incorporar mecanismos para confirmar por adelantado que la institución del otro Estado está de acuerdo con el tipo de acuerdo interinstitucional que se suscribirá y con su carácter jurídicamente vinculante.

#### **4.5 Publicidad de la capacidad institucional para celebrar acuerdos vinculantes**

**4.5.1** Un Estado debería dar a conocer cuáles de sus instituciones, si las hubiere, podrían estar autorizadas para celebrar tratados y especificar si pueden hacerlo en representación del Estado en su conjunto o en nombre propio.

**4.5.2** Un Estado debería dar a conocer cuáles de sus instituciones, si las hubiere, podrían estar autorizadas para celebrar tratados y especificar si pueden hacerlo en representación del Estado en su conjunto o en nombre propio.

**4.5.3** Un Estado podría dar a conocer esta información al público en general (por ejemplo, colocando sus procedimientos en línea) o comunicar específicamente a otros Estados o instituciones del Estado la capacidad de sus instituciones y los procedimientos pertinentes que utilizan.

#### **4.6 Publicidad de los registros de acuerdos vinculantes y no vinculantes**

**4.6.1** *Registros nacionales de acuerdos vinculantes.* Los Estados deberían crear y mantener registros públicos de todos los acuerdos vinculantes del Estado y de sus instituciones.

**4.6.2** *Registros nacionales de compromisos políticos.* Los Estados deberían mantener un registro nacional de todos los compromisos políticos del Estado y de sus instituciones o por lo menos de los más importantes.

### **5. Efectos jurídicos de los acuerdos vinculantes y no vinculantes**

**5.1 Efectos jurídicos de la celebración de tratados por el Estado:** Los Estados y sus instituciones deberían encarar la celebración de tratados sabiendo que dar su consentimiento en obligarse por un tratado tendrá por lo menos tres tipos de efectos jurídicos:

**5.1.1** *Efectos jurídicos internacionales primarios.* De acuerdo con el principio fundamental de *pacta sunt servanda*, los tratados imponen la obligación de cumplir sus condiciones de buena fe.

**5.1.2** *Efectos jurídicos internacionales secundarios.* La existencia de un tratado da lugar a la aplicación de varios regímenes jurídicos internacionales secundarios, entre ellos el derecho de los tratados, la responsabilidad del Estado y cualquier otro régimen particular vinculado a la materia del tratado.

**5.1.3** *Efectos jurídicos internos.* El orden jurídico interno de un Estado podría disponer que los tratados celebrados por el Estado tengan efectos jurídicos internos, pero no se requiere que lo haga. Los Estados deberían estar en condiciones de explicar a otros Estados e interesados qué efectos jurídicos internos tendrán los tratados que suscriban.

**5.2 Efectos jurídicos de los contratos.** Los Estados y sus instituciones deberían encarar la celebración de acuerdos sabiendo que los efectos jurídicos de un contrato, entre ellos los aspectos relativos al cumplimiento, el desplazamiento del derecho interno aplicable y la ejecución, dependerán del derecho aplicable al contrato.

**5.3 Efectos de los compromisos políticos.** Los Estados y sus instituciones deberían encarar la celebración de acuerdos sabiendo que un compromiso político no tendrá ningún efecto jurídico directo de conformidad con el derecho internacional o el derecho interno, ya que los compromisos políticos no son jurídicamente vinculantes.

**5.3.1** Los Estados y sus instituciones deberían cumplir sus compromisos políticos y aplicarlos, entendiéndose que otros Estados esperarán que el compromiso político se cumpla por razón de su fuerza moral o del contexto político en el cual se celebró.

**5.3.2** Los Estados y sus instituciones deberían saber que un compromiso político, aunque no fuese vinculante, podría tener efectos jurídicos para un Estado. Por ejemplo, los compromisos políticos pueden:

- (i) incorporarse en otros actos jurídicos internacionales, como tratados o decisiones de organizaciones internacionales;
- (ii) incorporarse en actos jurídicos internos, como leyes u otros tipos de normativa, o
- (iii) servir de base para la interpretación de otros acuerdos jurídicamente vinculantes o guiarlos.

**5.4 Efectos jurídicos de un acuerdo interinstitucional.** Los Estados deberían suponer que un acuerdo interinstitucional surtirá los efectos jurídicos de la categoría de acuerdo (tratado, compromiso político o contrato) a la que corresponda.

**5.4.1** Los Estados podrían suponer que los tratados y contratos interinstitucionales generarán responsabilidad del Estado en su conjunto.

**5.4.2** No obstante, los Estados deberían tener en cuenta que, en ciertos casos, un Estado o su institución podría afirmar que la responsabilidad jurídica por un acuerdo interinstitucional se extiende solo a la institución del Estado que celebre el acuerdo.

**5.4.3** En los casos en que los Estados tengan puntos de vista divergentes acerca de la responsabilidad jurídica generada por un acuerdo interinstitucional vinculante, deberían armonizar sus puntos de vista y avenirse a que ambos Estados asuman la responsabilidad emanada del acuerdo interinstitucional o limiten la responsabilidad a las instituciones que suscriban el acuerdo.

**5.4.4** Los Estados deberían utilizar toda la discreción que posean para evitar que un acuerdo interinstitucional tenga efectos jurídicos en los casos en que una o más de las instituciones participantes no hayan recibido del Estado del cual formen parte la potestad (o la capacidad general) necesaria para celebrar un acuerdo de ese tipo.

## **6. Capacitación y educación sobre acuerdos vinculantes y no vinculantes**

**6.1 Capacitación y educación a cargo de los Estados sobre acuerdos vinculantes y no vinculantes.** Los Estados deberían tomar medidas para capacitar y educar a los funcionarios pertinentes del Ministerio de Relaciones Exteriores o de otros ministerios pertinentes para que puedan hacer lo siguiente:

- (i) identificar los distintos tipos de acuerdos vinculantes y no vinculantes y distinguir entre ellos; entender quiénes en el ámbito del Estado tienen capacidad para negociar y celebrar qué acuerdos;

- (ii) seguir los procedimientos internos para la celebración de tales acuerdos; y
- (iii) comprender los efectos jurídicos y de otros tipos que puedan emanar de distintos tipos de acuerdos internacionales.

**6.2 Capacitación y educación sobre acuerdos interinstitucionales.** Si un Estado autoriza la celebración de acuerdos interinstitucionales, debe tomar medidas para capacitar y educar a los funcionarios pertinentes de una dependencia o una unidad territorial subnacional del Estado para que puedan hacer lo siguiente:

- (i) identificar los distintos tipos de acuerdos vinculantes y no vinculantes y distinguir entre ellos; entender quiénes en el ámbito del Estado tienen capacidad para negociar y celebrar qué acuerdos;
- (ii) seguir los procedimientos internos para la celebración de tales acuerdos; y
- (iii) comprender los efectos jurídicos y de otros tipos que puedan emanar de distintos tipos internacionales.

\* \* \*

## PROYECTO DE DIRECTRICES DE LA OEA PARA ACUERDOS VINCULANTES Y NO VINCULANTES (CON COMENTARIOS)

Los Estados y otros actores internacionales actualmente suscriben y aplican una diversa gama de acuerdos internacionales. En el plano más general, se acostumbra dividirlos en (i) acuerdos que son “vinculantes” y, por lo tanto, se rigen por el derecho, ya sea el derecho internacional (tratados) o el derecho interno (contratos), y (ii) acuerdos que no son vinculantes (“compromisos políticos”), para los cuales el derecho no es fuente de fuerza normativa alguna. En medida creciente, los Estados también están autorizando la celebración de acuerdos por sus ministerios nacionales o unidades territoriales subnacionales (provincias o regiones).

La gama actual de acuerdos vinculantes y no vinculantes ofrece mucha flexibilidad: los acuerdos pueden adaptarse al contexto, incluidos los intereses de los autores, la doctrina y jurisprudencia, y los recursos. Al mismo tiempo, en el derecho y la práctica internacionales se observan grandes ambigüedades (o claras diferencias) en la forma en que los Estados autorizan o entienden sus diferentes acuerdos internacionales.

Ante este estado de cosas, los representantes de los Estados están muy confundidos y han planteado la posibilidad de malentendidos y controversias. Dos Estados pueden suscribir un acuerdo que uno de ellos considera como un compromiso político no vinculante y el otro como un tratado (o un contrato). La posibilidad de confusión y controversias es mayor cuando los ministerios de Estado o las unidades territoriales subnacionales celebran acuerdos. Algunos Estados autorizan a estas entidades a celebrar tratados (es decir, acuerdos vinculantes que se rigen por el derecho internacional), mientras que otros les niegan esta posibilidad (ya sea debido a una falta de potestad o basándose en la premisa de que el derecho internacional no confiere a estos actores capacidad para suscribir tratados).

Con estas directrices se procura disipar la confusión actual y la posibilidad de que surjan conflictos entre Estados y otros interesados con respecto a los acuerdos vinculantes y no vinculantes. Las Directrices proporcionan un conjunto de definiciones de trabajo, puntos de entendimiento y prácticas óptimas con respecto a quiénes celebran esos acuerdos, cómo pueden celebrarlos y qué efectos jurídicos tienen. La finalidad es ayudar a los Estados a deslindar y comprender las consecuencias de la negociación y celebración de distintos tipos de acuerdos internacionales. Un mayor conocimiento y conciencia de las prácticas óptimas podría ayudar a los Estados a evitar o mitigar los riesgos de confusión o conflicto que enfrentan actualmente.

Al mismo tiempo, estas directrices no aspiran de ninguna manera a una condición jurídica propia. No es su finalidad codificar el derecho internacional ni ofrecer una vía para su desarrollo progresivo. En cambio, señalan en varias instancias las áreas en las cuales el derecho internacional no es claro o es motivo de controversias. En las Directrices, esos asuntos quedan sin resolver. El alcance de las Directrices es menor: consiste en proveer un conjunto de prácticas y puntos de entendimiento voluntarios que los Estados Miembros puedan usar entre ellos (y quizá a escala mundial) para comprender mejor la forma en que se elaboran, interpretan y aplican acuerdos internacionales y reducir así el riesgo de desacuerdos o dificultades futuros.

### 1. Definiciones relacionadas con los acuerdos vinculantes y no vinculantes

**1.1 Acuerdo:** *Aunque el uso de este término en un texto suele ser indicativo de un tratado, el concepto puede definirse de una forma más amplia a fin de abarcar el consentimiento mutuo de los participantes en un compromiso relativo a un acto futuro.*

**Comentario:** El concepto de acuerdo no está bien definido en el derecho internacional. Al preparar el borrador que se convirtió en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, la Comisión de Derecho Internacional prestó poca atención a esta idea, a

pesar de que la usó regularmente en sus deliberaciones.<sup>1</sup> Ninguno de los Estados Miembros de la OEA que respondieron al cuestionario del Comité abordó el concepto. No obstante, todo acuerdo tiene por lo menos dos elementos básicos: *mutualidad* y *compromiso*.

En lo que se refiere a la *mutualidad*, el primer Relator Especial de la Comisión de Derecho Internacional sobre el derecho de los tratados, J. L. Brierly, observó que la definición de tratado como “acuerdo” excluye las “declaraciones unilaterales”.<sup>2</sup> Por lo tanto, los acuerdos no surgen *sua sponte* de un solo agente, sino que son el producto de un intercambio o comunicación mutuos.<sup>3</sup> Brierly también señaló que la “esencia de un ‘tratado’” no es el instrumento o documento en el que consta, sino el acuerdo o *consenso* creados por el acto de su

---

<sup>1</sup> Aunque los cuatro relatores especiales de la Comisión de Derecho Internacional usaron el vocablo “acuerdo” en su trabajo, ninguno lo definió. Véanse J. L. Brierly, Primer informe sobre el derecho relativo a los tratados, en ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 1950, vol. II, 227 (párrs. 19 y 20); Hersch Lauterpacht, Primer informe sobre el derecho relativo a los tratados, en ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 1953, vol. II, 90, 93-94 (art. 1); Gerald G. Fitzmaurice, Primer informe sobre el derecho relativo a los tratados, en ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 1956, vol. II, 117; Henry Waldock, Primer informe sobre el derecho relativo a los tratados, en ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 1962, vol. II, 31 (párr. 1[a]).

<sup>2</sup> Brierly, *supra*, nota 1, pág. 227, párrs. 19 y 20. En el derecho internacional, ciertas declaraciones unilaterales se consideran como una forma de compromiso jurídico internacional. En el caso de los *Ensayos nucleares*, la CIJ concluyó que Francia estaba obligada, de conformidad con el derecho internacional, por las declaraciones públicas de su Presidente, del Ministro de Relaciones Exteriores y del Ministro de Defensa a suspender los ensayos nucleares en el sur del Pacífico, con lo cual se obvió la necesidad de que la Corte emitiera un fallo en el caso. *Ensayos nucleares (Australia y Nueva Zelandia c. Francia)* (1974), Informe de la CIJ 267 y 268, párrs. 43 a 50. Basándose en este fallo, en 2006, la Comisión de Derecho Internacional formuló un principio rector básico: “Unas declaraciones formuladas públicamente por las que se manifieste la voluntad de obligarse podrán surtir el efecto de crear obligaciones jurídicas”. Comisión de Derecho Internacional, Principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas y los comentarios correspondientes (2006), 58 período de sesiones, documento ONU A/61/10, Principio rector 1. Algunos ejemplos de declaraciones unilaterales son la declaración de Egipto de 1957 sobre el Canal de Suez, la renuncia de Jordania de 1988 a Cisjordania, las declaraciones de los Estados Unidos ante el Grupo Especial de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio (OMC) en el caso de la *Ley de Comercio Exterior de 1974* y (posiblemente) las declaraciones de Cuba de 2002 sobre el suministro de vacunas a Uruguay. V. R. Cedeño, *Octavo informe sobre los actos unilaterales del Estado* (26 de mayo de 2005), documento ONU A/CN.4/557; *Estados Unidos - artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974* (Informe del Grupo Especial) (1999) WT/DS152/R [7.118]-[7.123].

Sin embargo, las fuentes están divididas en lo que se refiere a si las declaraciones unilaterales dependen de la intención del Estado declarante o de la doctrina de los actos propios en los casos en que los destinatarios previstos de la declaración recurran a ella de buena fe y de manera razonable. Compárense el *Caso relativo a la controversia fronteriza (Burkina Faso c. la República de Malí)* (Fallo) (1986), Informe de la CIJ 573 y 574, párr. 39, y el caso de la *Obligación de negociar una salida al Océano Pacífico (Bolivia c. Chile)* (Fallo) (1 de octubre de 2018), Lista General 153, 47, párr. 148 (existencia de una declaración unilateral vinculante: todo depende de la intención del Estado en cuestión); con Comisión de Derecho Internacional, *Actos Unilaterales de los Estados: Informe del Grupo de Trabajo* (20 de julio de 2006), documento ONU A/CN.4/L.703, Nota introductoria (donde se observa que la intención y la doctrina de los actos propios son dos teorías en pugna con respecto a la fuente de la obligación en el caso de las declaraciones unilaterales).

<sup>3</sup> Duncan B. Hollis y Joshua J. Newcomer, “Political” Commitments and the Constitution, 49 VIRG. J. INT’L L. 507, 522 (2009); Jan Klabbbers, The Concept of Treaty in International Law 51-53 (1996).

celebración formal<sup>4</sup>. Al vincular el acuerdo a un “consenso”, el concepto queda vinculado a la existencia de un “acuerdo de voluntades” o *consensus ad idem*.<sup>5</sup>

Además de la mutualidad, el *consensus ad idem* debe incorporar algún tipo de compromiso. El compromiso se refiere a la idea de que un acuerdo abarca expectativas comunes de actos futuros. No basta que los participantes en un acuerdo expliquen sus respectivas posiciones o incluso que indiquen un “punto de vista acordado”: en los compromisos se explica la forma en que los participantes abandonarán el statu quo o continuarán realizando ciertos actos.<sup>6</sup> Por supuesto, la precisión de los compromisos puede variar; algunos abarcan reglas claras que los participantes pueden aplicar plenamente *ex ante*, mientras que otros son normas cuyo cumplimiento requiere un análisis *ex post* en el cual se tengan en cuenta todas las circunstancias. La mutualidad de los compromisos tampoco debe confundirse con la reciprocidad. Los acuerdos pueden ser unilaterales: no requieren un intercambio de compromisos (lo que en el derecho consuetudinario se denomina “contraprestación”); puede bastar con un solo compromiso asumido por un participante con otro con otro (u otros)<sup>7</sup>.

**1.2 Tratado:** *Acuerdo internacional vinculante celebrado entre Estados, instituciones del Estado u otros sujetos apropiados que consta por escrito y se rige por el derecho internacional, independientemente de su designación, su registro o los procedimientos jurídicos internos que los Estados utilicen para dar su consentimiento en obligarse.*

**Comentario:** La definición de tratado que se usa en las *Directrices* deriva de la que consta en el artículo 2(1) (a) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969:

Para los efectos de la presente Convención: (a) se entiende por "tratado" un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular<sup>8</sup>.

Esta definición está ampliamente aceptada. La Corte Internacional de Justicia (CIJ) ha señalado que refleja el derecho internacional consuetudinario<sup>9</sup>, la mayoría de los Estados la refrendan<sup>10</sup> y los expertos la citan con frecuencia al definir el concepto de tratado.<sup>11</sup>

---

<sup>4</sup> ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 1950, vol. II, 227, párrs. 19 y 20.

<sup>5</sup> Véanse, por ejemplo, J. L. Weinstein, *Exchange of Notes*, 29 British Ybk Int'l L. 205, 226 (1952) (el consenso de las partes, y no el instrumento, es la esencia del acuerdo, independientemente de su forma); Mark E. Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* 77 (2009) (idem); Kelvin Widdows, *What is an Agreement in International Law?*, 50 British Ybk Int'l L. 117, 119 (1979) (idem).

<sup>6</sup> VÉANSE, POR EJEMPLO, HOLLIS Y NEWCOMER, *SUPRA*, NOTA 3, EN 522; KLABBERS, *SUPRA*, NOTA 3, EN 51-53; KAL RAUSTIALA, *FORM AND SUBSTANCE IN INTERNATIONAL AGREEMENTS*, 99 AM. J. INT'L L. 581, 584-585 (2005).

<sup>7</sup> Véase Duncan B. Hollis *Defining Treaties* en *The Oxford Guide to treaties* 20 (Duncan B. Hollis, ed., 2012).

<sup>8</sup> Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (abierta a la firma el 23 de mayo de 1969; entró en vigor el 27 de enero de 1980) 1155 UNTS 331, párr. 2(1)(a).

<sup>9</sup> Véase *Delimitación marítima en el Océano Índico (Somalia c. Kenya)* (Fallo) (2017), Informe de la CIJ 3, 21, párr. 42; *Fronteras terrestres y marítimas entre el Camerún y Nigeria (El Camerún c. Nigeria; intervención de Guinea Ecuatorial)* (2002), Informe de la CIJ 249, párr. 263. Otros tribunales internacionales han adoptado una posición similar. Véase, por ejemplo, *Texaco v. Libyan Arab Republic*, 53 Int'l L. Rep. 389, 474 (1977).

<sup>10</sup> Duncan B. Hollis, *Acuerdos vinculantes y no vinculantes: segundo informe*, OEA/Ser. Q, CJI/doc.553/18 (6 febrero 2018), párr. 8 ("Hollis, Segundo informe") (nueve de los diez Estados Miembros de la OEA que respondieron al cuestionario aceptan la definición que consta en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en su derecho de los tratados y en la práctica, mientras que el décimo Estado no abordó el tema); Duncan B. Hollis, *A*

Al mismo tiempo, se reconoce ampliamente que la definición de tratado que consta en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados es incompleta. No se incluyen entre los tratados los acuerdos celebrados por otros sujetos de derecho internacional. Sin embargo, nadie niega que los acuerdos con organizaciones internacionales o entre ellas también puedan reunir las condiciones para ser considerados como tratados.<sup>12</sup> En la definición que consta en la Convención también se hace referencia a asuntos que en otra época eran controvertidos (por ejemplo, que un intercambio de notas puede constituir un tratado) y que ya no son objeto de cuestionamientos serios.<sup>13</sup> Los tratados pueden existir en un solo instrumento o en forma de dos o más instrumentos conexos<sup>14</sup>.

Por lo tanto, la definición de tratado que se usa en las Directrices parte de la definición que consta en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y se amplía para dar cabida al derecho y la práctica modernos de los tratados. A efectos de estas Directrices, un tratado tiene los siguientes elementos: (a) acuerdo internacional; (b) celebrado; (c) entre Estados, instituciones del Estado u otros sujetos apropiados; (d) que consta por escrito; (e) y se rige por el derecho internacional, independientemente de (f) su designación, (g) su registro o (h) los procedimientos jurídicos internos que los Estados utilicen para dar su consentimiento en obligarse.

- (i) *Acuerdo internacional.* Un tratado es un tipo específico de acuerdo: *todos los tratados son acuerdos, pero no todos los acuerdos reúnen las condiciones para ser considerados como tratados.*<sup>15</sup> Sin embargo, no resulta claro para qué otro fin sirve el calificativo “internacional”. No se ha utilizado para limitar la materia de los tratados celebrados. En la actualidad, la mejor interpretación del requisito de que un acuerdo sea “internacional” posiblemente consista en que refuerza el alcance del tratado en lo que se refiere a quiénes pueden celebrarlo (es decir, actores con personería jurídica internacional) o a la base jurídica internacional de las obligaciones resultantes<sup>16</sup>.

---

*Comparative Approach to Treaty Law and Practice*, en *National Treaty Law & Practice* 9 (Duncan B. Hollis et al., eds., 2005) (de 19 Estados representativos, prácticamente todos los Estados encuestados aceptan la definición de tratado que consta en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados).

<sup>11</sup> Véanse, por ejemplo, Anthony Aust, *Modern Treaty Law & Practice* 14 (3.a ed., 2013); Malgosia Fitzmaurice y Olufemi Elias, *Contemporary Issues in the Law of Treaties* 6-25 (2005); Klabbers, *supra*, nota 3, en 40.

<sup>12</sup> Véase Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales (adoptada el 21 de marzo de 1986, todavía no ha entrado en vigor), 25 ILM 543 (1986) (“Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1986”); A. McNair, *The Law of Treaties* 755 (1961) (hace cincuenta años se habría podido decir que solo los Estados pueden celebrar tratados, pero en la actualidad una afirmación de ese tipo sería anticuada).

<sup>13</sup> Por ejemplo, en el proyecto de Convención de Harvard sobre el Derecho de los Tratados, de 1935, originalmente se excluyeron los intercambios de notas de la definición de tratado. 29 Am. J. Int'l L. (Supp.) 653, 698 (1935). En la actualidad, sin embargo, los tratados pueden consistir en un solo intercambio de notas o en intercambios repetidos. Véase, por ejemplo, Philippe Gautier, *Article 2, Convention of 1969*, en *The Vienna Convention on the Law of Treaties* 35 (Oliver Corten y Pierre Klein, eds., 2011); Villiger, *supra*, nota 5, en 200.

<sup>14</sup> Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 2(1)(a).

<sup>15</sup> Véase Villiger, *supra*, nota 5, en 77. Este punto se reiteró durante todo el trabajo preparatorio de la Comisión de Derecho Internacional. Véase Brierly, *Primer informe*, *supra*, nota 1, en 227, párr. 19; Humphrey Waldock, *Cuarto informe sobre el derecho relativo a los tratados*, en ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 1965, vol. II, 11, párr. 1; ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 1965, vol. I, 10, párr. 10 (Briggs).

<sup>16</sup> Esto se deduce de lo que Waldock entendía inicialmente. Waldock, *Primer informe*, *supra*, nota 1, en 31 (apartado 1[a]); véase también Villiger, *supra*, nota 5, en 78.

- (ii) *celebrado* ... ¿Cuándo se celebra un acuerdo internacional? El vocablo puede usarse en términos generales para hacer referencia a cualquier punto situado entre el fin de las negociaciones y un compromiso definitivo en el sentido de que las partes se obligan por el instrumento en el marco del derecho internacional.<sup>17</sup> Tanto en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados como en la práctica de los Estados se define la celebración como el momento en el cual las partes adoptan el texto del tratado o lo abren a la firma<sup>18</sup>. Para los efectos de estas *Directrices*, es importante recalcar que se puede haber “celebrado” un tratado a pesar de que no haya entrado en vigor (o de que nunca vaya a entrar en vigor)<sup>19</sup>. La celebración y la entrada en vigor no son sinónimos<sup>20</sup>. Por lo tanto, es importante distinguir los efectos jurídicos que surgen cuando un tratado meramente existe de los efectos que tiene cuando entra en vigor (es decir, el principio de *pacta sunt servanda* se aplica solamente al segundo subconjunto de tratados)<sup>21</sup>.
- (iii) *entre Estados, instituciones del Estado u otros sujetos apropiados* ... En la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados se define un tratado como un acuerdo entre Estados. En la práctica, un Estado puede celebrar un tratado directamente en su nombre (acuerdo entre Estados) o por medio de una de sus instituciones, ya sea el gobierno nacional en conjunto (acuerdo entre gobiernos) o un ministerio nacional (acuerdo interinstitucional), o de una unidad territorial subnacional (por ejemplo, un acuerdo entre provincias)<sup>22</sup>. Al mismo tiempo, en la Convención de Viena se reconoce la posibilidad de que “otros sujetos de derecho internacional” celebren tratados<sup>23</sup>. Esta categoría abarca entidades tales como organizaciones internacionales, que constituyen el tema de la Convención de Viena de 1986<sup>24</sup>. Además, otros sujetos de derecho internacional podrían tener suficiente personería jurídica para suscribir tratados sobre ciertas materias (por ejemplo, los

---

<sup>17</sup> Waldock adoptó el segundo punto de vista. Waldock, *Primer informe, supra*, nota 1, en 30, párr. 9. Brierly apoyaba la idea de vincular la celebración de un tratado a la consignación del texto acordado en su forma definitiva. J. L. Brierly, *Segundo informe sobre el derecho relativo a los tratados*, en ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 1951, vol. II, 70-71; véase también Villiger, *supra*, nota 5, en 78-79.

<sup>18</sup> La estructura de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados favorece este punto de vista. En los artículos 7 a 10 se habla del “texto de un tratado” al hacer referencia a plenos poderes, la adopción y la autenticación del texto de un tratado, pero se habla de un “tratado” en los artículos en los cuales se explican las diversas formas de manifestar el consentimiento en obligarse (11 a 18). En la Convención de Viena de 1986 se adopta el mismo enfoque. Véase Richard Gardiner, *Treaty Interpretation* 232-233 (2.a ed., 2015); Aust, *supra*, nota 11, en 86.

<sup>19</sup> Por lo tanto, los tratados no perfeccionados, es decir, los que no han entrado en vigor, también se consideran como tratados. Véase, por ejemplo, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1986, *supra*, nota 12 (todavía no ha entrado en vigor).

<sup>20</sup> Aust, *supra*, nota 11, en 86; Villiger, *supra*, nota 5, en 79.

<sup>21</sup> Véase, por ejemplo, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 24(4) (donde se señalan diversas “disposiciones de un tratado” que se aplican “desde el momento de la adopción de su texto” en vez de aplicarse desde el momento de la entrada en vigor).

<sup>22</sup> Véase, por ejemplo, Hollis, *Segundo informe, supra*, nota 10, en 8, párr. 24 (Estados Unidos y Jamaica informan que aceptan la celebración de acuerdos entre organismos gubernamentales que se encuadren en la definición de tratado); *id.*, párr. 26 (el derecho mexicano permite que las entidades federativas suscriban acuerdos interinstitucionales regidos por el derecho internacional).

<sup>23</sup> Véase Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 3 (en la definición de tratado que consta en la Convención no se excluye la fuerza jurídica de los acuerdos celebrados por Estados con otros sujetos de derecho internacional o entre dichos sujetos); Waldock, *Primer informe, supra*, nota 1, en 30.

<sup>24</sup> Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1986, *supra*, nota 12.

grupos insurgentes pueden celebrar tratados sobre el cese de las hostilidades).<sup>25</sup> En estas *Directrices* se habla de “sujetos apropiados” para reconocer que no todas las entidades que aspiren a ser sujetos de derecho internacional pueden serlo. Algunos Estados afirman que una institución del Estado (como un territorio de ultramar o un gobierno regional) puede ser tratada como “otro sujeto” de derecho internacional, es decir, un sujeto capaz de celebrar un tratado directamente, en nombre propio. Sin embargo, esa posición es tema de controversia y no es la finalidad de estas *Directrices* resolverla<sup>26</sup>. Por lo tanto, en la definición de tratado simplemente se incluyen las instituciones del Estado entre los actores que celebran tratados, sin aclarar si pueden hacerlo de forma independiente o solo como actores de un Estado.

- (iv) *que consta por escrito ...* En la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados se requiere que todos los tratados se celebren por escrito, es decir, que haya una prueba permanente y legible del acuerdo, pero no se impone ningún requisito particular con respecto a la forma<sup>27</sup>. Por ejemplo, no se exige que los tratados se firmen<sup>28</sup> ni que se publiquen<sup>29</sup>. Asimismo, hay muchas formas diferentes de registrar un tratado, entre ellas los medios tradicionales más obvios: mecanografiado e impresión. Los métodos de comunicación modernos, como el correo electrónico, los mensajes de texto y las cuentas en medios sociales (por ejemplo, Twitter), también pueden ofrecer mecanismos para el registro de futuros tratados<sup>30</sup>.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados excluye los acuerdos verbales de su ámbito de aplicación (principalmente por razones prácticas)<sup>31</sup>. En la actualidad, muchos Estados, pero no todos, entienden que el derecho consuetudinario internacional contempla los tratados verbales<sup>32</sup>. De acuerdo con el derecho interno de los Estados Unidos, por ejemplo, los acuerdos internacionales verbales, una vez celebrados, deben consignarse por escrito<sup>33</sup>. Al disponer que un tratado deba constar “por escrito”, en estas *Directrices* no se refrenda el

---

<sup>25</sup> Véase Tom Grant, *Who Can Make Treaties? Other Subjects of International Law*, en *The Oxford Guide to Treaties* 125-26 (Duncan B. Hollis, ed., 2012).

<sup>26</sup> Hollis, *Segundo informe, supra*, nota 10, en 8, párr. 25 (Argentina deniega a los ministerios de gobierno la potestad de celebrar tratados porque no son sujetos de derecho internacional).

<sup>27</sup> Aust, *supra*, nota 11, en 16.

<sup>28</sup> *Caso de las plantas de celulosa sobre el río Uruguay (Argentina c. Uruguay)* (Fallo, 20 de abril de 2010) (2010), Informe de la CIJ, párrs. 132 a 150 (donde un comunicado de prensa conjunto sin firmar se considera como un "acuerdo"); Gautier, *supra*, nota 13, en 38; Aust, *supra*, nota 11, en 20 y 21.

<sup>29</sup> Fitzmaurice y Elias, *supra*, nota 11, en 23 y 24; Klabbbers, *supra*, nota 3, en 85 y 86.

<sup>30</sup> Aust, *supra*, nota 11, en 16 (donde se apoya la idea de que podría celebrarse un tratado por correo electrónico).

<sup>31</sup> Véase Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 3. La Comisión de Derecho Internacional recalcó que se centraba exclusivamente en los acuerdos consignados por escrito "para mayor claridad y sencillez" y que "no es que se quiera negar a los acuerdos verbales fuerza de obligar en derecho internacional ni tampoco se pretende decir que algunos de los principios enunciados en las partes siguientes del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados preparado por la Comisión no sean pertinentes respecto de los acuerdos verbales", ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 1966, vol. II, 189, párr. 7

<sup>32</sup> Véanse, por ejemplo, Hollis, *A Comparative Approach, supra*, nota 10, en 12 y 13 (donde se analizan el derecho y la práctica de los tratados de Alemania, Canadá, Japón, el Reino Unido y Suiza); Jan G. Brower, *The Netherlands*, en *National Treaty Law & Practice* 486 (Duncan B. Hollis et al., eds., 2005) (el gobierno holandés se ha opuesto a la práctica de los acuerdos verbales desde 1983); K. Thakore, *India*, en *National Treaty Law & Practice* 352 (Duncan B. Hollis et al., eds., 2005) (en la India no se recurre a acuerdos verbales); Neville Botha, *South Africa*, en *National Treaty Law & Practice* 583 (Duncan B. Hollis et al., eds., 2005) (ni en el derecho ni en la práctica de Sudáfrica se prevén los acuerdos verbales, que carecen de autorización oficial).

<sup>33</sup> Véase 1 U.S.C. §112b.

concepto del tratado verbal específicamente, aunque la definición incluye todo tratado verbal que se consigne por escrito con posterioridad.

- (v) *y se rige por el derecho internacional, ...* Este es el criterio esencial de la definición de tratado. En términos sencillos, *si un acuerdo internacional se rige por el derecho internacional, es un tratado*. Sin embargo, la dificultad radica en entender qué quiere decir esta frase. Al decir que “se rige por el derecho internacional”, se distingue claramente un tratado de las otras dos categorías de acuerdo internacional: contratos (acuerdos regidos por el derecho nacional) y compromisos políticos (acuerdos que no se rigen por ningún tipo de derecho)<sup>34</sup>, pero no resulta claro exactamente de qué forma. Para empezar, la idea de que los tratados se rigen por el derecho internacional puede interpretarse más como una consecuencia de la celebración del tratado que como un elemento constitutivo del concepto<sup>35</sup>. Como se verá más adelante, los Estados y los expertos no han resuelto por completo la forma de decidir qué acuerdos se rigen por el derecho internacional. En la actualidad, hay dos posiciones diferentes. La primera favorece indicadores subjetivos para determinar los casos en que un acuerdo se rige por el derecho internacional sobre la base de la intención de los Estados (u otros sujetos) que lo celebran. En otras palabras, un acuerdo es un tratado en los casos en que refleja las intenciones comunes de sus autores. En cambio, la otra posición considera que los marcadores objetivos de un acuerdo (la materia o el uso de cierto texto) son más indicativos de los casos en que se rige por el derecho internacional. En la práctica, la aplicación de este criterio a los tratados implica una oscilación entre enfoques subjetivos y objetivos<sup>36</sup>.
- (vi) *independientemente de su designación ...* En el derecho internacional no se ha impuesto ningún requisito de forma o formalidad para la celebración de tratados.<sup>37</sup> Por lo tanto, no es necesario que se titulen “tratado”. En la práctica, los tratados tienen títulos muy diferentes, como “acta”, “acta aprobada”, “carta”, “convención”,

---

<sup>34</sup> Ambas distinciones se plantearon en la Comisión de Derecho Internacional y en la Conferencia de Viena. Sobre la distinción entre tratados y contratos, véase ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 1966, vol. II, 189, párr. 6; ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 1959, vol. II, 95, párr. 3; Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, *Documentos oficiales, Documentos de la conferencia*, documento ONU A/CONF.39/11/Add.2, 9, párr. 6 (“Conferencia de Viena, Documentos oficiales”). Sobre la distinción entre tratados y compromisos políticos, véanse ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 1959, vol. II, 96-97, párr. 8 (“no se considerarán como tratados los instrumentos que, aunque tengan apariencia de tratados, no contengan sino declaraciones de principio o exposiciones de orden político, o expresiones de opinión o “vœux”); Conferencia de Viena, *Documentos oficiales, supra*, en 111 y 112; Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, *Actas resumidas del primer período de sesiones*, documento ONU A/CONF.39/11, 23, párr. 26 (“Conferencia de Viena, primer período de sesiones”) (el delegado de México distingue los tratados de declaraciones de principio o instrumentos políticos); *id.* en 28, párr. 65.

<sup>35</sup> Esa perspectiva influyó claramente en la génesis de la frase en la Comisión de Derecho Internacional. Véase ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 1959, vol. II, 95, párr. 3.

<sup>36</sup> Martti Koskenniemi, *Theory: implications for the practitioner*, en *Theory and international law: an introduction* 19-20 (Philip Allott et al., eds., 1991).

<sup>37</sup> Véanse, por ejemplo, *An Arbitral Tribunal Constituted Under Annex VII to the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea (The Republic of Philippines v. The People's Republic of China)*, Laudo sobre jurisdicción, Corte Permanente de Arbitraje, Caso No. 2013-19 (29 de octubre de 2015), párr. 214 (en adelante, “Arbitraje sobre el Mar del Sur de China”) (la forma o la designación de un instrumento no determinan su condición de acuerdo); *Sudoeste africano (Etiopía c. Sudáfrica, Liberia c. Sudáfrica)* (excepciones preliminares) (1962), Informe de la CIJ 319, 331 (la terminología no es un factor determinante de la índole de un acuerdo internacional).

“pacto”, “declaración”, “memorando”, “nota verbal”, “protocolo”, “estatuto” y, por supuesto, “tratado”. Los tribunales internacionales han clasificado instrumentos como tratados a pesar de las diferencias en el formato de los acuerdos. En *Qatar c. Bahrein*, la Corte Internacional de Justicia analizó el “acta aprobada” de 1990 de una reunión de ministros de relaciones exteriores y la consideró como un tratado.<sup>38</sup> Más recientemente, en el *Caso de las plantas de celulosa*, la Corte llegó a la conclusión de que un comunicado de prensa constituía un acuerdo vinculante para las partes.<sup>39</sup>

A lo sumo, el título de un acuerdo puede proporcionar una indicación de su condición. Por ejemplo, puede indicar las intenciones de los autores. Cuando dos Estados usan el título “tratado”, eso da a entender que preveían celebrar un tratado, pero el hecho de que un acuerdo tenga un título en particular no determina si es o no es un tratado. Por lo tanto, aunque algunos Estados, como Canadá, prefieren usar “memorando de entendimiento” como título de sus compromisos políticos, el hecho de que un acuerdo tenga ese título no lo convierte automáticamente en un instrumento no vinculante. Los memorandos de entendimiento pueden ser tratados.<sup>40</sup>

- (vii) *o registro* ... De acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas, párrafo 102(1), se requiere que “[t]odo tratado y todo acuerdo internacional concertados por cualesquiera Miembros de las Naciones Unidas después de entrar en vigor esta Carta, serán registrados en la Secretaría y publicados por ésta a la mayor brevedad posible”<sup>41</sup>. ¿Significa esto que los acuerdos que no han sido registrados

---

<sup>38</sup> *Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein (Qatar c. Bahrein)* (competencia y admisibilidad) (1994) Informe de la CIJ 112, párrs. 21 a 30.

<sup>39</sup> *Caso de las plantas de celulosa*, *supra*, nota <sup>28</sup>, párr. 138.

<sup>40</sup> Ministerio de Asuntos Mundiales de Canadá, *Policy on Tabling of Treaties in Parliament*, en <https://treaty-accord.gc.ca/procedures.aspx?lang=eng>, anexo C (“Canada Treaty Policy”) (mientras la práctica reciente de Canadá indica que un memorando de entendimiento o acuerdos no son jurídicamente vinculantes, no todos los Estados consideran estos instrumentos como tales. El simple hecho de llamar a un documento “memorando de entendimiento” o “acuerdo” no es suficiente para cerciorarse de que no se le considerará como un acuerdo regido por el derecho internacional); División de Derecho de los Tratados, Ministerio de Asuntos Mundiales de Canadá, *Binding and Non-Binding Agreements: A Questionnaire for OAS Member States—Submission by Canada* (9 September 2019) (“Repuesta de Canadá”); División de Derecho de los Tratados, Ministerio de Asuntos Mundiales de Canadá *Working Group on Treaty Practice, Survey on Binding and Non-Binding International Instruments* (18 de septiembre de 2019) 5, 23 (en lo sucesivo “Grupo de Trabajo sobre Práctica de Tratados”) (Alemania, Canadá, Corea, España, Finlandia, Israel, Japón y México señalan que el título de un acuerdo no determina su condición de vinculante o no vinculante, aunque España señaló que no considera que los memorandos de entendimiento sean jurídicamente vinculantes según lo dispuesto en el artículo 43 de su Ley 25/2014 de Tratados).

Además, los Estados que atribuyan una condición diferente al mismo memorando de entendimiento, como lo hicieron Estados Unidos y las otras partes con respecto a ciertos memorandos de entendimiento relacionados con la defensa que Estados Unidos consideraba como tratados, pero que las demás partes (Australia, Canadá y el Reino Unido) consideraban como compromisos políticos no vinculantes. Véase J. McNeill, *International Agreements: Recent US-UK Practice Concerning the Memorandum of Understanding*, 88 Am. J. Int'l L. 821 (1994).

<sup>41</sup> Carta de las Naciones Unidas, art. 102(1); véase también Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 80(1) (“Los tratados, después de su entrada en vigor, se transmitirán a la Secretaría de las Naciones Unidas para su registro o archivo e inscripción, según el caso, y para su publicación”). En cambio, el artículo 18 del Pacto de la Sociedad de Naciones no se quedaba allí, sino que indicaba que “un tratado o compromiso internacional” no sería obligatorio antes de haber sido registrado.

no son tratados? La respuesta es claramente que no<sup>42</sup>. Ni en la Carta de las Naciones Unidas ni en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados se vincula explícitamente el registro de un tratado a su condición jurídica. Por su parte, la Organización de las Naciones Unidas tiene cuidado de indicar regularmente que la aceptación por la Secretaría de un instrumento para su registro no le confiere la condición de tratado o acuerdo internacional si todavía no la tiene<sup>43</sup>. Asimismo, el hecho de que un acuerdo no esté registrado no es motivo para denegarle la condición de tratado. Como señaló la CIJ en *Qatar c. Bahrein*, la omisión del registro o el registro tardío no tienen ninguna consecuencia para la validez del acuerdo en la práctica, que sigue siendo no menos vinculante para las partes<sup>44</sup>. En resumen, el registro no es un criterio requerido para que un acuerdo se encuadre en la definición de tratado.

Aunque el registro no sea determinativo, puede ser indicativo de la existencia de un tratado. Igual que el título, el registro indica la intención (aunque sea solo de la parte que registra el instrumento) de que el acuerdo sea un tratado. Sin embargo, como los Estados no monitorean regularmente el registro de tratados, el registro suele decir poco, si acaso, sobre las intenciones de los otros Estados. No obstante, en el caso *Somalia c. Kenya*, la CIJ dio a entender que el registro es uno de los factores que tiene en cuenta para identificar tratados, en particular en los casos en que la otra parte no haya impugnado posteriormente el registro<sup>45</sup>

(viii) *...o los procedimientos jurídicos internos que los Estados utilicen para dar su consentimiento en obligarse*. La definición de “tratado” puede variar según el contexto en que se use. Para los efectos de estas *Directrices*, es importante distinguir la forma en que los Estados Miembros definen los tratados en su derecho interno de la forma en que se define el concepto en el derecho y la práctica internacionales. Como cuestión de derecho interno, algunos Estados limitan la definición de tratado en su orden jurídico interno a los acuerdos autorizados por medio de procedimientos internos específicos, que en la mayoría de los casos consisten en la aprobación legislativa.<sup>46</sup> Los acuerdos internacionales que no requieren o no reciben este tipo de

---

<sup>42</sup> Accord Aust, *supra*, nota 11, en 302 y 303; Fitzmaurice y Elias, *supra*, nota 11, en 23; Klabbers, *supra*, nota 3, en 84; D.N. Hutchinson, *The Significance of the Registration or Non-Registration of an International Agreement in Determining Whether or Not it is a Treaty*, Current Legal Problems 257, 265-276 (1993).

<sup>43</sup> Secretario General de las Naciones Unidas, *Note by the Secretariat*, en 2856 Treaties and international agreements registered or filed and recorded with the Secretariat of the United Nations VII (2012). En caso de duda, la Organización de las Naciones Unidas prefiere la inscripción, pero ocasionalmente se ha negado a inscribir un texto que no consideraba como un tratado.

<sup>44</sup> *Qatar c. Bahrein*, *supra*, nota 38, párr. 29. Sin embargo, el hecho de que un memorando de entendimiento suscrito entre Estados Unidos y el Reino Unido en 1983 no había sido registrado ni publicado influyó en la decisión tomada en el arbitraje en el caso Heathrow de que no era jurídicamente vinculante. *Award on the First Question, US/UK Arbitration concerning Heathrow Airport User Charges* (1992) cap. 5 155, párr. 6.5.

<sup>45</sup> Véase *Somalia c. Kenya*, *supra*, nota 9, 21, párr. 42 (donde se señala que Kenya registró el instrumento y Somalia no formuló objeciones durante cinco años entre las razones por las cuales el memorando de entendimiento constituía un tratado).

<sup>46</sup> Los tipos de acuerdos que requieren aprobación legislativa varían de un Estado a otro. Véase, por ejemplo, Hollis, *A Comparative Approach*, *supra*, nota 10 (donde se examina la forma en que se aborda el papel del poder legislativo en la celebración de tratados en diecinueve Estados). En algunos Estados, como la República Dominicana, todos los acuerdos internacionales requieren aprobación legislativa; en otros, como Canadá, no se necesita aprobación legislativa para celebrar acuerdos internacionales (sin embargo, podrían requerirse leyes para aplicar ciertos acuerdos en el ámbito interno). Respuesta de Canadá, *supra*, nota 40, en 6. Otros Estados adoptan procedimientos internos diferentes para acuerdos internacionales sobre distintos temas o a la luz de otras autoridades internas. Véanse, por ejemplo, República

aprobación no se consideran como tratados para los efectos del derecho interno, sino que integran una categoría discreta. Muchos Estados los denominan “acuerdos ejecutivos”<sup>47</sup>; otros, en particular los Estados del Commonwealth, usan el término “tratado” para referirse a sus acuerdos internacionales aunque no requieran autorización legislativa previa<sup>48</sup>. Por lo tanto, el hecho de que un Estado disponga un conjunto particular de procedimientos internos para la celebración de un acuerdo internacional no permite predecir con exactitud su condición de acuerdo vinculante de conformidad con el derecho internacional. Por esa razón, estas *Directrices* se refieren a la formulación más amplia según la cual un tratado abarca todos los acuerdos vinculantes que se rigen por el derecho internacional, independientemente de la forma en que los Estados decidan autorizar el consentimiento en obligarse.

**1.3 Compromiso político:** *Acuerdo que no es jurídicamente vinculante, celebrado entre Estados, instituciones del Estado u otros actores con la intención de establecer compromisos de una índole exclusivamente política o moral.*

**Comentario:** A diferencia de lo que ocurre con los tratados, en el derecho internacional no hay una definición de compromiso político que goce de aceptación generalizada. No obstante, los Estados y los expertos han reconocido estos acuerdos no vinculantes durante más de un siglo, aunque con distintos títulos; por ejemplo, acuerdos de caballeros, acuerdos informales, acuerdos de facto, acuerdos no vinculantes, textos políticos, acuerdos extrajurídicos, acuerdos no jurídicos, entendimientos internacionales y compromisos políticos.<sup>49</sup> El rótulo “compromiso político” capta todas estas variaciones y corresponde a la categoría de acuerdos internacionales no vinculantes en general.

En la actualidad, los Estados apoyan claramente la práctica de la celebración de compromisos mutuos cuya fuerza normativa es ajena a todo sentido de obligación jurídica.<sup>50</sup> Además, esta práctica parece reflejar el uso cada vez mayor que hacen los Estados de este tipo

---

Dominicana, Dirección Jurídica, Ministerio de Relaciones Exteriores, *Respuestas al cuestionario sobre acuerdos vinculantes y no vinculantes*, 29 de noviembre de 2017 (donde se cita el artículo 93 de la Constitución de 2015) (en adelante “Respuesta de la República Dominicana”); República del Ecuador, Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, *Cuestionario “Acuerdos vinculantes y no vinculantes”* (en adelante “Respuesta de Ecuador”) (se requiere aprobación legislativa para ciertos acuerdos internacionales sobre materias que impliquen, por ejemplo, la delimitación territorial o fronteriza, alianzas y acuerdos comerciales).

<sup>47</sup> En Estados Unidos, por ejemplo, solo los acuerdos que reciben el consentimiento y la anuencia de dos tercios de la cámara alta de la legislatura (el Senado) se denominan tratados; los acuerdos aprobados por mayoría simple de ambas cámaras se denominan “acuerdos ejecutivos congresionales”, mientras que los que se suscriben en virtud de las potestades constitucionales del presidente se denominan “acuerdos ejecutivos”.

<sup>48</sup> Véase Política de Canadá en materia de tratados, *supra*, nota 40 (en donde se adopta una definición de tratado que se aplica a cualquier tipo de instrumento regido por el derecho público internacional).

<sup>49</sup> Véase Klabbers, *supra*, nota 3, en 18; véanse también Hollis y Newcomer, *supra*, nota 3, en 516-524; Michael Bothe, *Legal and Non-Legal Norms—A Meaningful Distinction in International Relations*, 11 NETH. Y.B. INT'L L. 65, 95 (1980); Oscar Schachter, *The Twilight Existence of Nonbinding International Agreements* 71 AM. J. INT'L L. 296 (1977).

<sup>50</sup> Véase, por ejemplo, Aust, *supra*, nota 11, en 28-29, 35-39; McNair, *supra*, nota 12, en 6; Bothe, *supra*, nota 49, en 66 (donde se usa un enfoque empírico para revelar la práctica de los compromisos políticos); Paul Reuter, *An Introduction to the Law of Treaties*, párr. 74 (J. Mico y P. Haggemacher, traductores, 1989). Prosigue el debate desde el punto de vista de la jurisprudencia sobre si los Estados pueden optar por celebrar acuerdos no vinculantes. Véanse Klabbers, *supra*, nota 3, en 119 (si los Estados quieren obligarse, no tienen más opción que obligarse jurídicamente); Ian Sinclair, *Book Review—The Concept of Treaty in International Law*, 81 AM. J. INT'L L. 748 (1997) (donde se cuestiona el punto de vista de Klabbers).

de acuerdos<sup>51</sup>. Los compromisos políticos son, por definición, no vinculantes. Su cumplimiento no emana del derecho, sino de un sentido de deber moral o de las relaciones políticas en las cuales se originó el acuerdo. Los compromisos políticos son diferentes de los acuerdos vinculantes regidos por el derecho, sea internacional (en el caso de los tratados) o nacional (en el caso de los contratos). La diferencia es importante, y el Departamento de Estado de los Estados Unidos la describe al hacer referencia a varios compromisos políticos celebrados paralelamente al Tratado START:

Un compromiso que se entiende que es jurídicamente vinculante conlleva la obligación de cada parte de cumplirlo y el derecho de cada parte de exigir el cumplimiento de la obligación de acuerdo con el derecho internacional. Un compromiso “político” no se rige por el derecho internacional [...]. A menos que una parte encuentre un modo de librarse de su compromiso “político”, lo cual puede hacer sin incurrir en sanción jurídica, y hasta que eso ocurra, ha prometido cumplir ese compromiso, y la otra parte tiene motivo para preocuparse por el cumplimiento. Si una parte contraviene un compromiso político, será pasible de una respuesta política apropiada.<sup>52</sup>

Por supuesto, las normas jurídicas también pueden tener fuerza política. Por ejemplo, la infracción de un tratado puede generar consecuencias jurídicas y políticas. Por consiguiente, lo que distingue los tratados de los compromisos políticos es la aplicación *adicional* del derecho internacional a los tratados (por ejemplo, el derecho de la responsabilidad del Estado).

El concepto de compromiso político no debe confundirse con el “soft law” o derecho indicativo. Aunque la expresión “soft law” tiene varios significados, básicamente se refiere al derecho no como un fenómeno binario en el cual algo es o no es ley, sino como una gama de distintos grados de obligatoriedad o exigibilidad que van de lo indicativo a lo imperativo.<sup>53</sup> Por lo tanto, el derecho indicativo abarca dos ideas diferentes: (a) normas que, a pesar de ser precisas, no tienen como finalidad dar origen a obligaciones en el marco del derecho internacional, y (b) normas jurídicas cuyo cumplimiento no se puede exigir porque son demasiado vagas, no se las monitorea o no cuentan con mecanismos para asegurar su cumplimiento<sup>54</sup>. Los compromisos políticos implican acuerdos sobre normas del primer tipo, no del segundo.

Asimismo, como se explica en el apartado 2, en vista de que los compromisos políticos no derivan su autoridad del derecho internacional o nacional, no están constreñidos por reglas jurídicas en materia de capacidad. Desde luego, los Estados pueden celebrar compromisos

---

<sup>51</sup> Grupo de Trabajo sobre Práctica de Tratados, *supra*, nota 40, en 13, 31 (los ocho Estados encuestados —Alemania, Canadá, Corea, España, Finlandia, Israel, Japón y México— concuerdan en que va en aumento la frecuencia e importancia de los compromisos políticos).

<sup>52</sup> *Transmittal of the Treaty with the U.S.S.R. on the Reduction and Limitation of Strategic Offensive Arms (START Treaty)*, 25 de noviembre de 1991, S. Treaty Doc. No. 102-20, en 1086; Servicio de Investigaciones del Congreso, Comisión de Relaciones Exteriores, 106.º Congreso, *Treaties and Other International Agreements: The Role of the United States Senate* 58-59 (Comm. Print 2001); véase también Repuesta de Canadá, *supra*, nota 40, en 3.

<sup>53</sup> Véanse, por ejemplo, Alan Boyle, *Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft Law*, 48 Int'l & Comp. L. Q. 901 (1999); Christine M. Chinkin, *The Challenges of Soft Law: Development and Change in International Law*, 38 Int'l & Comp. L. Q. 850, 865-66 (1989).

<sup>54</sup> Véase Prosper Weil, *Towards Relative Normativity in International Law*, 77 AM. J. INT'L L. 413, 414-415, n7 (1983). Otros han propuesto una definición estrecha que limita el derecho indicativo a acuerdos normativos que no son jurídicamente vinculantes. Véase, por ejemplo, Wolfgang H. Reinicke y Jan M. Witte, *Interdependence, Globalization and Sovereignty: The Role of Non-Binding International Legal Accords*, en *Commitment and Compliance: The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System* 76 n3 (Dinah Shelton ed., 2000).

políticos, y también pueden hacerlo las unidades territoriales subnacionales<sup>55</sup>. No obstante, como los compromisos políticos no emanan del derecho internacional, no hay ninguna razón para limitar la celebración de compromisos políticos a las entidades que pueden suscribir tratados<sup>56</sup>.

Por lo tanto, la definición de compromiso político que consta en las *Directrices* abarca los demás actores que tienen capacidad para asumir compromisos políticos o morales. Supuestamente, eso incluiría las empresas y los particulares. Asimismo, se pueden celebrar compromisos políticos entre un grupo de participantes con una identidad común (por ejemplo, solamente entre Estados o solamente entre empresas) o entre una gama de diversos actores en un marco de múltiples partes interesadas. Un ejemplo reciente es el de los más de 1000 signatarios del Llamamiento de París para la confianza y la seguridad en el ciberespacio, entre los que se encuentran Estados, empresas, instituciones académicas y diversos representantes de la sociedad civil<sup>57</sup>.

**1.4 Contrato:** *Acuerdo voluntario entre dos o más partes que constituye un acuerdo vinculante regido por el derecho nacional o el derecho no estatal.*

**Comentario:** Igual que los tratados (y a diferencia de los compromisos políticos), los contratos generan obligaciones jurídicamente vinculantes. Sin embargo, el ordenamiento jurídico interno, en vez del derecho internacional, rige por lo general la celebración, interpretación y operación del contrato<sup>58</sup>. No obstante, en varios contextos comerciales, las partes pueden disponer que sus contratos se rijan por el derecho no estatal (es decir, costumbres, usos y prácticas; principios y *lex mercatoria*), en vez o además de un ordenamiento jurídico nacional. En fecha reciente, el Comité Jurídico Interamericano preparó una *Guía sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales en las Américas* en la que se expone con mayor detalle el concepto de "contrato"<sup>59</sup>. Se pretende que la definición dada aquí sea similar a la que aparece en dicha *Guía*<sup>60</sup>.

---

<sup>55</sup> Véase Duncan B. Hollis, *Unpacking the Compact Clause*, 88 Texas L. Rev. 741 (2010) (donde se analizan acuerdos de los Estados Unidos celebrados con otros Estados y se señala que han adoptado con entusiasmo la forma del compromiso político).

<sup>56</sup> Véase Hollis y Newcomer, *supra*, nota 3, en 521.

<sup>57</sup> Véase Llamamiento de París para la confianza y la seguridad en el ciberespacio (12 de noviembre de 2018) <https://www.diplomatie.gouv.fr/es/asuntos-globales/diplomacia-digital/eventos/article/ciberseguridad-llamamiento-de-paris-del-12-de-noviembre-de-2018-para-la>.

<sup>58</sup> Widdows, *supra*, nota 5, en 144-49 Decir que un contrato se rige por el derecho interno no significa que nunca pueda tener efectos jurídicos internacionales. Dependiendo de las circunstancias, la responsabilidad jurídica internacional puede derivarse de la violación de un contrato por parte de un Estado. Sin embargo, como señaló la Comisión de Derecho Internacional, "de esto no se deduce que el compromiso mismo o, más bien dicho, el instrumento que lo contenía, era un tratado o acuerdo internacional [...]. Si bien la obligación de cumplir el compromiso puede ser una obligación de derecho internacional, las consecuencias de su ejecución no se regirán por el derecho internacional". ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 1959, vol. II, 95, párr. 3.

<sup>59</sup> Véase Guía sobre el DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES en las Américas, OAS/Ser. Q, CJI/RES. 249 (XCIV-O/19) (21 de febrero de 2019).

<sup>60</sup> *Id.* La única diferencia es que en el contexto del comercio internacional, la definición destaca la necesidad de que los contratos sean "ejecutables" *Id.* en pág. 108. Sin embargo, en aquellos casos en que los Estados lleguen a la conclusión de que tal vez en los contratos *inter se* (o incluso en los contratos entre dependencias estatales o instituciones subnacionales) no se garantice su ejecución, temas tales como la inmunidad soberana, por ejemplo, pueden impedir a un tribunal declarar su competencia sobre cualquier controversia que surja de tales contratos. Por este motivo, la actual definición no exige la condición de ejecutabilidad para que exista un contrato.

Los contratos por lo general son definidos como acuerdos por actores privados (empresas o particulares) que se rigen por el ordenamiento jurídico nacional pertinente<sup>61</sup>. Sin embargo, tal como reconoció la Comisión de Derecho Internacional, los Estados pueden elegir otro tipo de derecho que no sea el derecho internacional para que rija sus acuerdos<sup>62</sup>. En consecuencia, los actores públicos, sean Estados en conjunto o sus diversas instituciones, pueden optar por celebrar sus acuerdos en forma de contratos.

La existencia de un contrato entre Estados (o entre instituciones) suele depender de la intención: ¿tenían las partes la intención de que su acuerdo se rigiera por el derecho nacional (y, en ese caso, cuál)? Al mismo tiempo, el ordenamiento jurídico interno pertinente tendrá sus propias reglas con respecto a qué acuerdos reúnen las condiciones para ser considerados como contratos y cómo se debe elegir el derecho aplicable.<sup>63</sup> Por lo tanto, existe la posibilidad de que los Estados deseen crear un contrato que no tenga validez en el marco del derecho nacional seleccionado (o que se aplique de otra forma). En esos casos, queda pendiente la cuestión de si intervendría el derecho internacional para regir el acuerdo<sup>64</sup>.

**1.5 Acuerdo interinstitucional:** *Acuerdo celebrado entre dos o más instituciones del Estado, entre ellas ministerios nacionales o unidades territoriales subnacionales. Según sus condiciones, las circunstancias del caso y los actos subsiguientes, un acuerdo interinstitucional podría reunir los requisitos para ser considerado como un tratado, un compromiso político o un contrato.*

**Comentario:** Actualmente, los Estados usan la expresión “acuerdo interinstitucional” para referirse a acuerdos internacionales celebrados por instituciones del Estado, sean (i) ministerios u organismos nacionales o (ii) unidades territoriales subnacionales, como regiones o provincias. México, por ejemplo, define el alcance de sus acuerdos interinstitucionales como aquellos “celebrados por escrito entre cualquier dependencia u organismo descentralizado de la Administración Pública Federal, Estatal o Municipal y uno o varios órganos gubernamentales extranjeros u organizaciones internacionales”.<sup>65</sup> Perú los define como “acuerdos interinstitucionales[...] que, en el marco de sus competencias funcionales, pueden celebrar las entidades gubernamentales peruanas, incluyendo las municipalidades y gobiernos regionales,

---

<sup>61</sup> El ordenamiento jurídico de cada nación determina qué contratos se encuentran en su jurisdicción, ya sea porque las partes lo elijan o como consecuencia de los contactos de dicho ordenamiento con las partes. En los casos en que las partes contratantes sean agentes de distintos Estados, varios Estados pueden asumir la jurisdicción sobre dicho acuerdo. En esos casos, las reglas sobre conflicto de leyes dictan qué ordenamiento jurídico tiene prioridad en casos de conflicto.

<sup>62</sup> Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1966, vol. II, 189, párr. 6.

<sup>63</sup> En Paraguay, por ejemplo, la Ley 5393/201 rige el derecho aplicable a los contratos internacionales. Véase *Nota de la Misión Permanente del Paraguay al Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos, Secretaría General de la OEA*, N.º635-18/MPP/OEA (12 de junio de 2018) (en adelante “Respuesta de Paraguay”). Hace poco, el Comité Jurídico Interamericano terminó de preparar una *Guía sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales en las Américas*, en la cual se aborda in extenso el tema de la contratación internacional. Aunque se centra en los contratos comerciales (en vez de los contratos entre Estados e instituciones de Estados, que se abordan en estas Directrices), contiene amplia orientación de utilidad general para todos los contratos internacionales. Véase *Guía sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales en las Américas*, *supra*, nota 59.

<sup>64</sup> Eso es lo que opinaba Lauterpacht, igual que la Comisión de Derecho Internacional, al menos inicialmente. Lauterpacht, *Primer informe*, *supra*, nota 1, 100; ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 1959, vol. II, 95.

<sup>65</sup> Véase *Ley sobre la Celebración de Tratados*, reimpressa en 31 I.L.M. 390 (1992), CDLX Diario Oficial de la Federación 2 (2 de enero de 1992).

con órganos gubernamentales extranjeros similares o incluso con organizaciones internacionales".<sup>66</sup>

El concepto de acuerdos interinstitucionales ha recibido relativamente poca atención en el ámbito del derecho internacional, en tanto que la práctica parece ser muy diversa en lo que se refiere al carácter vinculante o no vinculante de estos acuerdos. Para algunos Estados, como México, los acuerdos interinstitucionales están "regidos por el derecho internacional público", de modo que constituyen tratados de acuerdo con la definición del término en estas *Directrices*.<sup>67</sup> Ecuador, en cambio, afirma que "las instituciones menores del Estado, en el marco del cumplimiento de sus competencias, suelen suscribir entendimientos no vinculantes con sus similares o con organizaciones internacionales, conocidos como instrumentos interinstitucionales"<sup>68</sup>. Otros Estados adoptan un enfoque híbrido. En Uruguay, los acuerdos interinstitucionales pueden ser vinculantes o no vinculantes.<sup>69</sup> Perú afirma que "podrían estar regidos por el Derecho Internacional en la medida que desarrollen compromisos internacionales establecidos en tratados en vigor"; de lo contrario, pueden ser compromisos políticos o contratos<sup>70</sup>. Jamaica, en cambio, no considera los acuerdos celebrados por sus instituciones como tratados, pero señala que "las unidades territoriales subnacionales y los organismos pueden celebrar acuerdos no vinculantes o contratos".<sup>71</sup> Estados Unidos, entretanto, indica que

---

<sup>66</sup> Perú, Dirección General de Tratados del Ministerio de Relaciones Exteriores, *Informe del Comité Jurídico Interamericano. Acuerdos vinculantes y no vinculantes: Cuestionario para los Estados Miembros* (en adelante "Respuesta de Perú"); véase también Hollis, *Segundo informe, supra*, nota 10, párr. 14.

<sup>67</sup> México, Ley sobre la Celebración de Tratados de 1992, *supra*, nota 65. La aplicación de la denominación de tratados a acuerdos interinstitucionales podría discordar del título que tengan en el ordenamiento jurídico interno. Tanto en México como en Estados Unidos, por ejemplo, solamente los instrumentos que reciben aprobación de sus respectivos poderes legislativos se denominan tratados, a pesar de que ambos Estados celebran otros "acuerdos internacionales" que reunirían las condiciones para ser considerados como tratados de conformidad con el derecho internacional. Por lo tanto, en estas *Directrices* se hace referencia a ciertos acuerdos interinstitucionales como tratados en el sentido de la frase que se utiliza en el derecho internacional, a pesar de que, como asunto de derecho constitucional, no puedan tener ese título.

<sup>68</sup> Respuesta de Ecuador, *supra*, nota 46 (sin cursivas en el original); Hollis, *Segundo informe, supra*, nota 10, párr. 13; véase también Respuesta de Canadá, *supra* nota 40, en 6 (los memorandos de entendimiento no vinculantes y los acuerdos similares pueden ser celebrados entre Canadá y otro Estado soberano, pero lo que normalmente ocurre es que se celebren entre un departamento o dependencia del Gobierno, provincia u otro gobierno subnacional u organización paraestatal de Canadá y una entidad similar de otro país).

<sup>69</sup> Véase Uruguay, *Respuesta a cuestionario sobre "los acuerdos vinculantes y no vinculantes"* (en adelante "Respuesta de Uruguay") (donde se incluyen los "acuerdos interinstitucionales" entre los acuerdos no vinculantes, pero posteriormente se indica que los acuerdos interinstitucionales "no obligan al Estado, sino a sí mismos"). Panamá afirma que los representantes de sus unidades territoriales pueden suscribir tratados si reciben plenos poderes del Ministerio de Relaciones Exteriores. *Nota de la República de Panamá, Ministerio de Relaciones Exteriores, Dirección de Asuntos Jurídicos Internacionales y Tratados, al Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la Organización de los Estados Americanos*, N.V.-A.J.\_MIRE-201813176 (en adelante "Respuesta de Panamá").

<sup>70</sup> Respuesta de Perú, *supra*, nota 66 (donde se cita el artículo 6 del Decreto Supremo N.031-2007-RE). Perú señala que "se recurre cada vez más a la figura de los acuerdos 'no vinculantes' [...] a nivel interinstitucional (entre entidades gubernamentales peruanas, incluyendo las municipalidades y gobiernos regionales, con sus homólogas extranjeras)". Al mismo tiempo, estas entidades "están habilitadas para celebrar contratos referidos a la adquisición de bienes y servicios". *Id.*

<sup>71</sup> Jamaica, *Nota de la Misión de Jamaica al Departamento de Derecho Internacional de la OEA, Secretaría de Asuntos Jurídicos de la OEA*, Ref. 06/10/12, 14 de diciembre de 2017 (en adelante "Respuesta de Jamaica") (sin cursivas en el original).

sus ministerios nacionales pueden celebrar acuerdos interinstitucionales que pueden ser tratados, compromisos políticos “no vinculantes” o contratos.<sup>72</sup>

La diversidad de prácticas de los Estados muestra que la categoría de acuerdos interinstitucionales no está relacionada exclusivamente con una categoría única de acuerdos vinculantes (o no vinculantes). En términos sencillos, un acuerdo interinstitucional podría ser un tratado vinculante o un contrato vinculante, o podría ser un compromiso político no vinculante. Por lo tanto, su condición jurídica (o la ausencia de tal condición) debe determinarse según la capacidad de la institución para celebrar acuerdos internacionales, usando los mismos métodos de identificación que se emplean para distinguir acuerdos entre Estados (es decir, el texto, las circunstancias particulares y los actos subsiguientes).

## 2. Capacidad para celebrar acuerdos internacionales

**2.1 Capacidad de los Estados para celebrar tratados.** *Los Estados tienen capacidad para suscribir tratados y deberían hacerlo de conformidad con los términos del tratado y cualesquiera leyes y procedimientos internos que regulen su capacidad para dar su consentimiento en obligarse.*

**Comentario:** En virtud de su soberanía, todos los Estados tienen capacidad para suscribir tratados<sup>73</sup>. Por medio de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y de la costumbre, el derecho internacional ha establecido un conjunto sólido de reglas supletorias relativas a la capacidad de los Estados para celebrar tratados. Por ejemplo, en el artículo 7 de la Convención de Viena se indica quiénes pueden manifestar el consentimiento del Estado en obligarse por un tratado: el jefe de gobierno, el jefe de Estado, el ministro de relaciones exteriores y cualquiera que reciba “plenos poderes” para hacerlo.

Sin embargo, los términos de un tratado pueden imponer limitaciones con respecto a qué Estados pueden adherirse. Los tratados multilaterales, por ejemplo, pueden estar abiertos a la firma de todos los Estados, solamente de los Estados de una región particular<sup>74</sup> o solamente de

---

<sup>72</sup> Véase Estados Unidos, *Informe del Comité Jurídico Interamericano: Cuestionario para los Estados Miembros* (en adelante “Respuesta de los Estados Unidos”) (“Los departamentos y agencias de los Estados Unidos pueden firmar acuerdos con agencias de otros Estados que se encuadren en la definición de tratado contenida en el artículo 2 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Los departamentos y agencias de los Estados Unidos también suscriben instrumentos y contratos que no son jurídicamente vinculantes, regidos por el derecho interno, con agencias de otros Estados”). La costumbre estadounidense con respecto a sus unidades territoriales subnacionales (es decir, los Estados) es más compleja, ya que en la Constitución se deniega a los Estados la capacidad para celebrar tratados, pero los Estados pueden celebrar acuerdos o pactos con contrapartes extranjeras en los casos en que el Congreso lo autorice. *Id.* Argentina, en cambio, permite que sus unidades territoriales subnacionales celebren tratados, pero deniega tal capacidad a sus ministerios o agencias nacionales. Argentina, *Respuesta cuestionario OEA - Acuerdos vinculantes y no vinculantes* (en adelante “Respuesta de Argentina”).

<sup>73</sup> Véase, por ejemplo, *Vapor "Wimbledon" (Gran Bretaña c. Alemania)* (1923), Informe de la Corte Permanente de Justicia Internacional, Serie A, Número 1, en 25, párr. 35 (“el derecho a asumir compromisos internacionales es un atributo de la soberanía del Estado”).

<sup>74</sup> Véase, por ejemplo, Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (1985). Serie sobre Tratados, OEA, No. 67, artículos 18 y 20 (participación limitada a los Estados americanos).

Estados que realizan una actividad específica<sup>75</sup>. Los Estados tienen capacidad para adherirse solo si los términos del tratado lo permiten<sup>76</sup>.

En el derecho internacional también se reconoce que cada Estado tiene leyes y procedimientos internos que rigen la celebración de tratados. En teoría, estas reglas casi nunca (o nunca en la práctica) pueden anular el consentimiento del Estado en obligarse por un tratado en particular. Hasta ahora, el artículo 46 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados no ha proporcionado fundamentos jurídicos para que un Estado retire su consentimiento en obligarse por un tratado (incluso en casos de presuntas violaciones graves del derecho interno o los procedimientos internos).<sup>77</sup> No obstante, como buena práctica, el Estado debería ejercer su capacidad para adherirse solamente a tratados que hayan sido aprobados de conformidad con sus leyes y procedimientos internos. En otras palabras, si la Constitución del Estado requiere la aprobación previa de la legislatura para un tratado en particular, el Estado no debería ejercer su capacidad para manifestar su consentimiento en obligarse por el tratado hasta que la legislatura haya dado dicha aprobación.

Asimismo, los Estados deben tener en cuenta que las leyes y los procedimientos internos de otros Estados pueden facilitar o restringir su capacidad para celebrar tratados. Los Estados no deben suponer que su normativa interna y las normas de los potenciales copartícipes en el tratado sean equivalentes. Un Estado podría tener capacidad para celebrar solamente un tratado en particular con autorización previa de la legislatura, mientras que el derecho interno y la práctica de otro Estado podría autorizar la celebración del mismo tratado sin intervención de la legislatura. Por lo tanto, los Estados deberían ejercer su capacidad para celebrar tratados de formas que aseguren que cada uno de los Estados participantes tenga la oportunidad de obtener las aprobaciones internas necesarias antes de manifestar su consentimiento en obligarse por un tratado.

**2.2 Capacidad de las instituciones del Estado para celebrar tratados.** *Los Estados tienen la potestad, pero no la obligación, de autorizar a sus instituciones a celebrar tratados sobre temas de su competencia con el consentimiento de todos los copartícipes del tratado.*

**Comentario:** A diferencia de las cuestiones en torno a la capacidad de las organizaciones internacionales para celebrar tratados, el derecho internacional no ha dedicado

---

<sup>75</sup> Véase Constitución de la Asociación de Países Productores de Caucho Natural (1968) 1045 UNTS 173, párr. 21 (tratado abierto a la firma de países productores de caucho natural). Además, algunos tratados están abiertos a la firma de otros Estados solo por invitación. Véase Convenio Internacional del Azúcar (1992) 1703 UNTS 203, art. 37 (convenio abierto a la firma de todo gobierno "invitado a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el azúcar, 1992").

<sup>76</sup> Naturalmente, los términos del tratado pueden facultar a los Estados parte existentes a decidir si admitirán o no a otro Estado como parte. Eso suele ocurrir con los tratados constitutivos de organizaciones internacionales.

<sup>77</sup> Véase Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 46(1) ("El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto 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 esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.") Los intentos de invocar el artículo 46 no han dado muy buenos resultados en la práctica. Véanse *Somalia c. Kenya, supra*, nota 9, 21 párrs. 48 a 50 (donde se rechazan los argumentos de Somalia de que, como el memorando de entendimiento no recibió la aprobación requerida de conformidad con su derecho interno, podía invocar el artículo 46 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados o denegar de otra forma su consentimiento en obligarse); *Fronteras terrestres y marítimas entre el Camerún y Nigeria, supra*, nota 9, párrs. 265 a 267; *Klabbers, supra*, nota 3, en 564 (es debatible si el artículo 46 podría considerarse como parte del derecho consuetudinario internacional. Después de todo, la costumbre es escasa y, aunque a veces se invoca la regla, rara vez se la aplica).

mucha atención a la celebración de tratados por instituciones del Estado<sup>78</sup>. No obstante, las instituciones del Estado, sean ministerios nacionales o unidades territoriales subnacionales, evidentemente suscriben instrumentos que por lo menos algunos Estados (entre ellos los Estados de las cuales estas instituciones forman parte) consideran como tratados (es decir, acuerdos que se rigen por el derecho internacional)<sup>79</sup>. ¿En qué casos deberían estas instituciones tener capacidad para suscribir instrumentos de ese tipo? Para empezar, la institución debería tener competencia en la materia del acuerdo. Por ejemplo, el ministerio de hacienda de un Estado podría tener competencia para intercambiar información tributaria con sus contrapartes, pero no tendría competencia para intercambiar datos relacionados con la defensa. Asimismo, en los Estados federales, algunos asuntos son de competencia exclusiva de una unidad territorial subnacional (por ejemplo, una provincia o región), lo cual podría crear incentivos para que esa unidad territorial celebre un tratado directamente en vez de esperar hasta que el Estado manifieste su consentimiento para hacerlo en nombre de la unidad.

Sin embargo, sería un error mezclar la competencia en la materia de un tratado y la capacidad para celebrar tratados en la materia. Para que las instituciones puedan celebrar tratados, los Estados parecen establecer dos condiciones más: (1) que el Estado responsable de la institución dé su consentimiento para que la institución celebre tratados sobre asuntos que sean de su competencia, y (2) que los potenciales copartícipes en un tratado estén dispuestas a celebrar un tratado con la institución<sup>80</sup>.

Como consideración de primer orden, incumbe a cada Estado decidir si autorizará a cualquiera de sus instituciones a celebrar tratados. Algunos Estados podrían optar por no hacerlo<sup>81</sup>. En esos casos, la institución presuntamente estaría desprovista de toda capacidad para celebrar tratados.

En los casos en que los Estados autorizan a sus instituciones a celebrar tratados, pueden autorizar a todas sus instituciones o solamente a algunas. México, por ejemplo, autoriza a todo tipo de instituciones del Estado a suscribir tratados<sup>82</sup>. Otros Estados autorizan a categorías particulares de instituciones a celebrar tratados (o les deniegan la autorización). Por ejemplo, varios Estados de la región (como los Estados Unidos, Jamaica y Panamá) permiten que sus ministerios nacionales celebren tratados, mientras que, en otros Estados (como Colombia, Perú y la República Dominicana), esos ministerios están desprovistos de toda potestad interna para celebrar tratados.<sup>83</sup> Entretanto, hay algunos Estados, como Argentina, que autorizan a sus unidades territoriales subnacionales a celebrar ciertos tipos de tratados “parciales”, pero les

---

<sup>78</sup> Compárese con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1986, *supra*, nota 12.

<sup>79</sup> Véanse por ejemplo, Grant, *supra*, nota 25, párrs. 127 a 131; Duncan B. Hollis, *Why State Consent Still Matters—Non-State Actors, Treaties, and the Changing Sources of International Law*, 23 Berkeley J Intl L 137, párrs. 146 y 147 (2005).

<sup>80</sup> Oliver J. Lissitzyn, *Territorial Entities in the Law of Treaties*, III Recueil des Cours 66-71, 84 (1968); véase también ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 1962, vol. I, 59, párr. 20 (Briggs) (donde se menciona una prueba similar de dos partes); Grant, *supra*, nota 25, en 131.

<sup>81</sup> Véanse Respuesta de Canadá, *supra*, nota 40, en 7-8 (en la que se indica que solo el Gobierno federal de Canadá puede obligar a Canadá en tratados, no así los ministerios de Gobierno ni las provincias, pues éstas y los territorios solo pueden celebrar instrumentos no vinculantes); Respuesta de Paraguay, *supra*, nota 63 (“De acuerdo a la legislación interna, solamente el Ministerio de Relaciones Exteriores es la institución con facultad para celebrar tratados regidos por el derecho internacional”).

<sup>82</sup> Véase *supra*, nota 65, y el texto que le acompaña.

<sup>83</sup> Hollis, *Segundo informe*, *supra*, nota 10, párrs. 24 y 25; véase también Respuesta de Panamá, *supra*, nota 69. Fuera de la región pueden encontrarse prácticas similares. En Corea del Sur, por ejemplo, se permite que los acuerdos entre dependencias solo creen derechos u obligaciones vinculantes para las naciones, conforme al derecho Internacional. Grupo de Trabajo sobre Práctica de Tratados, *supra*, nota 40, en 21.

deniegan esa facultad a sus ministerios.<sup>84</sup> Otros Estados, en cambio, no autorizan a las unidades territoriales subnacionales a celebrar ningún tipo de tratado.<sup>85</sup>

Asimismo, los Estados pueden autorizar a sus instituciones a negociar y celebrar tratados de distintas formas. Algunos, en particular los Estados europeos, tienen disposiciones en la constitución que describen la potestad de las instituciones para celebrar tratados sobre asuntos de su exclusiva competencia.<sup>86</sup> Otros, como México, han establecido en una ley el procedimiento para autorizar a organismos federales y unidades territoriales subnacionales a celebrar ciertos tratados. Varios Estados dan su consentimiento según las circunstancias del caso. Por ejemplo, de conformidad con un tratado sobre seguridad social celebrado en 1981 con Estados Unidos, Canadá autorizó a una de sus provincias, Quebec, a celebrar un acuerdo subsidiario separado con Estados Unidos teniendo en cuenta las singularidades del sistema de pensiones de Quebec<sup>87</sup>, y en 1986 Estados Unidos autorizó a Puerto Rico a incorporarse al Banco de Desarrollo del Caribe<sup>88</sup>.

---

<sup>84</sup> Véase Respuesta de Argentina, *supra*, nota 72 (donde se indica que, en Argentina, "[l]os ministerios y entidades gubernamentales no pueden, al no ser sujetos de derecho internacional, celebrar tratados regidos por el derecho internacional" y que el artículo 124 de la Constitución de Argentina dispone que las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires pueden celebrar "convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al Gobierno federal o el crédito público de la Nación"); véase también la Constitución de la Confederación Argentina de 1853, reinstaurada en 1983, con las reformas efectuadas hasta 1994, artículos 125 y 126. 125-26, *English translation available at www.constituteproject.org*.

<sup>85</sup> Véase, por ejemplo, Brasil, *Acuerdos vinculantes y no vinculantes: Cuestionario para los Estados Miembros* (en adelante "Respuesta de Brasil") ["Las entidades subnacionales (Estados, Municipios y el Distrito Federal) no tienen competencia, según la Constitución Brasileña, para celebrar actos jurídicos internacionales que comprometan al Estado brasileño"]; Colombia, *Respuestas al cuestionario para los Estados Miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA). Acuerdos vinculantes y no vinculantes: práctica del Estado colombiano* (en adelante "Respuesta de Colombia") (la legislación interna colombiana no habilita a las "unidades territoriales subnacionales", como los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas, para celebrar tratados regidos por el derecho internacional).

<sup>86</sup> Véanse, por ejemplo, Constitución de Austria de 1920 (reinstaurada en 1945, rev. 2013), B-VG, art. 16 (traducción del original alemán por el Letrado de las Cortes Generales Mariano Daranas: "Los Estados pueden, en materias de su ámbito de autonomía, concertar tratados internacionales con Estados limítrofes de Austria o bien con partes de dichos Estados"); Constitución de Bélgica de 1883 (rev. 2014), art. 167(3) (versión en español extraída de la Revista del Centro de Estudios Constitucionales: "Los Gobiernos de Comunidad y de Región mencionados en el artículo 121, concluirán cada uno en lo que le afecte, los tratados sobre las materias que correspondan a la competencia de su Consejo. Tales tratados solo tendrán eficacia después de haber recibido el asentimiento del Consejo"); Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949 (rev. 2014), art. 32(3) (traducción del original alemán por el Prof. Dr. Ricardo García Macho: "En tanto los Länder tengan competencia legislativa, podrán, con el consentimiento del Gobierno Federal, concertar tratados con Estados extranjeros"); Constitución de Suiza (1999), art. 56(1) (traducción por la OMPI: "Los cantones podrán concluir tratados con otros países en el ámbito de sus competencias"). Este tipo de autorización no es un fenómeno enteramente europeo; otros Estados, como Rusia, también autorizan la celebración de tratados por ciertas unidades subestatales (por ejemplo, Yaroslav, Tatarstan). Véanse W. E. Butler, *Russia, in National Treaty Law and Practice* 151, 152-53 (D. Hollis et al., eds., 2005); Babak Nikraves, *Quebec and Tatarstan in International Law*, 23 Fletcher F. World Aff. 227, 239 (1999).

<sup>87</sup> Véase *Agreement With Respect to Social Security*, 11 de marzo de 1981, Estados Unidos-Canadá, art. XX, 35 U.S.T. 3403, 3417. Quebec y Estados Unidos celebraron este acuerdo en 1983, que Estados Unidos incluye en su serie de tratados. Véase *Understanding and Administrative Arrangement with the Government of Quebec*, 30 de marzo de 1983, Estados

En segundo lugar, además del consentimiento “interno” del Estado del cual forme parte, la capacidad de una institución para celebrar tratados dependerá del consentimiento “externo” del otro Estado o institución, o de los otros Estados o instituciones, con los cuales quiera celebrar un tratado. El mero hecho de que un Estado haya autorizado a un ministerio nacional (o a una provincia) a celebrar tratados sobre ciertos asuntos no significa que los potenciales copartícipes en el tratado deban aceptar esta facultad. Los Estados pueden negarse a celebrar tratados de ese tipo y lo hacen regularmente o insisten en que el otro Estado celebre el tratado en nombre de la institución (por ejemplo, en forma de tratado entre Estados o entre gobiernos). Para evitar una discordancia de expectativas, un Estado que autorice a una de sus instituciones a celebrar tratados debería obtener el consentimiento de las otras partes del tratado, o cerciorarse de que su institución lo obtenga, para que la institución del Estado (en vez del Estado) sea parte de esos tratados. Para evitar una discordancia de expectativas, un Estado que autorice a una de sus instituciones a celebrar tratados debería obtener el consentimiento de las otras partes del tratado, o cerciorarse de que su institución lo obtenga, para que la institución del Estado (en vez del Estado) sea parte de esos tratados. Hong Kong, por ejemplo, tiene varios tratados con Estados Miembros de la OEA.<sup>89</sup> En el contexto de los tratados multilaterales, ese tipo de autorización es menos frecuente, pero hay varios casos de Estados que han aceptado una relación de tratado con entidades subestatales. Por ejemplo, de conformidad con el artículo 305 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, tres categorías de Estados asociados y territorios pueden firmar y ratificar la Convención, con todos los derechos y obligaciones dispuestos en ella<sup>90</sup>. El Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio está abierto a la adhesión de todo “Estado o territorio aduanero distinto que disfrute de plena autonomía en la conducción de sus relaciones comerciales exteriores y en las demás cuestiones tratadas en el presente Acuerdo y en los Acuerdos Comerciales Multilaterales”.<sup>91</sup>

**2.3 Confirmación de la capacidad para celebrar tratados:** *Los Estados o las instituciones autorizadas del Estado que prevean celebrar un tratado con una institución de otro Estado deben hacer todo lo posible para confirmar que la institución tenga suficiente competencia en la materia del tratado y autorización del Estado del cual forme parte para celebrar un tratado sobre el tema.*

**Comentario:** Actualmente, los Estados tienen puntos de vista muy diferentes con respecto a la capacidad de las instituciones del Estado para celebrar acuerdos

---

Unidos-Quebec, T.I.A.S. No. 10.863.

<sup>88</sup> *Self-Governing and Non-Self-Governing Territories*, 1981-1988 Cumulative Digest of U.S. Practice on International Law, vol. 1, § 5, en 436, 438-440 (sobre el testimonio de Michael G. Kozak, a la sazón Asesor Jurídico Adjunto Principal del Departamento de Estado de los Estados Unidos, dado ante la Comisión sobre Asuntos Internos e Insulares de la Cámara de Representantes el 17 de julio de 1986). Posteriormente, Puerto Rico se retiró del Banco.

<sup>89</sup> Véase *Agreement between the Government of Canada and the Government of Hong Kong for the surrender of fugitive offenders*, 7 de septiembre de 1993, U.K-Hong Kong, 2313 U.N.T.S. 415.

<sup>90</sup> Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, 10 de diciembre de 1982, 1833 U.N.T.S. 396, arts. 305(1)(c)-(e), (donde se autoriza la ratificación o aceptación de la Convención por 1) “[t]odos los Estados asociados autónomos que hayan optado por esa condición en un acto de libre determinación supervisado y aprobado por las Naciones Unidas”; [...] y 3) “[t]odos los territorios que gocen de plena autonomía interna reconocida como tal por las Naciones Unidas, pero no hayan alcanzado la plena independencia”). Se ha empleado el mismo enfoque en el Acuerdo de las Naciones Unidas sobre las Poblaciones de Peces. Véase Acuerdo sobre la aplicación de las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 10 de diciembre de 1982, relativas a la conservación y ordenación de las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorios, 4 de agosto de 1995, 2167 U.N.T.S. 88, Arts. 1(2)(b), 37-40.

<sup>91</sup> Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, 15 de abril de 1994, 1867 U.N.T.S. 3, Art. XII.

interinstitucionales en forma de tratados<sup>92</sup>. Algunos Estados consideran claramente que sus ministerios nacionales o sus unidades territoriales subnacionales tienen tal capacidad. Otros deniegan con igual firmeza toda facultad de esa clase a uno de estos dos tipos de entes o a ambos. En consecuencia, con los acuerdos interinstitucionales existe un riesgo de discordancia de las expectativas si una parte supone que ambas instituciones tienen capacidad para celebrar tratados y la otra supone que una de las instituciones o ambas no la tienen. Una situación de ese tipo puede causar no solo confusión, sino también tensiones diplomáticas y controversias si las dos instituciones celebran un acuerdo.

Una forma de evitar estos problemas es promover la transparencia y una mejor comprensión de la capacidad respectiva de los participantes en un acuerdo. Como se indica en la *directriz* 2.2, esta transparencia puede derivar en parte de las medidas adoptadas por el Estado autorizante o su institución. Un Estado que prevea autorizar a su institución para que celebre un tratado debería averiguar —o requerir que su institución averigüe— si el potencial copartícipe en el acuerdo comparte la opinión de que el acuerdo constituirá un tratado. No obstante, los copartícipes en un tratado no tienen que ser meros receptores pasivos y esperar solicitudes de otros Estados o sus instituciones. En la *directriz* actual se propone otra práctica óptima según la cual las partes del tratado (sean Estados o instituciones del Estado) deberían hacer su propio análisis de debida diligencia; es decir, frente a la perspectiva de un acuerdo interinstitucional, los Estados siempre deben tratar de verificar la capacidad que se atribuye a la institución o las instituciones extranjeras participantes.

Esta verificación puede ser formal o informal. En 2001, por ejemplo, Estados Unidos pidió al Reino Unido que confirmara que los gobiernos de Guernsey, la Isla de Man y Jersey estaban facultados para celebrar acuerdos bilaterales con Estados Unidos sobre el intercambio de información tributaria. El Reino Unido proporcionó una “carta de encomienda” mediante la cual corroboraba que sus unidades territoriales subnacionales tenían la competencia y la potestad necesarias para celebrar tales tratados<sup>93</sup>.

¿Qué ocurre si el potencial copartícipe no puede confirmar la capacidad de la institución extranjera para celebrar tratados? El Estado (o su institución) tiene varias opciones. Podría optar por no celebrar el tratado o podría modificarlo a fin de suscribirlo con el Estado extranjero responsable por la institución en cuestión. Por ejemplo, Estados Unidos, cuando determinó que las Islas Caimán no tenían la facultad necesaria para suscribir un acuerdo de intercambio de información tributaria en nombre propio, celebró el acuerdo con el Reino Unido, que actuó en nombre de las Islas Caimán<sup>94</sup>. Asimismo, Estados Unidos y Canadá, cuando descubrieron que la ciudad de Seattle y la provincia de Columbia Británica habían celebrado un importante acuerdo sobre el río Skagit, intervinieron para manifestar su “consentimiento” y avalar dicho acuerdo con un tratado propio<sup>95</sup>.

¿Puede una institución del Estado autorizada para celebrar un tratado con una institución extranjera suscribir dicho tratado si no puede confirmar la capacidad de la institución extranjera para hacerlo? Desafortunadamente, hay indicios sustanciales de que se celebran acuerdos

---

<sup>92</sup> Véase *supra*, nota 67-72, y el texto que le acompaña. Esta confusión probablemente no se limite a los acuerdos interinstitucionales celebrados enteramente entre un Estado y una institución de otro Estado. Véase *supra*, nota 89-91, y el texto que le acompaña.

<sup>93</sup> Véase, por ejemplo, el comunicado de prensa del Departamento del Tesoro de los Estados Unidos titulado *Treasury Secretary O'Neill Signing Ceremony Statement: United States and Jersey Sign Agreement to Exchange Tax Information* (4 de noviembre de 2002).

<sup>94</sup> Véase, por ejemplo, *Agreement Between the Government of the United States of America and the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Including the Government of the Cayman Islands, For the Exchange of Information Relating to Taxes*, 21 de noviembre de 2001, U.S.-U.K., T.I.A.S., CTIA No. 15989.000.

<sup>95</sup> Véase *Treaty Between the United States of America and Canada Relating to the Skagit River and Ross Lake, and the Seven Mile Reservoir on the Pend D'Oreille River*, 2 de abril de 1984, U.S.-Can., T.I.A.S. No. 11.088.

interinstitucionales sin una clara autorización de uno o más Estados responsables<sup>96</sup>. Muchos de estos acuerdos probablemente se consideren como compromisos políticos o contratos, pero algunos de hecho podrían encuadrarse en la definición de tratado. Por ejemplo, en 2000, el estado estadounidense de Misuri celebró un memorando de acuerdo con la provincia canadiense de Manitoba para cooperar en la oposición a ciertos proyectos de transferencia de agua entre cuencas previstos en las leyes federales de los Estados Unidos<sup>97</sup>. Otros Estados han tenido problemas similares. Para fines del siglo XX, por ejemplo, Quebec había celebrado alrededor de 230 ententes no autorizadas con gobiernos extranjeros, casi 60% de ellas con otros Estados<sup>98</sup>. Actualmente, no parece ser una buena práctica considerar estos acuerdos como tratados, especialmente si más adelante resulta evidente que una o más de las instituciones participantes no estaban facultadas para celebrar tratados en nombre propio, pero es un área que valdría la pena que los Estados continuaran analizando.

**2.4 Capacidad para celebrar compromisos políticos:** *Los Estados o las instituciones del Estado deberían estar facultados para celebrar compromisos políticos en la medida en que las circunstancias políticas lo permitan.*

**Comentario:** Los compromisos políticos están, por definición, desprovistos de toda fuerza jurídica de conformidad con el derecho internacional o el derecho interno. En consecuencia, el derecho internacional no impone condiciones relativas a la capacidad con respecto a los actores que puedan celebrarlos. Asimismo, en los ordenamientos jurídicos internos generalmente no se reglamentan los actores que pueden celebrar estos compromisos<sup>99</sup>. Por lo tanto, a diferencia de lo que ocurre con los tratados, no hay una distinción concreta entre la capacidad del Estado y de las instituciones del Estado para celebrar estos acuerdos no vinculantes.

La política, en vez del derecho, sirve de criterio rector para determinar quién en un Estado puede celebrar compromisos políticos y sobre qué temas. La mayoría de los Estados tienen poca experiencia con la reglamentación de la capacidad para celebrar compromisos políticos en nombre del Estado o de sus instituciones. Sin embargo, en algunas ocasiones, los Estados han adoptado políticas para organizar la capacidad del Estado o de sus instituciones para celebrar compromisos políticos. En Colombia, por ejemplo, solo aquellos que tienen capacidad jurídica para representar a la institución del Estado pueden firmar memorandos de entendimiento o cartas de intención, a pesar de que se considera que estos instrumentos no son vinculantes (y aun así, solo después que el instrumento ha sido sometido a una revisión jurídica)<sup>100</sup>. Como es de suponer, la política internacional puede influir mucho en la determinación de qué Estados o instituciones del Estado pueden celebrar compromisos políticos y sobre qué temas.

En ciertos casos de gran relieve, un Estado podría imponer limitaciones jurídicas internas a la capacidad para celebrar un compromiso político no vinculante. Por ejemplo, como parte de la controversia en torno al Plan de Acción Integral Conjunto, el Congreso de los Estados Unidos aprobó la Ley de Revisión del Acuerdo Nuclear con Irán, según la cual el

---

<sup>96</sup> Véase Hollis, *Unpacking the Compact Clause*, *supra*, nota 55 (donde se mencionan 340 acuerdos celebrados por Estados de los Estados Unidos con potencias extranjeras).

<sup>97</sup> Véase *Role of Individual States of the United States: Analysis of Memorandum of Understanding Between Missouri and Manitoba*, 2001 Cumulative Digest of U.S. Practice on International Law, § A, en 179 a 198.

<sup>98</sup> Nikraves, *supra* note 86, en 239. Asimismo, se afirma que Francia considera que sus ententes con Quebec se rigen por el derecho internacional. Véase *id.* en 242.

<sup>99</sup> Siempre que el compromiso no infrinja la constitución o las leyes internas. Por supuesto, si un acuerdo infringe la normativa, es probable que se ponga en tela de juicio su condición de compromiso político, ya que esta categoría, por definición, abarca solamente los acuerdos desprovistos de fuerza jurídica.

<sup>100</sup> Respuesta de Colombia, *supra*, nota 85. En consecuencia, entre los ministerios de gobierno de Colombia, solo el Ministerio de Relaciones Exteriores está autorizado para firmar compromisos políticos en nombre del Estado en conjunto. *Id.*

presidente de los Estados Unidos debe someter “todo acuerdo con Irán” (no solo un acuerdo jurídicamente vinculante) al Congreso para que lo examine y tenga la oportunidad de rechazarlo<sup>101</sup>. El presidente Obama, en consecuencia, presentó el Plan de Acción Integral Conjunto de conformidad con lo dispuesto en la Ley, pero el Congreso a la larga no lo aprobó ni lo rechazó<sup>102</sup>. Canadá, Ecuador y Perú han notificado prácticas similares de coordinación y revisión de sus compromisos políticos; Perú tiene políticas diferentes para la revisión de compromisos políticos entre Estados y entre instituciones<sup>103</sup>.

**2.5 Capacidad para celebrar contratos entre Estados:** *Un Estado debería celebrar contratos con otros Estados que estén dispuestos a hacerlo de conformidad con el derecho que rija el contrato.*

**Comentario:** En consonancia con las opiniones vertidas anteriormente por la Comisión de Derecho Internacional, algunos Estados de la región hacen valer su capacidad para celebrar contratos con otros Estados<sup>104</sup>. Al mismo tiempo, otros Estados afirman que no celebran acuerdos de ese tipo<sup>105</sup>. Por lo tanto, al parecer no hay ninguna disposición del derecho internacional que impida que un Estado celebre un contrato con otro que esté dispuesto a hacerlo. En teoría, el propio ordenamiento jurídico de un Estado podría limitar su capacidad para celebrar contratos con otros Estados, pero hasta la fecha no se han visto ejemplos de limitaciones de esa clase.

Toda limitación de la capacidad para celebrar contratos entre Estados probablemente derive de la selección o el contenido del derecho que rija el contrato. En la práctica, la selección de un solo derecho interno aplicable podría limitar la frecuencia de estos contratos, ya que se requiere que por lo menos uno de los Estados contratantes se avenga a la aplicación de un derecho interno que no sea el propio<sup>106</sup>. Asimismo, la capacidad para contratar es una función del derecho contractual. Cada ordenamiento jurídico interno y ciertos tipos de derecho no estatal tienen sus propias normas con respecto a quiénes pueden celebrar un contrato y sobre qué temas. Por consiguiente, la capacidad de un Estado para suscribir un contrato regido por el derecho interno de otro dependerá de un análisis jurídico de la normativa aplicable (sea la

---

<sup>101</sup> Véase Pub. L. No. 114-17, 129 Stat. 201 (2015). El Plan de Acción Integral Conjunto fue un compromiso político relativo al programa nuclear de Irán celebrado por Irán, los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Alemania y la Unión Europea. El presidente Trump, de los Estados Unidos, denunció el Plan de Acción Integral Conjunto el 8 de mayo de 2018.

<sup>102</sup> Kristina Daugirdas y Julian Davis Mortensen, *Contemporary Practice of the United States relating to International Law*, 109 Am. J. Int'l L. 873, 874-78 (2015) (debido al bloqueo de la minoría, el Congreso no tomó ninguna medida con respecto al Plan de Acción Integral Conjunto en el sentido de aprobarlo o rechazarlo).

<sup>103</sup> Respuesta de Perú, *supra*, nota 66 (la evaluación de compromisos políticos "asumidos por el Ministerio de Relaciones Exteriores se centra en verificar su consistencia con la política exterior, así como la redacción..."); véase también Respuesta de Canadá, *supra*, nota 40, en 4; Respuesta de Ecuador, *supra*, nota 46.

<sup>104</sup> Véase ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 1966, vol. II, 189, párr. 6. En la respuesta al cuestionario de la OEA, Canadá, Ecuador, Estados Unidos, Jamaica y México reconocieron la posibilidad de que se celebren contratos entre Estados. Véase Hollis, *Segundo informe*, *supra*, nota 10, párr. 15; Respuesta de Canadá, *supra*, nota 40 en 4.

<sup>105</sup> Hollis, *Segundo informe*, *supra*, nota 10, párr. 15 (Argentina, Colombia, Perú, la República Dominicana y Uruguay afirmaron que no acostumbraban a suscribir contratos regidos por el derecho interno cuando se trata de acuerdos vinculantes entre Estados).

<sup>106</sup> Sin embargo, por lo menos en teoría, con la elección del derecho no estatal para que rija estos contratos se podrían evitar dificultades de este tipo. Véase la nota 59 y el texto que le acompaña. Por regla general en Canadá, los contratos entre Estados incluyen una exención de privilegios e inmunidades; tal es así que de no existir tal exención y no se indica la sujeción a un determinado derecho o foro, el instrumento en cuestión podría no ser considerado como un contrato ejecutable. Respuesta de Canadá, *supra*, nota 40, en 4.

normativa seleccionada por las partes o, en circunstancias apropiadas, el derecho aplicable de acuerdo con las reglas sobre conflicto de leyes).

**2.6 Capacidad para celebrar contratos interinstitucionales:** *Una institución del Estado debería suscribir contratos con instituciones de otro Estado que estén dispuestas a hacerlo de conformidad con su propio derecho interno y, si es diferente, con el derecho que rija el contrato.*

**Comentario:** La capacidad de las instituciones del Estado para celebrar contratos con instituciones de otros Estados parece ser menos controvertida que los contratos entre Estados. Muchos de los Estados que repudian toda forma de contratación entre Estados admiten la capacidad de sus instituciones para celebrar contratos con otros Estados<sup>107</sup>. Sin embargo, a diferencia de los contratos entre Estados, la capacidad de las instituciones del Estado para celebrar acuerdos contractuales interinstitucionales no depende únicamente de la selección y el contenido del derecho que rija el contrato. En vista de que las instituciones del Estado forman parte del ordenamiento jurídico del Estado, la capacidad de estas instituciones para contratar se regirá por el derecho interno de ese Estado, sea o no el mismo que rija el contrato. Colombia, por ejemplo, autoriza a sus “personas jurídicas de derecho público u órganos públicos con capacidad para contratar” a hacerlo con sujeción “a las competencias que la Constitución y la Ley les haya otorgado”<sup>108</sup>.

En efecto, algunos Estados de la región parecen tener disposiciones constitucionales o legislativas que requieren que ciertos contratos públicos, incluidos al parecer los contratos interinstitucionales, se rijan por su propio derecho interno. De conformidad con la Constitución de México, por ejemplo, se requieren licitaciones públicas para ciertos tipos de actos (por ejemplo, adquisiciones, arrendamientos y servicios públicos), que deben ser “objeto de contrataciones que deben seguir los procedimientos y formalidades previstas en el marco jurídico nacional aplicable (federal, estatal y municipal)”<sup>109</sup>. Perú y Ecuador tienen leyes en materia de adquisiciones que disponen autorizaciones y condiciones similares para los contratos de instituciones del Estado<sup>110</sup>.

Por lo tanto, el derecho interno del Estado del cual forma parte la institución podría dictar su capacidad para celebrar contratos con instituciones de otros Estados directamente por medio de autorizaciones o indirectamente por medio de disposiciones del derecho que los rija. Sin embargo, aun así se pueden celebrar acuerdos interinstitucionales en los cuales se elija el derecho de un Estado en vez del derecho de otro como derecho aplicable. Por ejemplo, el artículo 9 del acuerdo celebrado en 1998 entre la Administración Nacional de Aeronáutica y del Espacio (NASA), de los Estados Unidos, y la Agencia Espacial Brasileña (AEB) sobre la capacitación de un especialista de misión de la AEB dice: “Por el presente, las Partes designan las leyes federales de los Estados Unidos para regir el presente Acuerdo con cualquier fin, incluida la determinación de la validez de este Acuerdo”<sup>111</sup>. Por otra parte, es posible que dos instituciones del Estado seleccionen el derecho interno de un tercer Estado para que rija su contrato (siempre que el derecho del tercer Estado lo permita). Asimismo, en los acuerdos interinstitucionales se podría elegir el derecho no estatal para que rija el contrato además o en vez de un ordenamiento jurídico nacional.

---

<sup>107</sup> Véase Hollis, *Segundo informe, supra*, nota 10, párr. 30 (Argentina, Colombia y Perú afirmaron que no celebran contratos con otros Estados, pero tienen mucha experiencia con contratos interinstitucionales).

<sup>108</sup> *Id.*, párr. 30.

<sup>109</sup> Véase Respuesta de México, *Informe del Comité Jurídico Interamericano, Acuerdos vinculantes y no vinculantes: Cuestionario para los Estados Miembros* (en adelante “Respuesta de México”) [donde se analiza la Constitución de México de 1917 (rev. 2015), art. 134].

<sup>110</sup> Hollis, *Segundo informe, supra*, nota 10, párrs. 15 y 30

<sup>111</sup> En Barry Carter et al., *International Law 86-87* (7th ed., 2018) se reimprime un extracto del contrato, incluido el artículo 9.

### 3. Métodos para identificar acuerdos vinculantes y no vinculantes

**3.1 Identificación de acuerdos:** *Los Estados y otras partes que celebren acuerdos deberían suscribir acuerdos internacionales a sabiendas, y no inadvertidamente. Como mínimo, eso significa que los Estados deben hacer una distinción entre sus acuerdos (sean vinculantes o no vinculantes) y los demás compromisos e instrumentos. Las siguientes prácticas óptimas podrían facilitarles esa tarea:*

**3.1.1** *Los Estados deberían remitirse a la terminología utilizada y a las circunstancias particulares para determinar si surgirá un acuerdo (o si ya existe un acuerdo).*

**3.1.2** *En caso de duda, un Estado debería consultar con los potenciales copartícipes para confirmar si una declaración o instrumento constituirá o no un acuerdo (e, idealmente, qué tipo de acuerdo será).*

**3.1.3** *Un Estado debería abstenerse de refrendar una declaración o un instrumento si su punto de vista con respecto a su condición de acuerdo es diferente del punto de vista de los potenciales copartícipes hasta que logren conciliar esas diferencias.*

**Comentario:** ¿Cómo pueden los Estados y otros determinar si un texto en particular constituye un tratado, un compromiso político o un contrato? Eso se hace en dos pasos. Primero, debe haber un acuerdo discernible. Segundo, debe haber algún método para hacer una distinción dentro de la categoría de acuerdos: ¿cuáles son tratados, cuáles son compromisos políticos y cuáles son contratos?

La *Directriz* 3.1 ofrece prácticas óptimas para el primer paso: la identificación de acuerdos en general. En algunos casos, los participantes optan por la vía fácil y admiten conjuntamente la existencia de un acuerdo. En el *Caso de las plantas de celulosa*, por ejemplo, ni Argentina ni Uruguay negaban que sus presidentes habían llegado a un acuerdo expresado por medio de un comunicado de prensa el 31 de mayo de 2005; la controversia era si el acuerdo era vinculante (es decir, si se regía por el derecho internacional) o no<sup>112</sup>. Asimismo, en el arbitraje relativo al *Iron Rhine ("Ijzeren Rijn") Railway*, tanto Bélgica como los Países Bajos reconocían que habían llegado a un acuerdo plasmado en un memorando de entendimiento y que este memorando no era un "instrumento vinculante"<sup>113</sup>

Sin embargo, en muchos casos no habrá un "acuerdo para ponerse de acuerdo". Entonces, los Estados deberían seguir el ejemplo que dio la CIJ en el caso del Mar Egeo y examinar toda declaración propuesta o efectuada teniendo en cuenta sobre *todo sus términos reales y las circunstancias particulares* en las cuales fue redactada.<sup>114</sup> Ese análisis proporciona un marco útil para determinar las condiciones de cualquier acuerdo, es decir, mutualidad y compromiso. En el caso del *Mar Egeo*, por ejemplo, Grecia y Turquía impugnaban la existencia de un acuerdo y el tipo particular de acuerdo. Para resolver el asunto, la Corte examinó las comunicaciones anteriores y el lenguaje utilizado en un comunicado conjunto de los primeros ministros de Grecia y Turquía, y llegó a la conclusión de que el comunicado no constituía un "compromiso" de someter el diferendo de los Estados a la Corte<sup>115</sup>. La CIJ reafirmó este enfoque en *Qatar c. Bahrein*. En este caso examinó un "acta aprobada", firmada por los ministros de relaciones exteriores de Qatar y Bahrein, y concluyó que constituía un acuerdo: no era meramente un acta de una reunión, no se limitaba a relatar las deliberaciones y a resumir los puntos convergencia y divergencia, sino que enumeraba los compromisos respecto de los cuales las Partes habían manifestado su consentimiento.<sup>116</sup> La CIJ continuó aplicando este enfoque en el Caso relativo a la Isla de Kasikili/Sedudu, en el cual, tras analizar los diversos puntos de vista

---

<sup>112</sup> Véase *Caso de las plantas de celulosa*, *supra*, nota 28, párr. 132-33.

<sup>113</sup> *Award in the Arbitration regarding the Iron Rhine ("Ijzeren Rijn") Railway between the Kingdom of Belgium and the Kingdom of the Netherlands* (2005) 27 RIAA 35, párr. 156.

<sup>114</sup> *Caso de la Plataforma Continental del Mar Egeo (Grecia c. Turquía)*, Fallo (1978), Informe de la CIJ 3, párr. 95 (sin cursivas en el original).

<sup>115</sup> *Id.*, párr. 107.

<sup>116</sup> *Qatar c. Bahrein*, *supra*, nota 38, párr. 24.

contenidos en las notas y cartas intercambiadas entre Sudáfrica y Bechuanalandia con respecto a la ubicación de un límite territorial, determinó que demostraban la ausencia de un acuerdo.<sup>117</sup>

Por su parte, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar (TIDM) ha señalado que un lenguaje en un texto compartido que en otros casos podría considerarse “condicional” puede impedir que se le asigne la condición de acuerdo.<sup>118</sup> Los tribunales internacionales también se han rehusado a confirmar la existencia de un acuerdo en los casos en que una parte no responde a una oferta hecha por la otra. Por lo tanto, el TIDM rehusó dictaminar que Japón, con su silencio, había manifestado su acuerdo con respecto a una metodología para constituir fianzas que Rusia había presentado en ciertas reuniones conjuntas y había consignado posteriormente en protocolos escritos entre ambos Estados.<sup>119</sup> Análogamente, un tribunal de la Corte Permanente de Arbitraje rehusó dictaminar que Jordania hubiera aceptado someter el caso a arbitraje cuando no respondió a dos cartas de un embajador italiano en las cuales se afirmaba que ambos Estados habían celebrado un acuerdo verbal a tal efecto.<sup>120</sup>

Desde luego, podría haber casos en que el texto y las circunstancias particulares sean ambiguos con respecto a si una determinada declaración o instrumento propuestos constituirán un acuerdo. En esos casos, esta directriz recomienda un enfoque directo: instar a los Estados a que consulten y comuniquen uno al otro lo que cada uno entiende con respecto a si existe un acuerdo (o si el acto resultará en un acuerdo). Esas conversaciones podrían confirmar que hay un acuerdo o que no lo hay o no lo habrá. Sin embargo, a veces estas conversaciones podrían revelar una divergencia de opiniones si una parte considera que la declaración o el instrumento constituyen un acuerdo y la otra lo niega. En esos casos, lo mejor es que todos los involucrados den un paso atrás y se abstengan de toda actividad pertinente hasta que se entablen más conversaciones y se puedan acercar los puntos de vista. De esta forma se reducirá el riesgo de expectativas discordantes o controversias entre los participantes (u otros) que puedan intensificarse, activar mecanismos de solución de controversias por terceros o introducir otras complicaciones en las relaciones internacionales.

**3.2 Identificación del tipo de acuerdo celebrado:** *En la práctica actual de los Estados, las organizaciones internacionales, las cortes y los tribunales internacionales y otros sujetos de derecho internacional, se observan dos métodos diferentes para distinguir entre acuerdos vinculantes y no vinculantes.*

- *Con el primero, algunos actores utilizan la “prueba de la intención”, análisis subjetivo para ver si las intenciones manifiestas de los autores determinan si un acuerdo es vinculante o no (y, en caso de que sea vinculante, si es un tratado o un contrato).*
- *Con el segundo, otros actores usan una “prueba objetiva”, según la cual la materia, el lenguaje y el contexto determinan su condición vinculante o no vinculante, independientemente de todo indicio de las intenciones de uno o más de sus autores.*

*Ambos métodos suelen llevar a la misma conclusión. Tienen en cuenta (a) el texto; (b) las circunstancias particulares, y (c) los actos subsiguientes para identificar los distintos tipos*

---

<sup>117</sup> *Caso relativo a la Isla de Kasikili/Sedudu (Botswana c. Namibia)*, Fallo (1999), Informe de la CIJ 1045, párr. 63.

<sup>118</sup> *Delimitación de la frontera marítima entre Bangladesh y Myanmar en la Bahía de Bengala (Bangladesh c. Myanmar)* (Sentencia de 14 de marzo de 2012), 2012, Informe del TIDM 4, párr. 92 (el Tribunal considera que los términos del acta aprobada de 1974 confirman que el acta refleja un entendimiento condicional alcanzado en el curso de las negociaciones y no un acuerdo en el sentido del artículo 15 de la Convención. El lenguaje utilizado en el acta respalda esta conclusión, en particular teniendo en cuenta la condición enunciada expresamente en el acta de que la delimitación del mar territorial formaría parte de un tratado integral sobre límites marítimos).

<sup>119</sup> Véase *“Hoshinmaru” (Japón c. Federación de Rusia)* (Pronta liberación, Sentencia) 2007 Informe del TIDM 18 (6 de agosto), párrs. 85 a 87.

<sup>120</sup> *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. c. El Reino Hachemita de Jordania*, Caso CIADI No. ARB/02/13, Laudo (31 de enero de 2006), párr. 98.

de acuerdos vinculantes y no vinculantes. No obstante, son posibles resultados diferentes, en particular cuando el texto favorece objetivamente una conclusión (por ejemplo, un tratado), pero las pruebas externas sugieren otra cosa (por ejemplo, las declaraciones contemporáneas de uno o más participantes en el sentido de que no se pretendía hacer un tratado). La prueba objetiva priorizaría el texto y el lenguaje utilizados en contraste con el énfasis de la prueba de la intención en lo que se refiere a lo que las partes pretendían. Tales resultados diferentes pueden, a su vez, dar lugar a confusión o conflictos, riesgo que se puede mitigar con ciertas prácticas:

**3.2.1** Si un Estado todavía no ha decidido si usará la prueba de la intención o la prueba objetiva para identificar sus acuerdos vinculantes y no vinculantes, debería hacerlo.

**3.2.2** Todo Estado debería ser franco con otros Estados e interesados con respecto a la prueba que utilice. Asimismo, debería aplicarla de manera uniforme, en vez de aplicar una u otra según lo que le convenga en cada caso. La aplicación uniforme de una prueba ayudará a resolver las expectativas de otros actores y posibilitará una interacción más previsible entre ellos.

**3.2.3** Sin embargo, un Estado no debería suponer que los demás Estados o actores (entre ellos las cortes y los tribunales internacionales) usarán la misma prueba para identificar los acuerdos vinculantes y no vinculantes. En cambio, debería celebrar y aplicar sus acuerdos internacionales de una manera que mitigue o incluso elimine los problemas que puedan llevar a que las dos pruebas conduzcan a conclusiones contradictorias. Los Estados pueden lograr esto alineando las pruebas subjetiva y objetiva de tal manera que se obtenga el mismo resultado.

**Comentario:** En los casos en que exista un acuerdo, una forma de determinar si es vinculante (o no) consiste en preguntar cuál era la intención de los autores. La Comisión de Derecho Internacional terminó refrendando esta metodología a fin de determinar qué acuerdos cumplirían el requisito de estar "regidos por el derecho internacional" para que se los considere como tratados.<sup>121</sup> Los delegados en la Conferencia de Viena estuvieron de acuerdo<sup>122</sup>. En la actualidad, numerosos Estados, expertos y tribunales internacionales consideran la intención como el criterio esencial para determinar qué acuerdos son tratados.<sup>123</sup> En el *Arbitraje sobre el*

---

<sup>121</sup> ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 1966, vol. II, 189, párr. 6 ("La Comisión llegó a la conclusión de que, en la medida en que sea pertinente, el elemento de la intención queda comprendido en la frase 'regido por el derecho internacional', y decidió no mencionarlo en la definición"). Antes de llegar a esta conclusión, la Comisión de Derecho Internacional oscilaba entre enfoques subjetivos y objetivos. Brierly propuso un análisis objetivo de los acuerdos que establecen una relación de conformidad con el derecho internacional, mientras que su sucesor, Hersch Lauterpacht, definió los tratados como acuerdos cuya finalidad es crear derechos y obligaciones jurídicos. Compárese Brierly, *Primer informe, supra*, nota 1, en 223, con Lauterpacht, *Primer informe, supra*, nota 1, en 93. El tercer Relator de la Comisión de Derecho Internacional, Gerald Fitzmaurice, trató de combinar ambos enfoques, definiendo un tratado como un acuerdo regido por el derecho internacional cuya finalidad es crear derechos y obligaciones y establecer relaciones. Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1959, vol. II, 96. Más adelante, volvió a usar solamente la fórmula "regido por el derecho internacional" como sustituto de una prueba subjetiva. Véase Fitzmaurice, *Primer informe, supra*, nota 1, en 117.

<sup>122</sup> Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, Actas resumidas del primer período de sesiones, documento ONU A/CONF.39/11, Add.1, 225, párr. 13 ("Conferencia de Viena, segundo período de sesiones") (El Comité de Redacción "ha considerado que la expresión 'acuerdo... regido por el derecho internacional' [...] ya abarca el elemento de la intención de crear derechos y obligaciones en derecho internacional").

<sup>123</sup> *Arbitraje sobre el Mar del Sur de China, supra*, nota 37, párr. 213; *Francia c. Comisión*, C-233/02 (CEJ, 23 de marzo de 2004) (la intención de las partes debe, en principio, ser el criterio decisivo a efectos de determinar si las Directrices son vinculantes); Suiza, Departamento Federal de Relaciones Exteriores, *Practical Guide to International Treaties* 4 (2015) at

*Mar del Sur de China*, por ejemplo, el Tribunal recalcó que, para que un instrumento constituyera un acuerdo vinculante, debía evidenciar una clara intención de establecer derechos y obligaciones entre las partes<sup>124</sup>. Varios Estados Miembros de la OEA han adoptado este enfoque<sup>125</sup>. Desde esta perspectiva, si las partes tienen la intención de que un acuerdo sea un tratado, es un tratado. Asimismo, si no tienen la intención de que el acuerdo sea vinculante, es un compromiso político no vinculante.

Sin embargo, la CIJ ha señalado que utilizaría un enfoque más objetivo para determinar en qué casos un acuerdo es un tratado (es decir que se rige por el derecho internacional). En *Qatar c. Bahrein*, la CIJ dictaminó que las partes habían celebrado un acuerdo jurídicamente vinculante (el acta aprobada) mediante el cual aceptaban la jurisdicción de la CIJ, a pesar de las protestas del Ministro de Relaciones Exteriores de Bahrein de que esa no había sido su intención.<sup>126</sup> La Corte consideró el acta aprobada como un tratado basándose en los “términos del instrumento en sí y las circunstancias de su celebración, no en una intención manifestada por las partes a posteriori”<sup>127</sup>. Algunos señalan que era posible que la Corte simplemente estuviera recalcando la intención expresada en el acta aprobada a diferencia de declaraciones posteriores de la intención hecha en beneficio propio en previsión de un litigio<sup>128</sup>. Para otros,

---

[https://www.eda.admin.ch/dam/eda/en/documents/publications/Voelkerrecht/Praxisleitfaden-Voelkerrechtliche-Vertraege\\_en.pdf](https://www.eda.admin.ch/dam/eda/en/documents/publications/Voelkerrecht/Praxisleitfaden-Voelkerrechtliche-Vertraege_en.pdf) (en lo sucesivo "Guía de tratados de Suiza") (en donde se establece que es esencial que las partes desean dar carácter de jurídicamente vinculante a su acuerdo; y que si esa no es su intención, entonces no se le considera tratado); véase también Aust, *supra*, nota 11, en 20 y 21 (son los Estados negociadores quienes deciden si celebrarán un tratado u otra cosa); Klabbers, *supra*, nota 3, en 68 (a pesar de lo delicado del tema, prácticamente hay unanimidad entre los abogados internacionales en que, como mínimo, la intención es uno de los principales determinantes de los derechos y obligaciones jurídicos internacionales); Widdows, *supra*, nota 5, en 120 a 139.

<sup>124</sup> *Arbitraje sobre el Mar del Sur de China*, *supra*, nota 37, párr. 213.

<sup>125</sup> Véase Hollis, *Segundo informe*, *supra*, nota 10, párr. 16 (Cinco Estados Miembros —Brasil, Colombia, Estados Unidos, México y Perú— invocaron específicamente la “intención” como criterio decisivo para identificar un tratado); véase Respuesta de Brasil, *supra*, nota 85 (recurre a “la intención de las partes”); Respuesta de Colombia, *supra*, nota 85 (se busca la “manifestación, acuerdo o concurrencia de voluntades de los Estados para obligarse jurídicamente”); Respuesta de México, *supra*, nota 109 (“Por lo que se refiere a los instrumentos ‘no vinculantes’, se incorporan términos que enfatizan la intencionalidad de los participantes involucrados”); Respuesta de Perú, *supra*, nota 66 (donde se señalan las medidas para asegurar que el acuerdo constituya una constancia de “la voluntad concordante de los sujetos intervinientes”); Respuesta de los Estados Unidos, *supra*, nota 72 (Estados Unidos procura “asegurar que el texto de los instrumentos escritos que suscribe con otros Estados refleje con exactitud las intenciones de los Estados intervinientes en lo que respecta a la índole jurídica del instrumento y el derecho que lo rige, en el caso en que se lo indique”). La respuesta de Canadá fue más ambigua, aunque no señalaba que un intercambio de notas que las partes *consideren* vinculante puede también constituir un tratado y que, al mismo tiempo, en los compromisos políticos se incluyen instrumentos que los participantes *consideran* no jurídicamente vinculantes. Respuesta de Canadá, *supra*, nota 40, en 4 (sin cursivas en el original).

<sup>126</sup> *Qatar c. Bahrein*, *supra*, nota 38, párr. 27.

<sup>127</sup> *Id.* (ambos ministros firmaron un texto en el cual se consignaban compromisos aceptados por sus gobiernos, algunos de los cuales eran de aplicación inmediata. Habiendo firmado un texto de ese tipo, el Ministro de Relaciones Exteriores no está en condiciones de decir que tenía la intención de suscribir solamente una declaración que reflejara un entendimiento político y no un acuerdo internacional); véase también *Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein (Qatar c. Bahrein)*, Fallo, 15 de febrero de 1995, (1995), Informe de la CIJ 6.

<sup>128</sup> Aust, *supra*, nota 11, en 51 y 52; *Accord* Widdows, *supra*, nota 5, en 94 (al determinar la condición de un acuerdo, los puntos de vista expresados por una parte en el momento de la celebración del instrumento tendrán cierta utilidad, siempre que las demás consideraciones sean

sin embargo, el enfoque de la Corte muestra que los criterios objetivos (por ejemplo, el lenguaje, los tipos de cláusulas e incluso tal vez la materia) pueden dictar si el instrumento es un tratado o no<sup>129</sup>. En casos más recientes de la Corte (por ejemplo, el *Caso de las plantas de celulosa y el de la Delimitación marítima en el Océano Índico*) se ha afianzado este enfoque objetivo.<sup>130</sup> Por ejemplo, en su opinión en el caso de Delimitación marítima en el Océano Índico, la Corte concluyó que “[l]a inclusión de una disposición relativa a la entrada en vigor del Memorando es indicativa del carácter vinculante del instrumento”, sin mencionar la intención de las partes<sup>131</sup>.

Sin embargo, la prueba objetiva no es meramente una fórmula de la CIJ. En el *Arbitraje sobre la zona marina protegida de Chagos*, el Tribunal destacó la necesidad de una “determinación objetiva” para distinguir entre acuerdos vinculantes y no vinculantes.<sup>132</sup> Entretanto, varios Estados Miembros de la OEA han recalado la estructura y el lenguaje utilizados en un texto como factores determinantes de su condición jurídica (o de la ausencia de tal condición)<sup>133</sup>.

Estas Directrices no tienen como finalidad declarar que uno de estos métodos es superior al otro, y menos aún determinar cuál refleja el derecho internacional con mayor exactitud. En cambio, ofrecen asesoramiento a los Estados y a otros sobre la forma de crear y diferenciar acuerdos internacionales vinculantes y no vinculantes en un mundo donde podrían utilizarse distintos métodos para hacerlo. Con ese fin, esta directriz muestra que, en muchos sentidos, el método objetivo y el método de la intención coinciden parcialmente en los elementos probatorios que usan:

- a) el texto;
- b) las circunstancias particulares;
- c) los actos subsiguientes.

Por ejemplo, los que se adhieren a la prueba de la intención consideran generalmente que la estructura y la terminología del texto acordado son la mejor manifestación de las intenciones de los autores<sup>134</sup>. Esa misma estructura y lenguaje constituyen el meollo de la prueba objetiva.

---

iguales, pero las declaraciones efectuadas por una parte con posterioridad deben desecharse porque buscan el beneficio propio).

<sup>129</sup> Véase Chinkin, *supra*, nota 53, en 236 y 237; Klabbbers, *supra*, nota 3, en 212 a 216.

<sup>130</sup> Véanse, por ejemplo, *Caso de las plantas de celulosa*, *supra*, nota 28, párr. 128; *Somalia c. Kenya*, *supra*, nota 9, párr. 42.

<sup>131</sup> *Somalia c. Kenya*, *supra*, nota 9, párr. 42.

<sup>132</sup> *Arbitraje sobre la zona marina protegida de Chagos (Mauricio c. Reino Unido)*, Corte Permanente de Arbitraje, Caso 2011-03 (18 de marzo de 2015) en 168, párr. 426 (aunque el Tribunal no tiene inconveniente en aceptar que los Estados tienen libertad, en sus relaciones internacionales, para celebrar acuerdos incluso muy detallados que procuren tener un efecto únicamente político, la intención de que un acuerdo sea vinculante o no vinculante de pleno derecho *debe expresarse claramente; de lo contrario, es tema de determinación objetiva* [sin cursivas en el original]).

<sup>133</sup> Véase, por ejemplo, Respuesta de Jamaica, *supra*, nota 71 (“El lenguaje utilizado en un acuerdo caracteriza el tipo de acuerdo”). La República Dominicana concordó con la idea de que la existencia de una cláusula de entrada en vigor es un factor determinante de la condición de tratado. Respuesta de la República Dominicana, *supra*, nota 46.

<sup>134</sup> Véanse, por ejemplo, Respuesta de Brasil, *supra*, nota 85 (“el vocabulario contenido en un instrumento es esencial”); Respuesta de Colombia, *supra*, nota 85 (“los tratados, por tratarse de instrumentos jurídicamente vinculantes, suelen emplear un lenguaje específico, a través del cual las Partes se obligan”); Respuesta de México, *supra*, nota 109 (donde se señalan conjugaciones verbales y términos que se utilizan para diferenciar tratados de acuerdos no vinculantes); Respuesta de Perú, *supra*, nota 66 (donde se recomienda el empleo de un lenguaje desiderativo para los acuerdos no vinculantes y se especifican la estructura y las fórmulas utilizadas para

No obstante, hay casos en que estos dos enfoques pueden dar lugar a resultados divergentes; es decir, cuando las manifestaciones externas de consentimiento difieren de las plasmadas en el lenguaje del documento. En el Arbitraje sobre el Mar del Sur de China, por ejemplo, el acuerdo contenía expresiones, como “se comprometen” y “acuerdan”, que en otros contextos se consideran como indicios objetivos de un tratado<sup>135</sup>. No obstante, el Tribunal hizo caso omiso de ese lenguaje en vista del contexto en que se usó y la calificación de “documento político” dada al instrumento por las partes<sup>136</sup>, y se empeñó en dilucidar las intenciones de las partes. El enfoque objetivo de Qatar c. Bahrein o del Caso de las plantas de celulosa podría haber llevado a un resultado diferente, es decir, a considerar que el lenguaje utilizado en el acuerdo en sí es suficientemente determinativo para que no sea necesario consultar los travaux préparatoires u otras declaraciones de intenciones efectuadas por los Estados<sup>137</sup>.

Por consiguiente, para algunos Estados Miembros, la estructura y la terminología son determinativas de la condición de tratado, mientras que para otros la presencia de verbos, vocablos o cláusulas específicos no debería sustituir la búsqueda de las intenciones de las partes. Eso crea el riesgo de que distintos participantes categoricen su acuerdo de manera diferente (o que terceros tales como los tribunales internacionales lo hagan). Tales desacuerdos pueden tener consecuencias importantes en el ámbito del derecho internacional y del derecho interno. Por ejemplo, el hecho de que un acuerdo sea vinculante o no lo sea de conformidad con el derecho internacional determina si se pueden tomar contramedidas en caso de infracción.<sup>138</sup> También es posible que el derecho interno requiera que ciertos acuerdos tengan la forma de un tratado, lo cual crea dificultades cuando otros participantes no los consideran como tratados<sup>139</sup>. En cambio, algunos Estados necesitan que un acuerdo no sea vinculante porque no consiguen (o no pueden conseguir) las aprobaciones internas que se requerirían si el acuerdo fuese un tratado.

Los Estados podrían tomar varias medidas para mitigar estas dificultades. Para empezar, en esta directriz se propone que los Estados Miembros adopten deliberadamente una prueba o la otra y lo hagan de manera transparente y coherente. La aplicación uniforme de una prueba ayudará a resolver las expectativas de otros actores y posibilitará una interacción más previsible entre ellos. Si un Estado sabe que otro usa la misma prueba para identificar los acuerdos vinculantes y no vinculantes, tendrá mayor certeza de que sus expectativas con respecto a la condición de tratado (o compromiso político o contrato) de su acuerdo se cumplirán<sup>140</sup>. Asimismo, si un Estado sabe con anticipación que otro Estado usa una prueba diferente para identificar los acuerdos vinculantes y no vinculantes, sabrá que tendrá que tomar medidas específicas o usar un texto en particular para que pueda producir el tipo de acuerdo que desea.

---

distinguir un tratado de un compromiso político); Respuesta de los Estados Unidos, *supra*, nota 72.

<sup>135</sup> *Arbitraje sobre el Mar del Sur de China*, *supra*, nota 37, párr. 216.

<sup>136</sup> *Id.*, párrs. 217 y 218. El Tribunal hizo un análisis similar de varias declaraciones bilaterales conjuntas y determinó que no eran vinculantes a pesar de que contenían términos tales como “acuerdan”. *Id.*, párrs. 231 y 242.

<sup>137</sup> Véase *Qatar c. Bahrein*, *supra*, nota 38, párr. 27 (el Tribunal no considera necesario determinar cuál podría haber sido la intención del Ministro de Relaciones Exteriores de Bahrein ni tampoco la del Ministro de Relaciones Exteriores de Qatar).

<sup>138</sup> Véase Comisión de Derecho Internacional, Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, en *Informe sobre la labor realizada en su quincuagésimo primer período de sesiones* (3 de mayo a 23 de julio de 1999), documento ONU A/56/10 55 [3], art. 22 [en lo sucesivo “Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado”].

<sup>139</sup> Véase *supra*, nota 40 (donde se aborda el desacuerdo entre Estados Unidos y sus aliados sobre el carácter vinculante de ciertos memorandos de entendimiento).

<sup>140</sup> Esa certeza posiblemente no sea total si se puede recurrir a la solución de controversias por terceros, ya que, en teoría, un tribunal podría desestimar el enfoque utilizado por ambos Estados para la identificación y aplicar en cambio un enfoque propio.

Por consiguiente, es aconsejable que los Estados, cualquiera que sea su opinión sobre el método apropiado para identificar acuerdos internacionales, tengan en cuenta la posibilidad de que otros (incluidos los tribunales internacionales) tengan un punto de vista diferente. Siempre que sea posible, los Estados y las instituciones del Estado deberían tomar medidas para reducir el riesgo de que surjan puntos de vista divergentes sobre el tipo de acuerdo alcanzado. Lo mejor es que lo hagan expresamente en el texto del acuerdo o en comunicaciones relativas a su celebración.

**3.3 Especificación del tipo de acuerdo celebrado.** *A fin de evitar puntos de vista incompatibles sobre la índole vinculante de un acuerdo o sobre el derecho que lo rige, los participantes deben hacer todo lo posible para especificar expresamente el tipo de acuerdo alcanzado, sea en el texto del acuerdo o en comunicaciones relativas a su celebración. En lo que se refiere al texto, los Estados podrían usar los ejemplos de disposiciones que se presentan en el cuadro 1 para especificar la condición de un acuerdo. Sin embargo, en vista de la diversidad de acuerdos internacionales, los Estados también podrían adaptar otras fórmulas corrientes.*

Cuadro 1. Especificación del tipo de acuerdo celebrado	
Tipo de acuerdo	Ejemplo de texto
<b>Tratado</b>	<i>En virtud de este acuerdo, se entablarán relaciones entre las partes que se regirán por el derecho internacional. Este acuerdo se propone dar lugar a derechos y obligaciones de conformidad con sus condiciones.</i>
<b>Compromiso político</b>	<i>Este [título] no es vinculante de conformidad con el derecho internacional y no crea derechos u obligaciones jurídicamente vinculantes para sus participantes.</i>
	<i>Este [título] es un compromiso político cuyas disposiciones no lo habilitan para el registro de conformidad con el artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas.</i>
<b>Contrato</b>	<i>Este acuerdo se regirá por el derecho de [indicar el Estado y/o una fuente de derecho no estatal].</i>

**Comentario:** Una manera de mitigar el riesgo de disputas con respecto al tipo de acuerdo celebrado puede ser controlada por los participantes, quienes pueden especificar una interpretación que compartan con respecto a la naturaleza jurídica del acuerdo. En el curso de las negociaciones los Estados pueden –y probablemente deberían– especificar la existencia de alguna duda entre los participantes sobre el tipo de acuerdo que se proponen celebrar. La constancia de que las propias partes entendieron que estaban celebrando un tratado, por ejemplo, puede reducir el riesgo de que la naturaleza jurídica del documento acordado pueda ser objeto de una disputa ulterior.

Los Estados y las instituciones estatales pueden, además, utilizar en el acuerdo mismo un texto que especifique su naturaleza jurídica. Hasta la fecha ello rara vez se ha hecho, pero la *directriz* 3.2 ofrece una fórmula modelo que podría usarse en casos futuros. Se trata de una variante de una definición anterior del término “tratado”, enunciada por Gerald Fitzmaurice, quien intentó fusionar enfoques intencionales y objetivos<sup>141</sup>. En consecuencia, podría ser utilizada tanto por partidarios del criterio basado en la intención como por quienes se adhieran a criterios objetivos. He incluido un futuro del modo imperativo para proporcionar una prueba objetiva adicional de la naturaleza coercitiva del acuerdo, así como una frase condicionante (“de conformidad con sus condiciones”) para que el texto sea el punto de referencia para interpretar sobre qué derechos y obligaciones versa el tratado.

<sup>141</sup> Véase la nota 121 *supra*.

Es más común que los Estados y las instituciones estatales utilicen un texto que especifique su opinión compartida de que un acuerdo no sea jurídicamente vinculante. En algunos casos el propio título puede constituir una especificación suficiente, como en el adecuadamente titulado *Declaración autorizada, sin fuerza jurídica obligatoria, de principios para un consenso mundial respecto de la ordenación, la conservación y el desarrollo sostenible de bosques de todo tipo*<sup>142</sup>. Otra alternativa consiste en hacer que la especificación conste en una cláusula que rechace el rótulo de “tratado”. En 2010, por ejemplo, la República de Moldova y el estado de Carolina del Norte, de los Estados Unidos, suscribieron un “Memorando de principios y procedimientos” sobre sus relaciones recíprocas, en cuyo párrafo A se aclaró que “el presente Memorando no genera ninguna obligación que constituya un acuerdo jurídicamente vinculante conforme al derecho internacional”<sup>143</sup>. En otros casos los participantes especifican el carácter político de los compromisos que asumen describiendo el documento que celebran como “políticamente vinculante” o como un “compromiso político”<sup>144</sup>. En un ejemplo muy famoso, el de los Acuerdos de Helsinki, se especificó la naturaleza del acuerdo como un compromiso político, “que no cabe registrar” en virtud del artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas<sup>145</sup>. Los Estados de la región podrían adoptar esas prácticas cuando interpreten sus acuerdos como no vinculantes. Por lo tanto, esta directriz proporciona dos ejemplos de cláusulas que pueden usarse para señalar claramente que un acuerdo no es vinculante: la primera negativamente y la segunda afirmativamente. En ninguno de los dos modelos de cláusulas se especifica el título del instrumento, reconociéndose así el hecho de que estas cláusulas pueden utilizarse para documentos titulados, por ejemplo, “Memorando de Entendimiento”, “Declaración” o “Código de Conducta”.

Finalmente, esta directriz ofrece una cláusula de elección de ley para especificar que un acuerdo coercitivo constituye un contrato, e incluye la posibilidad de tomar como referencia la legislación nacional de determinado Estado o fuentes de derecho no estatales, tales como los principios del UNIDROIT o la *lex mercatoria* (sea cual fuere su definición).

Mediante indicaciones expresas, compartidas y transparentes sobre la manera en que los participantes interpretan el tipo de acuerdo que estén celebrando mucho puede hacerse para mitigar la confusión y los conflictos que han ocupado recientemente la práctica estatal. De todos modos es importante reconocer que los redactores de un acuerdo no siempre pueden tener un control completo del acuerdo que celebran. Si, por ejemplo, los participantes carecen de capacidad de elaboración de tratados, no pueden crear un tratado aunque utilicen la cláusula incluida aquí como ejemplo o sostengan de otro modo que su acuerdo puede calificarse como tal. Además, sean cuales fueren las especificaciones que se empleen, el derecho internacional puede denegar la calificación de tratado a un acuerdo al que se llegue por coacción o violatorio del *jus cogens*<sup>146</sup>. Análogamente, aun cuando Estados o instituciones estatales adopten un rótulo contractual para su acuerdo, el derecho que rija ese contrato dirá la última palabra acerca de si tienen la potestad de hacerlo. Finalmente, aunque algunos temas jamás den lugar a litigios,

---

<sup>142</sup> 31 ILM 882 (1992) (sin cursivas en el original).

<sup>143</sup> Memorandum of Principles and Procedures between the Republic of Moldova and the State of North Carolina (USA) concerning their Desire to Strengthen their Good Relations (2010), reproducido parcialmente en *The Oxford Guide to Treaties* 656 (D. Hollis, ed., 2012).

<sup>144</sup> Véase, por ejemplo, *Founding Act on Mutual Relations, Cooperation and Security (NATO-Russia)* 36 ILM 1006, párr. 1 (1996) (en que se describe la declaración como un compromiso político duradero asumido al más alto nivel político); Documento de la Conferencia de Estocolmo sobre Medidas destinadas a Fomentar la Confianza y la Seguridad y sobre Desarme en Europa, 26 ILM 190, ¶101 (1986) (“Las medidas adoptadas en el presente documento son políticamente vinculantes...”) (en español la fuente de la cita puede ser consultada en el siguiente enlace <https://www.osce.org/es/fsc/41243?download=true>).

<sup>145</sup> Acta final de la Conferencia sobre Seguridad y Cooperación en Europa, 14 ILM 1293 (1975) (en español la fuente de la cita puede ser consultada en el siguiente enlace: <https://www.osce.org/es/mc/39506?download=true>).

<sup>146</sup> Véase, por ejemplo, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 52 (coerción) y art. 53 (*jus cogens*).

subsisten preguntas acerca de si ciertos temas requieren, de todos modos, enunciarse en forma de tratados<sup>147</sup>.

### **3.4 Elementos indicativos del carácter vinculante o no vinculante de un acuerdo.**

*En los casos en que los participantes en el acuerdo no especifiquen su condición o no lleguen a otro tipo de avenencia al respecto, los Estados deberían usar ciertos elementos como los siguientes (o recurrir a ellos) para indicar la existencia de un tratado o de un compromiso político no vinculante:*

- a) el lenguaje utilizado en la práctica;*
- b) la inclusión de ciertas cláusulas finales;*
- c) las circunstancias en torno a la celebración del acuerdo; y,*
- d) los actos subsiguientes de los participantes en el acuerdo.*

*En el cuadro 2 se presentan la terminología y las cláusulas que los Estados deberían relacionar con mayor frecuencia con tratados y las que suelen usarse en compromisos políticos.*

---

<sup>147</sup> Roberto Ago, por ejemplo, sostuvo la célebre teoría de que los compromisos sobre ciertos temas (por ejemplo, límites territoriales) deben constituir tratados, sean cuales fueren las intenciones de las partes. ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 1962, vol. I, 52, párr. 19.

<b>Cuadro 2. Identificación de acuerdos vinculantes y no vinculantes</b>		
<b>Características del acuerdo</b>	<b>Elemento indicativo de un tratado</b>	<b>Elemento indicativo de un compromiso político</b>
<b>Títulos</b>	Tratado Convenio Acuerdo Pacto Protocolo	Entendimiento Declaración de intención Arreglo Declaración
<b>Autores</b>	partes	participantes
<b>Terminología</b>	artículos obligaciones compromisos derechos	compromisos expectativas principios parágrafos puntos de entendimiento
<b>Lenguaje que denota un compromiso (verbos)</b>	deberán acuerdan deben se comprometen a Hecho en [lugar] el [fecha]	deberían buscar impulsar tener la intención de esperar llevar a cabo tomar entender aceptar
<b>Lenguaje que denota un compromiso (adjetivos)</b>	vinculante auténtico fidedigno	político voluntario vigente de igual validez
<b>Cláusulas</b>	Consentimiento en obligarse Entrada en vigor Depositario Modificación Rescisión Solución obligatoria de controversias	Entrada en vigor (o inicio de aplicación) Diferencias Modificaciones

**Comentario:** Diferenciar entre tratados, compromisos políticos y contratos implica un examen integral del lenguaje utilizado, de la presencia o ausencia de determinadas cláusulas, de las circunstancias que rodean a la celebración del acuerdo y de la práctica ulterior de los participantes. Sea cual fuere el método utilizado, toda esa prueba reviste importancia para la identificación de los tratados.

*Lenguaje.* En la práctica, los Estados y los investigadores han encontrado ciertas fórmulas para identificar un acuerdo como tratado. En el idioma inglés, por ejemplo, el uso del verbo “shall” sugiere fuertemente la conclusión de que el compromiso es vinculante. Varios Estados Miembros han confirmado ese uso junto con verbos tales como “must” (“deber”) y

“agree” (“acordar”), y términos tales como “parte” para describir a los participantes en el acuerdo<sup>148</sup>.

Al mismo tiempo, la práctica de los Estados ha creado un conjunto de marcadores lingüísticos que guardan relación con acuerdos no vinculantes. En contraposición con el texto de compromisos como los denotados por el uso de “shall”, los compromisos políticos suelen contener el término “should”, que es más rogatorio<sup>149</sup>. Suelen utilizarse otras palabras y cláusulas para poner de manifiesto una intención menos imperativa. Por ejemplo, en lugar de “partes” del tratado, los compromisos políticos suelen referirse a “participantes”; en lugar de “artículos”, es más probable que un compromiso político haga referencia a párrafos; en lugar de describir “obligaciones”, que son “coercitivas”, los textos de los compromisos políticos pueden referirse a “principios” que sean “voluntarios”. La Directriz 3.4 ofrece, por consiguiente, en el cuadro 2, una lista no exhaustiva del tipo de lenguaje que suele usarse en tratados y compromisos políticos.

Es importante subrayar, sin embargo, que no existen “palabras mágicas” que garanticen a un acuerdo la calidad de tratado o de compromiso político. Para comenzar, existe una divisoria entre los métodos intencionales y objetivos analizados en la Directriz 3.3, expuesta más arriba. Quienes están en favor de la prueba intencional hacen hincapié en un enfoque integral, en que deben considerarse todas las manifestaciones de la intención de las partes, en lugar de permitir que un único vocablo o frase dicte el resultado. Pero incluso quienes se afilian a un análisis objetivo deberían mostrarse reacios a tratar a un único verbo o sustantivo como determinante del resultado. Redactores avezados pueden convertir un texto que de lo contrario sería imperativo en una expresión rogatoria. Reviste importancia, por ejemplo, el que un verbo tal como “convengo” figure solo, o sea precedido por un texto tal como “me propongo” o “espero” (acordar). Por lo tanto, el lenguaje usado es un indicador importante del estado del acuerdo, pero los responsables de tomar decisiones deben ser cuidadosos para no basarse en un solo elemento probatorio para llegar a su conclusión.

*Cláusulas.* Ciertas cláusulas suelen ser estándar en textos de tratados, por lo cual su presencia puede ser indicativa de que un acuerdo reúne las condiciones que hacen de él un tratado. Los tratados suelen contener complicadas disposiciones sobre consentimiento que lo hagan obligatorio a través de opciones tales como firma definitiva, firma simple seguida por ratificación, adhesión, aceptación o aprobación. Cuando los tratados se celebran en forma de intercambio de notas, la práctica de los Estados ha diseñado una fórmula común que utilizan ambas partes en señal de que su consentimiento es legalmente obligatorio. Un ejemplo paradigmático se encuentra en el Intercambio de Notas entre el Reino Unido y Uruguay. El Reino Unido concluyó su propuesta manifestando:

Si el Gobierno de Uruguay acepta esta propuesta, tengo el honor de proponer que esta nota y su respuesta afirmativa constituyan un acuerdo entre nuestros dos Gobiernos.

Y la nota de Uruguay señalaba:

En relación con lo que antecede deseo informar a Su Excelencia el consentimiento del Gobierno de la República Oriental del Uruguay a las disposiciones tal como han

---

<sup>148</sup> Hollis, *Segundo informe, supra*, nota 10, párr.t 18. Fuera de la región, varios Estados cuentan con glosarios en los que se muestra, en forma de cuadro, la terminología típica de los tratados en oposición a los compromisos políticos. Véase, por ejemplo, Guía de tratados de Suiza, *supra*, nota 123, en Annex B; Alemania, Richtlinien für die Behandlung völkerrechtlicher Verträge (RvV) (1 de julio de 2019) (en alemán, pero el anexo H incluye ejemplos en inglés de las cláusulas y de la terminología que diferencia a los tratados de los compromisos políticos), en [http://www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de/bsvwvbund\\_05032014\\_50150555.htm](http://www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de/bsvwvbund_05032014_50150555.htm).

<sup>149</sup> Cabe la posibilidad de que un tratado contenga una cláusula con términos rogatorios, lo cual limita los derechos u obligaciones jurídicos que impone a las partes. No obstante, suponiendo que, no obstante, se haya tenido la intención de que el acuerdo constituyera un tratado (o existan señales suficientes de que lo fuera), seguirá siendo un tratado.

sido establecidas, por lo cual la presente nota y la nota de Su Excelencia constituirán un acuerdo entre nuestros dos Gobiernos, que entrará en vigor en el día de hoy<sup>150</sup>.

Otras cláusulas “finales” se usan regularmente en tratados, y esta directriz ofrece una lista ilustrativa de aquellas cuya existencia puede ser indicativa de un tratado. Los tratados suelen preceder a las firmas de las partes con una redacción estándar (a saber: “Dado en [lugar], el [fecha]...”). El uso de una cláusula de “entrada en vigor” es otro signo notorio de un tratado. En el caso *Somalia c. Kenya* la CIJ concluyó que “la inclusión de una disposición referente a la entrada en vigor del memorando de entendimiento es indicativa del carácter vinculante del instrumento”<sup>151</sup>. Además, en los Tratados se incluyen regularmente requisitos de notificación de rescisión o retiro (requiriendo, por ejemplo, una notificación previa con seis o doce meses de anticipación).

En contraste, los compromisos políticos pueden no firmarse (su texto puede, simplemente, entregarse a la prensa o publicarse de otro modo), y cuando se firman, en ellos generalmente se omite la referencia más formal a la firma utilizada en referencias a tratados. En lugar de cláusulas sobre enmiendas o rescisión, a veces se usa el término “modificaciones”.

No todos los Estados utilizan idénticos marcadores lingüísticos, títulos o cláusulas para diferenciar un tratado de un compromiso político. En consecuencia, ninguna cláusula individual debería garantizar la naturaleza de tratado de un acuerdo (ni la naturaleza de un compromiso político). En la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, por ejemplo, se reconoce el hecho de que los tratados pueden carecer de una cláusula de retiro o rescisión, previéndose normas sobre incumplimiento en esos casos<sup>152</sup>. Por ese motivo es más acertado considerar todas esas cláusulas como indicativas, en lugar de determinativas. Una prueba en contrario, contenida en el acuerdo o fuera de él, puede revelar la existencia de un compromiso político, en lugar de un tratado (o viceversa). Por ejemplo, la Conferencia sobre la Seguridad y Cooperación en Europa (actualmente la OSCE) elaboró en 1986 un “Documento sobre Medidas de Creación de Confianza y Seguridad en Europa”, en que se dispuso que el mismo “entra[ría] en vigor el 1 de enero de 1987”, lo que constituye la cláusula de entrada en vigor generalmente asociada con un tratado. No obstante, en la misma oración se aclaró también que las “medidas adoptadas en [ese] documento [eran] políticamente vinculantes”<sup>153</sup>.

*Circunstancias circundantes.* La labor encaminada a identificar y diferenciar los acuerdos vinculantes de los no vinculantes no se limita a la consideración de su texto. Tanto en las pruebas intencionales como en las objetivas se examinan similares elementos de juicio externos a saber, las circunstancias que rodean el caso y la conducta ulterior de los participantes para identificar acuerdos como tratados o como compromisos políticos. Como se señaló, la búsqueda de la intención es global, por lo cual abarca tanto los *travaux préparatoires* que preceden al acuerdo, como la conducta ulterior de cualquiera de los participantes que revista importancia para identificar la naturaleza del acuerdo. En el caso *Bay of Bengal*, por ejemplo, el TIDM hizo hincapié en que “las circunstancias” en que se habían adoptado las Actas Acordadas “no indica[ban] que a través de ellas se hubiera tenido el propósito de crear obligaciones jurídicas” en que uno de los participantes, Myanmar, hubiera dejado en claro tempranamente su intención de acordar exclusivamente un acuerdo general; no un acuerdo separado como el que, según se alega, aparece en las Actas Acordadas.<sup>154</sup>

---

<sup>150</sup> Aust, *supra*, nota 11, pág. 425, 427; véase también Hollis, *The Oxford Guide to Treaties*, *supra*, nota, págs. 678-79; Hans Blix y Jirinia H. Emerson, *The Treaty-Maker's Handbook* 80 (1973).

<sup>151</sup> *Somalia c. Kenya*, *supra*, nota 9, párr. 42.

<sup>152</sup> Véase Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 56.

<sup>153</sup> Documento de la Conferencia de Estocolmo sobre Medidas destinadas a Fomentar la Confianza y la Seguridad y sobre Desarme en Europa (1986), 26 ILM 190, ¶101 (1987) (en español la fuente de la cita puede ser consultada en el siguiente enlace <https://www.osce.org/es/fsc/41243?download=true>).

<sup>154</sup> *Delimitación de la frontera marítima entre Bangladesh y Myanmar en la Bahía de Bengala*, *supra*, nota 118, párr. 93; caso *Acuerdo sobre el caso de la Plataforma Continental del Mar*

Al mismo tiempo, aunque en el análisis objetivo se da prioridad al texto, no se excluye el análisis de pruebas externas, en especial cuando el texto mismo sea ambiguo o contradictorio. En *Qatar c. Bahrein*, por ejemplo, el análisis más objetivo realizado por la CIJ estuvo condicionado expresamente a la consideración de las circunstancias que rodean la celebración de un acuerdo<sup>155</sup>.

*Conducta subsiguiente.* Tanto en los métodos intencionales como en los métodos objetivos puede invocarse, además de las circunstancias circundantes, la conducta ulterior de las partes. Por ejemplo, en la búsqueda de las intenciones de las partes el Tribunal que actuó en el caso sobre el *Mar del Sur de China* concluyó que un acuerdo no estaba destinado a constituir un tratado, dada la repetida utilización, por China, del término “documento político” para describirlo, una vez celebrado<sup>156</sup>. El hecho de que no se someta un acuerdo a los procedimientos requeridos por el derecho interno para la celebración de tratados puede poner de manifiesto también las intenciones de las partes de celebrar un compromiso político<sup>157</sup>. Sin embargo, un proceder de ese género puede también examinarse con un criterio más objetivo. Así, la CIJ ha considerado el proceder subsiguiente de las partes —por ejemplo, la introducción de correctivos técnicos en un acuerdo— como indicativo de un compromiso vinculante<sup>158</sup>.

¿Qué pensar de la hipótesis en que un participante haya registrado un acuerdo en las Naciones Unidas conforme a lo previsto en el artículo 102 de la Carta de dicha organización? Como ya se señaló, el registro no es preceptivo en el caso de los tratados. En *Qatar c. Bahrein*, la CIJ hizo hincapié en el argumento de que la omisión de registrar las Actas Acordadas no podía privar a un acuerdo jurídicamente vinculante de su calidad de tal<sup>159</sup>. Por otra parte, en el caso *Delimitación marítima en el Océano Índico* la CIJ subrayó que Kenya había tenido la intención de que el memorando de entendimiento en cuestión fuera un tratado, habiendo solicitado su registro en las Naciones Unidas, y que Somalia no se opuso a esa solicitud durante casi cinco años<sup>160</sup>. En otras palabras, el registro (o la falta de registro), aunque no sea un elemento determinante, puede, de todos modos, indicar en alguna medida el carácter vinculante o no vinculante de un tratado.

**3.5 Elemento indicativo de un tratado:** *En los casos en que los participantes en el acuerdo no especifiquen su condición o no lleguen a otro tipo de avenencia al respecto, los Estados deberían usar una cláusula sobre el derecho aplicable (o recurrir a ella) para*

---

*Egeo, supra*, nota 114, párr. 107 Análogamente, en el Arbitraje sobre el Mar del Sur de China el Tribunal hizo hincapié en la manera en que China, en los considerandos de su conclusión, catalogó repetidamente el acuerdo en cuestión como un "documento político". *Arbitraje sobre el Mar del Sur de China, supra*, nota 37, párr. 216.

<sup>155</sup> *Qatar c. Bahrein, supra*, nota 38, párr. 23 (Para determinar si se ha celebrado un acuerdo de ese género "la Corte debe examinar, por encima de todo, sus términos reales y las circunstancias específicas en que haya sido adoptado").

<sup>156</sup> *Arbitraje sobre el Mar del Sur de China, supra*, nota 37, párr. 218.

<sup>157</sup> *Delimitación de la frontera marítima en la Bahía de Bengala, supra*, nota 118, párr. 97 ("[e]l hecho de que las Partes no hayan sometido las Actas Acordadas de 1974 al procedimiento requerido por sus respectivas constituciones para los acuerdos internacionales vinculantes es un indicio adicional de que no se tuvo la intención de que las Actas Acordadas fueran jurídicamente vinculantes"). Por otra parte, la CIJ ha señalado que la omisión de seguir procedimientos nacionales para la elaboración de tratados no priva de esa calidad a un acuerdo que por lo demás parece ser un tratado. *Somalia v. Kenya, supra*, nota 9, págs. 23-24, párrs. 48-50.

<sup>158</sup> *Fronteras terrestres y marítimas (el Camerún c. Nigeria), supra*, nota 77, párr. 253 [en que se concluye que la Declaración de Maroua era jurídicamente vinculante tal como había sido publicada (sin que ninguna condición indicara la necesidad de una ratificación ulterior); posteriormente, se intercambiaron cartas en que se efectuaron correcciones técnicas a su contenido, y la línea divisoria que contenía fue notificada a la Secretaría pertinente de las Naciones Unidas].

<sup>159</sup> *Qatar c. Bahrein, supra*, nota 38, párrs. 28-29.

<sup>160</sup> *Somalia c. Kenya, supra*, nota 9, párr. 19.

*confirmar la existencia de un contrato. Los Estados deberían suponer que un texto claramente vinculante entre Estados que guarda silencio con respecto a su condición es un tratado, en vez de un contrato.*

**Comentario:** Al diferenciar entre acuerdos, la posibilidad de que se esté ante un contrato solo surge cuando se responde afirmativamente a dos preguntas. Primera, ¿existe un acuerdo? Segunda, ¿el acuerdo es vinculante? Cuando existe un acuerdo vinculante surge la pregunta de si él representa un tratado o un contrato. La capacidad de los participantes puede ayudar en esa indagatoria, pues ciertos participantes pueden no estar autorizados a celebrar tratados. Véase la *directriz 2.1-2.2* y el *Comentario* que la acompaña, en cuanto a la manera de determinar qué entidades pueden poseer capacidad legal para celebrar tratados.

Por otra parte, al igual que en la cuestión de la identificación de tratados y compromisos políticos, el lenguaje utilizado en el acuerdo puede ser indicativo de la naturaleza contractual de esos instrumentos. Los contratos, por ejemplo, pueden ser titulados como tales, o bien, como ya se señaló, en ellos puede especificarse un derecho rector distinto del derecho internacional (con lo cual se excluye la opción del tratado)<sup>161</sup>. No obstante, se debe tener cuidado de no concluir que todo acuerdo en que se haga referencia a las leyes o al sistema jurídico de un Estado sea un contrato. Los Estados pueden, por ejemplo, condicionar las obligaciones que les imponga un tratado de modo que se limiten a lo que el derecho interno autorice (o para privar de obligatoriedad a un comportamiento violatorio de ese derecho). En tales casos, la referencia al derecho interno contribuye a limitar el alcance de la obligación regida por el derecho internacional, en lugar de ayudar a redefinir qué sistema de derecho rige el acuerdo.

¿Qué sucede cuando un texto es claramente vinculante pero en él no se expresa si constituye un tratado o un contrato? Cuando los participantes son sujetos de derecho internacional, en la mayoría de los casos se presume que los acuerdos vinculantes constituyen tratados.<sup>162</sup> Por lo tanto, los Estados deberían suponer que los acuerdos vinculantes entre Estados constituyen tratados a falta de pruebas indicadoras de un contrato (por ejemplo, una cláusula sobre derecho aplicable). No obstante, cuando el participante es una institución del Estado esa presunción puede no existir, y se requiere un cuidadoso análisis, no solo sobre el texto acordado, sino también sobre el contexto circundante y sobre la conducta subsiguiente de las partes. Existen, además, algunas sugerencias académicas de que no es forzoso que ambas categorías de acuerdos vinculantes se excluyan mutuamente, es decir que algunos acuerdos pueden tener una forma "híbrida", en que ciertos términos se rigen por el derecho internacional y otros por el derecho nacional<sup>163</sup>. No obstante, la práctica de los Estados por ahora no basta para respaldar la afirmación de que se esté ante una nueva modalidad de acuerdos.

**3.6 Indicios ambiguos o incongruentes de la condición de un acuerdo:** *En los casos en que los elementos indicativos de la condición de un acuerdo sean ambiguos o incongruentes, la condición del acuerdo debería determinarse sobre la base de un análisis*

---

<sup>161</sup> Véase, por ejemplo, *supra*, nota 111 (cláusula sobre el derecho rector del Acuerdo NASA-AEB, que dispone: "La legislación federal de los Estados Unidos regirá el presente acuerdo a todos los fines, incluso, pero sin carácter limitativo, para determinar la validez del presente Acuerdo...").

<sup>162</sup> El profesor Jan Klabbbers dedicó todo un libro a establecer esta presunción. Véase Klabbbers, *supra*, nota 3. Otras fuentes que favorecen esa tesis constan en Anthony Aust, *The Theory & Practice of Informal International Instruments*, 35 Int'l & Comp. L. Q 787, 798 (1986); Widdows, *supra*, nota 3, pág. 142; Hersch Lauterpacht, *Second Report on the Law of Treaties*, ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 1954, vol. II, 125. Esas opiniones han suplantado anteriores puntos de vista según los cuales la presunción debe ser la contraria (que no se está ante la elaboración de un contrato a falta de una intención manifiesta de hacerlo). Véase Schachter, *supra*, nota 49, 297; JES Fawcett, *The Legal Character of International Agreements*, 30 BRIT. YBK INT'L L. 381, 400 (1953).

<sup>163</sup> Véase Paul Reuter, *Third report on the question of treaties concluded between States and international organizations or between two or more international organizations*, ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 1974, vol. II(1), 139.

*integral que procure conciliar las pruebas objetivas y las intenciones comunes de los participantes. Los Estados deberían tratar de dar a conocer los resultados de su análisis integral a las otras partes del acuerdo. En algunos casos, los Estados podrían considerar opciones más formales para la solución de controversias a fin de aclarar o resolver el carácter vinculante o no vinculante de sus acuerdos.*

**Comentario:** En algunos casos la prueba referente al tipo de acuerdo celebrado puede ser ambigua. Considérese, por ejemplo, el título “Memorando de entendimiento”. Para ciertos Estados esa denominación indica un compromiso político, en lugar de un tratado, pero otros Estados no han considerado que ella excluya la condición de tratado. Similar ambigüedad rodea a la forma verbal “will” en inglés. En algunos Estados —en especial los vinculados con el Commonwealth británico— el término “will” se considera facultativo, en lugar de preceptivo, por lo cual lo usan regularmente en y relación con textos de acuerdos no vinculantes. Para otros Estados, en cambio, “will” es sinónimo de “shall” y puede interpretarse como expresión de un compromiso obligatorio. Por lo tanto los Estados y las instituciones estatales deberían asumir una actitud prudente en sus supuestos de que ese término indique la existencia de un acuerdo.

Algunos acuerdos contienen una combinación de disposiciones vinculantes y manifiestamente no vinculantes. En esos casos el acuerdo debería ser tratado como vinculante porque, por definición, ninguna parte de un compromiso político puede considerarse vinculante<sup>164</sup>. La práctica de los Estados parece excluir esa posibilidad. Considérese, por ejemplo, el Acuerdo de París sobre el cambio climático, tratado en que, famosamente, se usa el verbo “should” para definir la obligación central de las partes en materia de objetivos de reducción de emisiones, y al mismo tiempo usar “shall” en otras disposiciones sobre reuniones e informes futuros<sup>165</sup>. En otras palabras, los tratados pueden contener disposiciones a las cuales las partes no tengan la intención de darles carácter coercitivo junto a las que sí tengan ese carácter. Como es natural, esa posibilidad dificulta cualquier aplicación de la prueba de la intención, pues requiere evaluar, disposición por disposición, las intenciones de las partes.

En otros casos, la prueba puede no ser ambigua, sino contradictoria. En la medida de lo posible los Estados deben evitar caer en contradicciones. Empero, si se presentasen tales casos, los participantes (o un tercero) tendrán que sopesar cuidadosamente toda la evidencia, encuéntrese ésta en el texto, en las circunstancias del caso o en el comportamiento subsiguiente. En esos casos, convendría, si es posible, determinar si los resultados de un enfoque intencional y objetivo llevan a la misma conclusión. De no ser así, los participantes pueden promover mecanismos de solución de controversias, incluidos los tendientes (a) a dejar en claro la naturaleza del acuerdo, o llegar por otra vía a un entendimiento al respecto, (b) a rescindir el acuerdo, o (c) a sustituirlo por un acuerdo delineado más claramente.

#### **4. Procedimientos para la celebración de acuerdos vinculantes y no vinculantes**

**4.1 Diferentes procedimientos internos para los tratados.** *Todo Estado debería tener plena libertad para establecer y mantener un procedimiento interno o varios para autorizar la negociación y celebración de tratados por el Estado o sus instituciones. Estos procedimientos podrían basarse en la constitución del Estado, sus leyes o su práctica. Distintos Estados podrían seguir procedimientos internos diferentes para el mismo tratado.*

**Comentario:** Los Estados cuentan, para la elaboración de tratados, con procedimientos internos amplios —y a menudo diferentes— derivados de las tradiciones jurídicas, históricas, políticas y culturales propias de cada uno de ellos. Pese a sus diferencias, esos procedimientos sirven funciones similares. En primer lugar, y como cuestión primordial, pueden confirmar el

---

<sup>164</sup> Véase por ejemplo, Guía de tratados de Suiza, *supra* nota 123, en 6 (un texto no vinculante debe ser redactado de tal manera que ninguno de sus términos exprese un compromiso jurídico).

<sup>165</sup> Compárese la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, Aprobación del Acuerdo de París, FCCC/CP/2015/L.9, 12 de diciembre de 2015, art. 4.4, junto con los arts. 4.9 y 4.12. La condición de tratado que se tuvo la intención de dar a dicho acuerdo es también evidenciada por la presencia de cláusulas sobre consentimiento, entrada en vigor y denuncia/rescisión.

hecho de que el acuerdo propuesto constituirá, para el Estado, un tratado (en la acepción de derecho internacional de ese término, empleado en la definición contenida en la *Directriz 1.2*, supra). En segundo lugar, verifican que el tratado sea compatible con el orden jurídico interno del Estado, garantizando, por ejemplo, que sus términos no infrinjan ninguna prohibición ni ninguna prescripción constitucional o legal. Tercero, aseguran una adecuada coordinación con respecto al contenido o a la aplicación del tratado, tanto dentro del Poder Ejecutivo como de los demás poderes de gobierno del Estado<sup>166</sup>.

Los procedimientos internos que utilizan los Estados para autorizar la elaboración de tratados emanan de diversas fuentes. Algunos son preceptuados por la Constitución de un Estado<sup>167</sup>. Otros pueden ser el producto de una ley nacional<sup>168</sup>. En algunos casos los procedimientos carecen de base legal formal, pero dependen de una práctica o una política nacional. En Canadá, por ejemplo, aunque el Primer Ministro tiene la potestad de celebrar unilateralmente un tratado sobre cualquier tema, existe la práctica de no consentir tratados que requieran la aplicación de disposiciones legales hasta que esas normas sean promulgadas, ya sea a nivel federal o provincial<sup>169</sup>. En consecuencia, es posible que los Estados tengan diferentes niveles de compromiso jurídico con su función de elaboración de tratados: el procedimiento de algunos Estados será inderogable; otros Estados pueden poseer mayor flexibilidad, que les permita dar cabida a variantes si las circunstancias lo justifican.

En cuanto al contenido de esas condiciones referentes a los procedimientos nacionales de elaboración de tratados, existe cierta uniformidad con respecto a la radicación de la potestad de negociar un tratado. La mayoría de los procedimientos de elaboración de tratados asignan la potestad de negociar y celebrar tratados a un jerarca del Poder Ejecutivo del Estado (por ejemplo el Monarca); al Jefe de Gobierno (por ejemplo el Primer Ministro), o a ambos (por ejemplo el Presidente). Con frecuencia la potestad es objeto de una delegación adicional, del Jefe de Estado al Jefe de Gobierno y del Jefe de Gobierno al Ministro de Relaciones Exteriores. También existe uniformidad en cuanto al compromiso de los Estados de encomendar al Poder Legislativo la potestad de autorizar el consentimiento del Estado a, por lo menos, algunos tratados.

---

<sup>166</sup> Véase, por ejemplo, Respuesta de Colombia, *supra*, nota 85 ("dependiendo de la materia del instrumento jurídico a negociar intervienen los ministerios o entidades del poder público que tengan los conocimientos técnicos sobre lo que se está acordando en el cuerpo del mismo" toman parte en su autorización).

<sup>167</sup> Véase, por ejemplo, Respuesta de Argentina, *supra*, nota 72 (en que se cita el artículo 99(11) de la Constitución, referente a la potestad del Presidente de celebrar tratados y el artículo 75(22) referente a la potestad del cuerpo legislativo de "aprobar o desechar tratados celebrados con las demás naciones y organizaciones internacionales..."); Respuesta de Colombia, *supra*, nota 85 ("los tratados requieren adopción por el Congreso de la República y la declaratoria de exequibilidad de la Corte Constitucional, en cumplimiento de las disposiciones de los artículos 156 y 241 de la Constitución Política, respectivamente."); Respuesta de la República Dominicana, *supra*, nota 46 (en que se cita el art. 184 de la Constitución, que encomienda a la Corte Constitucional el examen de todos los tratados, y el art. 93 en cuanto encomienda al Congreso Nacional la aprobación de todos los tratados); Respuesta de Ecuador, *supra*, nota 46 (en que se citan los artículos 416 a 422 y 438 de la Constitución, que regulan la elaboración de tratados); Respuesta de México, *supra*, nota 109 (en que se cita el art. 133 de la Constitución Mexicana en relación con tratados celebrados por el Presidente con aprobación del Senado); Respuesta de los Estados Unidos, *supra*, nota 72 (en que se cita la cl. 2 del inciso 2 del art. II de la Constitución de ese país).

<sup>168</sup> Respuesta de Brasil, *supra*, nota 85 (delegación al Ministerio de Relaciones Exteriores, a través del artículo 62.III de la Ley Federal N.º. 13.502/2017, de la potestad de elaboración de tratados).

<sup>169</sup> Véase Respuesta de Canadá, *supra*, nota 40, en 6: Maurice Copithorne, *National Treaty Law & Practice: Canada*, en NATIONAL TREATY LAW & PRACTICE 95-96 (D.B. Hollis et al, eds., 2005).

Existe, no obstante, amplia diversidad en cuanto a la amplitud y profundidad de la función legislativa requerida<sup>170</sup>. En algunos Estados, como la República Dominicana, todos los tratados requieren aprobación legislativa<sup>171</sup>. En otros Estados, como Ecuador, solo requieren aprobación legislativa los tratados que se refieren a ciertos temas o al desempeño de ciertas funciones<sup>172</sup>. Varios Estados tienen diferentes conjuntos de procedimientos internos para diferentes categorías de tratados. Así, aunque muchos de los tratados de Colombia deben recibir aprobación legislativa, el derecho y la práctica de ese país reconocen también "acuerdos ejecutivos" y "acuerdos de procedimiento simplificados". Los primeros están comprendidos en la esfera de competencia exclusiva del Presidente de Colombia quien tiene la potestad de dirigir las relaciones internacionales, conforme a lo previsto por el artículo 189.2 de la Constitución colombiana, mientras que los segundos se celebran al amparo de un tratado previo (que haya obtenido la aquiescencia de la legislatura nacional)<sup>173</sup>. Cualquier acuerdo ejecutivo o de procedimiento simplificado que no se ajuste a estos parámetros resultaría anticonstitucional.

En países tales como Estados Unidos el derecho y la práctica se han combinado para crear no menos de cuatro diferentes procedimientos para determinar en qué casos el Poder Ejecutivo puede consentir un tratado: (1) siguiendo la recomendación y contando con el consentimiento de dos tercios de miembros del Senado de los Estados Unidos; (2) conforme a lo previsto por una ley federal (sancionada por mayoría simple de ambas cámaras del Congreso); (3) en virtud de las potestades "exclusivas" que posee únicamente el Poder Ejecutivo, y (4) cuando lo autoriza un tratado anterior que haya recibido la recomendación y obtenido el consentimiento del Senado<sup>174</sup>. Además de la participación legislativa, varios Estados Miembros han establecido el requisito de revisión judicial, en virtud del cual la Corte Constitucional verifica la constitucionalidad de un proyecto de tratado. Es el caso de la

---

<sup>170</sup> El nivel de aprobación legislativa puede variar. En algunos Estados la aprobación de un tratado está a cargo del Poder Legislativo en pleno. En otros, ambas cámaras legislativas participan en el proceso de aprobación, pero una de ellas tiene mayores potestades que la otra. Una tercera posibilidad es que solo una de las dos cámaras legislativas dé su aprobación. Por último, algunos Estados pertenecientes al Commonwealth no confieren al Poder Legislativo papel alguno en la aprobación de un tratado, pero además desconocen toda implementación interna a falta de autorización legislativa, que se otorga a través de procedimientos parlamentarios ordinarios. Véase Hollis, *A Comparative Approach*, *supra*, nota 10, en 32-35 (en que se examina el derecho de los tratados y la práctica de diecinueve Estados representativos).

<sup>171</sup> Respuesta de la República Dominicana, *supra*, nota 46 (conforme a lo dispuesto por el art. 93 de la Constitución de 2015, el Congreso Nacional tiene la potestad de "aprobar o desaprobar los tratados y convenciones que suscriba el Poder Ejecutivo").

<sup>172</sup> Respuesta de Ecuador, *supra*, nota 46 (la Asamblea Nacional tiene el cometido de conceder la aprobación previa a la ratificación de tratados que involucren temas de delimitación territorial o de fronteras, alianzas políticas o militares, compromisos de sancionar, enmendar o derogar una ley, derechos y garantías previstos en la Constitución, las políticas económicas del Estado, acuerdos de integración y comercio, delegación de atribuciones a un organismo internacional o supranacional, un compromiso que afecte al patrimonio natural del país y, especialmente, a sus activos hídricos, diversidad biológica y genéticos).

<sup>173</sup> Respuesta de Colombia, *supra*, nota 85 (en que se señala que tratándose de acuerdos en que se desarrolle un acuerdo anterior, ese acuerdo anterior debe ser compatible con todos los requisitos constitucionales, y el acuerdo de implementación mismo debe ser congruente con los requisitos del tratado marco que le sirva de base, sin excederlos).

<sup>174</sup> Como consecuencia, a nivel nacional Estados Unidos utiliza una terminología diferente para referirse a tratados (en la acepción de derecho internacional) que se ciñen a estos diferentes procedimientos. En la legislación estadounidense, el término "tratados" se refiere solo a aquellos acuerdos sujetos a asesoramiento y consentimiento senatorial; los "acuerdos ejecutivos congresionales" son acuerdos aprobados por una ley federal, y los "acuerdos ejecutivos" son acuerdos elaborados bajo la potestad ejecutiva del Presidente. Otros Estados utilizan sus propios léxicos para diferenciar sus tratados en función de los diferentes procedimientos empleados. Véase la nota 47 y el texto que le acompaña.

República Dominicana y de Ecuador, en que todos los tratados deben ser revisados por la Corte Constitucional antes de que su tramitación pueda recorrer otros procedimientos internos<sup>175</sup>.

Los Estados pueden también imponer requisitos de notificación para tratados que pueda celebrar el Poder Ejecutivo sin participación legislativa (o judicial). Ese procedimiento permite al Poder Legislativo saber qué tratados está celebrando el Estado independientemente de sus propios procesos de aprobación. Algunos Estados, como Estados Unidos, incluso han creado procedimientos de coordinación del proceso de elaboración de tratados *dentro* del Poder Ejecutivo, incluso por organismos gubernamentales. El proceso de la “Circular 175” (C-175) implementa una disposición del derecho de los organismos del Gobierno de los Estados Unidos que restringe la potestad de suscribir o celebrar de otro modo tratados (en el sentido del derecho internacional utilizado en dichas directrices) sin previa consulta al Secretario de Estado de los Estados Unidos<sup>176</sup>. En 2013 el Ministro de Relaciones Exteriores del Perú emitió dos Directivas que “establecían lineamientos de orientación en la gestión de los tratados, comprendiendo la negociación, la suscripción, el perfeccionamiento (aprobación y/o ratificaciones internas), los procedimientos relativos a la eventual formulación de declaraciones, reservas y objeciones a reservas, y su registro”<sup>177</sup>.

La amplitud y diversidad de los procedimientos internos de elaboración de tratados aconseja abstenerse de toda labor de armonización. Por el contrario, la *directriz 4.1* adopta una práctica óptima de “libertad”, aceptando y respaldando la potestad de cada Estado de decidir por sí mismo, con autonomía, la manera de autorizar la elaboración de tratados. Los Estados pueden consignar sus procedimientos de elaboración de tratados en disposiciones constitucionales u otras normas jurídicas, o bien elaborarlos a través de procesos más informales y prácticos. Un Estado puede, además, adoptar un proceso único para todos sus tratados conforme al derecho internacional, u optar por crear diferentes procedimientos de aprobación para diferentes tipos de tratados.

Los Estados deben, asimismo, tener en cuenta que la(s) opción(es) que elijan para que determinado tratado siga cierto trámite, tal como la aprobación legislativa, puede no ser seguido(s) por sus copartícipes en el tratado. En otras palabras, los Estados no deberían suponer, simplemente porque sus propios procedimientos nacionales requieran que determinado tratado reciba aprobación legislativa (o, a la inversa, que no se requiera una aprobación de ese género), sus potenciales copartícipes en el tratado habrán de adoptar un enfoque similar.

#### **4.2 Establecimiento de procedimientos internos para los compromisos políticos.**

*Los Estados deberían establecer y mantener procedimientos para autorizar los compromisos*

---

<sup>175</sup> Véase, por ejemplo, Respuesta de la República Dominicana, *supra*, nota 46 (conforme al artículo 55 de la Ley Orgánica No. 137-11, el Presidente debe presentar tratados internacionales suscritos a la Corte Constitucional para que se pronuncie sobre su constitucionalidad); Respuesta de Ecuador, *supra*, nota 46 (en que se cita el art. 110.1 de su Ley Orgánica sobre Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional: "Los tratados internacionales que requieran aprobación legislativa tendrán un control automático de constitucionalidad antes de su ratificación, previo a iniciarse el respectivo proceso de aprobación legislativa").

<sup>176</sup> El Decreto Case-Zablocki, 1 U.S.C. §112b(c). (Sin perjuicio de cualquier otra disposición de la ley, ningún acuerdo internacional puede ser suscrito o celebrado de otro modo en nombre de los Estados Unidos sin previa consulta al Secretario de Estado.) El propio proceso de C-175 involucra la autorización, por el Secretario de Estado, de la negociación o celebración de uno o más acuerdos internacionales por el Departamento de Estado u otro organismo gubernamental de los Estados Unidos. En <https://fam.state.gov/FAM/11FAM/11FAM0720.html> se encontrará el texto del proceso C-175.

<sup>177</sup> Perú, Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú, *Lineamientos Generales Internos sobre la Suscripción, Perfeccionamiento Interno y Registro de los Tratados*, Directiva N.º001-DGT/RE-2013 (aplicable al propio Ministerio de Relaciones Exteriores); Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú, *Lineamientos Generales sobre la Suscripción, Perfeccionamiento Interno y Registro de los Tratados*, Directiva N.º002-DGT/RE-2013 (que abarca a todas las entidades públicas peruanas).

*políticos celebrados por el Estado o sus instituciones. Aunque los compromisos políticos son acuerdos no vinculantes, sería conveniente que los Estados tuvieran procedimientos que confirmaran:*

- (a) el carácter no vinculante de un compromiso;*
- b) la pertinencia del uso de una forma o modalidad no vinculante en vez de una vinculante, como ocurre en los casos en que, debido a la falta de tiempo o a la incertidumbre, es desaconsejable que el Estado quede atrapado en un acuerdo con efectos jurídicos, y*
- c) la notificación de las instituciones pertinentes del Estado, incluyendo al Ministerio de Relaciones Exteriores, y la coordinación con ellas.*

**Comentario:** Los compromisos políticos, incluidos muchos titulados como memorandos de entendimiento, se han convertido en un vehículo utilizado con creciente frecuencia para la celebración de acuerdos interestatales e interinstitucionales. Su atractivo proviene, por lo menos en parte, de la ausencia, en general, de procedimientos internos para su celebración<sup>178</sup>. Ese hecho ha permitido a esos instrumentos adquirir reputación como vehículos dotados, en comparación con los tratados, de mayor velocidad (en cuanto al proceso de su formación), flexibilidad (en cuanto a ajustes o modificaciones) y salida (en cuanto a terminación del compromiso)<sup>179</sup>. Esos beneficios llevan a pensar que sería un error hacer extensivos a compromisos políticos procedimientos de aprobación idénticos a los aplicados a los tratados.

De ello no se infiere, sin embargo, que los Estados deban carecer de procedimientos de autorización de esos acuerdos simplemente porque no sean muy apropiados para la elaboración de tratados. A falta de cierta revisión o autorización previa es difícil saber si cierto supuesto compromiso político realmente no es vinculante. Análogamente, a falta de ciertos procesos de examen o aprobación podrían celebrarse compromisos políticos que no sean congruentes con leyes o políticas del Estado. En el contexto interinstitucional es incluso posible que una institución de un Estado pueda celebrar un compromiso político opuesto a intereses o acuerdos existentes en otro ámbito del mismo Estado, o directamente incompatible con estos.

Esas preocupaciones ayudan a explicar por qué algunos Estados han diseñado mecanismos de revisión de sus compromisos políticos. La política de tratados publicada por Canadá, por ejemplo, contiene una sección que preceptúa la aprobación de políticas de “instrumentos jurídicos jurídicamente no vinculantes” por el Gobierno nacional o sus instituciones<sup>180</sup>. Colombia limita la capacidad de suscribir acuerdos jurídicamente no vinculantes a quienes posean capacidad jurídica para representar a la entidad, y condicionada a la verificación, por la oficina de asuntos jurídicos pertinente, de que los compromisos asumidos no excedan las funciones y facultades otorgadas a esa unidad por la Constitución o las leyes<sup>181</sup>.

---

<sup>178</sup> Véase Charles Lipson, *Why are Some International Agreements Informal?* 45 INT'L ORG. 495, 508 (1991); Raustiala, *supra*, nota 6, 592.

<sup>179</sup> Duncan B. Hollis, *Informe preliminar sobre acuerdos vinculantes y no vinculantes*, OEA/Ser.Q, CJI/doc.542/17 (24 julio 2017) (en lo sucesivo "Informe preliminar").

<sup>180</sup> Política de Tratados de Canadá, *supra*, nota 48, Pt. 8 y anexo C (que señala que cada departamento es responsable de cerciorarse de que se haga una clara distinción entre tratados e instrumentos no vinculantes, en consulta con la Sección de Tratados y que preceptúa la aprobación de la política, incluso por el Gabinete, para un instrumento jurídicamente no vinculante que determinaría una modificación en gran escala de la política canadiense y el archivo de todos los instrumentos jurídicamente no vinculantes en la Sección de Tratados de Canadá); véase también Respuesta de Canadá, *supra* nota 40 (que indica que aunque Canadá los considere no vinculantes, tales instrumentos tienen una forma distinta y deben respetar las políticas y prácticas canadienses, incluso la política exterior del Gobierno canadiense, así como las leyes nacionales e internacionales).

<sup>181</sup> Respuesta de Colombia, *supra*, nota 85. Por lo tanto, de los ministerios de gobierno de Colombia, solo el de Relaciones Exteriores tiene la potestad de suscribir compromisos políticos en nombre del Estado en conjunto, sujeta a revisión por la Dirección de Asuntos Jurídicos

En Perú los compromisos políticos no vinculantes asumidos por el Estado se coordinan con todas las entidades gubernamentales dotadas de competencia con respecto a su contenido. La Oficina General de Asuntos Legales del Ministerio de Relaciones Exteriores tiene el cometido de dictaminar si corresponde emitir un acto de aprobación para su firma. En cambio, cuando el acuerdo no vinculante se da a nivel interinstitucional, las negociaciones son llevadas a cabo por la institución de que se trate, y “[s]i bien conforme a la legislación peruana no es preceptivo poner a consideración del Ministerio de Relaciones Exteriores el borrador del instrumento, muchas entidades gubernamentales lo hacen”<sup>182</sup>.

México y Estados Unidos mencionan esfuerzos similares encaminados a revisar proyectos de acuerdos no vinculantes para verificar su calidad de tales y sean compatibles, en caso contrario, con la práctica de esos países en materia de tratados<sup>183</sup>. Lo que no es tan claro, en cambio, es con qué regularidad se realiza esa revisión. La respuesta de México indica que ese estudio se lleva a cabo a “solicitud de la instancia mexicana firmante” (aunque la autoridad mexicana competente remite copias del instrumento una vez que éste “ha sido formalizado”). Si bien Estados Unidos no indica ningún “procedimiento formal que rijan la conclusión de instrumentos jurídicamente no vinculantes... tales instrumentos son revisados en relación [con] su contenido y redacción, *inter alia* como garantía de que reflejen adecuadamente la intención de que no sean regidos por el derecho interno o internacional ni generen obligaciones emanadas de esas ramas del derecho”.

La *Directriz 4.2* insta a los Estados, como práctica óptima, a formalizar y regularizar su examen de compromisos políticos. Hacerlo eliminaría el carácter *ad hoc* de los mecanismos de revisión existentes, muchos de cuyos atributos son informales. En la actualidad suele no ser claro establecer con qué frecuencia y en qué circunstancias los procedimientos internos de un Estado determinan la revisión de un compromiso político antes de que se adopte. Como lo sugiere el enunciado de la *Directriz*, esos procedimientos podrían ser diseñados de manera que confirmen el carácter no vinculante de los acuerdos objeto de revisión y su compatibilidad con las leyes y políticas exteriores del Estado. Esos procedimientos ayudarían también a mitigar preocupaciones acerca de si cierta institución de un Estado (trátese de un ministerio de Gobierno o de una unidad territorial subnacional) podría celebrar un compromiso político en los casos en que el Gobierno del Estado no tenga conocimiento de su existencia ni, menos aún, de su contenido.

No obstante, a través de las *Directrices* no se intenta elaborar ninguna práctica óptima con respecto al contenido de los procedimientos de aprobación mismos. Es sumamente probable que los Estados quieran evitar la imposición de procesos excesivamente restrictivos u onerosos, puesto que ello privaría al compromiso político de los beneficios, en materia de celeridad y flexibilidad, de los que depende su actual popularidad.

Al mismo tiempo, sin embargo, mediante la formalización de, por lo menos, cierta revisión procesal de los compromisos políticos de un Estado, el Gobierno puede asegurar que el Poder Ejecutivo no esté celebrando tratados disfrazados como compromisos políticos, ni intentar de otro modo eludir procedimientos internos requeridos para la celebración de tratados. Todos los Estados deberían tener interés en asegurarse de que los compromisos políticos solo se usen en circunstancias adecuadas, y no como medio para eludir el cumplimiento del papel

---

Internacionales del Ministerio de Relaciones Exteriores. Los compromisos políticos interinstitucionales son revisados por la asesoría jurídica de la institución de que se trate. *Id.*

<sup>182</sup> Respuesta de Perú, *supra*, nota 66 (la evaluación de compromisos políticos “asumidos por el Ministerio de Relaciones Exteriores se centra en verificar su consistencia con la política exterior, así como la redacción...”). Fuera de la región, Estados como Alemania y Suiza también han instituido procedimientos formales para aprobar la celebración de compromisos políticos. En tanto que Estados, como Israel y España cuentan con más mecanismos informales de revisión. Véase, por ejemplo, Guía de tratados de Suiza, *supra*, nota 123, en 25, 50 (en donde se señala la existencia de diferentes aprobaciones para diferentes tipos de instrumentos no vinculantes), Grupo de Trabajo sobre Práctica de Tratados, *supra*, nota 40, en 10, 28.

<sup>183</sup> Respuesta de México, *supra*, nota 109; Respuesta de los Estados Unidos, *supra*, nota 72.

legislativo o judicial que requiere la celebración, por el Estado, de acuerdos vinculantes. Contar, como mínimo, con algunos procedimientos de aprobación de compromisos políticos entre Estados, y de compromisos interinstitucionales, ayudaría a mitigar ese riesgo.

**4.3 Establecimiento de procedimientos internos para la aprobación de contratos entre Estados.** *Los Estados que celebren contratos con otros Estados deberían establecer y mantener procedimientos para aprobar su celebración. As a best practice, States should include*

- a) *información sobre la forma en que el Estado determinará el derecho aplicable al contrato, y*
- b) *mecanismos para confirmar el derecho aplicable con los otros Estados contratantes a fin de evitar conflictos futuros.*

**Comentario:** Algunos Estados —pero no todos— aplican la práctica consistente en celebrar contratos con otros países. Véase la *Directriz 2.5* y el *Comentario* que la acompaña. Varios de esos Estados han elaborado procedimientos de análisis y aprobación de la celebración de esos contratos. Ecuador tiene una ley de adquisiciones públicas que, al mismo tiempo que da prioridad a las disposiciones de todo contrato entre Estados, regula aquellos acuerdos en que participan “empresas públicas internacionales”, incluidas empresas públicas de otros Estados<sup>184</sup>. Estados Unidos tiene un programa de ventas a Ejércitos extranjeros que incluye instrucciones sobre los requisitos y pasos que deben cumplirse<sup>185</sup>. La Constitución de México (art. 134) requiere ciertas licitaciones públicas para determinados tipos de operaciones (por ejemplo, adquisiciones, arrendamiento de activos, y servicios públicos), que, a su vez, requieren “contratos que deben cumplir los procedimientos y observar las formalidades que establezca el marco jurídico nacional aplicable (federal, estatal y municipal)”<sup>186</sup>.

La *Directriz 4.3* propone como práctica óptima que todos los Estados poseedores de una práctica de contratación interestatal deben contar con procedimientos de autorización de la celebración de esos acuerdos vinculantes. Disponer de procedimientos de contratación interestatal permitiría a los Estados confirmar la naturaleza contractual de los acuerdos propuestos y evitar así que, por inadvertencia, un tratado o compromiso político sea caracterizado erróneamente como contrato.

Además, esos procedimientos podrían ayudar a simplificar preguntas que puedan plantearse con respecto a la ley que rija el contrato. Los Estados deberían contar con procedimientos que indiquen si, y cuándo, (i) insistirían en que su propia legislación nacional sea la ley del contrato, (ii) permitirían que el derecho del otro Estado contratante sea la ley del contrato, o (iii) autorizarían la aplicación, en su lugar, del derecho contractual de un tercer Estado o de un derecho no estatal. Además, los Estados podrían contar con procedimientos que impongan la obligación de poner en conocimiento de la otra parte contratante esos temas rectores del derecho aplicable. De ese modo se ayudaría a evitar problemas cuando las partes contratantes discrepan acerca de qué derecho, interno o ajeno al Estado, rige el contrato celebrado.

**4.4 Procedimientos internos para la aprobación de acuerdos interinstitucionales vinculantes.** *Los Estados deberían contar con procedimientos para otorgar la debida*

---

<sup>184</sup> Véase, por ejemplo, Respuesta de Ecuador, *supra*, nota 46 (en que se cita el artículo 100 del Reglamento a la Ley Orgánica Sistema Nacional de Contratación Pública, que autoriza la celebración de contratos con “empresas públicas internacionales” y prevé la aplicación de artículos del derecho interno “en el caso de no haberse previsto un régimen de contratación específico” en las condiciones de algún acuerdo pertinente; *id.* (en que se cita la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Compras Públicas, art. 3, que impone la obligación de cumplir las condiciones de los acuerdos y establece que “[I]o no previsto en dichos convenios se regirá por las disposiciones de esta Ley”).

<sup>185</sup> Véase el Programa de Ventas Militares de los Estados Unidos al Extranjero, disponible en <http://www.dsca.mil/programs/foreign-military-sales-fms>.

<sup>186</sup> Respuesta de México, *supra*, nota 109.

*autorización a las instituciones (sean ministerios de gobierno, unidades subnacionales o ambos) que tengan capacidad para celebrar un tratado regido por el derecho internacional. Asimismo, los Estados deberían contar con procedimientos a fin de otorgar la debida autorización a sus instituciones (sean ministerios de gobierno, unidades subnacionales o ambos) para suscribir contratos de conformidad con su propio derecho interno, con el derecho interno de otro Estado o con un derecho no estatal.*

**4.4.1** *En esos procedimientos se debería indicar la forma en que el Estado distingue si la institución está celebrando un tratado o un contrato.*

**4.4.2** *En esos procedimientos se deberían incorporar mecanismos para confirmar por adelantado que la institución del otro Estado está de acuerdo con el tipo de acuerdo interinstitucional que se suscribirá y con su carácter jurídicamente vinculante.*

**Comentario:** Comentario: En consonancia con la *Directriz 4.1*, corresponde que los Estados decidan por sí mismos si autorizarán a sus instituciones a celebrar acuerdos vinculantes, y qué tipos de acuerdos de ese género<sup>187</sup>. Los Estados pueden, además, autorizar exclusivamente a ciertas instituciones, a celebrar tratados o contratos. Un Estado puede, por ejemplo, facultar a una entidad gubernamental a celebrar un contrato en nombre propio, pero no facultar a una entidad subnacional, o viceversa. El artículo 125 de la Constitución argentina, por ejemplo, autoriza a entidades subnacionales a celebrar “tratados parciales” —que el Gobierno denomina “acuerdos internacionales”—con “conocimiento del Congreso” y “a condición de que no sean incompatibles con la política exterior de la Nación ni afecten a las potestades delegadas al Gobierno Federal ni al crédito público de la Nación”. Al mismo tiempo, Argentina priva a sus ministerios nacionales de la capacidad de celebrar tratados en nombre propio<sup>188</sup>.

Varios Estados ya han establecido reglamentos o procedimientos de aprobación para los acuerdos de sus instituciones. Algunos Estados simplemente extienden a sus instituciones los procedimientos existentes para procedimientos del Estado. Estados Unidos, por ejemplo, exige el mismo procedimiento de consulta y aprobación de acuerdos interinstitucionales por el Departamento de Estado de los Estados Unidos, que el que aplica a tratados celebrados en nombre de los Estados Unidos<sup>189</sup>. Otros Estados han diseñado procedimientos centrados en determinado tipo de institución. Jamaica informa sobre una práctica del ministerio, departamento o agencia que solicita la autorización del Gabinete para negociar un acuerdo vinculante y posteriormente gestiona un acto de aprobación adicional para suscribirlo. Posteriormente se archivan en la Oficina de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores copias de los acuerdos interinstitucionales suscritos. La ley mexicana de 1992 relativa a la celebración de tratados regula tanto el tema en cuestión como los límites funcionales aplicables a los acuerdos interinstitucionales que involucran a ministerios del Gobierno federal mexicano o a los gobiernos estatales o regionales de ese país<sup>190</sup>. Las instituciones mexicanas solo pueden celebrar acuerdos vinculantes (i) sobre temas de competencia exclusiva del área o de la entidad que celebra el acuerdo; (ii) que afecten solamente a la entidad que lo celebra; (iii) cuyas obligaciones financieras sean cubiertas con el presupuesto regular de la entidad; (iv) que no afecten los derechos legales de las personas, y (v) que no modifiquen la legislación vigente. Además, el artículo 7 de la Ley sobre Celebración de Tratados impone a las instituciones mexicanas la obligación de informar a la Secretaría de Relaciones Exteriores sobre todo acuerdo interinstitucional vinculante que pretendan celebrar,

---

<sup>187</sup> Así, ciertos países, como Brasil, Colombia, Perú y la República Dominicana, no autorizan ningún acuerdo vinculante celebrado por sus agencias, ministerios o instituciones. Véase, por ejemplo, Respuesta de Perú, *supra*, nota 66 (“Las entidades gubernamentales peruanas, incluidas las municipalidades y los gobiernos regionales, no están autorizadas a celebrar acuerdos vinculantes conforme con el derecho internacional (tratados)”).

<sup>188</sup> Véase la nota 84 *supra*.

<sup>189</sup> Respuesta de los Estados Unidos, *supra*, nota 72.

<sup>190</sup> México, Ley sobre la Celebración de Tratados de 1992, *supra*, nota 65.

siendo preceptivo que la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de Relaciones Exteriores dictamine sobre la legalidad de la celebración de un acuerdo de ese tipo<sup>191</sup>.

Tres razones han llevado a los Estados a tratar de obtener orientación referente a sus acuerdos interinstitucionales.

- Primero, no siempre resulta claro que una institución pueda celebrar cualquier acuerdo.
- Segundo, aun cuando la institución posea cierta capacidad de elaboración de acuerdos, de ello no se infiere que pueda elaborar los tres tipos de acuerdos aquí considerados (tratados, compromisos políticos y contratos).
- Tercero, en casos individuales, suele no resultar claro qué estatus jurídico posee un acuerdo interinstitucional existente.

La *Directriz 4.4* respalda una práctica óptima que versa sobre esos tres temas, instando a los Estados que permiten acuerdos interinstitucionales a contar con procedimientos que garanticen la oportuna revisión o aprobación de tales acuerdos. Las *Directrices* dejan librada a los Estados la determinación de si esos procedimientos deberían poseer un fundamento jurídico o existir como cuestión de política. Análogamente, los Estados deberían tener la potestad de decidir si han de contar con procedimientos que autoricen ciertos acuerdos institucionales en general, o diseñar un sistema casuístico de notificación o aprobación.

Además, la *Directriz 4.4* señala que los Estados pueden incluir en sus procedimientos uno o más mecanismos de diferenciación entre los acuerdos vinculantes de las instituciones. Algunos posibles mecanismos para mitigar la confusión existente y el riesgo de futuros malentendidos o discrepancias incluirían:

- a) el requisito de que todos los contratos contengan una cláusula rectora implícita para evitar toda suposición de que pueden ser considerados como tratados.
- b) una presunción subsidiaria para el caso de que dos o más instituciones del Estado celebren un acuerdo vinculante, es decir el establecimiento de una presunción de que el acuerdo puede ser considerado como un tratado o, a la inversa, de que los acuerdos interinstitucionales vinculantes son contratos y no tratados.
- c) procedimientos que impongan a la institución involucrada la obligación de confirmar, junto con sus copartícipes, que ambos entienden (a) que el acuerdo es vinculante (o no), y (b) el tipo de acuerdo vinculante que se celebrará, sea un tratado o un contrato.

#### **4.5 Publicidad de la capacidad institucional para celebrar acuerdos vinculantes**

**4.5.1** *Un Estado debería dar a conocer cuáles de sus instituciones, si las hubiere, podrían estar autorizadas para celebrar tratados y especificar si pueden hacerlo en representación del Estado en su conjunto o en nombre propio.*

**4.5.2** *Un Estado debería dar a conocer cuáles de sus instituciones, si las hubiere, podrían estar autorizadas para celebrar tratados y especificar si pueden hacerlo en representación del Estado en su conjunto o en nombre propio.*

**4.5.3** *Un Estado podría dar a conocer esta información al público en general (por ejemplo, colocando sus procedimientos en línea) o comunicar específicamente a otros Estados o instituciones del Estado la capacidad de sus instituciones y los procedimientos pertinentes que utilizan.*

**Comentario:** La *Directriz 4.4* centra la atención en la formulación de procedimientos encaminados a asegurar que el Estado disponga de suficiente conocimiento acerca de si sus instituciones pueden celebrar acuerdos vinculantes, y de qué tipos de acuerdos se trata. La *Directriz 4.5* promueve la comunicación intraestatal de las conclusiones alcanzadas y los procedimientos usados por un Estado para aprobar o realizar el seguimiento de la elaboración de acuerdos interinstitucionales. A otros Estados puede resultarles benéfico enterarse:

---

<sup>191</sup> Respuesta de México, *supra*, nota 109.

- (i) de qué instituciones del Estado pueden celebrar acuerdos vinculantes (o no vinculantes) con instituciones extranjeras;
- (ii) de qué tipos de acuerdos vinculantes o no vinculantes pueden ser autorizados; y
- (iii) de qué procesos deben seguirse para ello.

Esa información puede ayudar a otro Estado o a sus instituciones a decidir si ha de celebrar un acuerdo con instituciones de un Estado y qué forma debe adoptar ese acuerdo.

El intercambio de información entre Estados con respecto a sus autoridades y prácticas en materia de acuerdos interinstitucionales debería ser provechoso, asimismo, en casos existentes, para reducir la confusión (o incluso las opiniones contrapuestas) con respecto a qué tipo de acuerdo institucional se ha celebrado. Finalmente, los procedimientos de publicitación pueden ofrecer útiles modelos o ejemplos de procesos en que puedan confiar los Estados menos experimentados en materia de acuerdos interinstitucionales.

#### **4.6 Publicidad de los registros de acuerdos vinculantes y no vinculantes**

**4.6.1** *Registros nacionales de acuerdos vinculantes. Los Estados deberían crear y mantener registros públicos de todos los acuerdos vinculantes del Estado y de sus instituciones.*

**4.6.2** *Registros nacionales de compromisos políticos. Los Estados deberían mantener un registro nacional de todos los compromisos políticos del Estado y de sus instituciones o por lo menos de los más importantes.*

**Comentario:** Todos los Estados tienen la obligación de registrar sus tratados en las Naciones Unidas, conforme a lo dispuesto por el artículo 102 de la Carta de dicha organización. La mayoría de los Estados ya poseen (y mantienen) listas y archivos con respecto a sus tratados y contratos gubernamentales. En muchos casos publican sus listas de tratados —o el texto de los mismos— en un diario o boletín oficial o una serie de publicaciones específicas sobre tratados. No obstante, pueden limitar la gama de tratados que opten por publicar, prescindiendo de los que se refieran a asuntos considerados menos importantes o, a la inversa, que contengan compromisos que impliquen información o programas clasificados. Además, es mucho menor la publicidad que rodea a los contratos interestatales o interinstitucionales.

La *Directriz 4.6.1* indica que los Estados deben contar con registros públicos de acuerdos vinculantes para el Estado y sus instituciones. Idealmente, en esos registros podría constar, no solo la existencia de un acuerdo, sino también su contenido. Hacerlo generaría varios beneficios:

- (i) La publicidad de los acuerdos vinculantes por el Estado o sus instituciones está en consonancia con el Estado de derecho y con los valores democráticos, proporcionando al público acceso a una esfera clave del comportamiento del Estado.
- (ii) Los registros públicos podrían ser beneficiosos para el Estado en la esfera interna. El conocimiento, en todo el Gobierno, de los acuerdos vinculantes de un Estado puede ayudar a las entidades gubernamentales interesadas a conocer todos los acuerdos vinculantes. Esa información debería asegurar un seguimiento más regular acerca de qué acuerdos vinculantes existen, y una mejor coordinación intragubernamental en el proceso de formación de los mismos.
- (iii) Los registros públicos de tratados y contratos generarían también beneficios externos. Proporcionarían un canal de información regular para otros Estados, dando a conocer opiniones sobre la existencia y la naturaleza jurídica de los acuerdos vinculantes de aquellos que efectúan una publicación. Ello podría dar lugar a un reconocimiento más rápido (y es de esperar más sencillo) de potenciales diferencias con respecto a la existencia de un acuerdo y a su calidad de tratado o de contrato.
- (iv) Esos registros públicos pueden incluso generar espacio para resolver diferencias de opinión por anticipado, y no en respuesta a un problema concreto o a una crisis.

En cuanto a los acuerdos no vinculantes, los Estados padecen actualmente un déficit de información. Tanto el número como el contenido de los compromisos políticos de un Estado,

rotulados como memorandos de entendimiento o de otro modo, suelen no conocerse claramente. A esto se agrega una ambigüedad aún mayor en torno a los compromisos políticos interinstitucionales. Sean cuales fueren los procedimientos informales existentes para revisar o incluso aprobar compromisos políticos, la mayoría de los Estados no los cuentan ni recopilan<sup>192</sup>. Por lo tanto, se da una verdadera escasez de información disponible sobre el número y los tipos de acuerdos alcanzados por los Estados y sus instituciones.

La *Directriz 4.6.2* tiene como objeto llenar esa brecha de información exhortando a los Estados a aceptar una práctica óptima por la cual establecen dentro del Gobierno un punto de contacto centralizado en que puedan recopilarse y mantenerse los compromisos políticos. Como sucede con los registros de tratados existentes, un registro de compromisos políticos suscitaría valiosos beneficios internos y externos.

- a) Alertaría a otros actores dentro de un Estado —como el Parlamento o instituciones no participantes— con respecto a la existencia de un compromiso político, lo que podría ayudar a detectar incentivos para el uso de compromisos políticos meramente como medio para eludir los procedimientos de aprobación internos asignados a acuerdos vinculantes.
- b) En la esfera externa, informaría a otros Estados sobre el contenido y el estatus jurídico presuntamente no vinculante de los compromisos registrados, generando espacio para preguntas o comunicaciones adicionales sobre esos compromisos políticos, que esos otros Estados consideren apropiado plantear.
- c) Además, alertaría al público sobre todos los acuerdos que haya celebrado un Estado, y no solo sobre los que puedan generar efectos jurídicos. El público tiene un evidente interés en obtener más información sobre los acuerdos que puedan generar consecuencias significativas para su Estado, aun cuando esas consecuencias hayan de tener una forma política (en lugar de jurídica).

## **5. Efectos jurídicos de los acuerdos vinculantes y no vinculantes**

**5.1 Efectos jurídicos de la celebración de tratados por el Estado:** *Los Estados y sus instituciones deberían encarar la celebración de tratados sabiendo que dar su consentimiento en obligarse por un tratado tendrá por lo menos tres tipos de efectos jurídicos:*

**5.1.1 Efectos jurídicos internacionales primarios.** *De acuerdo con el principio fundamental de pacta sunt servanda, los tratados imponen la obligación de cumplir sus condiciones de buena fe.*

**5.1.2 Efectos jurídicos internacionales secundarios.** *La existencia de un tratado da lugar a la aplicación de varios regímenes jurídicos internacionales secundarios, entre ellos el derecho de los tratados, la responsabilidad del Estado y cualquier otro régimen particular vinculado a la materia del tratado.*

**5.1.3 Efectos jurídicos internos.** *El orden jurídico interno de un Estado podría disponer que los tratados celebrados por el Estado tengan efectos jurídicos internos, pero no se*

---

<sup>192</sup> Canadá y Ecuador son notables excepciones. Véase la Política de Canadá en materia de Tratados, *supra*, nota 48; Respuesta de Ecuador, *supra*, nota 46 (en que se menciona la práctica de registrar ante la Dirección de Asesoramiento Jurídico sobre Derecho Internacional Público "acuerdos políticos no vinculantes (declaraciones y comunicados conjuntos)", algunos de los cuales están acompañados por un "dictamen jurídico de la Oficina General de Coordinación Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores"). Fuera de la región, varios Estados afirman contar con una base de datos o archivo de compromisos políticos. Grupo de Trabajo sobre Práctica de Tratados, *supra*, nota 40, en 9, 27 (Alemania —desde 2014—, Canadá, Corea, España, Israel y México afirman contar con archivos o con un sistema de información obligatoria de sus compromisos políticos a sus respectivos Ministerios de Relaciones Exteriores; pero no ocurre lo mismo con Finlandia ni con Japón). Sin embargo, véase *id.* en 14, 32 (los ocho Estados consultados —Alemania, Canadá, Corea, España, Finlandia, Israel, Japón y México— todos coinciden en la necesidad de mejor coordinar de manera interna la calidad y eficacia de los compromisos políticos).

*requiere que lo haga. Los Estados deberían estar en condiciones de explicar a otros Estados e interesados qué efectos jurídicos internos tendrán los tratados que suscriban.*

**Comentario:** Uno de los atributos distintivos de un tratado es su carácter vinculante conforme al derecho internacional. Los tratados activan el principio jurídico internacional fundacional de *pacta sunt servanda* "todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe"<sup>193</sup>. Por lo tanto, los efectos jurídicos primordiales de un tratado constan en sus propios términos. Los Estados deben adecuar su comportamiento a lo que el tratado requiera, prohíba o permita. Y si el tratado establece mecanismos para la aplicación coercitiva de su propio texto —por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos— los Estados tienen, asimismo, la obligación de aceptarlos.<sup>194</sup> Así, Canadá, Jamaica y Perú reconocen el hecho de que cada Estado debe cumplir las obligaciones asumidas en sus acuerdos vinculantes, en tanto que Colombia toma como fuente de su obligación de cumplimiento el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y el principio *pacta sunt servanda*<sup>195</sup>.

Además de los efectos de derecho internacional primarios que suscita un tratado, la existencia de un tratado puede también activar una serie de normas y regímenes jurídicos internacionales secundarios, siendo primordial entre ellos el mismo derecho de los tratados. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (o, más generalmente, el derecho internacional consuetudinario) regulará la validez, la interpretación, la aplicación, el incumplimiento y la rescisión de todos los tratados de un Estado. El artículo 29 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, por ejemplo, dispone que "[u]n tratado será obligatorio para cada una de las partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio, salvo que una intención diferente se desprenda de él o conste de otro modo". Esta disposición genera espacio, *si* todas las partes están de acuerdo, para tratados que contengan cláusulas "federales" o "territoriales" que permitan a un Estado designar a qué unidades territoriales subnacionales se aplica (o no) un tratado<sup>196</sup>. Por otra parte, es posible asimismo que los Estados rehúsen cumplir eventuales cláusulas territoriales, tal como ha sucedido con numerosos tratados sobre derechos humanos, insistiendo en que los Estados partes deben aplicar el tratado en la totalidad de su territorio<sup>197</sup>. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados autoriza también la rescisión o suspensión de un tratado por una parte afectada en respuesta a una "violación grave" en que incurra otra de las partes".<sup>198</sup>

---

<sup>193</sup> Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 26. Algunas cláusulas de un tratado -- las relativas a consentimiento, aplicación provisoria y entrada en vigor -- en realidad surten efectos jurídicos antes de que entre en vigor el tratado.

<sup>194</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1969, 1144 U.N.T.S. 123, Capítulos VI-IX (mediante la que se crearon la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos).

[http://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-)

[2\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.htm](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-2_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm)

<sup>195</sup> Véase, por ejemplo, Respuesta de Canadá, *supra*, nota 40 (en donde dice que las partes de los tratados tienen la obligación legal de cumplir sus obligaciones); Respuesta de la República Dominicana, *supra*, nota 46; Respuesta de Jamaica, *supra*, nota 71; Respuesta de Colombia, *supra*, nota 85 ("El artículo 26 de la Convención de Viena de 1969 impone a las partes la obligación de cumplir los tratados que ratifiquen, y de hacerlo de buena fe").

<sup>196</sup> Véase, por ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, 11 de abril de 1980, 1489 U.N.T.S. 3, art. 93(1); el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, art. 56(1); la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, 9 de octubre de 1946, 15 U.N.T.S. 35, art. 19(7).

<sup>197</sup> Véase, por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el 16 de diciembre de 1966, 999 U.N.T.S. 171, art. 50; la Convención Americana sobre Derechos Humanos, *supra*, nota 194, art. 28(2).

<sup>198</sup> Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 60. Además, los Estados mantienen siempre su potestad de adoptar actos de *retorsión*, que constituyen un proceder

No obstante, los efectos jurídicos secundarios de un tratado no se limitan a los enunciados por el derecho de los tratados. La responsabilidad del Estado, por ejemplo, puede recaer sobre “actos internacionalmente ilícitos”, concepto que incluye violaciones de tratados. Tal como se detalla en el Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado de 2001, el derecho de la responsabilidad del Estado reconoce a los Estados la potestad de adoptar “contramedidas”: actos ilícitos que son justificados (o sea lícitos) debido a que el Estado había sido afectado negativamente por un acto internacionalmente ilícito anterior<sup>199</sup>. A través de la autorización de un comportamiento que de lo contrario sería ilícito en respuesta al incumplimiento de un tratado, las contramedidas proporcionan a los elaboradores de un tratado un remedio importante, del que no se dispone para otras formas de acuerdos vinculantes (contratos), para no mencionar a las modalidades no vinculantes (compromisos políticos).

La existencia de tratados sobre temas específicos (por ejemplo, derechos humanos, el medio ambiente) puede también suscitar una gama de normas y principios especializados que han surgido para regular ese ámbito secundario del derecho internacional<sup>200</sup>. Finalmente, la disponibilidad de ciertos procedimientos de resolución de controversias puede depender de la existencia de un tratado (para establecer la jurisdicción de la corte o el tribunal o para proporcionar a éste el material para la resolución de diferencias). Por ejemplo, bajo el epígrafe de “convenciones internacionales” los tratados se mencionan entre las fuentes de derecho en base a las cuales la CIJ puede llegar a formar una opinión<sup>201</sup>.

Además, los Estados deberían reconocer el hecho de que los efectos jurídicos de un tratado no pueden limitarse a la esfera internacional. El orden jurídico interno de un Estado puede (pero no tiene la obligación de) otorgar efectos jurídicos internos a los tratados del Estado. Por ende, la legislación interna de algunos Estados puede suplementar el principio *pacta sunt servanda* imponiendo su propia obligación de cumplimiento de un tratado. Conforme a la Constitución de la República Dominicana, por ejemplo, existe “la obligación, una vez concluido el procedimiento constitucional de ratificación, de cumplir un tratado o acuerdo válido”<sup>202</sup>. En Perú esa obligación se impone específicamente a los departamentos gubernamentales comprendidos en la esfera del tratado<sup>203</sup>.

Algunos Estados (por ejemplo Canadá) no conceden a sus tratados ningún rango jurídico interno, por lo cual la existencia del tratado tendrá escaso impacto interno directo<sup>204</sup>. El orden jurídico interno de otros Estados confiere a los textos de los tratados los mismos efectos jurídicos que surte una disposición legal, e incluso en algunos casos una disposición constitucional (suponiendo que el texto del tratado por lo demás concuerde con ciertas condiciones internas referentes a su formación o validez)<sup>205</sup>. En algunos Estados diferentes

---

inamistoso, pero intrínsecamente lícito, que un Estado puede llevar a cabo como incentivo para que un Estado infractor cumpla un tratado (por ejemplo, interrumpiendo el suministro de la asistencia financiera que un Estado, por lo demás, no tenga la obligación de suministrar). No obstante, como los actos de retorsión pueden producirse sin ningún incumplimiento anterior de un tratado, no integran la categoría de efectos jurídicos de un contrato. Véase Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado, *supra*, nota 138, en 128, párr. 5.

<sup>199</sup> Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado, *supra*, nota 138, capítulo II. Estos artículos requieren que todas las contramedidas sean temporarias, reversibles y proporcionadas (en el sentido de conmensurables con la lesión padecida). Además, las contramedidas no pueden violar el *jus cogens* ni alterar acuerdos anteriores sobre solución de controversias.

<sup>200</sup> Los tratados sobre derechos humanos, por ejemplo, están sujetos a reglas de interpretación especializadas. Véase, por ejemplo, Başak Çali, *Specialized Rules of Treaty Interpretation: Human Rights*, en *The Oxford Guide to Treaties* 525 (D Hollis, ed., 2012).

<sup>201</sup> Estatuto de la CIJ, artículo 38(1)(a).

<sup>202</sup> Respuesta de la República Dominicana, *supra*, nota 46.

<sup>203</sup> Respuesta de México, *supra*, nota 66.

<sup>204</sup> Véase la nota 46 *supra*.

<sup>205</sup> Véase, por ejemplo, Constitución Argentina, *supra*, nota 84, art. 31 (“[L]os tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación, y las autoridades de cada provincia están

categorías de tratados suscitan diferentes efectos jurídicos internos, basados en el objeto del tratado o en los procedimientos utilizados para autorizarlo. En Ecuador, por ejemplo, los tratados sobre derechos humanos de ese país que prevén “derechos que sean más favorables que los consagrados en la Constitución” prevalecen sobre “cualquier otro sistema regulatorio o acto de autoridades públicas”<sup>206</sup>. Otros tratados poseen considerable gravitación dentro del orden jurídico interno del Ecuador; la Constitución menciona tratados en el “orden de precedencia para la aplicación de los reglamentos” como superior a otras leyes orgánicas y otras formas de regulación interna<sup>207</sup>.

Además, así como un tratado puede activar el derecho de los tratados a nivel internacional, la existencia de un tratado en el derecho interno puede suscitar diversas otras doctrinas u otros regímenes jurídicos internos. Examinando nuevamente el caso del Ecuador, la Constitución de ese país asigna diversas doctrinas jurídicas internas (por ejemplo, la de la aplicabilidad directa) a “tratados y otros instrumentos de derechos humanos”<sup>208</sup>. Los Estados pueden también usar su sistema jurídico interno para conceder a los tratados ejecutabilidad por vía judicial.<sup>209</sup>

Las *Directrices* toman los efectos jurídicos tal cual los encuentran; no aparecen, por ejemplo, propuestas o prácticas óptimas acerca de los efectos jurídicos internos que los Estados pueden otorgar a algunos tratados, o a todos ellos. La práctica existente muestra una excesiva diversidad, y las razones por las cuales los Estados han seguido su propia senda suelen ser tan singulares como para pronunciarse en contra de la armonización.

No obstante, es conveniente que los Estados presten más atención a los efectos jurídicos que suscita la elaboración de tratados en el derecho internacional e interno. Por ejemplo, un Estado que considere una nueva relación basada en un tratado puede tener diferentes posiciones sobre el contenido del tratado, en función de qué efectos jurídicos —si los hay—suscita la celebración del tratado, no solo en su propio sistema jurídico, sino también en el de sus potenciales copartícipes en el tratado. Un Estado podría contentarse con una disposición simple de un tratado en el que dicho Estado y el potencial copartícipe confieran a los tratados un efecto jurídico interno directo; por ejemplo “las Partes no autorizarán que se dé el caso X”. No obstante, ese mismo Estado podría preferir una formulación diferente con Estados que no confieran efecto directo a los tratados; por ejemplo: “las Partes acuerdan sancionar leyes que impidan que suceda X”.

**5.2 Efectos jurídicos de los contratos.** *Los Estados y sus instituciones deberían encarar la celebración de acuerdos sabiendo que los efectos jurídicos de un contrato, entre*

---

obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales...”; id., art. 75(22) (que confiere “jerarquía constitucional” a los tratados sobre derechos humanos); Constitución del Perú, art. 55. (“Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.”).

[https://www.constituteproject.org/constitution/Peru\\_2009-s202](https://www.constituteproject.org/constitution/Peru_2009-s202)

<sup>206</sup> Respuesta de Ecuador Response, *supra* nota 46 (en que se cita la Constitución del Ecuador, art. 424).

<sup>207</sup> *Id.* (en que se cita la Constitución del Ecuador, art. 425). “El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos”.

<sup>208</sup> *Id.* (Artículo 417 de la Constitución: “Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán principios pro ser humano, de no restricción de derechos, la aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución.”)

<sup>209</sup> Véase David Sloss, *Domestic Application of Treaties*, in *The Oxford Guide to Treaties* 367 (D. Hollis, ed., 2012); Joost Pauwelyn, ‘Is it International Law or Not and Does it Even Matter?’, en *Informal International Lawmaking* 145-46 (J. Pauwelyn, J. Wessel y J. Wouters, eds., 2012).

*ellos los aspectos relativos al cumplimiento, el desplazamiento del derecho interno aplicable y la ejecución, dependerán del derecho aplicable al contrato.*

**Comentario:** Tal como sucede con las cuestiones de validez y capacidad, los efectos primarios de un contrato dependerán del derecho rector pertinente, que puede ser el derecho interno de un Estado o, si las partes así lo eligen, un derecho no estatal<sup>210</sup>. El derecho rector determinará si, y de qué modo, operarán los contratos, así como los recursos disponibles en caso de incumplimiento, incluidos mecanismos judiciales. Tratándose del derecho no estatal, la ejecución puede realizarse a través de algún foro internacional (por ejemplo, UNIDROIT, CIADI).

Otro de los efectos jurídicos de los contratos puede consistir en el efecto jurídico de desplazar a otras reglas de derecho interno que existen subsidiariamente a falta de acuerdo. En definitiva, por lo tanto, la naturaleza y el alcance de los efectos jurídicos de un contrato dependen de la ley rectora, incluido todo eventual conflicto de normas jurídicas pertinente.

Aunque los efectos jurídicos de un contrato surgirán del derecho rector, los contratos pueden generar efectos jurídicos en la esfera internacional. Un Estado contratante podría realizar cierto comportamiento contando con que el otro Estado contratante siga cumpliendo sus obligaciones. Dado el carácter vinculante del contrato, esa suposición podría ser suficientemente razonable como para hacer que el otro Estado se abstuviera de seguir cumpliendo sus obligaciones contractuales.<sup>211</sup>

Alternativamente, podría haber la posibilidad de que un contrato regido, por ejemplo, por la ley nacional, sea elevado a la jerarquía de acuerdo vinculante regido por el derecho internacional. En el *Arbitraje sobre la zona marina protegida de Chagos*, por ejemplo, el razonamiento del Tribunal fue que un acuerdo celebrado por el Gobierno británico y Mauricio (un territorio no autónomo) en 1965 era “a lo sumo...un contrato vinculante para las partes conforme al derecho interno”<sup>212</sup>. Concluyó sin embargo que la independencia de Mauricio había surtido el efecto de elevar al plano del derecho internacional el acuerdo global alcanzado por los ministros de Mauricio y transformar los compromisos asumidos en 1965 “en un acuerdo internacional” regido por el derecho internacional<sup>213</sup>. Aunque el Tribunal no lo expresó tan explícitamente, una manera de explicar ese resultado se hallaría en la idea de que la independencia de Mauricio transformó en derecho internacional el derecho rector del “contrato”, que era el derecho del Reino Unido, lo cual, por definición, convirtió el acuerdo en un tratado.

**5.3 Efectos de los compromisos políticos.** *Los Estados y sus instituciones deberían encarar la celebración de acuerdos sabiendo que un compromiso político no tendrá ningún efecto jurídico directo de conformidad con el derecho internacional o el derecho interno, ya que los compromisos políticos no son jurídicamente vinculantes.*

---

<sup>210</sup> Respuesta de los Estados Unidos, *supra*, nota 72. (“Los efectos jurídicos vinculados con contratos regidos por el derecho interno se rigen por las disposiciones del contrato y por el derecho interno aplicable al mismo.”)

<sup>211</sup> Con respecto a la exclusión (estoppel) en el derecho internacional, véase Thomas Cottier y Jörg Paul Müller, *Estoppel*, en Max Planck Encyclopedia of Public International Law (abril de 2007); *Arbitraje sobre la zona marina protegida de Chagos*, *supra*, nota 132, p. 174, párr. 438 (“puede invocarse la exclusión en los casos en que (a) un Estado ha realizado manifestaciones claras y uniformes, mediante palabras, actos o silencio; (b) esas manifestaciones han sido efectuadas a través de un agente autorizado a hablar por el Estado con respecto al tema en cuestión; (c) el Estado que invoca la exclusión fue inducido por esas manifestaciones a actuar en su detrimento, a sufrir un perjuicio o a conferir un beneficio al Estado manifestante, y (d) esa creencia era legítima, ya que la manifestación fue de aquellas en que ese Estado tenía derecho a confiar”).

<sup>212</sup> *Arbitraje sobre la zona marina protegida de Chagos*, *supra*, nota 132, p. 167, párr. 424 (en que se cita a Hendry y Dickson).

<sup>213</sup> *Íd.*, 167-68, párrs. 425, 428.

**5.3.1** *Los Estados y sus instituciones deberían cumplir sus compromisos políticos y aplicarlos, entendiéndose que otros Estados esperarán que el compromiso político se cumpla por razón de su fuerza moral o del contexto político en el cual se celebró.*

**5.3.2** *Los Estados y sus instituciones deberían saber que un compromiso político, aunque no fuese vinculante, podría tener efectos jurídicos para un Estado. Por ejemplo, los compromisos políticos pueden:*

- (i) incorporarse en otros actos jurídicos internacionales, como tratados o decisiones de organizaciones internacionales;*
- (ii) incorporarse en actos jurídicos internos, como leyes u otros tipos de normativa, o*
- (iii) servir de base para la interpretación de otros acuerdos jurídicamente vinculantes o guiarlos.*

**Comentario:** Por definición, los compromisos políticos no son vinculantes; no pueden, de por sí, suscitar ningún efecto jurídico. Los Estados y sus instituciones deberían adaptar sus expectativas a esa realidad. Desde el punto de vista del derecho internacional, los compromisos políticos no activan el principio *pacta sunt servanda* ni ninguno de los efectos de derecho internacional secundarios a que da lugar la elaboración de tratados (por ejemplo, los del derecho de los tratados, la responsabilidad del Estado, regímenes especializados).<sup>214</sup>

No obstante, sería un error que los Estados supusieran que esto significa que los compromisos políticos no surtan efectos. Aun cuando no sean por sí mismos vinculantes, de todos modos contienen compromisos y éstos suelen hacerse en nombre de un Estado (o de sus instituciones). Otros Estados pueden esperar —y a menudo esperarán—el continuo cumplimiento de sus términos (al mismo tiempo que tienen presente que no podrán invocar instrumentos de derecho internacional en casos de incumplimiento)<sup>215</sup>. Los compromisos políticos promueven, así, el honor y la reputación de los Estados y las instituciones del Estado que los componen. La práctica de los Estados muestra, además, que los compromisos políticos pueden suscitar efectos significativos en el comportamiento del Estado, como, por ejemplo, ejecutar los compromisos del Grupo de Acción Financiera tendientes a combatir el financiamiento del terrorismo<sup>216</sup>.

Por ser una práctica óptima, por lo tanto, estas *Directrices* recomiendan que los Estados cumplan sus compromisos políticos. Ellos, por supuesto, no tienen la obligación jurídica de hacerlo. De todos modos, al cumplir sus compromisos políticos, un Estado satisface las expectativas de comportamiento de otros participantes en compromisos políticos. Cuando un Estado tropieza con dificultades para el cumplimiento en un contexto de desempeño, el diálogo y la comunicación con otros participantes probablemente será más provechoso que desconocer los acuerdos concertados. Y del mero hecho de que un Estado que cese de cumplir sus compromisos políticos no estará expuesto a recursos jurídicos internacionales (por ejemplo, rescisión de tratados o contramedidas) no se infiere que el incumplimiento carecerá de inconvenientes. Otros Estados pueden responder con actos inamistosos —aunque de todos modos legítimos—, incluidos los que el derecho internacional cataloga como retorsivos<sup>217</sup>. De

---

<sup>214</sup> Véase, por ejemplo, Respuesta de Canadá, *supra*, nota 40, en 8 (en donde se indica que se considera que los instrumentos no vinculantes celebrados entre dependencias o a nivel subnacional solo son compromisos políticos o morales); Respuesta de Perú, *supra*, nota 66 ("Considerando que los acuerdos 'no vinculantes' que celebran las entidades gubernamentales peruanas con entidades gubernamentales extranjeras no tienen como propósito establecer un relacionamiento jurídico, a estos no se les aplica el principio *pacta sunt servanda*, sino únicamente el principio de la buena fe").

<sup>215</sup> Véase *supra*, nota 52, y el texto que le acompaña.

<sup>216</sup> Véase, por ejemplo, Grupo de Acción Financiera (GAFI), en [http://www.fatf-gafi.org/pages/0,3417,en\\_32250379\\_32235720\\_1\\_1\\_1\\_1\\_1,00.html](http://www.fatf-gafi.org/pages/0,3417,en_32250379_32235720_1_1_1_1_1,00.html) (El GAFI emite "recomendaciones" que no son de carácter vinculante pero que se han convertido en el estándar universal para combatir el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo).

<sup>217</sup> Véase la nota 198 *supra*.

hecho, salvo las contramedidas, las posibles consecuencias de la violación de un compromiso político pueden no diferir demasiado de las previstas en los tratados. Por ejemplo, cuando Corea del Norte renegó de su compromiso político de suspender el enriquecimiento de uranio, Estados Unidos suspendió la ayuda que había prometido proporcionar en virtud del compromiso y alentó la aplicación de sanciones internacionales<sup>218</sup>.

Varios Estados Miembros parecen considerar que los compromisos políticos no pueden generar ningún efecto jurídico.<sup>219</sup> Esa opinión puede depender, sin embargo, de cómo se definan los “efectos jurídicos”. La práctica indica que los compromisos políticos pueden tener relevancia jurídica y, en ciertos casos, incluso pueden generar efectos jurídicos indirectos por ciertas vías discretas:

- En cuanto a efectos jurídicos internacionales indirectos, los Estados pueden llegar a convertir un compromiso político en un tratado mediante actos adicionales y discrecionales. El procedimiento del consentimiento previo informado que está en la médula del Convenio de Rotterdam existía antes de la celebración de ese tratado, a través de compromisos políticos asumidos con los auspicios del PNUD y de la FAO<sup>220</sup>. Alternativamente, un organismo internacional puede incorporar un compromiso político en un formato jurídicamente vinculante en la esfera internacional. En su resolución 2231, por ejemplo, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas apoyó el llamado “Acuerdo de Irán” sobre no proliferación nuclear, confiriendo obligatoriedad a algunos de sus términos a través de las autoridades de su capítulo VII.<sup>221</sup>
- En términos de efectos jurídicos internos, algunos compromisos políticos —por ejemplo el Proceso de Kimberly sobre Diamantes de Conflictos; el Arreglo de Wassenaar— permiten que sus términos sean codificados en el derecho interno mediante actos adicionales y discrecionales de la legislatura del Estado<sup>222</sup>.
- Pueden usarse también compromisos políticos como vehículos para la interpretación de otros acuerdos jurídicamente vinculantes. La Comisión de Derecho Internacional, por ejemplo, ha concluido que acuerdos subsiguientes o la práctica subsiguiente usada con fines de interpretación de tratados en virtud del artículo 31(3) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, “requiere un entendimiento común acerca de la interpretación de un tratado que las partes reconozcan y acepten. Dicho acuerdo podrá ser legalmente vinculante, aunque no tendrá que serlo, para ser

---

<sup>218</sup> Selig S. Harrison, *Time to Leave Korea?* Foreign Affairs (mar./abr. de 2001).

<sup>219</sup> Véase, por ejemplo, Respuesta de Colombia, *supra*, nota 85, ([l]os acuerdos no vinculantes “no generan ninguna implicación jurídica para la República de Colombia como sujeto de derecho internacional.”). Respuesta de México, *supra*, nota 109, (“[l]os instrumentos no vinculantes son de naturaleza eminentemente política, ya que externalizan la voluntad y e intencionalidad de las instancias firmantes, por lo que NO tienen implicaciones jurídicas”). Respuesta de los Estados Unidos, *supra*, nota 72, (“[c]omo los instrumentos que no son jurídicamente vinculantes no se rigen por derechos u obligaciones basados en el derecho nacional o internacional, no existen efectos jurídicos vinculados con ellos”).

<sup>220</sup> Convenio de Rotterdam sobre el Procedimiento de Consentimiento Fundamentado previo Aplicable a ciertos Plaguicidas y Productos Químicos Peligrosos Objeto de Comercio Internacional (“Convenio de Rotterdam”), 11 de septiembre de 1998, 2244 U.N.T.S. 337; véase también Rotterdam Convention, “Historia de las negociaciones del Convenio de Rotterdam”, en <http://www.pic.int/EIConvenio/Generalidades/Historia/Generalidades/tabid/1946/language/es-CO/Default.aspx>.

<sup>221</sup> Véase UNSC Res. 2231 (julio de 2015).

<sup>222</sup> Véase, por ejemplo, la Ley de comercio de diamantes de zonas en conflicto, Ley Pública 108-19 (25 de abril de 2003) (relativa a la implementación del “Proceso de Kimberley”, que incluía un compromiso político tendiente a regular el comercio de diamantes en zonas libres de conflictos); Arreglo de Wassenaar, en <https://www.wassenaar.org/es/>.

tenido en cuenta”<sup>223</sup>. Quienes los interpretan pueden, además, emplear los compromisos políticos sin ninguno de los actos adicionales y discrecionales necesarios para convertir éstos en compromisos jurídicos nacionales o internacionales.

- Análogamente, las cortes y tribunales internacionales se han mostrado dispuestos a aceptar que mediante compromisos políticos se establezcan normas de comportamiento pertinentes que puedan usarse para evaluar el cumplimiento de un tratado por un Estado. En una decisión adoptada por la Organización Mundial del Comercio (OMC) en 2011, por ejemplo, un grupo especial de solución de diferencias concluyó que varios compromisos políticos no vinculantes generados bajo los auspicios del Programa Internacional para la Conservación de los Delfines constituían una “norma internacional pertinente” a los efectos de medir el cumplimiento del Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio (OMC) sobre Obstáculos Técnicos al Comercio<sup>224</sup>.

¿Qué pensar sobre el uso de la doctrina de los actos propios, del derecho internacional, para exigir el continuo cumplimiento, por el Estado, de sus compromisos políticos? En la doctrina se discute desde hace tiempo la cuestión de si en las circunstancias apropiadas un compromiso político puede llevar a terceros a basarse, por razones de buena fe, en el mantenimiento del comportamiento acordado, aunque no lo imponga el propio acuerdo (no vinculante).<sup>225</sup> Esta es la misma lógica, por ejemplo, que explica la eficacia jurídica de ciertas declaraciones unilaterales<sup>226</sup>. Los Estados Miembros no se muestran entusiastas con respecto a esa posibilidad<sup>227</sup>. Además, cuando un acuerdo es manifiestamente “no vinculante” será difícil establecer que el hecho de que otros Estados se basen en la continuidad del desempeño sea razonable (en el sentido jurídico del término). Tal como lo destacó el *Tribunal del Arbitraje sobre la zona marina protegida de Chagos*, “[n]o toda confianza, ni siquiera en claro detrimento de un Estado, basta para generar razones a favor de la doctrina de los actos propios. Un Estado que opte por basarse, en su detrimento, en un acuerdo expresamente no vinculante, no logra por ello un compromiso vinculante mediante la doctrina de los actos propios, pues no sería legítimo invocarla”<sup>228</sup>. No obstante, la cuestión puede seguir abierta al debate, y los Estados deberían, como mínimo, conocer la posibilidad de que algunos invoquen dicha teoría en el contexto de ciertos compromisos políticos.

---

<sup>223</sup> Comisión de Derecho Internacional, Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de tratados, *Textos de los proyectos de conclusión aprobados por el Comité de Redacción en segunda lectura*; 70º período de sesiones A/CN.4/L.907 (11 de mayo de 2018).

<sup>224</sup> Véase Organización Mundial del Comercio (OMC), *Estados Unidos - Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún. Informe del Grupo Especial* (15 de septiembre de 2011) WT/DS381/R, párrs 7.707 y 7.716 (referencia en español [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE\\_Search/FE\\_S\\_S006.aspx?Query=\(%40Symbol%3d+wt%2fd381%2f\\*\)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUICChanged=true](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(%40Symbol%3d+wt%2fd381%2f*)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUICChanged=true)); véase también Pauwelyn, *supra*, nota 209, p. 155-56.

<sup>225</sup> Véase, por ejemplo, Schachter, *supra*, nota 49, p. 301 (en que se señala que la doctrina de los actos propios podría aplicarse cuando exista un acuerdo de caballeros y confianza razonable en el mismo); Aust, *supra*, nota 162, págs. 807, 810-11 (en que se indica que dicha doctrina puede aplicarse a ciertos compromisos políticos, pero no a meras declaraciones de voluntad política); no obstante, véase Klabbbers, *supra*, nota 3, pág. 138-40 (en que se insiste que un acuerdo no puede ser no vinculante si surte efectos jurídicos); véase también *supra*, nota 211.

<sup>226</sup> Véase la nota 2 *supra*.

<sup>227</sup> Véase, por ejemplo, la nota 219 *supra*. Perú, no obstante, señala que asumir compromisos políticos puede suscitar la buena fe de un Estado (en lugar de la aplicación del principio *pacta sunt servanda*), lo que podría indicar cierta solicitud a favor de una invocación basada en la doctrina de los actos propios en las circunstancias adecuadas. *Supra*, nota 214.

<sup>228</sup> *Arbitraje sobre la zona marina protegida de Chagos*, *supra*, nota 132, pág. 177, párr. 445.

**5.4 Efectos jurídicos de un acuerdo interinstitucional.** *Los Estados deberían suponer que un acuerdo interinstitucional surtirá los efectos jurídicos de la categoría de acuerdo (tratado, compromiso político o contrato) a la que corresponda*

**5.4.1** Los Estados podrían suponer que los tratados y contratos interinstitucionales generarán responsabilidad del Estado en su conjunto.

**5.4.2** No obstante, los Estados deberían tener en cuenta que, en ciertos casos, un Estado o su institución podría afirmar que la responsabilidad jurídica por un acuerdo interinstitucional se extiende solo a la institución del Estado que celebre el acuerdo.

**5.4.3** En los casos en que los Estados tengan puntos de vista divergentes acerca de la responsabilidad jurídica generada por un acuerdo interinstitucional vinculante, deberían armonizar sus puntos de vista y avenirse a que ambos Estados asuman la responsabilidad emanada del acuerdo interinstitucional o limiten la responsabilidad a las instituciones que suscriban el acuerdo.

**5.4.4** Los Estados deberían utilizar toda la discreción que posean para evitar que un acuerdo interinstitucional tenga efectos jurídicos en los casos en que una o más de las instituciones participantes no hayan recibido del Estado del cual formen parte la potestad (o la capacidad general) necesaria para celebrar un acuerdo de ese tipo.

**Comentario:** Por definición, los acuerdos interinstitucionales no están asociados con ningún tipo especial de acuerdo internacional. Pueden ser vinculantes (como tratados o como contratos) o compromisos políticos no vinculantes. El tipo de acuerdo existente estará en función de las capacidades de las instituciones participantes y de los métodos de identificación empleados<sup>229</sup>. Una vez aclarada la naturaleza de un acuerdo interinstitucional también se aclararán sus efectos jurídicos. Los tratados interinstitucionales pueden generar los mismos efectos jurídicos internacionales primarios y secundarios, así como efectos jurídicos internos otorgados por el sistema jurídico de un Estado. Los efectos jurídicos de los contratos interinstitucionales, al igual que los de los contratos interestatales, emanarán del derecho rector pertinente, en tanto que los compromisos políticos interinstitucionales no generarán ningún efecto jurídico directo, aunque los Estados deberían tener conocimiento de que, de todos modos, esos contratos podrían generar ciertos efectos indirectos<sup>230</sup>.

No obstante, existe un ámbito en que los acuerdos interinstitucionales —en especial los tratados interinstitucionales— plantean una pregunta adicional. Específicamente, ¿sobre quién recaen los efectos jurídicos de un tratado interinstitucional? ¿exclusivamente sobre la institución, o sobre la totalidad del Estado con el que esté vinculado el tratado? La práctica de algunos Estados Miembros parece inclinarse por la segunda alternativa; aun cuando las partes de un tratado sean instituciones del Estado, sus efectos recaerán, de todos modos, sobre el Estado en su conjunto.<sup>231</sup> Ese parece ser el caso independientemente de que la institución del

---

<sup>229</sup> Con respecto a una definición de acuerdos interinstitucionales, véase la Directriz 1.5 y el comentario que la acompaña. Con respecto a la capacidad de las instituciones del Estado de celebrar tratados, compromisos políticos y contratos, véanse las Directrices 2.2, 2.4 y 2.6. Los métodos de identificación de tratados, compromisos políticos y contratos se exponen en detalle en la sección 3 de las presentes *Directrices* y en el comentario que las acompaña.

<sup>230</sup> Respuesta de Jamaica, *supra*, nota 71 (en que se describen efectos jurídicos de acuerdos interinstitucionales, incluido el de ser "susceptibles de interpretación por tribunales nacionales"); Respuesta de los Estados Unidos, *supra*, nota 72 ("Los efectos jurídicos vinculados con contratos regidos por el derecho nacional se rigen por las disposiciones del contrato y por el derecho nacional aplicable a este último"); véase también la Respuesta de la República Dominicana, *supra*, nota 46 (los acuerdos no vinculantes adoptados a nivel de organismos o a nivel subnacional "no son, en ningún sentido, vinculantes").

<sup>231</sup> Véase, por ejemplo, Respuesta de Jamaica, *supra*, nota 71 ("La responsabilidad jurídica internacional recae sobre el Estado. A nivel nacional, en cambio, el organismo o la unidad territorial subnacional es responsable ante el Gobierno de asegurar que sus obligaciones se cumplan conforme al Acuerdo"). Respuesta de los Estados Unidos, *supra*, nota 72 ["Estados Unidos considera que los tratados (definidos conforme al artículo 2 de la Convención de Viena

Estado forme parte del gobierno nacional o de una unidad territorial subnacional. Esa es, además, la posición adoptada por la Comisión de Derecho Internacional en el Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado, cuyo artículo 4(1) establece:

Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas o judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado<sup>232</sup>.

Dadas esas opiniones, la *directriz 5.4.1* articula un supuesto inicial: los Estados pueden prever razonablemente que un tratado interinstitucional obligue a los Estados a los que pertenezcan las instituciones; no únicamente a las instituciones mismas.

Un supuesto de ese género puede suscitar por lo menos tres ventajas para los Estados. Primero, puede proporcionar más certeza a todos los Estados e instituciones que tomen parte en la elaboración de tratados. Saber que se prevé que un Estado habrá de cumplir compromisos regidos por el derecho internacional y elaborado por sus instituciones puede alentar a otros Estados y a sus instituciones a tomar parte en esa actividad de elaboración de tratados. Segundo, asegurará un más sólido conjunto de efectos jurídicos directos para todos los tratados (haciendo innecesario elaborar diferentes efectos para tratados entre Estados a partir de tratados internacionales). Tercero, este enfoque está en consonancia con la arquitectura básica del derecho internacional público. Si la mayoría de las instituciones del Estado no son personas de derecho internacional independientes, de ello se infiere que el derecho internacional se opondrá a otorgar a sus actividades un efecto jurídico directo, sino que las atribuirá al Estado del que formen parte.

Pese a esas ventajas, no hay uniformidad en cuanto a la práctica de los Estados en cuanto a su responsabilidad única. Varios Estados sostienen la opinión de que la responsabilidad de derecho internacional podría recaer sobre la institución celebrante; no sobre el Estado en conjunto; un Estado —México—adoptó expresamente ese punto de vista<sup>233</sup>. Si bien admitiendo que un tratado celebrado por el Estado mexicano obliga a México, ese país invoca su estructura federal para sostener que “sería inconstitucional que [México] asumiera responsabilidad por acuerdos interinstitucionales celebrados por estados y zonas y entidades municipales, pues ello interferiría con las facultades que les han sido conferidas por la Constitución misma”<sup>234</sup>. En

---

sobre el Derecho de los Tratados) celebrados por sus organismos crean obligaciones jurídicas aplicables a los Estados Unidos, aunque en la práctica el cumplimiento de esos acuerdos generalmente recae en el organismo que los celebra.”] Argentina, análogamente, manifestó preferencia por la responsabilidad del Estado, señalando, al mismo tiempo, que el texto jurídico no era totalmente claro. Respuesta de Argentina, *supra*, nota 72. Varios Estados, fuera de la región, han adoptado un parecer similar. Véase, por ejemplo, Guía de tratados de Suiza, *supra*, nota 123, en 25 [que dice que según el derecho Internacional es la Confederación Suiza (véase el art. 6 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados), y no la unidad administrativa, que carece de toda personalidad jurídica, quien asume la responsabilidad por las obligaciones adquiridas).

<sup>232</sup> Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado, *supra*, nota 138, art. 4(1); véase también *id.*, art. 4(2) (“Se entenderá que un órgano incluye toda persona o entidad que tenga esa condición según el derecho interno del Estado.”) En español: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G01/640/08/pdf/G0164008.pdf?OpenElement>

<sup>233</sup> Hollis, Segundo informe, *supra*, nota 10, párr. 38-40 (en que se exponen opiniones de Perú y de Uruguay); Respuesta de Panamá, *supra*, nota 69.

<sup>234</sup> Respuesta de México, *supra*, nota 109. Además, México sostiene que “Asimismo sería ilegal [conforme al derecho mexicano] que el Gobierno Federal asumiera dicha responsabilidad, ya que el acuerdo interinstitucional se efectuó sin seguir las formalidades que la Ley sobre la Celebración de Tratados establece”. *Id.* Perú niega que sus instituciones puedan celebrar “tratados”, pero admite que sus acuerdos interinstitucionales pueden crear “una relación jurídica

lugar de ello, México considera que esos acuerdos interinstitucionales regidos por el derecho internacional solo surten efectos para las instituciones que los celebran<sup>235</sup> Otros Estados admiten que la situación no siempre es clara; Panamá, por ejemplo, percibe “la posibilidad de que haya surgido una nueva costumbre internacional” en materia de responsabilidad por acuerdos interinstitucionales<sup>236</sup>.

Las presentes Directrices no están destinadas a resolver la discrepancia sobre la extensión de las obligaciones emanadas de tratados, pero pueden ayudar a sensibilizar a los Estados acerca de que se trata de una cuestión que ha de considerarse cuando sus instituciones tomen parte en la celebración de acuerdos internacionales vinculantes. Además, el carácter consensual del orden jurídico internacional sugiere una práctica que pueden utilizar los Estados para evitar el problema. En los casos en que dos Estados sostengan diferentes opiniones sobre la medida en que un tratado internacional sea vinculante pueden acordar una posición uniforme.

- Podrían, por ejemplo, convenir en tratar al compromiso asumido por su institución en virtud de un tratado como equivalente al de los tratados elaborados en nombre de los dos Estados, o bien.
- Consentir específicamente que los efectos de un tratado interinstitucional solo abarquen a las instituciones involucradas.

Los Estados podrían incluir esas condiciones en el propio tratado interinstitucional o convenirlas separadamente, en forma general o caso a caso. Idealmente podrían hacerlo por anticipado, aunque sería posible llegar a una solución de compromiso después que el tratado interinstitucional ha comenzado a existir. Una práctica de ese género podría ser novedosa, pero proporciona una vía para dar cabida a posiciones divergentes en materia de responsabilidad que de lo contrario podrían suscitar discrepancias o la necesidad de algún tipo de resolución de disputas.

Finalmente, existe una cuestión consistente en determinar qué efectos jurídicos, si es que alguno, deberían otorgar los Estados y otros interesados a acuerdos interinstitucionales vinculantes celebrados cuando una o más de las instituciones involucradas no siga los procedimientos nacionales apropiados. En otras palabras, ¿cómo deberían manejar los Estados los acuerdos interinstitucionales no autorizados? Es probable que conferir a esos acuerdos efectos jurídicos internos sea problemático, especialmente en el Estado en el que no se hayan seguido los procedimientos preceptivos. En la República Dominicana, por ejemplo, cuando el Subsecretario de Estado de Relaciones Exteriores de ese país celebró un memorando de entendimiento con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sin cumplir las normas constitucionales en materia de revisión judicial y de aprobación parlamentaria, la Corte Suprema declaró nulo y carente de valor ese memorando.<sup>237</sup>

Además, algunos Estados Miembros creen que la omisión de observar procedimientos internos puede también impedir la adjudicación de efectos de derecho internacional a acuerdos interinstitucionales. Colombia, por ejemplo, ha señalado que “no es responsable de acuerdos que hayan sido celebrados en violación” de condiciones nacionales en materia de legalidad de sus acuerdos internacionales<sup>238</sup>. México hace hincapié en la responsabilidad personal de quienes suscriban un acuerdo interinstitucional sobre el cual el Departamento Jurídico de la Secretaría de Relaciones Exteriores no haya expuesto sus opiniones<sup>239</sup>. Otros Estados ofrecen una posición más matizada, señalando que la mejor manera de determinar la responsabilidad

---

... exclusivamente para las instituciones que los celebren...”. No explica, sin embargo, qué ley regiría esa relación jurídica. Respuesta de Perú, *supra*, nota 66.

<sup>235</sup> Respuesta de México, *supra*, nota 109.

<sup>236</sup> Respuesta de Panamá, *supra*, nota 69.

<sup>237</sup> Respuesta de la República Dominicana, *supra*, nota 46.

<sup>238</sup> Véase también Respuesta de Ecuador, *supra* nota 46.

<sup>239</sup> Respuesta de México, *supra*, nota 109.

internacional emanada de un acuerdo interinstitucional no autorizado es basarse en la “naturaleza del acuerdo y las circunstancias que rodeen su celebración”.<sup>240</sup>

La *Directriz 5.4.4* propone una práctica óptima conforme a la cual los Estados ejerzan toda la discrecionalidad disponible para rehusar dar efectos jurídicos a acuerdos interinstitucionales no autorizados. Se incluye el calificativo que hace referencia a “discreción disponible” para dejar en claro que esa directriz solo se aplica cuando el Estado tiene la opción entre conceder o no efectos jurídicos a un acuerdo; no contempla el evitar que un acuerdo surta efectos jurídicos que el Estado tiene la obligación de soportar, en virtud ya sea del derecho nacional o internacional. No obstante, cuando los Estados tienen discrecionalidad, parecería ser una práctica óptima no conferir efectos jurídicos a acuerdos interinstitucionales no autorizados. Otorgar efectos jurídicos a tratados (o contratos) interinstitucionales podría incentivar la posibilidad de que las instituciones del Estado violen sus propias leyes y procedimientos internos si tienen la percepción de que los beneficios que surgen de llegar a un acuerdo con entidades extranjeras sobrepujan las consecuencias internas. Esos incentivos serían especialmente perversos si la institución compartiera los costos (en cuanto a responsabilidad y riesgos) con el Estado en conjunto; el mismo Estado cuyos procedimientos no se hubieran cumplido.<sup>241</sup>

## 6. Capacitación y educación sobre acuerdos vinculantes y no vinculantes

**6.1 Capacitación y educación a cargo de los Estados sobre acuerdos vinculantes y no vinculantes.** Los Estados deberían tomar medidas para capacitar y educar a los funcionarios pertinentes del Ministerio de Relaciones Exteriores, o de otros ministerios o dependencias pertinentes, para que puedan hacer lo siguiente:

- (i) *identificar los distintos tipos de acuerdos vinculantes y no vinculantes y distinguir entre ellos;*
- (ii) *entender quiénes en el ámbito del Estado tienen capacidad para negociar y celebrar qué acuerdos;*
- (iii) *seguir los procedimientos internos para la celebración de tales acuerdos; y*
- (iv) *comprender los efectos jurídicos y de otros tipos que puedan emanar de distintos tipos de acuerdos internacionales.*

**Comentario:** Tal como lo establecen claramente estas directrices, la práctica existente del Estado con respecto a acuerdos internacionales reviste crucial importancia para el derecho internacional y las relaciones internacionales. No obstante, también es evidente que no se trata de cierto conjunto sencillo de herramientas que los Estados y sus autoridades puedan aplicar intuitivamente. Las actuales variantes de definiciones, capacidades, métodos de identificación, procedimientos y efectos requieren saber especializado y atención para tener la certeza de que un Estado esté en condiciones de promover sus intereses en materia de política exterior y simultáneamente evitar confusiones, malentendidos y disputas (jurídicas o de otra naturaleza). Por ese motivo, es importante que los Estados dediquen los recursos necesarios para instruir a las autoridades pertinentes sobre esos temas<sup>242</sup>.

---

<sup>240</sup> Respuesta de Jamaica, *supra*, nota 71; véase también Respuesta de Perú, *supra*, nota 66.

<sup>241</sup> Ello, sin embargo, sería contrario a la presunción de validez dada a los tratados celebrados en violación de procedimientos internos en el contexto interestatal por el artículo 46 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Véase la nota 77 *supra*. No obstante, no resulta claro que el artículo 46 constituya derecho internacional consuetudinario. Véase Jan Klabbbers, *The Validity and Invalidity of Treaties*, en *The Oxford Guide to Treaties* 551, 564 (D. Hollis, ed., 2012).

<sup>242</sup> El Grupo de Trabajo sobre Práctica de Tratados pidió opiniones sobre capacitación relativa a acuerdos vinculantes y no vinculantes. Las respuestas dieron cuenta de la diversidad de esquemas formales e informales mediante los que los funcionarios encargados de tratados forman a otros funcionarios, tanto en los propios Ministerios de Relaciones Exteriores como en otros ministerios y dependencias. Véase, por ejemplo, Grupo de Trabajo sobre Práctica de Tratados, *supra*, nota 40, en 4, 6-7, 22, 24 (en donde se detallan la capacitación y orientación

La *Directriz 6.1* se focaliza la prestación de adecuados servicios de capacitación y educación para altos funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores, sobre los diversos aspectos de los acuerdos internacionales. A dichos funcionarios suele encomendársele la responsabilidad global en materia de práctica de tratados del Estado. En consecuencia, es razonable que los Estados se doten de suficiente experiencia técnica para diferenciar los tratados del Estado de la creciente práctica de otras modalidades de acuerdos internacionales, incluidos contratos interestatales vinculantes y acuerdos interinstitucionales. Cuando se requiera, este tipo de capacitación debe hacerse extensiva a otros funcionarios y oficinas pertinentes.

Disponer, en toda la región, de altos funcionarios adecuadamente capacitados ayudará a mejorar las prácticas existentes y a mitigar la confusión imperante con respecto a la naturaleza jurídica de diversos acuerdos (como los rotulados como “memorandos de entendimiento”), y a la identificación de las instituciones con las cuales otros Estados pueden celebrar acuerdos vinculantes y no vinculantes. Ahondar el conocimiento en torno a los diversos tipos y efectos de los acuerdos vinculantes y no vinculantes puede permitir a las autoridades del Ministerio de Relaciones Exteriores asesorar a los responsables de la adopción de decisiones sobre las soluciones de compromiso que implican dar preferencia a cierto tipo de acuerdo en comparación con otro.

**6.2 Capacitación y educación sobre acuerdos interinstitucionales.** *Si un Estado autoriza la celebración de acuerdos interinstitucionales, debe tomar medidas para capacitar y educar a los funcionarios pertinentes de una dependencia o una unidad territorial subnacional del Estado para que puedan hacer lo siguiente:*

- (i) identificar los distintos tipos de acuerdos vinculantes y no vinculantes y distinguir entre ellos;*
- (ii) entender quiénes en el ámbito del Estado tienen capacidad para negociar y celebrar qué acuerdos;*
- (iii) seguir los procedimientos internos para la celebración de tales acuerdos; y*
- (iv) comprender los efectos jurídicos y de otros tipos que puedan emanar de distintos tipos de acuerdos internacionales.*

**Comentario:** No todos los Estados autorizarán acuerdos interinstitucionales, sean estos tratados, contratos o compromisos políticos<sup>243</sup>. Para los que lo hacen, sin embargo, será necesario asegurar que las instituciones competentes para la elaboración de acuerdos estén dotadas de capacidad suficiente para ejercer adecuadamente esa competencia. Esa capacitación puede consistir en ejercicios a nivel nacional en que se imparta a funcionarios no pertenecientes al Ministerio de Relaciones Exteriores educación sobre acuerdos internacionales y también —lo que no es menos pertinente— sobre los procedimientos que hayan de seguirse en la esfera interna para autorizar esos acuerdos. Cuando las unidades territoriales subnacionales puedan celebrar acuerdos, les sería provechoso recibir capacitación y educación similares. Esos programas pueden mitigar los inconvenientes emanados de situaciones relacionadas con capacidad en que una institución actúe careciendo de competencia para ello o asuma de otro modo compromisos en detrimento del Estado tomado en conjunto. Un mayor conocimiento en torno a los diversos tipos y efectos de los acuerdos vinculantes y no vinculantes puede permitir a las instituciones del Estado elaborar, en materia de acuerdos, una práctica que esté en consonancia con sus intereses y al mismo tiempo dar cabida a políticas y procedimientos de otros países.

\* \* \*

---

que ofrecen los funcionarios encargados de tratados en Alemania, Canadá, Corea, España, Finlandia, Israel, Japón y México).

<sup>243</sup> Véase la *Directriz 2.2* y el comentario que la acompaña.

**CJI/RES. 259 (XCVII-O/20)**

**DIRECTRICES DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO PARA LOS  
ACUERDOS VINCULANTES Y NO VINCULANTES**

EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO,

TENIENDO EN CUENTA:

Que la Asamblea General de la OEA, mediante resolución AG/RES. 2930 (XLIX-O/19) “Derecho Internacional”, en el punto i sobre “Observaciones y recomendaciones al Informe Anual del Comité Jurídico Interamericano”, solicitó al CJI que informe permanentemente sobre los avances respecto de los temas incluidos en su agenda tales como los asuntos referidos a los acuerdos vinculantes y no vinculantes;

CONSCIENTE de que cada vez hay un mayor número de acuerdos internacionales no tradicionales, incluidos los acuerdos no vinculantes entre Estados, así como los acuerdos vinculantes y no vinculantes concertados por los Ministerios de Gobierno y unidades territoriales subnacionales;

CONSIDERANDO, que unas Directrices para los Acuerdos Vinculantes y No Vinculantes pueden ayudar a los Estados miembros a tener mayor claridad sobre los diversos tipos de acuerdos internacionales vinculantes y no vinculantes que existen hoy en día y ajustar mejor las expectativas con respecto a su elaboración, aplicación e interpretación;

TOMANDO EN CUENTA la importancia de contar con Directrices que puedan ofrecer un conjunto concreto y detallado de definiciones, puntos de entendimiento y prácticas óptimas que los Estados Miembros consideren emplear en la negociación, adopción o aplicación de los diferentes tipos de acuerdos internacionales y en su interacción con los diversos actores que se encargan de ello (Estados, entidades gubernamentales y unidades territoriales), propiciando un mejor conocimiento en estas áreas y reduciendo el riesgo de futuras dificultades con otros Estados de la región y del mundo entero,

RESUELVE:

1. Aprobar las “Directrices del Comité Jurídico Interamericano para los Acuerdos Vinculantes y No Vinculantes” contenidas en el documento “Acuerdos Vinculantes y No Vinculantes: Informe Final” (CJI/doc.614/20 rev.1 corr.1), anexo a la presente resolución.

2. Agradecer al doctor Duncan B. Hollis por su trabajo como relator del tema y por la presentación de dicho informe y de la versión final de las Directrices.

3. Transmitir la presente resolución y las Directrices contenidas en el documento “Acuerdos Vinculantes y No Vinculantes: Informe Final” (CJI/doc.614/20 rev.1 corr.1) a la Asamblea General de la OEA, para su debido conocimiento y consideración.

4. Solicitar al Departamento de Derecho Internacional, en su calidad de Secretaría Técnica del Comité Jurídico Interamericano, que le dé a las “Directrices del Comité Jurídico Interamericano para los Acuerdos Vinculantes y No Vinculantes” la mayor promoción y difusión entre los diversos actores interesados.

La presente resolución fue aprobada por unanimidad en la sesión ordinaria celebrada el 7 de agosto de 2020, por los siguientes miembros: doctores Luis García-Corrochano Moyano, Eric P. Rudge, Mariana Salazar Alborno, José Antonio Moreno Rodríguez, Milenko Bertrand-Galindo Arriagada, Duncan B. Hollis, Alix Richard, George Rodrigo Bandeira Galindo, Miguel A. Espeche-Gil, Íñigo Salvador Crespo y Ruth Correa Palacio.

\* \* \*

## CJI/doc. 614/20 rev. 1 corr.1

## ACUERDOS VINCULANTES Y NO VINCULANTES: INFORME FINAL

(presentado por el profesor Duncan B. Hollis)

## INTRODUCCIÓN

1. Este es mi séptimo y último informe sobre acuerdos vinculantes y no vinculantes. Aquí se incluye la versión final de las *Directrices para acuerdos vinculantes y no vinculantes, con comentarios* (en adelante “*Directrices*”). Con esto culmina un proyecto de casi cuatro años que comenzó a instancias de varios Asesores Jurídicos de Ministerios de Relaciones Exteriores de los Estados Miembros de la OEA, en octubre de 2016<sup>1</sup>.

2. Este proyecto cobró impulso con el creciente número de acuerdos internacionales no tradicionales, incluidos los acuerdos no vinculantes entre Estados, así como los acuerdos vinculantes y no vinculantes concertados por los ministerios de Gobierno y las unidades territoriales subnacionales. Estos acuerdos podrían ser dignos de encomio, puesto que ofrecen a los Estados y a otros actores novedosas formas de coordinación y cooperación. Al mismo tiempo, sin embargo, la diversidad (y complejidad) de estos acuerdos han dado lugar a importantes preguntas sobre su estatus jurídico, quién puede celebrarlos, cómo pueden ser identificados y cuáles son sus repercusiones jurídicas, si es que las hay. Fuera de cualquier aclaración o explicación, es legítimo pensar que la práctica relativa a acuerdos puede dar lugar a interpretaciones incompatibles, expectativas discordantes e incluso a controversias entre los Estados Miembros de la OEA, por no decir nada de la comunidad internacional en su conjunto.

3. Las *Directrices* que se adjuntan al presente informe tienen por objeto ayudar a los Estados Miembros a aclarar los diversos tipos de acuerdos internacionales vinculantes y no vinculantes que existen hoy día y ajustar mejor las expectativas con respecto a su elaboración, aplicación e interpretación. Así pues, estas *Directrices* ofrecen un conjunto concreto y detallado de definiciones, puntos de entendimiento y “prácticas óptimas” que los Estados Miembros (y otros) puedan emplear en la elaboración de diferentes tipos de acuerdos internacionales y en su interacción con los diversos actores que los celebran (Estados, entidades gubernamentales y unidades territoriales subnacionales). No obstante, su alcance es modesto. Estas *Directrices* no aspiran a codificar ni aportar al desarrollo del derecho internacional (aunque sí toman nota de varias áreas en las que falta claridad o hay controversias en el derecho internacional existente). Más bien, ofrecen un conjunto de puntos de entendimiento y prácticas voluntarias a las que pueden recurrir los Estados Miembros para mejorar sus conocimientos en estas áreas y reducir el riesgo de futuras dificultades con otros Estados de la región y del mundo entero.

4. Las *Directrices* se centran en los acuerdos internacionales, es decir, compromisos relativos a actos futuros a los que los participantes dan su consentimiento mutuo. Estos acuerdos pueden dividirse en dos categorías básicas: los que son “vinculantes” en el sentido de que se rigen por el derecho, sea el derecho internacional (es decir, “tratados”) o el derecho interno (es decir, “contratos”), y los que no son vinculantes (es decir, “compromisos políticos”) en el sentido de que la fuerza normativa para la formación o la operación del acuerdo no dimana del derecho. El primer conjunto de acuerdos se rige por el derecho, mientras que el segundo depende de la política internacional o incluso de la moral.

---

<sup>1</sup>. En ese entonces, el representante de Brasil sugirió que el Comité estudiara “la práctica de los Estados relativa a los memorandos de entendimiento” con miras a establecer principios generales o buenas prácticas. Chile y Perú sugirieron que dicho estudio debería incluir acuerdos celebrados por actores diferentes del Estado mismo, sean instituciones (u organismos) del Gobierno del Estado o actores subnacionales, tales como Gobiernos provinciales o municipales. Véase Informe Anual del Comité Jurídico Interamericano al cuadragésimo séptimo período ordinario de sesiones de la Asamblea General, OEA/Ser. G CP/doc.5261/17 (31 de enero de 2017) 153, 160 (Acta Resumida, Reunión con los Asesores Jurídicos de los Ministerios de Relaciones Exteriores, 5 de octubre de 2016).

The focus of the *Guidelines* are international agreements – commitments regarding future behavior to which participants give their mutual consent

5. Aunque al menos un Estado Miembro solo haría referencia al término “acuerdo” como sinónimo de tratado, he optado por no hacerlo precisamente porque para los Estados Miembros (y otros) es importante apreciar el concepto de acuerdo en sí. Los acuerdos pueden presentarse de muchas formas, pero no todas se ajustan a las normas jurídicas. Por lo general, celebramos acuerdos que son jurídicamente vinculantes (por ejemplo, un contrato) y otros que no lo son (por ejemplo, un trato para hacer un viaje con amigos). Existen diferencias entre estos, pero también traslapes importantes: todos los acuerdos incluyen compromisos relativos a algún acto futuro al que los participantes en el acuerdo dan su consentimiento mutuo. Estas *Directrices* abordan el concepto de acuerdo en este sentido para identificar el elemento común que une los tratados, los contratos y los compromisos políticos (y los distingue de los compromisos unilaterales o de los instrumentos que carecen de compromisos sobre un acto futuro)<sup>2</sup>. En otras palabras, todos los tratados pueden ser acuerdos, pero no todos los acuerdos son tratados<sup>3</sup>. Esto no significa que los Estados no puedan emplear el término “acuerdo” en otros casos. De hecho, como se señala en las *Directrices*, los Estados suelen emplear este término para indicar su intención de crear un compromiso jurídicamente vinculante. Sin embargo, estas *Directrices* tienen por objeto que los Estados Miembros se centren más en el concepto de acuerdo en sí mismo, que no ha sido ampliamente examinado, y que separen ese concepto de la terminología que emplean en la práctica los Estados y otros sujetos de derecho internacional. En consecuencia, en estas *Directrices* he tratado de matizar el término “acuerdo” para que pueda emplearse tanto como un concepto amplio como un indicador particular de un tratado en la práctica.

6. En el anexo I se incluyen todas las *Directrices*. En el anexo II se ofrecen comentarios para cada una de las *Directrices* con el fin de contextualizarlas y ayudar a los Estados Miembros y a otros a

---

<sup>2</sup>. Así pues, el tema de las declaraciones unilaterales constituye un tema de estudio (y práctica) distinto en el derecho internacional. Véase, por ejemplo, Comisión de Derecho Internacional, *Principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas y los comentarios correspondientes* (2006), ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, vol. II, pt. II, 369. Tampoco he podido identificar una sola palabra que abarque todo este concepto y el de “acuerdo”. El término “instrumento” es amplio y estrecho a la vez. Los instrumentos pueden ser unilaterales, y aun cuando se celebren de mutuo acuerdo, pueden carecer del compromiso (*consenso ad idem*) esencial para todos los tratados, compromisos políticos y contratos. Problemas similares surgen con el término “compromiso”, ya que no abarca el concepto de mutualidad que implican todas estas formas de acuerdo. Otros posibles términos como “convenio” o “contrato” son demasiado oscuros o ya funcionan como términos de uso común en las relaciones internacionales, lo que los convierte en sustitutos poco adecuados.

<sup>3</sup>. La idea de que los tratados *no* son sinónimo de acuerdos internacionales, sino más bien una subcategoría de estos, fue un lugar común en la labor fundamental de la Comisión de Derecho Internacional sobre el derecho de los tratados. Véase Henry Waldock, *Cuarto informe sobre el derecho relativo a los tratados* (1965) ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, vol. II, 11, 1; (1965) ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, vol. I, 10, 10 (Briggs); J.L. Briery, *Primer informe sobre el derecho relativo a los tratados*, (1950) ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, vol. II, 227 (19-20). Se entiende que en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, que surgió de la labor de la Comisión de Derecho Internacional, se utiliza ampliamente el término “acuerdo” en un sentido conceptual, y no en referencia a un instrumento en particular, como un tratado. Véase MARK E. VILLIGER, COMMENTARY ON THE 1969 VIENNA CONVENTION ON THE LAW OF TREATIES 77 (2009) [El término “acuerdo” puede referirse a un texto concreto, es decir, un determinado texto escrito, o un resumen, es decir, un “acuerdo de voluntades” que consiste en una oferta y su aceptación entre las partes (el *synallagma*). El término “acuerdo” en el artículo 2, subpara. 1(a) en sí mismo no contiene requisitos particulares y se refiere a este último]. Véase también J.L. Weinstein, *Exchange of Notes*, 29 British Y.BK. INT’L L. 205, 226 (1952) (Es el consenso de las partes el que constituye la esencia de un acuerdo y no el instrumento, independientemente de su forma.)

entender las preguntas, cuestiones y prácticas jurídicas pertinentes. Las *Directrices* propiamente se dividen en seis secciones:

- i. **Definiciones.** Las *Directrices* comienzan definiendo los elementos que componen cada una de las tres categorías principales de acuerdos internacionales: tratados, compromisos políticos y contratos. También define un “acuerdo interinstitucional”, según los actores participantes.
- ii. **Capacidad.** Las *Directrices* examinan la capacidad de las “instituciones estatales” (por ejemplo, ministerios u organismos gubernamentales, así como unidades territoriales subnacionales, como provincias o regiones) para concertar tratados, compromisos políticos y contratos. Estas *Directrices* proponen mejores prácticas encaminadas a garantizar la transparencia y la comunicación entre los Estados en cuanto a las potestades que estas instituciones estatales tienen para concertar diversas formas de acuerdos internacionales.
- iii. **Métodos de identificación.** Las *Directrices* consideran que el estatus de cualquier acuerdo debe ser identificado caso por caso. En ellas se señala la posibilidad de que diferentes Estados puedan utilizar diferentes pruebas para determinar si un acuerdo constituye un tratado. En consecuencia, las *Directrices* proponen una mejor práctica en virtud de la cual los Estados serán más transparentes en sus negociaciones (o en el propio texto del acuerdo) en cuanto a cuál entienden que es el estatus de un acuerdo. Además, las *Directrices* ofrecen una lista de términos, disposiciones y características sugeridas que distinguen tratados, compromisos políticos y contratos. Sin embargo, cabe señalar que estas sugerencias son meramente indicativas y *no* determinantes del estatus de un acuerdo. No existen palabras mágicas para convertir un texto en un tratado (o un compromiso político o un contrato). Sin embargo, cuanto más conscientes sean los Estados de los términos y formas habituales empleados en cada tipo de acuerdo, más podrán evitar malos entendidos sobre la naturaleza del acuerdo alcanzado.
- iv. **Procedimientos.** Estas *Directrices* confirman la libertad demostrada en la práctica de los Estados, dada la pluralidad de procedimientos internos utilizados por éstos para aprobar la negociación y la celebración de tratados (tal como se utiliza este término en el derecho internacional) y contratos. Con respecto a los Estados que están dispuestos a autorizar a sus instituciones a concertar tratados o contratos, las *Directrices* proponen una mejor práctica en la que los Estados establecen procedimientos no solo para conferir esa potestad, sino también para comunicarlo a otros Estados con cuyas instituciones se podrían concertar estos acuerdos. En el caso de acuerdos no vinculantes, las *Directrices* respaldan dos prácticas óptimas, en particular: (i) que los Estados elaboren y apliquen políticas y procedimientos para autorizar la negociación y concertación de compromisos políticos por el Estado, sus ministerios o unidades territoriales subnacionales de las que sea responsable, y (ii) que cada Estado considere la posibilidad de disponer de un registro o base de datos nacional para catalogar sus compromisos políticos.
- v. **Efectos.** Las *Directrices* resumen los diferentes efectos jurídicos, si los hubiera, que pudieran derivarse de la práctica del Estado en cuanto a tratados, compromisos políticos y contratos. Estas *Directrices* proponen una mejor práctica en la que los Estados contemplen qué efectos, si los hubiere, quieren generar como una guía para determinar qué tipo de acuerdo quieren celebrar. Por separado, estas *Directrices* proponen otra mejor práctica en la que las instituciones celebrantes o los Estados responsables de ellas determinan a quién se confiere responsabilidad jurídica en un acuerdo interinstitucional (ya sea haciendo que los dos Estados estén de acuerdo en que ambos son jurídicamente responsables del cumplimiento del acuerdo interinstitucional o haciendo que ambos Estados o las instituciones involucradas acuerden limitar cualquier responsabilidad a las propias instituciones celebrantes).
- vi. **Capacitación y educación.** Estas *Directrices* recomiendan un conjunto de actividades concretas de capacitación y educación para garantizar que los agentes pertinentes de un Ministerio de Relaciones Exteriores sean capaces de identificar y diferenciar entre los diversos tipos de acuerdos vinculantes y no vinculantes. Recomiendan asimismo que en

tales actividades se incluya a cualquier otro actor institucional autorizado para celebrar acuerdos internacionales en representación del Estado con el que estén vinculados.

7. Las *Directrices* aquí presentadas son el resultado de múltiples rondas de análisis y comunicaciones cuidadosos con diversos Estados Miembros de la OEA, así como con funcionarios de otros Estados y organismos internacionales. Mi primer informe preliminar al 91° periodo ordinario de sesiones del CJI, por ejemplo, se basó en gran medida en la literatura y estudios existentes sobre la práctica de los Estados para explorar el tema, determinar las cuestiones que necesitan atención y elaborar un cuestionario para los Estados Miembros<sup>4</sup>. Luego de ese período ordinario de sesiones, abrevié y revisé el proyecto de cuestionario con la hábil asistencia del Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la OEA y del Presidente del CJI. El 8 de septiembre de 2017, el Departamento de Derecho Internacional envió el cuestionario a todos los Estados Miembros en la nota OEA/2.2./70/17. En mi segundo informe examiné las respuestas al cuestionario<sup>5</sup>. Concretamente, examiné las respuestas recibidas de Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador, Estados Unidos, Jamaica, México, Perú, República Dominicana y Uruguay<sup>6</sup>. Posteriormente, se recibieron las respuestas de Canadá, Panamá y Paraguay, de las cuales he dado cuenta en mis informes posteriores<sup>7</sup>.

8. En mi tercer informe ofrecí un borrador de texto para las tres primeras secciones de las *Directrices*: (a) definiciones; (b) capacidad de celebrar diferentes tipos de acuerdos vinculantes y no vinculantes, y (c) métodos para determinar los tipos de acuerdos<sup>8</sup>. En mi cuarto informe continué con ese esfuerzo con directrices adicionales sobre (d) procedimientos internos; (e) implicaciones jurídicas

---

<sup>4</sup>. Véase Duncan B. Hollis, *Informe preliminar sobre acuerdos vinculantes y no vinculantes*, OEA/Ser.Q, CJI/doc.542/17 (24 julio 2017) (en adelante “Informe preliminar”).

<sup>5</sup>. Véase Duncan B. Hollis, *Acuerdos vinculantes y no vinculantes: segundo informe*, OEA/Ser.Q, CJI/doc.553/18 (6 febrero 2018) (en adelante “Segundo informe”).

<sup>6</sup>. Véase Argentina, *Respuesta cuestionario OEA: Acuerdos vinculantes y no vinculantes* (en adelante “Respuesta de Argentina”); Brasil, *Acuerdos vinculantes y no vinculantes: Cuestionario para los Estados Miembros* (en adelante “Respuesta de Brasil”); Colombia, *Respuestas al cuestionario para los Estados Miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA). Acuerdos vinculantes y no vinculantes: práctica del Estado colombiano* (en adelante “Respuesta de Colombia”); República Dominicana, Dirección Jurídica, Ministerio de Relaciones Exteriores, *Respuestas al cuestionario sobre acuerdos vinculantes y no vinculantes*, 29 de noviembre de 2017 (en adelante “Respuesta de la República Dominicana”); República del Ecuador, Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, *Cuestionario “Acuerdos vinculantes y no vinculantes”* (en adelante “Respuesta de Ecuador”); Jamaica, *Nota de la Misión de Jamaica al Departamento de Derecho Internacional de la OEA, Secretaría de Asuntos Jurídicos de la OEA*, Ref. 06/10/12, 14 de diciembre de 2017 (en adelante “Respuesta de Jamaica”); Respuesta de México, *Informe del Comité Jurídico Interamericano, Acuerdos vinculantes y no vinculantes: Cuestionario para los Estados Miembros* (en adelante “Respuesta de México”); Perú, Dirección General de Tratados del Ministerio de Relaciones Exteriores, *Informe del Comité Jurídico Interamericano. Acuerdos vinculantes y no vinculantes: Cuestionario para los Estados Miembros* (en adelante “Respuesta de Perú”); Uruguay, *Respuesta a cuestionario sobre “los acuerdos vinculantes y no vinculantes”* (en adelante “Respuesta de Uruguay”); Estados Unidos, *Informe del Comité Jurídico Interamericano: Cuestionario para los Estados Miembros* (en adelante “Respuesta de los Estados Unidos”).

<sup>7</sup>. Véase Canadá, División de Derecho de los Tratados, Ministerio de Asuntos Mundiales de Canadá, *Binding and Non-Binding Agreements: A Questionnaire for OAS Member States—Submission by Canada* (9 Sept. 2019) (“Respuesta de Canadá”); Panamá, *Nota de la República de Panamá, Ministerio de Relaciones Exteriores, Dirección de Asuntos Jurídicos Internacionales y Tratados, al Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la Organización de los Estados Americanos*, N.V.-A.J.\_MIRE-201813176 (en adelante “Respuesta de Panamá”); Paraguay *Nota de la Misión Permanente del Paraguay al Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos, Secretaría General de la OEA*, No 635-18/MPP/OEA (12 de junio de 2018) (en adelante “Respuesta de Paraguay”).

<sup>8</sup>. Véase Duncan B. Hollis, *Acuerdos vinculantes y no vinculantes: tercer informe*, OEA/Ser.Q, CJI/doc. 563/18 (15 julio 2018) (“Tercer informe”).

internacionales, si las hubiere, de la celebración de diferentes tipos de acuerdos internacionales, y (f) programas de capacitación y educación<sup>9</sup>. Con el quinto informe completé un “primer borrador” de *Directrices para los acuerdos vinculantes y no vinculantes, con comentarios*<sup>10</sup>. En mi informe anterior, el sexto, presenté una versión revisada de las *Directrices*, que reflejaba la amplia respuesta al cuestionario recibida del Gobierno de Canadá. Después de su 96º período ordinario de sesiones en marzo de 2020, el CJI acordó distribuir a los Estados Miembros mi sexto informe y las *Directrices* adjuntas para que formularan nuevas opiniones o comentarios<sup>11</sup>. Argentina, Chile y Colombia aprovecharon la oportunidad para responder, y sus opiniones adicionales dieron pie a varios ajustes y aclaraciones a este borrador final de las *Directrices*<sup>12</sup>.

9. Así pues, en esta versión final de las *Directrices* he hecho varios cambios en respuesta a la última ronda de aportaciones. Entre los ajustes más destacados cabe señalar los siguientes:

- En atención a la sugerencia de Colombia, he adoptado una definición modificada de “acuerdo interinstitucional” (*Directriz 1.5*) para dejar claro que solo abarca los acuerdos entre instituciones de diferentes Estados. Los acuerdos interinstitucionales dentro de un solo Estado quedan fuera del ámbito de aplicación de estas *Directrices* (y, en cualquier caso, éstas pueden ser reguladas adecuadamente con la legislación y la práctica nacionales pertinentes del Estado).
- Sin embargo, no he adoptado la sugerencia de Colombia de definir un tratado en la *Directriz 1.2* como un acuerdo “que genera obligaciones jurídicamente vinculantes para sus Partes” basado en la teoría de que “la práctica de los sujetos de derecho internacional así lo confirma”. Aunque estoy de acuerdo en que los tratados pueden generar obligaciones jurídicamente vinculantes, no creo que este sea un aspecto inherente a ellos. Los tratados pueden obligar a los Estados de otras maneras, ya sea mediante la constitución de nuevos organismos internacionales o permitiendo ciertos actos sin exigirlos. He añadido texto a la nota 35 para hacer este razonamiento más explícito.
- Por sugerencia de Argentina, he reformulado el Comentario a la *Directriz 1.2* (sobre la definición de tratado) para dejar claro que ciertos tribunales internacionales (así como varios académicos) han encontrado que puede existir un tratado en un documento no firmado, en lugar de sugerir esto como una regla general del derecho internacional. Sin embargo, no he eliminado las referencias a ciertos casos —por ejemplo, *Caso de las plantas de celulosa sobre el río Uruguay (Argentina c. Uruguay)* (Fallo, 20 de abril de 2010) (2010), Informe de la CIJ, párrs. 132-5 Rep. 132-5— en los que están involucrados uno o más Estados Miembros de la OEA. Aunque el razonamiento o la presentación de estos casos sean controversiales, siguen siendo fuentes pertinentes y subsidiarias del derecho internacional. Como tal, los Estados y otros actores deben ser conscientes de esas decisiones, aunque no estén de acuerdo con su razonamiento o sus resultados. Por lo tanto, he intentado transmitir su contenido al igual que lo he hecho con otras fuentes y materiales jurídicos internacionales pertinentes que implican acuerdos vinculantes y no vinculantes. Sigo creyendo que es importante que todos los Estados sean conscientes de las diversas (y a veces conflictivas o controvertidas) posturas y doctrinas para facilitar las mejores prácticas que puedan evitar o limitar futuros malentendidos o conflictos.

<sup>9</sup>. Véase Duncan B. Hollis, *Acuerdos vinculantes y no vinculantes: cuarto informe*, OEA/Ser.Q, CJI/doc. 580/19 (11 febrero 2019) (“Cuarto informe”).

<sup>10</sup>. Véase Duncan B. Hollis, *Acuerdos vinculantes y no vinculantes: quinto informe*, OEA/Ser.Q, CJI/doc. 593/19 (22 julio 2019) (“Quinto informe”).

<sup>11</sup>. Véase Duncan B. Hollis, *Acuerdos vinculantes y no vinculantes: sexto informe*, OEA/Ser.Q, CJI/doc. 600/20 (3 febrero 2020) (“Sexto informe”).

<sup>12</sup>. Dirección de Asuntos Jurídicos Internacionales, *Comentarios de la República de Colombia al documento “Acuerdos vinculantes y no vinculantes: sexto informe”, (CJI/doc.600/20)* (mayo de 2020); *Nota diplomática de la Misión Permanente de la República Argentina a la Organización de los Estados Americanos*, OEA 074 (3 de junio de 2020); Chile, *Comentarios al sexto informe del Comité Jurídico Interamericano sobre acuerdos vinculantes y no vinculantes*, DIGEJUR-JFL 27.05.20 (27 de mayo de 2020).

- A sugerencia de un miembro del Comité, en varios puntos he aclarado que los contratos pueden regirse por el derecho no estatal y no solo por la legislación nacional. También he dejado claro que las partes o un árbitro pueden decidir aplicar el derecho no estatal (siendo este último escenario posible cuando las partes contratantes no eligen el derecho que ha de regir el contrato).
- En el Comentario a la *Directriz 2.2* añadí más detalles sobre la distribución de la potestad de elaboración de tratados por parte de Colombia, incluida la capacidad exclusiva de su Presidente en cuestiones relativas a los tratados. Asimismo, opté por destacar que, en virtud del derecho internacional, Colombia no autoriza (o reconoce) como vinculantes los acuerdos interinstitucionales de sus ministerios gubernamentales o unidades territoriales subnacionales.
- En respuesta a la sugerencia de un miembro del Comité, he añadido una referencia al contenido del artículo 7(1)(b) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en el Comentario a las *Directrices 2.1* y *2.2*, particularmente porque en este último caso no queda claro cómo es que el derecho internacional facultaría a las instituciones del Estado para concertar acuerdos vinculantes en nombre del Estado en su conjunto.
- A petición de Chile, en el Comentario a la *Directriz 3.2* he añadido a este país a la lista de Estados que emplean la prueba de la intención para determinar la existencia de un tratado.
- Además, también a sugerencia de Chile, he añadido al cuadro que acompaña a la *Directriz 3.4* ciertas cláusulas (sobre la adhesión y la denuncia) que evidencian un tratado. También he añadido referencias a otras pruebas de un tratado en el Comentario correspondiente. Asimismo, a sugerencia de Colombia, he incluido una referencia a “memorandos de intención” en el mismo Comentario. Por último, a petición de un miembro del Comité, he añadido texto sobre cómo podrían suavizarse verbos que implican obligación (por ejemplo, “deberán”) a fin de evitar que se indique con ello una intención de estar jurídicamente obligados (por ejemplo, “deberán trabajar en pos de”).
- A sugerencia de Colombia, en el Comentario a la *Directriz 4.1* he añadido su nombre a la lista de Estados que incluyen la revisión por un Tribunal Constitucional entre sus procedimientos nacionales para la elaboración de tratados.
- He agregado un párrafo al Comentario a la *Directriz 4.5* con la finalidad de destacar las diferentes maneras en que los Estados podrían dar a conocer sus procedimientos pertinentes, incluida una propuesta de Colombia de que la OEA establezca un sitio web en el que los Estados pudieran colgar resúmenes pertinentes de sus procedimientos y prácticas para la elaboración de tratados.
- En respuesta a un comentario de Chile, en el Comentario a la *Directriz 4.6.1* he aclarado que el registro público de los acuerdos vinculantes debe ajustarse a las regulaciones nacionales de cada Estado relativas al acceso a la información pública.
- He seguido utilizando la terminología de las normas/regímenes primarios y secundarios en las *Directrices*, aunque al menos un miembro del Comité haya sugerido que dicha terminología no era necesaria. Dadas las recientes controversias académicas sobre si otras áreas del derecho internacional (por ejemplo, el derecho internacional consuetudinario) tienen alguna norma secundaria, creo que es útil destacar que los tratados disponen de tales reglas<sup>13</sup>.
- En el Comentario a la *Directriz 5.3*, he agregado texto a sugerencia de Chile con la finalidad de dejar claro que en la mayoría de los escenarios donde un compromiso político tiene implicaciones jurídicas (por ejemplo, la incorporación a un tratado o al derecho interno) será necesario que el Estado interesado ejerza su voluntad política interviniendo de manera discrecional.

---

<sup>13</sup>. Véase, por ejemplo, Monica Hakimi, *Making Sense of Customary International Law*, 118 MICHIGAN L. REV. (de próxima publicación en 2020).

- A sugerencia de un miembro del Comité, he añadido texto nuevo al Comentario a la Directriz 5.4.2 para dejar claro que normalmente será el Estado, y no una institución estatal, el que decida si y cuándo debe invocarse la solución de controversias jurídicas internacionales con respecto a un acuerdo interinstitucional.
- En respuesta a los comentarios de Argentina, he suprimido una referencia en la nota a pie de página 232 sobre su postura con respecto a la responsabilidad de los Estados por acuerdos interinstitucionales, ya que Argentina considera que las instituciones estatales no son sujetos de derecho internacional capaces de concertar tratados. Al parecer, más bien, Argentina considera que cualquier acuerdo interinstitucional es vinculante en virtud de las “respectivas competencias” de las instituciones y no del derecho internacional.
- A petición de Colombia, he añadido texto a la nota a pie de página 239 con la finalidad de enfatizar que, dado que Colombia no reconoce que sus instituciones tengan capacidad para concertar tratados, las cuestiones de responsabilidad jurídica internacional no se aplican a los acuerdos interinstitucionales concertados por las instituciones colombianas, y más bien, se rigen por el derecho interno (“público”), limitando la responsabilidad jurídica a la institución firmante, en virtud de ese derecho.
- Colombia sugirió que, si las partes pertinentes aceptan limitar la responsabilidad en un acuerdo interinstitucional a las instituciones firmantes, esto debería quedar asentado en el propio acuerdo interinstitucional. He modificado el texto de la *Directriz 5.4.3* a fin de que quede plasmada esta idea como una práctica óptima.
- Por último, a petición de un miembro del Comité, he sustituido el término “conducta/acto subsiguiente/ulterior” en todas las *Directrices* por el término más ampliamente utilizado “práctica subsiguiente/ulterior”.

Además, y en virtud de que esta es mi última oportunidad para trabajar en estas *Directrices*, he revisado lo hasta ahora escrito y he hecho varios ajustes a fin de uniformar el estilo, las notas a pie de página y el formato. Finalmente, las *Directrices* han recibido un nuevo título a fin de aclarar que las mismas son un producto del Comité Jurídico Interamericano, y no de la OEA en su conjunto.

10. En cada etapa, mis informes se han visto beneficiados con los conocimientos y experiencia de los demás miembros del CJI. Sus preguntas, sugerencias y comentarios han contribuido en gran medida a la mejora de las *Directrices*<sup>14</sup>. Las aportaciones de los Estados Miembros han resultado ser invaluable tanto para las propias *Directrices* como para los comentarios a éstas. Por supuesto, las más importantes de estas aportaciones son las trece respuestas oficiales al cuestionario del CJI, así como las observaciones oficiales sobre el anterior borrador de las *Directrices*.

11. Sin embargo, también he podido extraer diversas ideas importantes a partir de las observaciones y sugerencias oficiosas recibidas de representantes de los Estados (tanto en la región como fuera de ella) y de organismos internacionales. En particular, quiero aprovechar esta oportunidad para expresar mi agradecimiento por las preguntas, sugerencias y comentarios que recibí durante la segunda reunión del CJI con los Asesores jurídicos de los Ministerios de Relaciones Exteriores, en agosto de 2018<sup>15</sup>. He tenido también la suerte de presentar mi trabajo en diversos contextos de las Naciones Unidas. He de destacar principalmente que en estas *Directrices* he incluido las aportaciones recibidas durante las presentaciones que hice de este proyecto en la 29ª Reunión

---

<sup>14</sup>. Con respecto a estas preguntas y comentarios, véanse, por ejemplo, *Acta Resumida*, 91º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano, 9 de agosto de 2017; *Acta Resumida*, 92º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano, 27 de febrero de 2018; *Acta Resumida*, 93º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano, 9, 15 y 16 de agosto de 2018; *Acta Resumida*, 94º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano, 20 de febrero de 2019. *Acta Resumida 6*, 95º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano, 7 de agosto de 2019; *Acta Resumida 3*, 96º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano, 4 de marzo de 2020.

<sup>15</sup>. Véase Comité Jurídico Interamericano, *Acta Resumida, Reunión Conjunta del Comité Jurídico Interamericano con los Asesores Jurídicos de los Estados Miembros de la OEA*, 93º período ordinario de sesiones, miércoles, 15 de agosto de 2018.

Informal de Asesores Jurídicos (23 de octubre de 2018) y ante un grupo de trabajo informal de expertos y profesionales especializados en tratados, auspiciado por los Gobiernos de Canadá y Colombia con ocasión de los eventos organizados por la Asamblea General de las Naciones Unidas para conmemorar el quincuagésimo aniversario de la suscripción de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (23 y 24 de mayo de 2019). Además, agradezco especialmente la disposición del Gobierno de Canadá de compartir conmigo los resultados de su propio estudio sobre acuerdos vinculantes y no vinculantes, los cuales incluyen las opiniones de dos Estados Miembros de la OEA (Canadá y México), así como las aportaciones de Alemania, España, Finlandia, Israel, Japón y República de Corea.

12. Por último, debo agradecer a la Secretaría del CJI (Departamento de Derecho Internacional de la OEA) por su constante apoyo, asesoría y arduo trabajo para asegurar que este proyecto avance y ayude a involucrar a los Estados Miembros y a otros en esta labor. Jean Michel Arrighi, Secretario de Asuntos Jurídicos de la OEA; Dante Negro, Director del Departamento de Derecho Internacional, y Luis Toro, Jefe de la Oficina de Tratados de la OEA, han desempeñado papeles decisivos en diversos momentos apoyando mis esfuerzos como Relator para dar continuidad a este proyecto y llevarlo a buen término con la finalización de estas *Directrices*.

13. Con la aprobación del CJI, creo que ha llegado el momento de dar por concluido este tema y dar a conocer sus resultados. En particular, creo que sería apropiado que el Comité aprobase el presente informe y girase estas *Directrices* a la Asamblea General de la OEA para su consideración y posible endoso. Por otro lado, sería conveniente que el CJI expidiese una copia del presente informe, de manera que pudiese beneficiar no solo a los Estados Miembros de la OEA, sino a otros Estados y organismos internacionales. Ha sido un verdadero privilegio trabajar en este proyecto durante los últimos cuatro años. Espero que el producto final no solo sea de gran calidad, sino que también sirva como fuente de información útil y orientación práctica para los Estados Miembros de la OEA y otras partes interesadas en la legislación y la práctica de los tratados.

\* \* \*

## ANEXO I

### DIRECTRICES DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO PARA LOS ACUERDOS VINCULANTES Y NO VINCULANTES

Los Estados y otros actores internacionales actualmente suscriben y aplican una diversa gama de acuerdos internacionales. En el plano más general, se acostumbra dividirlos en (i) acuerdos que son “vinculantes” y, por lo tanto, se rigen por el derecho, ya sea el derecho internacional (tratados) o el derecho interno (contratos), y (ii) acuerdos que no son vinculantes (“compromisos políticos”), para los cuales el derecho no es fuente de fuerza normativa alguna. En medida creciente, los Estados también están autorizando la celebración de acuerdos por sus ministerios nacionales o unidades territoriales subnacionales (provincias o regiones).

La gama actual de acuerdos vinculantes y no vinculantes ofrece mucha flexibilidad: los acuerdos pueden adaptarse al contexto, incluidos los intereses de los autores, la doctrina y jurisprudencia, y los recursos. Al mismo tiempo, en el derecho y la práctica internacionales se observan grandes ambigüedades (o claras diferencias) en la forma en que los Estados autorizan o entienden sus diferentes acuerdos internacionales.

Este estado de las cosas ha generado confusión entre los representantes de los Estados, así como potenciales malentendidos y controversias. Dos Estados pueden suscribir un acuerdo que uno de ellos considera como un compromiso político no vinculante y el otro como un tratado (o un contrato). La posibilidad de confusión y controversias es mayor cuando los ministerios de Estado o las unidades territoriales subnacionales celebran acuerdos. Algunos Estados autorizan a estas entidades a celebrar tratados (es decir, acuerdos vinculantes que se rigen por el derecho internacional), mientras que otros les niegan esta posibilidad (ya sea debido a una falta de potestad o basándose en la premisa de que el derecho internacional no confiere a estos actores capacidad para suscribir tratados).

Con estas *Directrices* se procura disipar la confusión actual y la posibilidad de que surjan conflictos entre Estados y otros interesados con respecto a los acuerdos vinculantes y no vinculantes. Las *Directrices* proporcionan un conjunto de definiciones de trabajo, puntos de entendimiento y prácticas óptimas con respecto a quiénes celebran esos acuerdos, cómo pueden celebrarlos y qué efectos jurídicos tienen. La finalidad es ayudar a los Estados a deslindar y comprender las consecuencias de la negociación y celebración de distintos tipos de acuerdos internacionales. Un mayor conocimiento y conciencia de las prácticas óptimas podría ayudar a los Estados a evitar o mitigar los riesgos de confusión o conflicto que enfrentan actualmente.

Al mismo tiempo, estas *Directrices* no aspiran de ninguna manera a una condición jurídica propia. No es su finalidad codificar el derecho internacional ni ofrecer una vía para su desarrollo progresivo. En cambio, señalan en varias instancias las áreas en las cuales el derecho internacional no es claro o es motivo de controversias. El alcance de las *Directrices* es menor: consiste en proveer un conjunto de prácticas y puntos de entendimiento voluntarios que los Estados Miembros puedan usar entre ellos (y quizá a escala mundial) para comprender mejor la forma en que se elaboran, interpretan y aplican acuerdos internacionales y reducir así el riesgo de desacuerdos o dificultades futuros.

## **1. Definiciones relacionadas con los acuerdos vinculantes y no vinculantes**

**1.1 Acuerdo:** Aunque el uso de este término en un texto suele ser indicativo de un tratado, el concepto puede definirse de una forma más amplia a fin de abarcar el consentimiento mutuo de los participantes en un compromiso relativo a un acto futuro.

**1.2 Tratado:** Acuerdo internacional vinculante celebrado entre Estados, instituciones del Estado u otros sujetos apropiados que consta por escrito y se rige por el derecho internacional, independientemente de su designación, su registro o los procedimientos jurídicos internos que los Estados utilicen para dar su consentimiento en obligarse.

**1.3 Compromiso político:** Acuerdo que no es jurídicamente vinculante, celebrado entre Estados, instituciones del Estado u otros actores con la intención de establecer compromisos de una índole exclusivamente política o moral.

**1.4 Contrato:** Acuerdo voluntario entre dos o más partes que constituye un acuerdo vinculante regido por el derecho nacional o el derecho no estatal.

**1.5 Acuerdo interinstitucional:** Acuerdo celebrado entre dos o más instituciones del Estado, entre ellas ministerios nacionales o unidades territoriales subnacionales, de dos o más estados. Según sus condiciones, las circunstancias del caso y los actos subsiguientes, un acuerdo interinstitucional podría reunir los requisitos para ser considerado como un tratado, un compromiso político o un contrato.

## **2. Capacidad para celebrar acuerdos internacionales**

**2.1 Capacidad de los Estados para celebrar tratados:** Los Estados tienen capacidad para suscribir tratados y deberían hacerlo de conformidad con los términos del tratado y cualesquiera leyes y procedimientos internos que regulen su capacidad para dar su consentimiento en obligarse.

**2.2 Capacidad de las instituciones del Estado para celebrar tratados:** Los Estados tienen la potestad, pero no la obligación, de autorizar a sus instituciones a celebrar tratados sobre temas de su competencia con el consentimiento de todos los copartícipes del tratado.

**2.3 Confirmación de la capacidad para celebrar tratados:** Los Estados o las instituciones autorizadas del Estado que prevean celebrar un tratado con una institución de otro Estado deben hacer todo lo posible para confirmar que la institución tenga suficiente competencia en la materia del tratado y autorización del Estado del cual forme parte para celebrar un tratado sobre el tema.

**2.4 Capacidad para celebrar compromisos políticos:** Los Estados o las instituciones del Estado deberían estar facultados para celebrar compromisos políticos en la medida en que las circunstancias políticas lo permitan.

**2.5 Capacidad para celebrar contratos entre Estados:** Un Estado debería celebrar contratos con otros Estados que estén dispuestos a hacerlo de conformidad con el derecho que rija el contrato.

**2.6 Capacidad para celebrar contratos interinstitucionales:** Una institución del Estado debería suscribir contratos con instituciones de otro Estado que estén dispuestas a hacerlo de conformidad con su propio derecho interno y, si es diferente, con el derecho que rija el contrato.

### 3. Métodos para identificar acuerdos vinculantes y no vinculantes

**3.1 Identificación de acuerdos:** Los Estados y otras partes que celebren acuerdos deberían suscribir acuerdos internacionales a sabiendas, y no inadvertidamente. Como mínimo, eso significa que los Estados deben hacer una distinción entre sus acuerdos (sean vinculantes o no vinculantes) y los demás compromisos e instrumentos. Las siguientes prácticas óptimas podrían facilitarles esa tarea:

**3.1.1** Los Estados deberían remitirse a la terminología utilizada y a las circunstancias particulares para determinar si surgirá un acuerdo (o si ya existe un acuerdo).

**3.1.2** En caso de duda, un Estado debería consultar con los potenciales copartícipes para confirmar si una declaración o instrumento constituirá o no un acuerdo (e, idealmente, qué tipo de acuerdo será).

**3.1.3** Un Estado debería abstenerse de refrendar una declaración o un instrumento si su punto de vista con respecto a su condición de acuerdo es diferente del punto de vista de el/los potencial(es) copartícipe(s) hasta que logren conciliar esas diferencias.

**3.2 Identificación del tipo de acuerdo celebrado:** La práctica de los Estados, las organizaciones internacionales, las cortes y los tribunales internacionales y otros sujetos de derecho internacional, sugiere actualmente dos métodos diferentes para distinguir entre acuerdos vinculantes y no vinculantes.

- En primer lugar, algunos actores utilizan la “prueba de la intención”, análisis subjetivo para ver si las intenciones manifiestas de los autores determinan si un acuerdo es vinculante o no (y, en caso de que sea vinculante, si es un tratado o un contrato).
- En segundo lugar, otros actores usan una “prueba objetiva”, según la cual la materia, el lenguaje y el contexto determinan su condición vinculante o no vinculante, independientemente de todo indicio de las intenciones de uno o más de sus autores.

Ambos métodos suelen llevar a la misma conclusión. Tienen en cuenta (a) el texto; (b) las circunstancias particulares, y (c) los actos subsiguientes para identificar los distintos tipos de acuerdos vinculantes y no vinculantes. No obstante, son posibles resultados diferentes, en particular cuando el texto favorece objetivamente una conclusión (por ejemplo, un tratado), pero las pruebas externas sugieren otra cosa (por ejemplo, las declaraciones contemporáneas de uno o más participantes en el sentido de que no se pretendía hacer un tratado). La prueba objetiva priorizaría el texto y el lenguaje utilizados en contraste con el énfasis de la prueba de la intención en lo que se refiere a lo que las partes pretendían. Tales resultados diferentes pueden, a su vez, dar lugar a confusión o conflictos, riesgo que se puede mitigar con ciertas prácticas:

**3.2.1** Si un Estado todavía no ha decidido si usará la prueba de la intención o la prueba objetiva para identificar sus acuerdos vinculantes y no vinculantes, debería hacerlo.

**3.2.2** Todo Estado debería ser franco con otros Estados e interesados con respecto a la prueba que utilice. Asimismo, debería aplicarla de manera uniforme, en vez de aplicar una u otra según lo que le convenga en cada caso. La aplicación uniforme de una prueba ayudará a resolver las expectativas de otros actores y posibilitará una interacción más previsible entre ellos.

**3.2.3** Sin embargo, un Estado no debería suponer que los demás Estados o actores (entre ellos las cortes y los tribunales internacionales) usarán la misma prueba para identificar los acuerdos vinculantes y no vinculantes. En cambio, debería celebrar y aplicar sus acuerdos internacionales de una manera que mitigue o incluso elimine los problemas que puedan llevar a que las dos pruebas conduzcan a conclusiones contradictorias. Los Estados pueden lograr esto alineando las pruebas subjetiva y objetiva de tal manera que se obtenga el mismo resultado.

**3.3 Especificación del tipo de acuerdo celebrado:** A fin de evitar puntos de vista incompatibles sobre la índole vinculante de un acuerdo o sobre el derecho que lo rige, los participantes deben hacer todo lo posible para especificar expresamente el tipo de acuerdo alcanzado, sea en el texto del acuerdo o en comunicaciones relativas a su celebración. En lo que se refiere al

texto, los Estados podrían usar los ejemplos de disposiciones que se presentan en el cuadro 1 para especificar la condición de un acuerdo. Sin embargo, en vista de la diversidad de acuerdos internacionales, los Estados también podrían adaptar otras fórmulas corrientes.

<b>Cuadro 1. Especificación del tipo de acuerdo celebrado</b>	
<b>Tipo de acuerdo</b>	<b>Ejemplo de texto</b>
<b>Tratado</b>	<i>“En virtud de este acuerdo, se entablarán relaciones entre las partes que se regirán por el derecho internacional. Este acuerdo se propone dar lugar a derechos y obligaciones de conformidad con sus condiciones.”</i>
<b>Compromiso político</b>	<i>“Este [título] no es vinculante de conformidad con el derecho internacional y no crea derechos u obligaciones jurídicamente vinculantes para sus Participantes.”</i>
	<i>“Este [título] es un compromiso político cuyas disposiciones no lo habilitan para el registro de conformidad con el artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas.”</i>
<b>Contrato</b>	<i>“Este acuerdo se regirá por el derecho de [indicar el Estado] [y/o una fuente de derecho no estatal].”</i>

**3.4 Elementos indicativos del carácter vinculante o no vinculante de un acuerdo:** En los casos en que los participantes en el acuerdo no especifiquen su condición o no lleguen a otro tipo de avenencia al respecto, los Estados deberían usar ciertos elementos como los siguientes (o recurrir a ellos) para indicar la existencia de un tratado o de un compromiso político no vinculante:

- a) el lenguaje utilizado en la práctica;
- b) la inclusión de ciertas cláusulas finales;
- c) las circunstancias en torno a la celebración del acuerdo; y
- d) la práctica subsiguiente de los participantes en el acuerdo.

En el cuadro 2 se presentan la terminología y las cláusulas que los Estados deberían relacionar con mayor frecuencia con tratados y las que suelen usarse en compromisos políticos.

**3.5 Elemento Indicativo de un Contrato:** En los casos en que los participantes en el acuerdo no especifiquen su condición o no lleguen a otro tipo de avenencia al respecto, los Estados deberían usar una cláusula sobre el derecho aplicable (o recurrir a ella) para confirmar la existencia de un contrato. Los Estados deberían suponer que un texto claramente vinculante entre Estados que guarda silencio con respecto a su condición es un tratado, en vez de un contrato.

**3.6 Indicios ambiguos o incongruentes de la condición de un acuerdo:** En los casos en que los elementos indicativos de la condición de un acuerdo sean ambiguos o incongruentes, la condición del acuerdo debería determinarse sobre la base de un análisis integral que procure conciliar las pruebas objetivas y las intenciones comunes de los participantes. Los Estados deberían tratar de dar a conocer los resultados de su análisis integral a las otras partes del acuerdo. En algunos casos, los Estados podrían considerar opciones más formales para la solución de controversias a fin de aclarar o resolver el carácter vinculante o no vinculante de su(s) acuerdo(s).

Cuadro 2. Identificación de acuerdos vinculantes y no vinculantes		
Características del acuerdo	Elemento indicativo de un tratado	Elemento indicativo de un compromiso político
<b>Títulos</b>	Tratado Convenio Acuerdo Pacto Protocolo	Entendimiento Declaración de intención Arreglo Declaración
<b>Autores</b>	partes	participantes
<b>Terminología</b>	artículos obligaciones compromisos derechos	compromisos expectativas principios parágrafos puntos de entendimiento
<b>Lenguaje que denota un compromiso (verbos)</b>	deberán acuerdan deben se comprometen a Hecho en [lugar] el [fecha]	deberían buscar impulsar tener la intención de esperar llevar a cabo tomar entender aceptar
<b>Lenguaje que denota un compromiso (adjetivos)</b>	vinculante auténtico fidedigno	político voluntario vigente de igual validez
<b>Cláusulas</b>	Consentimiento en obligarse Entrada en vigor Depositario Modificación Rescisión Denuncia Solución obligatoria de controversias Acuerdo final	Entrada en vigencia Inicio de aplicación Diferencias Modificaciones

#### 4. Procedimientos para la celebración de acuerdos vinculantes y no vinculantes

**4.1 Diferentes procedimientos internos para los tratados.** Todo Estado debería tener libertad para establecer y mantener un procedimiento interno o varios para autorizar la negociación y celebración de tratados por el Estado o sus instituciones. Estos procedimientos podrían basarse en la constitución del Estado, sus leyes o su práctica. Distintos Estados podrían seguir procedimientos internos diferentes para el mismo tratado.

**4.2 Establecimiento de procedimientos internos para los compromisos políticos.** Los Estados deberían establecer y mantener procedimientos para autorizar la celebración de compromisos políticos celebrados por el Estado o sus instituciones. Aunque los compromisos políticos son acuerdos

no vinculantes, los mismos podrían beneficiarse de prácticas en las cuales los Estados tuvieran procedimientos que confirmaran:

- a) el carácter no vinculante de un compromiso;
- b) la pertinencia del uso de una forma o modalidad no vinculante en vez de una vinculante, como ocurre en los casos en que, debido a la falta de tiempo o a la incertidumbre, es desaconsejable que el Estado quede atrapado en un acuerdo con efectos jurídicos; y
- c) la notificación de las instituciones pertinentes del Estado, incluyendo al Ministerio de Relaciones Exteriores, y la coordinación con ellas.

**4.3 Establecimiento de procedimientos internos para la aprobación de contratos entre Estados.** Los Estados que celebren contratos con otros Estados deberían establecer y mantener procedimientos para aprobar su celebración. Como buena práctica, en dichos procedimientos los Estados deberían incluir:

- a) información sobre la forma en que el Estado identificará el derecho aplicable al contrato, y
- b) mecanismos para confirmar el derecho aplicable al otro (u otros) Estado(s) contratantes a fin de evitar conflictos futuros.

**4.4. Procedimientos internos para la aprobación de acuerdos interinstitucionales vinculantes.** Los Estados deberían contar con procedimientos para otorgar la debida autorización a las instituciones (sean ministerios de gobierno, unidades subnacionales o ambos) que tengan capacidad para celebrar un tratado regido por el derecho internacional. Asimismo, los Estados deberían contar con procedimientos a fin de otorgar la debida autorización a sus instituciones (sean ministerios de gobierno, unidades subnacionales o ambos) para suscribir contratos de conformidad con su propio derecho interno, con el derecho interno de otro Estado o con un derecho no estatal.

**4.4.1** En esos procedimientos se debería indicar la forma en que el Estado distingue si la institución está celebrando un tratado o un contrato.

**4.4.2** En esos procedimientos se deberían incorporar mecanismos para confirmar por adelantado que la institución del otro Estado está de acuerdo con el tipo de acuerdo interinstitucional que se suscribirá y con su carácter jurídicamente vinculante.

#### **4.5 Publicidad de las Capacidades Institucionales para Celebrar Acuerdos Vinculantes**

**4.5.1** Un Estado debería hacer del conocimiento público cuáles de sus instituciones, si las hubiere, podrían estar autorizadas para celebrar tratados y especificar si pueden hacerlo en representación del Estado en su conjunto o en nombre propio.

**4.5.2** Un Estado debería hacer del conocimiento público cuáles de sus instituciones, si las hubiere, podrían estar autorizadas para celebrar contratos y especificar si pueden hacerlo en representación del Estado en su conjunto o en nombre propio.

**4.5.3** Un Estado podría dar a conocer esta información al público en general (por ejemplo, colocando sus procedimientos en línea) o comunicar específicamente a otros Estados o instituciones del Estado la capacidad de sus instituciones y los procedimientos pertinentes que utilizan.

#### **4.6 Publicidad de los Registros de Acuerdos Vinculantes y no Vinculantes**

**4.6.1** *Registros nacionales de acuerdos vinculantes.* Los Estados deberían crear y mantener registros públicos de todos los acuerdos vinculantes del Estado y de sus instituciones.

**4.6.2** *Registros nacionales de compromisos políticos.* Los Estados deberían mantener un registro nacional de todos los compromisos políticos del Estado y de sus instituciones o por lo menos de los más importantes.

### **5. Efectos jurídicos de los acuerdos vinculantes y no vinculantes**

**5.1 Efectos jurídicos de la celebración de tratados por el Estado:** Los Estados y sus instituciones deberían encarar la celebración de tratados sabiendo que dar su consentimiento en obligarse por un tratado generará por lo menos tres tipos de efectos jurídicos:

**5.1.1** *Efectos jurídicos internacionales primarios.* De acuerdo con el principio fundamental de *pacta sunt servanda*, los tratados imponen la obligación de cumplir sus condiciones de buena fe.

**5.1.2 Efectos jurídicos internacionales secundarios.** La existencia de un tratado da lugar a la aplicación de varios regímenes jurídicos internacionales secundarios, entre ellos el derecho de los tratados, la responsabilidad del Estado y cualquier otro régimen particular vinculado a la materia del tratado.

**5.1.3 Efectos jurídicos internos.** El orden jurídico interno de un Estado podría disponer que los tratados celebrados por el Estado tengan efectos jurídicos internos, pero no se requiere que lo haga. Los Estados deberían estar en condiciones de explicar a otros Estados e interesados qué efectos jurídicos internos tendrán los tratados que suscriban.

**5.2 Efectos jurídicos de los contratos.** Los Estados y sus instituciones deberían encarar la celebración de acuerdos sabiendo que los efectos jurídicos de un contrato, entre ellos los aspectos relativos al cumplimiento, el desplazamiento del derecho interno aplicable y la ejecución, dependerán del derecho aplicable al contrato.

**5.3 Efectos de los compromisos políticos.** Los Estados y sus instituciones deberían encarar la celebración de acuerdos sabiendo que un compromiso político no tendrá ningún efecto jurídico directo de conformidad con el derecho internacional o el derecho interno; los compromisos políticos no son jurídicamente vinculantes.

**5.3.1** Los Estados y sus instituciones deberían cumplir sus compromisos políticos y aplicarlos, entendiéndose que otros Estados esperarán que el compromiso político se cumpla por razón de su fuerza moral o del contexto político en el cual se celebró.

**5.3.2** Los Estados y sus instituciones deberían saber que un compromiso político, aunque no fuese vinculante, podría tener efectos jurídicos para un Estado. Por ejemplo, los compromisos políticos pueden:

- (i) ser incorporados a otros actos jurídicos internacionales, como tratados o decisiones de organizaciones internacionales;
- (ii) ser incorporados a en actos jurídicos internos, como leyes u otros tipos de normativa, o
- (iii) servir de base para la interpretación o guía de otros acuerdos jurídicamente vinculantes.

**5.4 Efectos jurídicos de un acuerdo interinstitucional.** Los Estados deberían suponer que un acuerdo interinstitucional surtirá los efectos jurídicos de la categoría de acuerdo (tratado, compromiso político o contrato) a la que corresponda.

**5.4.1** Los Estados podrían suponer que los tratados y contratos interinstitucionales generarán responsabilidad del Estado en su conjunto.

**5.4.2** No obstante, los Estados deberían tener en cuenta que, en ciertos casos, un Estado o su institución podría afirmar que la responsabilidad jurídica por un acuerdo interinstitucional se extiende solo a la institución del Estado que celebre el acuerdo.

**5.4.3** En los casos en que los Estados tengan puntos de vista divergentes acerca de la responsabilidad jurídica generada por un acuerdo interinstitucional vinculante, deberían armonizar sus puntos de vista y avenirse a que ambos Estados asuman la responsabilidad emanada del acuerdo interinstitucional o concordar en limitar la responsabilidad a las instituciones que suscriban el acuerdo, reflejando todo esto en el texto del instrumento respectivo.

**5.4.4** Los Estados deberían utilizar toda la discreción que posean para evitar que un acuerdo interinstitucional tenga efectos jurídicos en los casos en que una o más de las instituciones participantes no hayan recibido del Estado del cual formen parte la potestad (o la capacidad general) necesaria para celebrar un acuerdo de ese tipo.

## **6. Capacitación y educación sobre acuerdos vinculantes y no vinculantes**

**6.1 Capacitación y educación a cargo de los Estados sobre acuerdos vinculantes y no vinculantes.** Los Estados deberían tomar medidas para capacitar y educar a los funcionarios pertinentes del Ministerio de Relaciones Exteriores y de otros ministerios pertinentes o agencias para asegurar la consecución de lo siguiente:

- (i) identificar los distintos tipos de acuerdos vinculantes y no vinculantes y distinguir entre ellos;

- (ii) entender quiénes en el ámbito del Estado tienen capacidad para negociar y celebrar qué acuerdos;
- (iii) seguir los procedimientos internos para la celebración de tales acuerdos; y
- (iv) comprender los efectos jurídicos y de otros tipos que puedan emanar de distintos tipos de acuerdos internacionales.

**6.2 Capacitación y educación referida a acuerdos interinstitucionales.** Si un Estado autoriza la celebración de acuerdos interinstitucionales, debe tomar medidas para capacitar y educar a los funcionarios pertinentes de una agencia gubernamental o de una unidad territorial subnacional del Estado para que puedan hacer lo siguiente:

- (i) identificar los distintos tipos de acuerdos vinculantes y no vinculantes y distinguir entre ellos;
- (ii) entender quiénes en el ámbito del Estado tienen capacidad para negociar y celebrar qué acuerdos;
- (iii) seguir los procedimientos internos para la celebración de tales acuerdos; y
- (iv) comprender los efectos jurídicos y de otros tipos que puedan emanar de distintos tipos internacionales.

\* \* \*

## ANEXO II

### DIRECTRICES DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO PARA LOS ACUERDOS VINCULANTES Y NO VINCULANTES (CON COMENTARIOS)

Los Estados y otros actores internacionales actualmente suscriben y aplican una diversa gama de acuerdos internacionales. En el plano más general, se acostumbra dividirlos en (i) acuerdos que son “vinculantes” y, por lo tanto, se rigen por el derecho, ya sea el derecho internacional (tratados) o el derecho interno (contratos), y (ii) acuerdos que no son vinculantes (“compromisos políticos”), para los cuales el derecho no es fuente de fuerza normativa alguna. En medida creciente, los Estados también están autorizando la celebración de acuerdos por sus ministerios nacionales o unidades territoriales subnacionales (provincias o regiones).

La gama actual de acuerdos vinculantes y no vinculantes ofrece mucha flexibilidad: los acuerdos pueden adaptarse al contexto, incluidos los intereses de los autores, la doctrina y jurisprudencia, y los recursos. Al mismo tiempo, en el derecho y la práctica internacionales se observan grandes ambigüedades (o claras diferencias) en la forma en que los Estados autorizan o entienden sus diferentes acuerdos internacionales.

Ante este estado de cosas, sea generado un elevado grado de confusión entre los representantes de los Estados, conllevando la posibilidad de malentendidos y controversias. Dos Estados pueden suscribir un acuerdo que uno de ellos considera como un compromiso político no vinculante y el otro como un tratado (o un contrato). La posibilidad de confusión y controversias es mayor cuando los ministerios de Estado o las unidades territoriales subnacionales celebran acuerdos. Algunos Estados autorizan a estas entidades a celebrar tratados (es decir, acuerdos vinculantes que se rigen por el derecho internacional), mientras que otros les niegan esta posibilidad (ya sea debido a una falta de potestad o basándose en la premisa de que el derecho internacional no confiere a estos actores capacidad para suscribir tratados).

Con estas *Directrices* se procura disipar la confusión actual y la posibilidad de que surjan conflictos entre Estados y otros interesados con respecto a los acuerdos vinculantes y no vinculantes. Las *Directrices* proporcionan un conjunto de definiciones de trabajo, puntos de entendimiento y prácticas óptimas con respecto a quiénes celebran esos acuerdos, cómo pueden celebrarlos y qué efectos jurídicos tienen. La finalidad es ayudar a los Estados a deslindar y comprender los aspectos periféricos y las consecuencias de la negociación y celebración de

distintos tipos de acuerdos internacionales. Un mayor conocimiento y conciencia de las prácticas óptimas podría ayudar a los Estados a evitar o mitigar los riesgos de confusión o conflicto que enfrentan actualmente.

Al mismo tiempo, estas *Directrices* no aspiran de ninguna manera a una condición jurídica propia. No es su finalidad codificar el derecho internacional ni ofrecer una vía para su desarrollo progresivo. En cambio, señalan en varias instancias las áreas en las cuales el derecho internacional no es claro o es motivo de controversias. En las *Directrices*, esos asuntos quedan sin resolver. Su alcance es menor: consiste en proveer un conjunto de prácticas y puntos de entendimiento voluntarios que los Estados Miembros puedan usar entre ellos (y quizá a escala mundial) para comprender mejor la forma en que se elaboran, interpretan y aplican acuerdos internacionales y reducir así el riesgo de desacuerdos o dificultades en el futuro.

## 1. Definiciones relacionadas con los acuerdos vinculantes y no vinculantes

**1.1 Acuerdo:** *Aunque el uso de este término en un texto suele ser indicativo de un tratado, el concepto puede definirse de una forma más amplia a fin de abarcar el consentimiento mutuo de los participantes hacia un compromiso relativo a un acto futuro.*

**Comentario:** El concepto de acuerdo no está bien definido en el derecho internacional. Al preparar el borrador que se convirtió en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, la Comisión de Derecho Internacional prestó poca atención a esta idea, a pesar de que la usó regularmente en sus deliberaciones.<sup>1</sup> Ninguno de los Estados Miembros de la OEA que respondieron al cuestionario del Comité abordó el concepto. No obstante, todo acuerdo tiene por lo menos dos elementos básicos: *mutualidad* y *compromiso*.

En lo que se refiere a la *mutualidad*, el primer Relator Especial de la Comisión de Derecho Internacional sobre el derecho de los tratados, J. L. Brierly, observó que la definición de tratado como “acuerdo” excluye las “declaraciones unilaterales”.<sup>2</sup> Por lo tanto, los acuerdos no surgen *sua*

---

<sup>1</sup> Aunque los cuatro relatores especiales de la Comisión de Derecho Internacional usaron el vocablo “acuerdo” en su trabajo, ninguno lo definió. Véanse J. L. Brierly, Primer informe sobre el derecho relativo a los tratados, en ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 1950, vol. II, 227 (párrs. 19 y 20); Hersch Lauterpacht, Primer informe sobre el derecho relativo a los tratados, en ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 1953, vol. II, 90, 93-94 (art. 1); Gerald G. Fitzmaurice, Primer informe sobre el derecho relativo a los tratados, en ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 1956, vol. II, 117; Henry Waldock, Primer informe sobre el derecho relativo a los tratados, en ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 1962, vol. II, 31 (párr. 1[a]).

<sup>2</sup> Brierly, *supra*, nota 1, pág. 227, párrs. 19 y 20. En el derecho internacional, ciertas declaraciones unilaterales se consideran como una forma de compromiso jurídico internacional. En el caso de los *Ensayos nucleares*, la CIJ concluyó que Francia estaba obligada, de conformidad con el derecho internacional, por las declaraciones públicas de su Presidente, del Ministro de Relaciones Exteriores y del Ministro de Defensa a suspender los ensayos nucleares en el sur del Pacífico, con lo cual se obvió la necesidad de que la Corte emitiera un fallo en el caso. *Ensayos nucleares (Australia y Nueva Zelandia c. Francia)* (1974), Informe de la CIJ 267 y 268, párrs. 43 a 50. Basándose en este fallo, en 2006, la Comisión de Derecho Internacional formuló un principio rector básico: “Unas declaraciones formuladas públicamente por las que se manifieste la voluntad de obligarse podrán surtir el efecto de crear obligaciones jurídicas”. Comisión de Derecho Internacional, Principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas y los comentarios correspondientes (2006), 58 período de sesiones, documento ONU A/61/10, Principio rector 1. Algunos ejemplos de declaraciones unilaterales son la declaración de Egipto de 1957 sobre el Canal de Suez, la renuncia de Jordania de 1988 a Cisjordania, las declaraciones de los Estados Unidos ante el Grupo Especial de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio (OMC) en el caso de la *Ley de Comercio Exterior de 1974* y (posiblemente) las declaraciones de Cuba de 2002 sobre el suministro de vacunas a Uruguay. V. R. Cedeño, *Octavo informe sobre los actos unilaterales del Estado* (26 de

*sponte* de un solo agente, sino que son el producto de un intercambio o comunicación mutuos.<sup>3</sup> Brierly también señaló que la “esencia de un ‘tratado’ no es el instrumento o documento en el que consta, sino el acuerdo o *consenso* creados por el acto de su celebración formal<sup>4</sup>. Al vincular el acuerdo a un “consenso”, el concepto queda vinculado a la existencia de un “acuerdo de voluntades” o *consensus ad idem*.<sup>5</sup>

Además de la mutualidad, el *consensus ad idem* debe incorporar algún tipo de compromiso. El compromiso se refiere a la idea de que un acuerdo abarca expectativas comunes de actos futuros. No basta que los participantes en un acuerdo expliquen sus respectivas posiciones o incluso que indiquen un “punto de vista acordado”: en los compromisos se explica la forma en que los participantes abandonarán el *status quo* o continuarán realizando ciertos actos.<sup>6</sup> Por supuesto, la precisión de los compromisos puede variar; algunos abarcan reglas claras que los participantes pueden aplicar plenamente *ex ante*, mientras que otros son normas cuyo cumplimiento requiere un análisis *ex post* en el cual se tengan en cuenta todas las circunstancias. La mutualidad de los compromisos tampoco debe confundirse con la reciprocidad. Los acuerdos pueden ser unilaterales: no requieren un intercambio de compromisos (lo que en el derecho consuetudinario se denomina “contraprestación”); puede bastar con un solo compromiso asumido por un participante con otro (u otros)<sup>7</sup>.

**1.2 Tratado:** *Acuerdo internacional vinculante celebrado entre Estados, instituciones del Estado u otros sujetos apropiados que consta por escrito y se rige por el derecho internacional, independientemente de su designación, su registro o los procedimientos jurídicos internos que los Estados utilicen para obligarse.*

**Comentario:** La definición de tratado que se usa en las *Directrices* deriva de la que consta en el artículo 2(1)(a) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969:

Para los efectos de la presente Convención: (a) se entiende por "tratado" un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en

mayo de 2005), documento ONU A/CN.4/557; *Estados Unidos - artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974* (Informe del Grupo Especial) (1999) WT/DS152/R [7.118]-[7.123].

Sin embargo, las fuentes están divididas en lo que se refiere a si las declaraciones unilaterales dependen de la intención del Estado declarante o de la doctrina de los actos propios en los casos en que los destinatarios previstos de la declaración recurran a ella de buena fe y de manera razonable. Compárense el *Caso relativo a la controversia fronteriza (Burkina Faso c. la República de Mali)* (Fallo) (1986), Informe de la CIJ 573 y 574, párr. 39, y el caso de la *Obligación de negociar una salida al Océano Pacífico (Bolivia c. Chile)* (Fallo) (1 de octubre de 2018), Lista General 153, 47, párr. 148 (existencia de una declaración unilateral vinculante: todo depende de la intención del Estado en cuestión); con Comisión de Derecho Internacional, *Actos Unilaterales de los Estados: Informe del Grupo de Trabajo* (20 de julio de 2006), documento ONU A/CN.4/L.703, Nota introductoria (donde se observa que la intención y la doctrina de los actos propios son dos teorías en pugna con respecto a la fuente de la obligación en el caso de las declaraciones unilaterales).

<sup>3</sup> Duncan B. Hollis y Joshua J. Newcomer, “Political” Commitments and the Constitution, 49 VIRG. J. INT’L L. 507, 522 (2009); Jan Klabbbers, The Concept of Treaty in International Law 51-53 (1996).

<sup>4</sup> ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 1950, vol. II, 227, p. 19-20.

<sup>5</sup> Véanse, por ejemplo, J. L. Weinstein, *Exchange of Notes*, 29 British Ybk Int’l L. 205, 226 (1952) (el consenso de las partes, y no el instrumento, es la esencia del acuerdo, independientemente de su forma); Mark E. Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* 77 (2009) (ídem); Kelvin Widdows, *What is an Agreement in International Law?*, 50 British Ybk Int’l L. 117, 119 (1979) (ídem).

<sup>6</sup> Véanse, por ejemplo, HOLLIS Y NEWCOMER, *supra*, nota 3, en 522; KLABBERS, *supra*, nota 3, en 51-53; KAL RAUSTIALA, *Form and Substance in International Agreements*, 99 AM. J. INT’L L. 581, 584-585 (2005).

<sup>7</sup> Véase Duncan B. Hollis, *Defining Treaties*, The Oxford Guide to Treaties 20 (Duncan B. Hollis, ed., 2012).

un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular<sup>8</sup>.

Esta definición está ampliamente aceptada. La Corte Internacional de Justicia (CIJ) ha señalado que refleja el derecho internacional consuetudinario<sup>9</sup>, la mayoría de los Estados la refrendan<sup>10</sup> y los expertos la citan con frecuencia al definir el concepto de tratado.<sup>11</sup>

Al mismo tiempo, se reconoce ampliamente que la definición de tratado que consta en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados es incompleta. No se incluyen entre los tratados los acuerdos celebrados por otros sujetos de derecho internacional. Sin embargo, nadie niega que los acuerdos con organizaciones internacionales o entre ellas también puedan reunir las condiciones para ser considerados como tratados.<sup>12</sup> En la definición que consta en la Convención también se hace referencia a asuntos que en otra época eran controvertidos (por ejemplo, que un intercambio de notas puede constituir un tratado) y que ya no son objeto de cuestionamientos serios.<sup>13</sup> Los tratados pueden existir en un solo instrumento o en forma de dos o más instrumentos conexos<sup>14</sup>.

La definición de tratado que se usa en las *Directrices* expande la definición que consta en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados para dar cabida al derecho sobre tratados y su práctica de forma moderna. A efectos de estas *Directrices*, un tratado tiene los siguientes elementos: (a) acuerdo internacional; (b) celebrado; (c) entre Estados, instituciones del Estado u otros sujetos apropiados; (d) que consta por escrito; (e) y se rige por el derecho internacional, independientemente de (f) su designación, (g) su registro o (h) los procedimientos jurídicos internos que los Estados utilicen para dar su consentimiento en obligarse.

---

<sup>8</sup> Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (abierta a la firma el 23 de mayo de 1969; entró en vigor el 27 de enero de 1980) 1155 UNTS 331, párr. 2(1)(a).

<sup>9</sup> Véase *Delimitación marítima en el Océano Índico (Somalia c. Kenya)* (Fallo) (2017), Informe de la CIJ 3, 21, párr. 42; *Fronteras terrestres y marítimas entre el Camerún y Nigeria (El Camerún c. Nigeria; intervención de Guinea Ecuatorial)* (2002), Informe de la CIJ 249, párr. 263. Otros tribunales internacionales han adoptado una posición similar. Véase, por ejemplo, *Texaco v. Libyan Arab Republic*, 53 Int'l L. Rep. 389, 474 (1977).

<sup>10</sup> Duncan B. Hollis, *Acuerdos vinculantes y no vinculantes: segundo informe*, OEA/Ser. Q, CJI/doc.553/18 (6 febrero 2018), párr. 8 ("Hollis, Segundo informe") (nueve de los diez Estados Miembros de la OEA que respondieron al cuestionario aceptan la definición que consta en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en su derecho de los tratados y en la práctica, mientras que el décimo Estado no abordó el tema); Duncan B. Hollis, *A Comparative Approach to Treaty Law and Practice*, en *National Treaty Law & Practice* 9 (Duncan B. Hollis et al., eds., 2005) (de 19 Estados representativos, prácticamente todos los Estados encuestados aceptan la definición de tratado que consta en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados).

<sup>11</sup> Véanse, por ejemplo, Anthony Aust, *Modern Treaty Law & Practice* 14 (3.a ed., 2013); Malgosia Fitzmaurice y Olufemi Elias, *Contemporary Issues in the Law of Treaties* 6-25 (2005); Klabbers, *supra*, nota 3, en 40.

<sup>12</sup> Véase Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales (adoptada el 21 de marzo de 1986, todavía no ha entrado en vigor), 25 ILM 543 (1986) ("Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1986"); A. McNair, *The Law of Treaties* 755 (1961) (hace cincuenta años se habría podido decir que solo los Estados pueden celebrar tratados, pero en la actualidad una afirmación de ese tipo sería anticuada).

<sup>13</sup> Por ejemplo, en el proyecto de Convención de Harvard sobre el Derecho de los Tratados, de 1935, originalmente se excluyeron los intercambios de notas de la definición de tratado. 29 Am. J. Int'l L. (Supp.) 653, 698 (1935). En la actualidad, sin embargo, los tratados pueden consistir en un solo intercambio de notas o en intercambios repetidos. Véase, por ejemplo, Philippe Gautier, *Article 2, Convention of 1969*, en *The Vienna Convention on the Law of Treaties* 35 (Oliver Corten y Pierre Klein, eds., 2011); Villiger, *supra*, nota 5, en 200.

<sup>14</sup> Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 2(1)(a).

- (i) *Acuerdo internacional*. Un tratado es un tipo específico de acuerdo: *todos los tratados son acuerdos, pero no todos los acuerdos reúnen las condiciones para ser considerados como tratados*.<sup>15</sup> Sin embargo, no resulta claro para qué otro fin sirve el calificativo “internacional”. No se ha utilizado para limitar la materia de la formulación de los tratados. En la actualidad, la mejor interpretación del requisito de que un acuerdo sea “internacional” posiblemente consista en que refuerza el alcance del tratado en lo que se refiere a quiénes pueden celebrarlo (es decir, actores con personería jurídica internacional) o a la base jurídica internacional de las obligaciones resultantes<sup>16</sup>.
- (ii) *celebrado ...* ¿Cuándo se celebra un acuerdo internacional? El vocablo puede usarse en términos generales para hacer referencia a cualquier punto situado entre el fin de las negociaciones y un compromiso definitivo en el sentido de que las partes se obligan por el instrumento en el marco del derecho internacional.<sup>17</sup> Tanto en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados como en la práctica de los Estados se define la celebración como el momento en el cual las partes adoptan el texto del tratado o lo abren a la firma<sup>18</sup>. Para los efectos de estas *Directrices*, es importante recalcar que se puede haber “celebrado” un tratado a pesar de que no haya entrado en vigor (o de que nunca vaya a entrar en vigor)<sup>19</sup>. La celebración y la entrada en vigor no son sinónimos<sup>20</sup>. Por lo tanto, es importante distinguir los efectos jurídicos que surgen cuando un tratado meramente existe de los efectos que tiene cuando entra en vigor (es decir, el principio de *pacta sunt servanda* se aplica solamente al segundo subconjunto de tratados)<sup>21</sup>.
- (iii) ... *entre Estados, instituciones del Estado u otros sujetos apropiados ...* En la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados se define un tratado como un acuerdo entre Estados. En la práctica, un Estado puede celebrar un tratado directamente en su nombre (acuerdo entre Estados) o por medio de una de sus instituciones, ya sea el gobierno nacional en conjunto (acuerdo entre gobiernos) o un ministerio nacional (acuerdo interinstitucional), o de una unidad territorial subnacional (por ejemplo, un

---

<sup>15</sup> Véase Villiger, *supra*, nota 5, en 77. Este punto se reiteró durante todo el trabajo preparatorio de la Comisión de Derecho Internacional. Véase Brierly, *Primer informe, supra*, nota 1, en 227, párr. 19; Humphrey Waldock, *Cuarto informe sobre el derecho relativo a los tratados*, en ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 1965, vol. II, 11, párr. 1; ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 1965, vol. I, 10, párr. 10 (Briggs).

<sup>16</sup> Esto se deduce de lo que Waldock entendía inicialmente. Waldock, *Primer informe, supra*, nota 1, en 31 (apartado 1[a]); véase también Villiger, *supra*, nota 5, en 78.

<sup>17</sup> Waldock adoptó el segundo punto de vista. Waldock, *Primer informe, supra*, nota 1, en 30, párr. 9. Brierly apoyaba la idea de vincular la celebración de un tratado a la consignación del texto acordado en su forma definitiva. J. L. Brierly, *Segundo informe sobre el derecho relativo a los tratados*, en ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 1951, vol. II, 70-71; véase también Villiger, *supra*, nota 5, en 78-79.

<sup>18</sup> La estructura de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados favorece este punto de vista. En los artículos 7 a 10 se habla del “texto de un tratado” al hacer referencia a plenos poderes, la adopción y la autenticación del texto de un tratado, pero se habla de un “tratado” en los artículos en los cuales se explican las diversas formas de manifestar el consentimiento en obligarse (11 a 18). En la Convención de Viena de 1986 se adopta el mismo enfoque. Véase Richard Gardiner, *Treaty Interpretation* 232-233 (2.a ed., 2015); Aust, *supra*, nota 11, en 86.

<sup>19</sup> Por lo tanto, los tratados no perfeccionados, es decir, los que no han entrado en vigor, también se consideran como tratados. Véase, por ejemplo, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1986, *supra*, nota 12 (todavía no ha entrado en vigor).

<sup>20</sup> Aust, *supra*, nota 11, en 86; Villiger, *supra*, nota 5, en 79.

<sup>21</sup> Véase, por ejemplo, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 24(4) (donde se señalan diversas “disposiciones de un tratado” que se aplican “desde el momento de la adopción de su texto” en vez de aplicarse desde el momento de la entrada en vigor).

acuerdo entre provincias)<sup>22</sup>. Al mismo tiempo, en la Convención de Viena se reconoce la posibilidad de que “otros sujetos de derecho internacional” celebren tratados<sup>23</sup>. Esta categoría abarca entidades tales como organizaciones internacionales, que constituyen el tema de la Convención de Viena de 1986<sup>24</sup>. Además, otros sujetos de derecho internacional podrían tener suficiente personería jurídica para suscribir tratados sobre ciertas materias (por ejemplo, los grupos insurgentes pueden celebrar tratados sobre el cese de las hostilidades).<sup>25</sup> En estas *Directrices* se habla de “sujetos apropiados” para reconocer que no todas las entidades que aspiran a ser sujetos de derecho internacional pueden serlo. Algunos Estados afirman que una institución del Estado (como un territorio de ultramar o un gobierno regional) puede ser tratada como “otro sujeto” de derecho internacional, es decir, un sujeto capaz de celebrar un tratado directamente, en nombre propio. Sin embargo, esa posición es tema de controversia y no es la finalidad de estas *Directrices* resolverla<sup>26</sup>. Por lo tanto, en la definición de tratado simplemente se incluyen las instituciones del Estado entre los actores que celebran tratados, sin aclarar si pueden hacerlo de forma independiente o solo como actores de un Estado.

- (iv) ... *que consta por escrito* ... En la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados se requiere que todos los tratados se celebren por escrito, es decir, que haya una prueba permanente y legible del acuerdo, pero no se impone ningún requisito particular con respecto a la forma<sup>27</sup>. Las cortes y tribunales internacionales han encontrado, por ejemplo, acuerdos que no precisan ser suscritos para ser considerados tratados<sup>28</sup> ni que se publiquen<sup>29</sup>. Asimismo, hay muchas formas diferentes de registrar un tratado, entre ellas los medios tradicionales más obvios: mecanografiado e impresión. Los métodos de comunicación modernos, como el correo electrónico, los mensajes de texto y las cuentas en medios sociales (por ejemplo, Twitter), también pueden ofrecer mecanismos para el registro de futuros tratados<sup>30</sup>.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados excluye los acuerdos verbales de su ámbito de aplicación (principalmente por razones prácticas)<sup>31</sup>. En la actualidad, muchos

<sup>22</sup> Véase, por ejemplo, Hollis, Segundo Informe, *supra*, nota 10, en 8, párr. 24 (Estados Unidos y Jamaica informan que aceptan la celebración de acuerdos entre organismos gubernamentales que se encuadren en la definición de tratado); *id.*, párr. 26 (el derecho mexicano permite que las entidades federativas suscriban acuerdos interinstitucionales regidos por el derecho internacional).

<sup>23</sup> Véase Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 3 (en la definición de tratado que consta en la Convención no se excluye la fuerza jurídica de los acuerdos celebrados por Estados con otros sujetos de derecho internacional o entre dichos sujetos); Waldock, *Primer informe, supra*, nota 1, en 30.

<sup>24</sup> Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1986, *supra*, nota 12.

<sup>25</sup> Véase Tom Grant, *Who Can Make Treaties? Other Subjects of International Law*, en Duncan B. Hollis (ed) *The Oxford Guide to Treaties* 150-51 (2a. ed., 2020).

<sup>26</sup> Hollis, *Segundo informe, supra*, nota 10, en 8, párr. 25 (Argentina deniega a los ministerios de gobierno la potestad de celebrar tratados porque no son sujetos de derecho internacional).

<sup>27</sup> Aust, *supra*, nota 11, en 16.

<sup>28</sup> *Caso de las plantas de celulosa sobre el río Uruguay (Argentina c. Uruguay)* (Fallo, 20 de abril de 2010) (2010), Informe de la CIJ, párrs. 132 a 150 (donde un comunicado de prensa conjunto sin firmar se considera como un "acuerdo"); Gautier, *supra*, nota 13, en 38; Aust, *supra*, nota 11, en 20 y 21.

<sup>29</sup> Fitzmaurice y Elias, *supra*, nota 11, en 23 y 24; Klabbbers, *supra*, nota 3, en 85 y 86.

<sup>30</sup> Aust, *supra*, nota 11, en 16 (donde se apoya la idea de que podría celebrarse un tratado por correo electrónico).

<sup>31</sup> Véase Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 3. La Comisión de Derecho Internacional recalzó que se centraba exclusivamente en los acuerdos consignados por escrito "para mayor claridad y sencillez" y que "no es que se quiera negar a los acuerdos verbales fuerza de obligar en derecho internacional ni tampoco se pretende decir que algunos de los principios enunciados en las partes siguientes del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados

Estados, pero no todos, entienden que el derecho consuetudinario internacional contempla los tratados verbales<sup>32</sup>. De acuerdo con el derecho interno de los Estados Unidos, por ejemplo, los acuerdos internacionales verbales, una vez celebrados, deben consignarse por escrito<sup>33</sup>. Al disponer que un tratado deba constar “por escrito”, en estas *Directrices* no se refrenda el concepto del tratado verbal específicamente, aunque la definición incluye todo tratado verbal que se consigne por escrito con posterioridad.

- (v) ... *y se rige por el derecho internacional*, ... Este es el criterio esencial de la definición de tratado. En términos sencillos, *si un acuerdo internacional se rige por el derecho internacional, es un tratado*. Sin embargo, la dificultad radica en entender qué quiere decir esta frase. Al decir que “se rige por el derecho internacional”, se distingue claramente un tratado de las otras dos categorías de acuerdo internacional: contratos (acuerdos regidos por el derecho nacional o por la legislación no estatal) y compromisos políticos (acuerdos que no se rigen por ningún tipo de derecho)<sup>34</sup>, pero no resulta claro exactamente de qué forma. Para empezar, la idea de que los tratados se rigen por el derecho internacional puede interpretarse más como una consecuencia de la celebración del tratado que como un elemento constitutivo del concepto<sup>35</sup>. Como se verá más

preparado por la Comisión no sean pertinentes respecto de los acuerdos verbales”, ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 1966, vol. II, 189, párr. 7

<sup>32</sup> Véanse, por ejemplo, Hollis, *A Comparative Approach*, *supra*, nota 10, en 12-13 (donde se analizan el derecho y la práctica de los tratados de Alemania, Canadá, Japón, el Reino Unido y Suiza); Directorate of International Legal Affairs, *Comments of the Republic of Colombia on-Binding Agreements: Sixth Report (CJI/Doc.600/20)* (May 2020) (“Colombia 2020 Comments”) (“Colombia... considera que los tratados deben hacerse por escrito en su totalidad, ya sea en un único instrumento o en dos o más instrumentos relacionados ...”); Jan G. Brower, *The Netherlands*, en *National Treaty Law & Practice* 486 (Duncan B. Hollis et al., eds., 2005) (el gobierno holandés se ha opuesto a la práctica de los acuerdos verbales desde 1983); K. Thakore, *India*, en *National Treaty Law & Practice* 352 (Duncan B. Hollis et al., eds., 2005) (en la India no se recurre a acuerdos verbales); Neville Botha, *South Africa*, en *National Treaty Law & Practice* 583 (Duncan B. Hollis et al., eds., 2005) (ni en el derecho ni en la práctica de Sudáfrica se prevén los acuerdos verbales, que carecen de autorización oficial).

<sup>33</sup> Véase 1 U.S.C. §112b.

<sup>34</sup> Ambas distinciones se plantearon en la Comisión de Derecho Internacional y en la Conferencia de Viena. Sobre la distinción entre tratados y contratos, véase ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 1966, vol. II, 189, párr. 6; ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 1959, vol. II, 95, párr. 3; Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, *Documentos oficiales, Documentos de la conferencia*, documento ONU A/CONF.39/11/Add.2, 9, párr. 6 (“Conferencia de Viena, Documentos oficiales”). Sobre la distinción entre tratados y compromisos políticos, véanse ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 1959, vol. II, 96-97, párr. 8 (“no se considerarán como tratados los instrumentos que, aunque tengan apariencia de tratados, no contengan sino declaraciones de principio o exposiciones de orden político, o expresiones de opinión o “vœux”); Conferencia de Viena, *Documentos oficiales*, *supra*, en 111 y 112; Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, *Actas resumidas del primer período de sesiones*, documento ONU A/CONF.39/11, 23, párr. 26 (“Conferencia de Viena, primer período de sesiones”) (el delegado de México distingue los tratados de declaraciones de principio o instrumentos políticos); *id.* en 28, párr. 65.

<sup>35</sup> Esa perspectiva influyó claramente en la génesis de la frase en la Comisión de Derecho Internacional. Véase ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 1959, vol. II, 95, párr. 3. Así, los tratados han sido a veces definidos en términos de las relaciones jurídicas que ellos crean, o, como lo sugiere Colombia, las “obligaciones jurídicamente vinculantes” que ellos generan para las partes. Comentarios a Colombia 2020, *supra* nota. Bierly, *First Report*, *supra* nota 1, en 223 (que describe cómo los acuerdos establecen “una relación bajo el derecho internacional”). Si bien estas son caracterizaciones precisas de lo que pueden hacer los tratados, estas *Directrices* no las incorporan a la definición del tratado sobre la teoría de que cualquiera de los elementos puede ser poco inclusivo. Los tratados, por ejemplo, pueden hacer más que generar obligaciones;

adelante, los Estados y los expertos no han resuelto por completo la forma de decidir qué acuerdos se rigen por el derecho internacional. En la actualidad, hay dos posiciones diferentes. La primera favorece indicadores subjetivos para determinar los casos en que un acuerdo se rige por el derecho internacional sobre la base de la intención de los Estados (u otros sujetos) que lo celebran. En otras palabras, un acuerdo es un tratado en los casos en que refleja las intenciones comunes de sus autores. En cambio, la otra posición considera que los marcadores objetivos de un acuerdo (la materia o el uso de cierto texto) son más indicativos de los casos en que se rige por el derecho internacional. En la práctica, la aplicación de este criterio a los tratados implica una oscilación entre enfoques subjetivos y objetivos<sup>36</sup>

- (vi) *independientemente de su designación* ... En el derecho internacional no se ha impuesto ningún requisito de forma o formalidad para la celebración de tratados.<sup>37</sup> Por lo tanto, no es necesario que se titulen “tratado”. En la práctica, los tratados tienen títulos muy diferentes, como “acta”, “acta aprobada”, “carta”, “convención”, “pacto”, “declaración”, “memorando”, “nota verbal”, “protocolo”, “estatuto” y, por supuesto, “tratado”. Los tribunales internacionales han clasificado instrumentos como tratados a pesar de las diferencias en el formato de los acuerdos. En *Qatar c. Bahrein*, la Corte Internacional de Justicia analizó el “acta aprobada” de 1990 de una reunión de ministros de relaciones exteriores y la consideró como un tratado.<sup>38</sup> Más recientemente, en el *Caso de las plantas de celulosa*, la Corte llegó a la conclusión de que un comunicado de prensa constituía un acuerdo vinculante para las partes.<sup>39</sup>

A lo sumo, el título de un acuerdo puede proporcionar una indicación de su condición. Por ejemplo, puede indicar las intenciones de los autores. Cuando dos Estados usan el título “tratado”, eso da a entender que preveían celebrar un tratado. Pero el hecho de que un acuerdo tenga un título en particular no determina si es o no es un tratado. Por lo tanto, aunque algunos Estados, como Canadá, prefieren usar “memorando de entendimiento” como título de sus compromisos políticos, el hecho de que un acuerdo tenga ese título no lo convierte automáticamente en un instrumento no vinculante. Los memorandos de entendimiento pueden ser tratados.<sup>40</sup>

---

También pueden permitir el comportamiento sin requerirlo. Del mismo modo, los tratados pueden crear nuevas entidades y empoderarlas en lugar de obligar a los Estados parte.

<sup>36</sup> Martti Koskenniemi, *Theory: implications for the practitioner*, en *Theory and international law: an introduction* 19-20 (Philip Allott et al., eds., 1991).

<sup>37</sup> Véanse, por ejemplo, *An Arbitral Tribunal Constituted Under Annex VII to the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea (The Republic of Philippines v. The People's Republic of China)*, Laudo sobre jurisdicción, Corte Permanente de Arbitraje, Caso No. 2013-19 (29 de octubre de 2015), párr. 214 (en adelante, “Arbitraje sobre el Mar del Sur de China”) (la forma o la designación de un instrumento no determinan su condición de acuerdo); *Sudoeste africano (Etiopía c. Sudáfrica, Liberia c. Sudáfrica)* (excepciones preliminares) (1962), Informe de la CIJ 319, 331 (la terminología no es un factor determinante de la índole de un acuerdo internacional).

<sup>38</sup> *Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein (Qatar c. Bahrein)* (competencia y admisibilidad) (1994) Informe de la CIJ 112, párrs. 21 a 30.

<sup>39</sup> *Caso de las plantas de celulosa*, *supra*, nota <sup>28</sup>, párr. 138.

<sup>40</sup> Ministerio de Asuntos Mundiales de Canadá, *Policy on Tabling of Treaties in Parliament*, en <https://treaty-accord.gc.ca/procedures.aspx?lang=eng>, anexo C (“Canada Treaty Policy”) (mientras la práctica reciente de Canadá indica que un memorando de entendimiento o acuerdos no son jurídicamente vinculantes, no todos los Estados consideran estos instrumentos como tales. El simple hecho de llamar a un documento “memorando de entendimiento” o “acuerdo” no es suficiente para cerciorarse de que no se le considerará como un acuerdo regido por el derecho internacional); , División de Derecho de los Tratados, Ministerio de Asuntos Mundiales de Canadá, *Binding and Non-Binding Agreements: A Questionnaire for OAS Member States—Submission by Canada* (9 September 2019) (“Repuesta de Canadá”); División de Derecho de los Tratados, Ministerio de Asuntos Mundiales de Canadá *Working Group on Treaty Practice, Survey on Binding and Non-Binding International Instruments* (18 de septiembre de 2019) 5, 23 (en lo

- (vii) ... *registro* ... De acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas, párrafo 102(1), se requiere que “[t]odo tratado y todo acuerdo internacional concertados por cualesquiera Miembros de las Naciones Unidas después de entrar en vigor esta Carta, serán registrados en la Secretaría y publicados por ésta a la mayor brevedad posible”<sup>41</sup>. ¿Significa esto que los acuerdos que no han sido registrados no son tratados? La respuesta es claramente negativa<sup>42</sup>. Ni en la Carta de las Naciones Unidas ni en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados se vincula explícitamente el registro de un tratado a su condición jurídica. Por su parte, la Organización de las Naciones Unidas tiene cuidado de indicar regularmente que la aceptación por la Secretaría de un instrumento para su registro no le confiere la condición de tratado o acuerdo internacional si todavía no la tiene<sup>43</sup>. Asimismo, el hecho de que un acuerdo no esté registrado no es motivo para denegarle la condición de tratado. Como señaló la CIJ en *Qatar c. Bahrein*, la omisión del registro o el registro tardío no tienen ninguna consecuencia para la validez del acuerdo en la práctica, que sigue siendo no menos vinculante para las partes<sup>44</sup>. En resumen, el registro no es un criterio requerido para que un acuerdo se encuadre en la definición de tratado.

---

sucesivo “Grupo de Trabajo sobre Práctica de Tratados”) (Alemania, Canadá, Corea, España, Finlandia, Israel, Japón y México señalan que el título de un acuerdo no determina su condición de vinculante o no vinculante, aunque España señaló que no considera que los memorandos de entendimiento sean jurídicamente vinculantes según lo dispuesto en el artículo 43 de su Ley 25/2014 de Tratados). Chile, *Comments on the Sixth Report of the Inter-American Juridical Committee on Binding and Non-Binding Agreements*, DIGEJUR-JFL 27.05.20 (27 May 2020) (Comentario de Chile 2020) (con base en los términos utilizados en un instrument y su contenido, un memorandum de entendimiento puede ser considerado un tratado); Comentarios 2020 de Colombia, *supra* nota 32 (“resulta claro que el nombre no determina la naturaleza jurídica del instrumento. Así, un acuerdo denominado memorando de entendimiento puede en efecto ser un tratado, o un instrumento denominado tratado puede ser real y únicamente un compromiso político, dependiendo del contenido del instrumento”).

Además, los Estados que atribuyan una condición diferente al mismo memorando de entendimiento, como lo hicieron Estados Unidos y las otras partes con respecto a ciertos memorandos de entendimiento relacionados con la defensa que Estados Unidos consideraba como tratados, pero que las demás partes (Australia, Canadá y el Reino Unido) consideraban como compromisos políticos no vinculantes. Véase J. McNeill, *International Agreements: Recent US-UK Practice Concerning the Memorandum of Understanding*, 88 Am. J. Int'l L. 821 (1994).

<sup>41</sup> Carta de las Naciones Unidas, art. 102(1); véase también Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 80(1) (“Los tratados, después de su entrada en vigor, se transmitirán a la Secretaría de las Naciones Unidas para su registro o archivo e inscripción, según el caso, y para su publicación”). En cambio, el artículo 18 del Pacto de la Sociedad de Naciones no se quedaba allí, sino que indicaba que “un tratado o compromiso internacional” no sería obligatorio antes de haber sido registrado.

<sup>42</sup> *Accord Aust*, *supra*, nota 11, en 302 y 303; Fitzmaurice y Elias, *supra*, nota 11, en 23; Klabbers, *supra*, nota 3, en 84; D.N. Hutchinson, *The Significance of the Registration or Non-Registration of an International Agreement in Determining Whether or Not it is a Treaty*, *Current Legal Problems* 257, 265-276 (1993).

<sup>43</sup> Secretario General de las Naciones Unidas, *Note by the Secretariat*, en 2856 *Treaties and international agreements registered or filed and recorded with the Secretariat of the United Nations VII* (2012). En caso de duda, la Organización de las Naciones Unidas prefiere la inscripción, pero ocasionalmente se ha negado a inscribir un texto que no consideraba como un tratado.

<sup>44</sup> *Qatar c. Bahrein*, *supra*, nota 38, párr. 29. Sin embargo, el hecho de omitir el registro y publicación de un memorando de entendimiento suscrito entre Estados Unidos y el Reino Unido en 1983 influyó en la decisión tomada en el arbitraje en el caso Heathrow de que no era jurídicamente vinculante. *Award on the First Question, US/UK Arbitration concerning Heathrow Airport User Charges* (1992) cap. 5 155, párr. 6.5.

Aunque el registro no sea determinativo, puede ser indicativo de la existencia de un tratado. Igual que el título, el registro indica la intención (aunque sea solo de la parte que registra el instrumento) de que el acuerdo sea un tratado. Sin embargo, como los Estados no monitorean regularmente el registro de tratados, el registro suele decir poco, si acaso, sobre las intenciones de los otros Estados. No obstante, en el caso *Somalia c. Kenya*, la CIJ dio a entender que el registro es uno de los factores que tiene en cuenta para identificar tratados, en particular en los casos en que la otra parte no ha ya impugnado posteriormente el registro<sup>45</sup>

- (viii) ...o los procedimientos jurídicos internos que los Estados utilicen para dar su consentimiento en obligarse. La definición de “tratado” puede variar según el contexto en que se use. Para los efectos de estas *Directrices*, es importante distinguir cómo los Estados Miembros definen a los tratados para fines de su derecho interno y la forma en que el derecho y la práctica internacionales definen el concepto. Como cuestión de derecho interno, algunos Estados limitan la definición de tratado en su orden jurídico interno a los acuerdos autorizados por medio de procedimientos internos específicos, que en la mayoría de los casos consisten en la aprobación legislativa.<sup>46</sup> Los acuerdos internacionales que no requieren o no reciben este tipo de aprobación no se consideran como tratados para los efectos del derecho interno, sino que integran una categoría discreta. Muchos Estados los denominan “acuerdos ejecutivos”<sup>47</sup>; otros, en particular los Estados del Commonwealth, usan el término “tratado” para referirse a sus acuerdos internacionales aunque no requieran autorización legislativa previa<sup>48</sup> Por lo tanto, el hecho de que un Estado disponga un conjunto particular de procedimientos internos para la celebración de un acuerdo internacional no permite predecir con exactitud su condición de acuerdo vinculante de conformidad con el derecho internacional. Por esa razón, estas *Directrices* se ciñen a la formulación más amplia según la cual un tratado abarca todos los acuerdos vinculantes que se rigen por el derecho internacional, independientemente de la forma en que los Estados decidan autorizar el consentimiento en obligarse.

---

<sup>45</sup> Véase *Somalia c. Kenya*, *supra*, nota 9, 21, párr. 42 (donde se señala que Kenya registró el instrumento y Somalia no formuló objeciones durante cinco años entre las razones por las cuales el memorando de entendimiento constituía un tratado).

<sup>46</sup> Los tipos de acuerdos que requieren aprobación legislativa varían de un Estado a otro. Véase, por ejemplo, Hollis, *A Comparative Approach*, *supra*, nota 10 (donde se examina la forma en que se aborda el papel legislativo en la celebración de tratados en diecinueve Estados). En algunos Estados, como la República Dominicana, todos los acuerdos internacionales requieren aprobación legislativa. Ver, por ejemplo, República Dominicana, Departamento Jurídico, Ministerio de Relaciones Exteriores, *Respuestas al Cuestionario sobre Acuerdos Vinculantes y No Vinculantes*, 29, Nov. 2017, (citando el Art. 93 de la Constitución de 2015) (“Respuesta de la República Dominicana”); en otros, como Canadá, no se necesita aprobación legislativa para celebrar acuerdos internacionales (sin embargo, podrían requerirse leyes para aplicar ciertos acuerdos en el ámbito interno). Respuesta de Canadá, *supra*, nota 40, en 6. Otros Estados adoptan procedimientos internos diferentes para acuerdos internacionales sobre distintos temas o a la luz de otras autoridades internas. Ver, por ejemplo, Gobierno del Ecuador, Departamento de Relaciones Exteriores y Comercio, *Cuestionario "Acuerdos vinculantes y no vinculantes"* (“Respuesta de Ecuador”) (se requiere aprobación legislativa para ciertos acuerdos internacionales sobre materias que impliquen, por ejemplo, la delimitación territorial o fronteriza, alianzas y acuerdos comerciales).

<sup>47</sup> En Estados Unidos, por ejemplo, solo los acuerdos que reciben el “consentimiento y la anuencia” de dos tercios de la cámara alta de la legislatura (el Senado) se denominan tratados; los acuerdos aprobados por mayoría simple de ambas cámaras se denominan “acuerdos ejecutivos congresionales”, mientras que los que se suscriben en virtud de las potestades constitucionales propias del presidente se denominan “acuerdos ejecutivos”.

<sup>48</sup> Véase Política de Canadá en materia de tratados, *supra*, nota 40 (en donde se adopta una definición de tratado que se aplica a cualquier tipo de instrumento regido por el derecho público internacional).

**1.3 Compromiso político:** *Acuerdo que no es jurídicamente vinculante entre Estados, instituciones del Estado u otros actores con la intención de establecer compromisos de una índole exclusivamente política o moral.*

**Comentario:** A diferencia de lo que ocurre con los tratados, en el derecho internacional no hay una definición de compromiso político que goce de aceptación generalizada. No obstante, los Estados y los expertos han reconocido estos acuerdos no vinculantes durante más de un siglo, aunque con distintos títulos; por ejemplo, acuerdos de caballeros, acuerdos informales, acuerdos *de facto*, acuerdos no vinculantes, textos políticos, acuerdos extrajurídicos, acuerdos no jurídicos, entendimientos internacionales y compromisos políticos.<sup>49</sup> El rótulo “compromiso político” capta todas estas variaciones y corresponde a la categoría de acuerdos internacionales no vinculantes en general.

En la actualidad, los Estados apoyan claramente la práctica de la celebración de compromisos mutuos cuya fuerza normativa es ajena a todo sentido de obligación jurídica.<sup>50</sup> Además, esta práctica parece reflejar el uso cada vez mayor que hacen los Estados de este tipo de acuerdos<sup>51</sup>. Los compromisos políticos son, por definición, no vinculantes. Su cumplimiento no emana del derecho, sino de un sentido de deber moral o de las relaciones políticas en las cuales se originó el acuerdo. Los compromisos políticos contrastan con los acuerdos vinculantes regidos por el derecho, sea internacional (en el caso de los tratados) o nacional (en el caso de los contratos). La diferencia es importante, tal como descrito por el Departamento de Estado de los Estados Unidos al hacer referencia a varios compromisos políticos celebrados paralelamente al Tratado START:

Un compromiso que se entiende que es jurídicamente vinculante conlleva la obligación de cada parte de cumplirlo y el derecho de cada parte de exigir el cumplimiento de la obligación de acuerdo con el derecho internacional. Un compromiso “político” no se rige por el derecho internacional [...]. A menos que una parte encuentre un modo de librarse de su compromiso “político”, lo cual puede hacer sin incurrir en sanción jurídica, y hasta que eso ocurra, ha prometido cumplir ese compromiso, y la otra parte tiene motivo para preocuparse por el cumplimiento. Si una parte contraviene un compromiso político, será pasible de una respuesta política apropiada.<sup>52</sup>

Por supuesto, las normas jurídicas también pueden tener fuerza política. Por ejemplo, la infracción de un tratado puede generar consecuencias jurídicas y políticas. Por consiguiente, lo que distingue los tratados de los compromisos políticos es la aplicación *adicional* del derecho internacional a los tratados (por ejemplo, el derecho de la responsabilidad del Estado).

---

<sup>49</sup> Véase Klabbers, *supra*, nota 3, en 18; véanse también Hollis y Newcomer, *supra*, nota 3, en 516-524; Michael Bothe, *Legal and Non-Legal Norms—A Meaningful Distinction in International Relations*, 11 NETH. Y.B. INT'L L. 65, 95 (1980); Oscar Schachter, *The Twilight Existence of Nonbinding International Agreements* 71 AM. J. INT'L L. 296 (1977).

<sup>50</sup> Véase, por ejemplo, Aust, *supra*, nota 11, en 28-29, 35-39; McNair, *supra*, nota 12, en 6; Bothe, *supra*, nota 49, en 66 (donde se usa un enfoque empírico para revelar la práctica de los compromisos políticos); Paul Reuter, *An Introduction to the Law of Treaties*, párr. 74 (J. Mico y P. Haggemacher, traductores, 1989). Prosigue el debate desde el punto de vista de la jurisprudencia sobre si los Estados pueden optar por celebrar acuerdos no vinculantes. Véanse Klabbers, *supra*, nota 3, en 119 (si los Estados quieren obligarse, no tienen más opción que obligarse jurídicamente); Ian Sinclair, *Book Review—The Concept of Treaty in International Law*, 81 AM. J. INT'L L. 748 (1997) (donde se cuestiona el punto de vista de Klabbers).

<sup>51</sup> Grupo de Trabajo sobre Práctica de Tratados, *supra*, nota 40, en 13, 31 (la totalidad de los ocho Estados encuestados —Alemania, Canadá, Corea, España, Finlandia, Israel, Japón y México— concuerdan en que va en aumento la frecuencia e importancia de los compromisos políticos).

<sup>52</sup> *Transmittal of the Treaty with the U.S.S.R. on the Reduction and Limitation of Strategic Offensive Arms (START Treaty)*, 25 de noviembre de 1991, S. Treaty Doc. No. 102-20, en 1086; Servicio de Investigaciones del Congreso, Comisión de Relaciones Exteriores, 106.º Congreso, *Treaties and Other International Agreements: The Role of the United States Senate* 58-59 (Comm. Print 2001); véase también Repuesta de Canadá, *supra*, nota 40, en 3.

El concepto de compromiso político no debe confundirse con el “soft law” o derecho indicativo. Aunque la expresión “soft law” tiene varios significados, básicamente se refiere al derecho no como un fenómeno binario en el cual algo es o no es ley, sino como una gama de distintos grados de obligatoriedad o exigibilidad que van de lo indicativo a lo imperativo.<sup>53</sup> Por lo tanto, el derecho indicativo abarca dos ideas diferentes: (a) normas que, a pesar de ser precisas, no tienen como finalidad dar origen a obligaciones en el marco del derecho internacional, y (b) normas jurídicas cuyo cumplimiento no se puede exigir porque son demasiado vagas, no se las monitorea o no cuentan con mecanismos de monitoreo o para asegurar su cumplimiento<sup>54</sup>. Los compromisos políticos implican acuerdos sobre normas del primer tipo, no del segundo.

Asimismo, como se explica en el apartado 2, en vista de que los compromisos políticos no derivan su autoridad del derecho internacional o nacional, no están constreñidos por reglas jurídicas en materia de capacidad. Desde luego, los Estados pueden celebrar compromisos políticos, y también pueden hacerlo las unidades territoriales subnacionales<sup>55</sup>. No obstante, como los compromisos políticos no emanan del derecho internacional, no hay ninguna razón para limitar la celebración de compromisos políticos a las entidades que pueden suscribir tratados<sup>56</sup>.

Por lo tanto, la definición de compromiso político que consta en las *Directrices* abarca los demás actores que tienen capacidad para asumir compromisos políticos o morales. Supuestamente, eso incluiría las empresas y los particulares. Asimismo, se pueden celebrar compromisos políticos entre un grupo de participantes con una identidad común (por ejemplo, solamente Estados o solamente empresas). También puede ser entre una gama de diversos actores en un marco de múltiples partes interesadas. Un ejemplo reciente es el de los más de 1000 signatarios del *Llamamiento de París Para la Confianza y la Seguridad en el Ciberespacio*, entre los que se encuentran Estados, empresas, instituciones académicas y diversos representantes de la sociedad civil<sup>57</sup>.

**1.4 Contrato - Acuerdo voluntario entre dos o más partes que constituye un acuerdo vinculante regido por el derecho nacional o el derecho no estatal.**

**Comentario:** Igual que los tratados (y a diferencia de los compromisos políticos), los contratos generan obligaciones jurídicamente vinculantes. Sin embargo, el ordenamiento jurídico interno, en vez del derecho internacional, rige por lo general la celebración, interpretación y operación de un contrato<sup>58</sup>. Alternativamente, en varios contextos comerciales, las partes (o un juez

---

<sup>53</sup> Véanse, por ejemplo, Alan Boyle, *Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft Law*, 48 Int'l & Comp. L. Q. 901 (1999); Christine M. Chinkin, *The Challenges of Soft Law: Development and Change in International Law*, 38 Int'l & Comp. L. Q. 850, 865-66 (1989).

<sup>54</sup> Véase Prosper Weil, *Towards Relative Normativity in International Law*, 77 AM. J. INT'L L. 413, 414-415, n7 (1983). Otros han propuesto una definición estrecha que limita el derecho indicativo a acuerdos normativos que no son jurídicamente vinculantes. Véase, por ejemplo, Wolfgang H. Reinicke y Jan M. Witte, *Interdependence, Globalization and Sovereignty: The Role of Non-Binding International Legal Accords*, en *Commitment and Compliance: The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System* 76 n3 (Dinah Shelton ed., 2000).

<sup>55</sup> Véase Duncan B. Hollis, *Unpacking the Compact Clause*, 88 Texas L. Rev. 741 (2010) (donde se analizan acuerdos de los Estados Unidos celebrados con otros Estados y se señala que han adoptado con entusiasmo la forma del compromiso político).

<sup>56</sup> Véase Hollis y Newcomer, *supra*, nota 3, en 521.

<sup>57</sup> Véase Llamamiento de París para la confianza y la seguridad en el ciberespacio (12 de noviembre de 2018) <https://www.diplomatie.gouv.fr/es/asuntos-globales/diplomacia-digital/eventos/article/ciberseguridad-llamamiento-de-paris-del-12-de-noviembre-de-2018-para-la>.

<sup>58</sup> Widdows, *supra*, nota 5, en 144-49. Decir que un contrato se rige por el derecho interno no significa que nunca pueda tener efectos jurídicos internacionales. Dependiendo de las circunstancias, la responsabilidad jurídica internacional puede derivarse de la violación de un contrato por parte de un Estado. Sin embargo, como señaló la Comisión de Derecho Internacional, "de esto no se deduce que el compromiso mismo o, más bien dicho, el instrumento que lo contenía, era un tratado o acuerdo internacional [...]. Si bien la obligación de cumplir el compromiso puede ser una obligación de derecho internacional, las consecuencias de su ejecución no se regirán por el

o árbitro) pueden disponer que sus contratos se rijan por el derecho no estatal (es decir, costumbres, usos y prácticas; principios y *lex mercatoria*), en vez o además de un ordenamiento jurídico nacional. En fecha reciente, el Comité Jurídico Interamericano preparó una *Guía sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales internacionales en las Américas* en la que se expone con mayor detalle el concepto de "contrato"<sup>59</sup>. Se pretende que la definición dada aquí sea similar a la que aparece en dicha *Guía*<sup>60</sup>.

Los contratos por lo general son definidos como acuerdos por actores privados (empresas o particulares) que se rigen por el ordenamiento jurídico nacional pertinente<sup>61</sup>. Sin embargo, tal como reconoció la Comisión de Derecho Internacional, los Estados pueden elegir otro tipo de derecho que no sea el derecho internacional para que rija sus acuerdos<sup>62</sup>. En consecuencia, los actores públicos, sean Estados en conjunto o sus diversas instituciones, pueden optar por celebrar sus acuerdos en forma de contratos.

La existencia de un contrato entre Estados (o entre instituciones) suele depender de la intención: ¿tenían las partes la intención de que su acuerdo se rigiera por el derecho nacional (y, en ese caso, cuál)? Al mismo tiempo, el ordenamiento jurídico interno pertinente tendrá sus propias reglas con respecto a qué acuerdos reúnen las condiciones para ser considerados como contratos y cómo se debe elegir el derecho aplicable.<sup>63</sup> Por lo tanto, existe la posibilidad de que los Estados deseen crear un contrato que no tenga validez en el marco del derecho nacional seleccionado (o que se aplique de otra forma). En esos casos, queda pendiente la cuestión de si intervendría el derecho internacional para regir el acuerdo<sup>64</sup>.

**1.5 Acuerdo interinstitucional:** *Acuerdo celebrado entre instituciones del Estado, entre ellas ministerios nacionales o unidades territoriales subnacionales, de dos o más Estados. Según*

derecho internacional". ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 1959, vol. II, 95, párr. 3.

<sup>59</sup> Véase *Guía sobre el DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES en las Américas*, OAS/Ser. Q, CJI/RES. 249 (XCIV-O/19) (21 de febrero de 2019).

<sup>60</sup> *Id.* La única diferencia es que en el contexto del comercio internacional, la definición destaca la necesidad de que los contratos sean "ejecutables" *Id.* en pág. 108. Sin embargo, en aquellos casos en que los Estados lleguen a la conclusión de que tal vez en los contratos *inter se* (o incluso en los contratos entre dependencias estatales o instituciones subnacionales) no se garantice su ejecución, temas tales como la inmunidad soberana, por ejemplo, pueden impedir a un tribunal declarar su competencia sobre cualquier controversia que surja de tales contratos. Por este motivo, la actual definición no exige la condición de ejecutabilidad para que exista un contrato.

<sup>61</sup> El ordenamiento jurídico de cada nación determina qué contratos se encuentran en su jurisdicción, ya sea porque las partes lo elijan o como consecuencia de los contactos de dicho ordenamiento con las partes. En los casos en que las partes contratantes sean agentes de distintos Estados, varios Estados pueden asumir la jurisdicción sobre dicho acuerdo. En esos casos, las reglas sobre conflicto de leyes dictan qué ordenamiento jurídico tiene prioridad en casos de conflicto.

<sup>62</sup> Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1966, vol. II, 189, párr. 6.

<sup>63</sup> En Paraguay, por ejemplo, la Ley 5393/201 rige el derecho aplicable a los contratos internacionales. Véase *Nota de la Misión Permanente del Paraguay al Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos, Secretaría General de la OEA*, N. 635-18/MPP/OEA (12 de junio de 2018) (en adelante "Respuesta de Paraguay"). Hace poco, el Comité Jurídico Interamericano terminó de preparar una *Guía sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales en las Américas*, en la cual se aborda in extenso el tema de la contratación internacional, unque se centra en los contratos comerciales (en vez de los contratos entre Estados e instituciones de Estados, que se abordan en estas Directrices), contiene amplia orientación de utilidad general para todos los contratos internacionales. Véase *Guía sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales en las Américas*, *supra*, nota 59.

<sup>64</sup> Eso es lo que opinaba Lauterpacht, igual que la Comisión de Derecho Internacional, al menos inicialmente. Lauterpacht, *Primer informe*, *supra*, nota 1, 100; ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 1959, vol. II, 95.

*sus condiciones, las circunstancias del caso y los actos subsiguientes, un acuerdo interinstitucional podría reunir los requisitos para ser considerado como un tratado, un compromiso político o un contrato.*

**Comentario:** Actualmente, los Estados usan la expresión “acuerdo interinstitucional” para referirse a acuerdos internacionales celebrados por instituciones del Estado, sean (i) ministerios u organismos nacionales o (ii) unidades territoriales subnacionales, como regiones o provincias. México, por ejemplo, define el alcance de sus acuerdos interinstitucionales como aquellos “celebrados por escrito entre cualquier dependencia u organismo descentralizado de la Administración Pública Federal, Estatal o Municipal y uno o varios órganos gubernamentales extranjeros u organizaciones internacionales”.<sup>65</sup> Perú los define como “acuerdos interinstitucionales[...] que, en el marco de sus competencias funcionales, pueden celebrar las entidades gubernamentales peruanas, incluyendo las municipalidades y gobiernos regionales, con órganos gubernamentales extranjeros similares o incluso con organizaciones internacionales”.<sup>66</sup>

El concepto de acuerdos interinstitucionales ha recibido relativamente poca atención en el ámbito del derecho internacional, en tanto que la práctica parece ser muy diversa en lo que se refiere al carácter vinculante o no vinculante de estos acuerdos. Para algunos Estados, como México, los acuerdos interinstitucionales están “regidos por el derecho internacional público”, de modo que constituyen tratados de acuerdo con la definición del término en estas *Directrices*.<sup>67</sup> Ecuador, en cambio, afirma que “las instituciones menores del Estado, en el marco del cumplimiento de sus competencias, suelen suscribir entendimientos no vinculantes con sus similares o con organizaciones internacionales, conocidos como instrumentos interinstitucionales”.<sup>68</sup> Otros Estados adoptan un enfoque híbrido. En Uruguay, los acuerdos interinstitucionales pueden ser vinculantes o no vinculantes.<sup>69</sup> Perú afirma que “podrían estar

---

<sup>65</sup> Véase *Ley sobre la Celebración de Tratados*, reimpressa en 31 I.L.M. 390 (1992), CDLX Diario Oficial de la Federación 2 (2 de enero de 1992).

<sup>66</sup> Perú, Dirección General de Tratados del Ministerio de Relaciones Exteriores, *Informe del Comité Jurídico Interamericano. Acuerdos vinculantes y no vinculantes: Cuestionario para los Estados Miembros* (en adelante “Respuesta de Perú”); véase también Hollis, *Segundo informe*, *supra*, nota 10, párr. 14.

<sup>67</sup> México, *Ley sobre la Celebración de Tratados de 1992*, *supra*, nota 65. La aplicación de la denominación de tratados a acuerdos interinstitucionales podría discordar del título que tengan en el ordenamiento jurídico interno. Tanto en México como en Estados Unidos, por ejemplo, solamente los instrumentos que reciben aprobación de sus respectivos poderes legislativos se denominan tratados, a pesar de que ambos Estados celebran otros “acuerdos internacionales” que podrían ser considerados como tratados de conformidad con el derecho internacional. Por lo tanto, en estas *Directrices* se hace referencia a ciertos acuerdos interinstitucionales como tratados en el sentido de la frase que se utiliza en el derecho internacional, a pesar de que, como asunto de derecho constitucional, no puedan tener ese título.

<sup>68</sup> Respuesta de Ecuador, *supra*, nota 46 (sin cursivas en el original); Hollis, *Segundo informe*, *supra*, nota 10, párr. 13; véase también Respuesta de Canadá, *supra* nota 40, en 6 (los memorandos de entendimiento no vinculantes y los acuerdos similares pueden ser celebrados entre Canadá y otro Estado soberano, pero lo que normalmente ocurre es que se celebren entre un departamento o dependencia del Gobierno, provincia u otro gobierno subnacional u organización paraestatal de Canadá y una entidad similar de otro país).

<sup>69</sup> Véase Uruguay, *Respuesta a cuestionario sobre “los acuerdos vinculantes y no vinculantes”* (en adelante “Respuesta de Uruguay”) (donde se incluyen los “acuerdos interinstitucionales” entre los acuerdos no vinculantes, pero posteriormente se indica que los acuerdos interinstitucionales “no obligan al Estado, sino a sí mismos”). Panamá afirma que los representantes de sus unidades territoriales pueden suscribir tratados si reciben plenos poderes del Ministerio de Relaciones Exteriores. *Nota de la República de Panamá, Ministerio de Relaciones Exteriores, Dirección de Asuntos Jurídicos Internacionales y Tratados, al Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la Organización de los Estados Americanos*, N.V.-A.J. \_MIRE-201813176 (en adelante “Respuesta de Panamá”).

regidos por el derecho internacional en la medida que desarrollen compromisos internacionales establecidos en tratados en vigor”; de lo contrario, pueden ser compromisos políticos o contratos<sup>70</sup>. Jamaica, en cambio, no considera los acuerdos celebrados por sus instituciones como tratados, pero señala que “las unidades territoriales subnacionales y los organismos pueden celebrar acuerdos no vinculantes o contratos”.<sup>71</sup> Estados Unidos, entretanto, indica que sus ministerios nacionales pueden celebrar acuerdos interinstitucionales que pueden ser tratados, compromisos políticos “no vinculantes” o contratos.<sup>72</sup>

La diversidad de prácticas de los Estados muestra que la categoría de acuerdos interinstitucionales no está relacionada exclusivamente con una categoría única de acuerdos vinculantes (o no vinculantes). En términos sencillos, un acuerdo interinstitucional podría ser un tratado vinculante o un contrato vinculante, o podría ser un compromiso político no vinculante. Por lo tanto, su condición jurídica (o la ausencia de tal condición) debe determinarse según la capacidad de la institución para celebrar acuerdos internacionales, usando los mismos métodos de identificación que se emplean para distinguir acuerdos entre Estados (es decir, el texto, las circunstancias particulares y los actos subsiguientes).

## 2. Capacidad para celebrar acuerdos internacionales

**2.1 Capacidad de los Estados para celebrar tratados.** *Los Estados tienen capacidad para suscribir tratados y deberían hacerlo de conformidad con los términos del tratado y cualesquiera leyes y procedimientos internos que regulen su capacidad para dar su consentimiento en obligarse.*

---

<sup>70</sup> Respuesta de Perú, *supra*, nota 66 (donde se cita el artículo 6 del Decreto Supremo N°. 031-2007-RE). Perú señala que “se recurre cada vez más a la figura de los acuerdos ‘no vinculantes’ [...] a nivel interinstitucional (entre entidades gubernamentales peruanas, incluyendo las municipalidades y gobiernos regionales, con sus homólogos extranjeras)”. Al mismo tiempo, estas entidades “están habilitadas para celebrar contratos referidos a la adquisición de bienes y servicios”. *Id.*

<sup>71</sup> Jamaica, *Nota de la Misión de Jamaica al Departamento de Derecho Internacional de la OEA, Secretaría de Asuntos Jurídicos de la OEA*, Ref. 06/10/12, 14 de diciembre de 2017 (en adelante “Respuesta de Jamaica”) (sin cursivas en el original). Véanse también los comentarios de Colombia 2020, *supra* nota 32 (según la legislación colombiana, las entidades estatales pueden suscribir acuerdos interinstitucionales por su cuenta, que se rigen por su derecho interno asignado y no por el derecho internacional); Véanse los Comentarios de Chile 2020, *supra* nota 40 (los acuerdos interinstitucionales están autorizados por el Artículo 35 de la Ley N° 21.080; no deben abarcar “asuntos de derecho” o “asuntos relacionados con la política exterior de Chile”, con cualesquiera derechos y obligaciones derivados de estos acuerdos asumidos por el organismo que los firma, de conformidad con las normas generales y dentro de sus posibilidades presupuestarias” en lugar del derecho internacional)

<sup>72</sup> Véase Estados Unidos, *Informe del Comité Jurídico Interamericano: Cuestionario para los Estados Miembros* (en adelante “Respuesta de los Estados Unidos”) (“Los departamentos y agencias de los Estados Unidos pueden firmar acuerdos con agencias de otros Estados que se encuadren en la definición de tratado contenida en el artículo 2 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Los departamentos y agencias de los Estados Unidos también suscriben instrumentos y contratos que no son jurídicamente vinculantes, regidos por el derecho interno, con agencias de otros Estados”). La costumbre estadounidense con respecto a sus unidades territoriales subnacionales (es decir, los Estados) es más compleja, ya que en la Constitución se deniega a los Estados la capacidad para celebrar tratados, pero los Estados pueden celebrar acuerdos o pactos con contrapartes extranjeras en los casos en que el Congreso lo autorice. *Id.* Argentina, en cambio, permite que sus unidades territoriales subnacionales celebren tratados, pero deniega tal capacidad a sus ministerios o agencias nacionales, porque no los considera como siendo sujetos del derecho internacional. Argentina, *Respuesta cuestionario OEA - Acuerdos vinculantes y no vinculantes* (en adelante “Respuesta de Argentina”). *Nota diplomática de la Misión Permanente de la República Argentina ante la Organización de los Estados Americanos*, OEA 074 (3 de junio de 2020) (denegando la capacidad de los tratados para las agencias).

**Comentario:** En virtud de su soberanía, todos los Estados tienen capacidad para suscribir tratados<sup>73</sup>. Por medio de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y de la costumbre, el derecho internacional ha establecido un conjunto sólido de reglas supletorias relativas a la capacidad de los Estados para celebrar tratados. Por ejemplo, en el artículo 7 de la Convención de Viena se indica quiénes pueden manifestar el consentimiento del Estado en obligarse por un tratado: el jefe de gobierno, el jefe de Estado, el ministro de relaciones exteriores y cualquiera que reciba “plenos poderes” para hacerlo. Tal como lo dispone el Artículo 7(1)(b) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, además, se pueden prescindir de plenos poderes cuando “se desprende de la práctica de los Estados interesados o de otras circunstancias que su intención era considerar a esa persona como representante del Estado para tales propósitos...”

Sin embargo, los términos de un tratado pueden imponer limitaciones con respecto a qué Estados pueden adherirse. Los tratados multilaterales, por ejemplo, pueden estar abiertos a la firma de todos los Estados, solamente de los Estados de una región particular<sup>74</sup> o solamente de Estados que realizan una actividad específica<sup>75</sup>. Los Estados tienen capacidad para adherirse solo si los términos del tratado lo permiten<sup>76</sup>.

En el derecho internacional también se reconoce que cada Estado tiene leyes y procedimientos internos que rigen la celebración de tratados. En teoría, estas reglas casi nunca (o nunca en la práctica) pueden anular el consentimiento del Estado en obligarse por un tratado en particular. Hasta ahora, el artículo 46 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados no ha proporcionado fundamentos jurídicos para que un Estado retire su consentimiento en obligarse por un tratado (incluso en casos de presuntas violaciones graves del derecho interno o los procedimientos internos).<sup>77</sup> No obstante, como buena práctica, el Estado debería ejercer su capacidad para adherirse solamente a tratados que hayan sido aprobados de conformidad con sus

---

<sup>73</sup> Véase, por ejemplo, *Vapor "Wimbledon" (Gran Bretaña c. Alemania)* (1923), Informe de la Corte Permanente de Justicia Internacional, Serie A, Número 1, en 25, párr. 35 ("el derecho a asumir compromisos internacionales es un atributo de la soberanía del Estado").

<sup>74</sup> Véase, por ejemplo, Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (1985). Serie sobre Tratados, OEA, No. 67, artículos 18 y 20 (participación limitada a los Estados americanos).

<sup>75</sup> Véase Constitución de la Asociación de Países Productores de Caucho Natural (1968) 1045 UNTS 173, párr. 21 (tratado abierto a la firma de países productores de caucho natural). Además, algunos tratados están abiertos a la firma de otros Estados solo por invitación. Véase Convenio Internacional del Azúcar (1992) 1703 UNTS 203, art. 37 (convenio abierto a la firma de todo gobierno "invitado a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el azúcar, 1992").

<sup>76</sup> Naturalmente, los términos del tratado pueden facultar a los Estados Partes existentes a decidir si admitirán o no a otro Estado como parte. Eso suele ocurrir con los tratados constitutivos de organizaciones internacionales.

<sup>77</sup> Véase Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 46(1) ("El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto 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 esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.") Los intentos de invocar el artículo 46 no han dado muy buenos resultados en la práctica. Véanse *Somalia c. Kenya*, *supra*, nota 9, 21 párrs. 48 a 50 (donde se rechazan los argumentos de Somalia de que, como el memorando de entendimiento no recibió la aprobación requerida de conformidad con su derecho interno, podía invocar el artículo 46 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados o denegar de otra forma su consentimiento en obligarse); *Fronteras terrestres y marítimas entre el Camerún y Nigeria*, *supra*, nota 9, párrs. 265 a 267; Jan Klabbers, *The Validity and Invalidity of Treaties*, en DUNCAN B. HOLLIS, THE OXFORD GUIDE TO TREATIES 557 (2ª ed., 2020) (Es debatible si el artículo 46 podría considerarse como parte del derecho consuetudinario internacional. Después de todo, la costumbre es escasa y, aunque a veces se invoca la regla, rara vez se la aplica).

leyes y procedimientos internos. En otras palabras, si la Constitución del Estado requiere la aprobación previa de la legislatura para un tratado en particular, el Estado no debería ejercer su capacidad para manifestar su consentimiento en obligarse por el tratado hasta que la legislatura haya dado dicha aprobación.

Asimismo, los Estados deben tener en cuenta que las leyes y los procedimientos internos de otros Estados pueden facilitar o restringir su capacidad para celebrar tratados. Los Estados no deben suponer que su normativa interna y las normas de los potenciales coparticipes en el tratado sean equivalentes. Un Estado podría tener capacidad para celebrar solamente un tratado en particular con autorización previa de la legislatura, mientras que el derecho interno y la práctica de otro Estado podría autorizar la celebración del mismo tratado sin intervención de la legislatura. Por lo tanto, los Estados deberían ejercer su capacidad para celebrar tratados de formas que aseguren que cada uno de los Estados participantes tenga la oportunidad de obtener las aprobaciones internas necesarias antes de manifestar su consentimiento en obligarse por un tratado.

**2.2 Capacidad de las instituciones del Estado para celebrar tratados.** *Los Estados tienen la potestad, pero no la obligación, de autorizar a sus instituciones a celebrar tratados sobre temas de su competencia con el consentimiento de todos los coparticipes del tratado.*

**Comentario:** A diferencia de las cuestiones en torno a la capacidad de las organizaciones internacionales para celebrar tratados, el derecho internacional no ha dedicado mucha atención a la celebración de tratados por instituciones del Estado<sup>78</sup>. No obstante, las instituciones del Estado, sean ministerios nacionales o unidades territoriales subnacionales, evidentemente suscriben instrumentos que por lo menos algunos Estados (entre ellos los Estados de las cuales estas instituciones forman parte) consideran como tratados (es decir, acuerdos que se rigen por el derecho internacional)<sup>79</sup>. ¿En qué casos deberían estas instituciones tener capacidad para suscribir instrumentos de ese tipo? Para empezar, la institución debería tener competencia en la materia del acuerdo. Por ejemplo, el ministerio de hacienda de un Estado podría tener competencia para intercambiar información tributaria con sus contrapartes, pero no tendría competencia para intercambiar datos relacionados con la defensa. Asimismo, en los Estados federales, algunos asuntos son de competencia exclusiva de una unidad territorial subnacional (por ejemplo, una provincia o región), lo cual podría crear incentivos para que esa unidad territorial celebre un tratado directamente en vez de esperar hasta que el Estado manifieste su consentimiento para hacerlo en nombre de la unidad.

Sin embargo, sería un error mezclar la competencia en la materia de un tratado y la capacidad para celebrar tratados en la materia. Para que las instituciones puedan celebrar tratados, los Estados parecen establecer dos condiciones más: (1) que el Estado responsable de la institución dé su consentimiento para que la institución celebre tratados sobre asuntos que sean de su

---

<sup>78</sup> Compárese con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1986, *supra*, nota 12.

<sup>79</sup> Véanse por ejemplo, Grant, *supra*, nota 25, párrs. 151-56; Duncan B. Hollis, *Why State Consent Still Matters—Non-State Actors, Treaties, and the Changing Sources of International Law*, 23 Berkeley J Intl L 137, párrs. 146 y 147 (2005). Al mismo tiempo, no siempre está claro qué capacidad tienen estas instituciones para representar al Estado mismo bajo la ley de los tratados; por ejemplo, no figuran entre los actores que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en su Art. 7 los reconoce como capaces de dar su consentimiento en nombre del Estado. Puede ser que haya suficiente práctica bajo 7 (1) (b) para permitir que estas instituciones obliguen a su Estado a través de un acuerdo. Sin embargo, también es posible razonar que no tienen esa autoridad, lo que sugiere que los tratados que celebren solo obligan a las instituciones que los concluyen. Sin embargo, esa posición posterior va en contra de la opinión dominante de que los acuerdos interinstitucionales desencadenan la responsabilidad del Estado en su conjunto. *Ver supra* nota 234 y texto que la acompaña (*Directriz 5.4* y comentario que lo acompaña). Como tal, los Estados y otras partes interesadas pueden desear prestar más atención a este tema de la representación junto con el enfoque actual de las *Directrices* sobre cuestiones de capacidad.

competencia, y (2) que los potenciales copartícipes en un tratado estén dispuestas a celebrar un tratado con la institución<sup>80</sup>.

Como consideración de primer orden, incumbe a cada Estado decidir si autorizará a cualquiera de sus instituciones a celebrar tratados. Algunos Estados como Canadá, Chile, Colombia y Paraguay podrían optar por no hacerlo<sup>81</sup>. En esos casos, la institución presuntamente estaría desprovista de toda capacidad para celebrar tratados.

En los casos en que los Estados autorizan a sus instituciones a celebrar tratados, pueden autorizar a todas sus instituciones o solamente a algunas. México, por ejemplo, autoriza a todo tipo de instituciones del Estado a suscribir tratados<sup>82</sup>. Otros Estados autorizan a categorías particulares de instituciones a celebrar tratados (o les deniegan la autorización). Por ejemplo, varios Estados de la región (como los Estados Unidos, Jamaica y Panamá) permiten que sus ministerios nacionales celebren tratados, mientras que, en otros Estados (como Colombia, Perú y la República Dominicana), esos ministerios están desprovistos de toda potestad interna para celebrar tratados.<sup>83</sup> Entretanto, hay algunos Estados, como Argentina, que autorizan a sus unidades territoriales subnacionales a celebrar ciertos tipos de tratados "parciales", pero les deniegan esa facultad a sus ministerios en consideración de la teoría de que ellos no son sujetos del derecho internacional.<sup>84</sup> Otros Estados, en cambio, no autorizan a las unidades territoriales subnacionales a celebrar ningún tipo de tratado.<sup>85</sup>

---

<sup>80</sup> Oliver J. Lissitzyn, *Territorial Entities in the Law of Treaties*, III Recueil des Cours 66-71, 84 (1968); véase también ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 1962, vol. I, 59, párr. 20 (Briggs) (donde se menciona una prueba similar de dos partes); Grant, *supra*, nota 25, en 155.

<sup>81</sup> Véanse Respuesta de Canadá, *supra*, nota 40, en 7-8 (en la que se indica que solo el Gobierno federal de Canadá puede obligar a Canadá en tratados, no así los ministerios de Gobierno ni las provincias, pues estas y los territorios solo pueden celebrar instrumentos no vinculantes); Comentarios de Chile 2020, *supra* nota 40 (señalando que el Ministerio de Relaciones Exteriores está facultado para representar a Chile en los concluir tratados y que si bien la legislación chilena contempla acuerdos interinstitucionales, su naturaleza "no es la de un tratado internacional"); Comentarios de Colombia 2020, *supra* nota 32 (Según la ley colombiana, el poder de representar al Estado en asuntos relacionados con tratados reside exclusivamente en el Presidente de la República y no se comparte ni se deriva de otros ministerios gubernamentales de rango inferior o unidades territoriales subnacionales); Respuesta de Paraguay, *supra*, nota 63 ("De acuerdo a la legislación interna, solamente el Ministerio de Relaciones Exteriores es la única agencia con facultad para celebrar tratados regidos por el derecho internacional").

<sup>82</sup> Véase *supra*, nota 65, y el texto que le acompaña.

<sup>83</sup> Hollis, *Segundo informe*, *supra*, nota 10, párrs. 24 y 25; véase también Respuesta de Panamá, *supra*, nota 69. Fuera de la región pueden encontrarse prácticas similares. En Corea del Sur, por ejemplo, se limitan los acuerdos entre dependencias cuando los mismos no instituyan "derechos u obligaciones vinculantes para las naciones, conforme al derecho Internacional". Grupo de Trabajo sobre Práctica de Tratados, *supra*, nota 40, en 21.

<sup>84</sup> Véase Respuesta de Argentina, *supra*, nota 72 (sugiriendo que, en Argentina, "[l]os ministerios y entidades gubernamentales no son sujetos de derecho internacional, no pudiendo concluir tratados, observando también que bajo el Art. 12[5] de la Constitución de Argentina dispone que las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires pueden celebrar "convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al Gobierno federal o el crédito público de la Nación"); véase también la Constitución de la Confederación Argentina de 1853, reinstaurada en 1983, con las reformas efectuadas hasta 1994, artículos 125 y 126 *English translation available at* [www.constituteproject.org](http://www.constituteproject.org).

<sup>85</sup> Véase, por ejemplo, Brasil, *Acuerdos vinculantes y no vinculantes: Cuestionario para los Estados Miembros* (en adelante "Respuesta de Brasil") ["Las entidades subnacionales (Estados, Municipios y el Distrito Federal) no tienen competencia, según la Constitución Brasileña, para celebrar actos jurídicos internacionales que comprometan al Estado brasileño"]; Colombia, *Respuestas al cuestionario para los Estados Miembros de la Organización de Estados Americanos*

Asimismo, los Estados pueden autorizar a sus instituciones a negociar y celebrar tratados de distintas formas. Algunos, en particular los Estados europeos, tienen disposiciones en la constitución que describen la potestad de las instituciones para celebrar tratados sobre asuntos de su exclusiva competencia.<sup>86</sup> Otros, como México, han establecido en una ley el procedimiento para autorizar a organismos federales y unidades territoriales subnacionales a celebrar ciertos tratados. Varios Estados dan su consentimiento según las circunstancias del caso. De conformidad con un tratado sobre seguridad social celebrado en 1981 con Estados Unidos, Canadá autorizó a una de sus provincias, Quebec, a celebrar un acuerdo subsidiario separado con Estados Unidos teniendo en cuenta las singularidades del sistema de pensiones de Quebec<sup>87</sup>, y en 1986 Estados Unidos autorizó a Puerto Rico a incorporarse al Banco de Desarrollo del Caribe<sup>88</sup>.

En segundo lugar, además del consentimiento "interno" del Estado del cual forme parte, la capacidad de una institución para celebrar tratados dependerá del consentimiento "externo" del otro Estado o institución, o de los otros Estados o instituciones, con los cuales quiera celebrar un tratado. El mero hecho de que un Estado haya autorizado a un ministerio nacional (o a una provincia) a celebrar tratados sobre ciertos asuntos no significa que los potenciales copartícipes en el tratado deban aceptar esta facultad. Los Estados puede negarse a celebrar tratados de ese tipo y lo hacen regularmente o insisten en que el otro Estado celebre el tratado en nombre de la institución (por ejemplo, en forma de tratado entre Estados o entre gobiernos). Para evitar una discordancia de expectativas, un Estado que autorice a una de sus instituciones a celebrar tratados debería obtener el consentimiento de las otras partes del tratado, o cerciorarse de que su institución lo obtenga, para que la institución del Estado (en vez del Estado) sea parte de esos tratados.

---

(OEA). *Acuerdos vinculantes y no vinculantes: práctica del Estado colombiano* (en adelante "Respuesta de Colombia") (la legislación interna colombiana no habilita a las "unidades territoriales subnacionales", como los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas, para celebrar tratados regidos por el derecho internacional).

<sup>86</sup> Véanse, por ejemplo, Constitución de Austria de 1920 (reinstaurada en 1945, rev. 2013), B-VG, art. 16 (traducción inglesa de [www.constituteproject.org](http://www.constituteproject.org)) ("Los Estados pueden, en materias de su ámbito de autonomía, concertar tratados internacionales con Estados limítrofes de Austria o bien con partes de dichos Estados"); Constitución de Bélgica de 1883 (rev. 2014), art. 167(3) (versión en español extraída de la Revista del Centro de Estudios Constitucionales: "Los Gobiernos de Comunidad y de Región mencionados en el artículo 121, concluirán cada uno en lo que le afecte, los tratados sobre las materias que correspondan a la competencia de su Consejo. Tales tratados solo tendrán eficacia después de haber recibido el asentimiento del Consejo"); Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949 (rev. 2014), art. 32(3) (traducción del original alemán por el Prof. Dr. Ricardo García Macho: "En tanto los Länder tengan competencia legislativa, podrán, con el consentimiento del Gobierno Federal, concertar tratados con Estados extranjeros"); Constitución de Suiza (1999), art. 56(1) (traducción por la OMPI: "Los cantones podrán concluir tratados con otros países en el ámbito de sus competencias"). Este tipo de autorización no es un fenómeno enteramente europeo; otros Estados, como Rusia, también autorizan la celebración de tratados por ciertas unidades subestatales (por ejemplo, Yaroslav, Tatarstan). Véanse W. E. Butler, *Russia*, en *National Treaty Law and Practice* 151, 152-53 (D. Hollis et al., eds., 2005); Babak Nikravesh, *Quebec and Tatarstan in International Law*, 23 *Fletcher F. World Aff.* 227, 239 (1999).

<sup>87</sup> Véase *Agreement With Respect to Social Security*, 11 de marzo de 1981, Estados Unidos-Canadá, art. XX, 35 U.S.T. 3403, 3417. Quebec y Estados Unidos celebraron este acuerdo en 1983, que Estados Unidos incluye en su serie de tratados. Véase *Understanding and Administrative Arrangement with the Government of Quebec*, 30 de marzo de 1983, Estados Unidos-Quebec, T.I.A.S. No. 10.863.

<sup>88</sup> *Self-Governing and Non-Self-Governing Territories*, 1981-1988 Cumulative Digest of U.S. Practice on International Law, vol. 1, § 5, en 436, 438-440 (sobre el testimonio de Michael G. Kozak, a la sazón Asesor Jurídico Adjunto Principal del Departamento de Estado de los Estados Unidos, dado ante la Comisión sobre Asuntos Internos e Insulares de la Cámara de Representantes el 17 de julio de 1986). Posteriormente, Puerto Rico se retiró del Banco.

Además de los acuerdos interinstitucionales, los Estados pueden concluir Tratados bilaterales con una institución de un Estado extranjero. Hong Kong, por ejemplo, tiene varios tratados con Estados Miembros de la OEA.<sup>89</sup> En el contexto de los tratados multilaterales, ese tipo de autorización es menos frecuente, pero hay varios casos de Estados que han aceptado una relación de tratado con entidades subestatales. Por ejemplo, de conformidad con el artículo 305 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, tres categorías de Estados asociados y territorios pueden firmar y ratificar la Convención, con todos los derechos y obligaciones dispuestos en ella<sup>90</sup>. El Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio está abierto a la adhesión de todo "Estado o territorio aduanero distinto que disfrute de plena autonomía en la conducción de sus relaciones comerciales exteriores y en las demás cuestiones tratadas en el presente Acuerdo y en los Acuerdos Comerciales Multilaterales".<sup>91</sup>

**2.3 Confirmación de la capacidad para celebrar tratados:** *Los Estados o las instituciones autorizadas del Estado que prevean celebrar un tratado con una institución de otro Estado deben hacer todo lo posible para confirmar que la institución tenga suficiente competencia en la materia del tratado y autorización del Estado del cual forme parte para celebrar un tratado sobre el tema.*

**Comentario:** Actualmente, los Estados tienen puntos de vista muy diferentes con respecto a la capacidad de las instituciones del Estado para celebrar acuerdos interinstitucionales en forma de tratados<sup>92</sup>. Algunos Estados consideran claramente que sus ministerios nacionales o sus unidades territoriales subnacionales tienen tal capacidad. Otros deniegan con igual firmeza toda facultad de esa clase a uno de estos dos tipos de entes o a ambos. En consecuencia, con los acuerdos interinstitucionales existe un riesgo de discordancia de las expectativas si una parte supone que ambas instituciones tienen capacidad para celebrar tratados y la otra supone que una de las instituciones o ambas no la tienen. Una situación de ese tipo puede causar no solo confusión, sino también tensiones diplomáticas y controversias si las dos instituciones celebran un acuerdo.

Una forma de evitar estos problemas es promover la transparencia y una mejor comprensión de la capacidad respectiva de los participantes en un acuerdo. Como se indica en la *Directriz* 2.2, esta transparencia puede derivar en parte de las medidas adoptadas por el Estado autorizante o su institución. Un Estado que prevea autorizar a su institución para que celebre un tratado debería averiguar —o requerir que su institución averigüe— si el potencial copartícipe en el acuerdo comparte la opinión de que el acuerdo constituirá un tratado. No obstante, los copartícipes en un tratado no tienen que ser meros receptores pasivos y esperar solicitudes de otros Estados o sus instituciones. En la *Directriz* actual se propone otra práctica óptima según la cual las partes del tratado (sean Estados o instituciones del Estado) deberían hacer su propio análisis de debida diligencia; es decir, frente a la perspectiva de un acuerdo interinstitucional, los Estados siempre

---

<sup>89</sup> Véase *Agreement between the Government of Canada and the Government of Hong Kong for the surrender of fugitive offenders*, 7 de septiembre de 1993, U.K-Hong Kong, 2313 U.N.T.S. 415.

<sup>90</sup> Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, 10 de diciembre de 1982, 1833 U.N.T.S. 396, arts. 305(1)(c)-(e), (donde se autoriza la ratificación o aceptación de la Convención por 1) "[t]odos los Estados asociados autónomos que hayan optado por esa condición en un acto de libre determinación supervisado y aprobado por las Naciones Unidas"; [...] y 3) "[t]odos los territorios que gocen de plena autonomía interna reconocida como tal por las Naciones Unidas, pero no hayan alcanzado la plena independencia"). Se ha empleado el mismo enfoque en el Acuerdo de las Naciones Unidas sobre las Poblaciones de Peces. Véase Acuerdo sobre la aplicación de las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 10 de diciembre de 1982, relativas a la conservación y ordenación de las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorios, 4 de agosto de 1995, 2167 U.N.T.S. 88, Arts. 1(2)(b), 37-40.

<sup>91</sup> Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, 15 de abril de 1994, 1867 U.N.T.S. 3, Art. XII.

<sup>92</sup> Véase *supra*, nota 67-72, y el texto que le acompaña. Esta confusión probablemente no se limite a los acuerdos interinstitucionales celebrados enteramente entre un Estado y una institución de otro Estado. Véase *supra*, nota 89-91, y el texto que le acompaña.

deben tratar de verificar la capacidad que se atribuye a la institución o las instituciones extranjeras participantes.

Esta verificación puede ser formal o informal. En 2001, por ejemplo, Estados Unidos pidió al Reino Unido que confirmara que los gobiernos de Guernsey, la Isla de Man y Jersey estaban facultados para celebrar acuerdos bilaterales con Estados Unidos sobre el intercambio de información tributaria. El Reino Unido proporcionó una “carta de encomienda” mediante la cual corroboraba que sus unidades territoriales subnacionales tenían la competencia y la potestad necesarias para celebrar tales tratados<sup>93</sup>.

¿Qué ocurre si el potencial copartícipe no puede confirmar la capacidad de la institución extranjera para celebrar tratados? El Estado (o su institución) tiene varias opciones. Podría optar por no celebrar el tratado o podría modificarlo a fin de suscribirlo con el Estado extranjero responsable por la institución en cuestión. Por ejemplo, Estados Unidos, cuando determinó que las Islas Caimán no tenían la facultad necesaria para suscribir un acuerdo de intercambio de información tributaria en nombre propio, celebró el acuerdo con el Reino Unido, que actuó en nombre de las Islas Caimán<sup>94</sup>. Asimismo, Estados Unidos y Canadá, cuando descubrieron que la ciudad de Seattle y la provincia de Columbia Británica habían celebrado un importante acuerdo sobre el río Skagit, intervinieron para manifestar su “consentimiento” y avalar dicho acuerdo con un tratado propio<sup>95</sup>.

¿Puede una institución del Estado autorizada para celebrar un tratado con una institución extranjera suscribir dicho tratado si no puede confirmar la capacidad de la institución extranjera para hacerlo? Desafortunadamente, hay indicios sustanciales de que se celebran acuerdos interinstitucionales sin una clara autorización de uno o más Estados responsables<sup>96</sup>. Muchos de estos acuerdos probablemente se consideren como compromisos políticos o contratos, pero algunos de hecho podrían encuadrarse en la definición de tratado. Por ejemplo, en 2000, el estado estadounidense de Misuri celebró un memorando de acuerdo con la provincia canadiense de Manitoba para cooperar en la oposición a ciertos proyectos de transferencia de agua entre cuencas previstos en las leyes federales de los Estados Unidos<sup>97</sup>. Otros Estados han tenido problemas similares. Para fines del siglo XX, por ejemplo, Quebec había celebrado alrededor de 230 “ententes” no autorizadas con gobiernos extranjeros, casi 60% de ellas con otros Estados<sup>98</sup>. Actualmente, no parece ser una buena práctica considerar estos acuerdos como tratados, especialmente si más adelante resulta evidente que una o más de las instituciones participantes no estaban facultadas para celebrar tratados en nombre propio. Sin embargo, es esta un área en la cual bien vale la pena que los Estados prodiguen atención y discusiones adicionales.

**2.4 Capacidad para celebrar compromisos políticos:** *Los Estados o las instituciones del Estado deberían estar facultados para celebrar compromisos políticos en la medida en que las circunstancias políticas lo permitan.*

---

<sup>93</sup> Véase, por ejemplo, el comunicado de prensa del Departamento del Tesoro de los Estados Unidos titulado *Treasury Secretary O'Neill Signing Ceremony Statement: United States and Jersey Sign Agreement to Exchange Tax Information* (4 de noviembre de 2002).

<sup>94</sup> Véase, por ejemplo, *Agreement Between the Government of the United States of America and the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Including the Government of the Cayman Islands, For the Exchange of Information Relating to Taxes*, 21 de noviembre de 2001, U.S.-U.K., T.I.A.S., CTIA No. 15989.000.

<sup>95</sup> Véase *Treaty Between the United States of America and Canada Relating to the Skagit River and Ross Lake, and the Seven Mile Reservoir on the Pend D'Oreille River*, 2 de abril de 1984, U.S.-Can., T.I.A.S. No. 11.088.

<sup>96</sup> Véase Hollis, *Unpacking the Compact Clause*, *supra*, nota 55 (donde se mencionan 340 acuerdos celebrados por Estados de los Estados Unidos con potencias extranjeras).

<sup>97</sup> Véase *Role of Individual States of the United States: Analysis of Memorandum of Understanding Between Missouri and Manitoba*, 2001 Cumulative Digest of U.S. Practice on International Law, § A, en 179 a 198.

<sup>98</sup> Nikraves, *supra* note 86, en 239. Asimismo, se afirma que Francia considera que sus ententes con Quebec se rigen por el derecho internacional. Véase *id.* en 242.

**Comentario:** Los compromisos políticos están, por definición, desprovistos de toda fuerza jurídica de conformidad con el derecho internacional o el derecho interno. En consecuencia, el derecho internacional no impone condiciones relativas a la capacidad con respecto a los actores que puedan celebrarlos. Asimismo, en los ordenamientos jurídicos internos generalmente no se reglamentan los actores que pueden celebrar estos compromisos<sup>99</sup>. Por lo tanto, a diferencia de lo que ocurre con los tratados, no hay una distinción concreta entre la capacidad del Estado y de las instituciones del Estado para celebrar estos acuerdos no vinculantes.

La política, en vez del derecho, sirve de criterio rector para determinar quién en un Estado puede celebrar compromisos políticos y sobre qué temas. La mayoría de los Estados tienen poca experiencia con la reglamentación de la capacidad para celebrar compromisos políticos en nombre del Estado o de sus instituciones. Sin embargo, en algunas ocasiones, los Estados han adoptado políticas para organizar la capacidad del Estado o de sus instituciones para celebrar compromisos políticos. En Colombia, por ejemplo, solo aquellos que tienen capacidad jurídica para representar a la institución del Estado pueden firmar memorandos de entendimiento o cartas de intención, a pesar de que se considera que estos instrumentos no son vinculantes (y, aun así, solo después que el instrumento ha sido sometido a una revisión jurídica)<sup>100</sup>. Como es de suponer, la política internacional puede influir mucho en la determinación de qué Estados o instituciones del Estado pueden celebrar compromisos políticos y sobre qué temas.

En ciertos casos de gran relieve, un Estado podría imponer limitaciones jurídicas internas a la capacidad para celebrar un compromiso político no vinculante. Por ejemplo, como parte de la controversia en torno al Plan de Acción Integral Conjunto, el Congreso de los Estados Unidos aprobó la Ley de Revisión del Acuerdo Nuclear con Irán, según la cual el presidente de los Estados Unidos debe someter “todo acuerdo con Irán” (no solo un acuerdo jurídicamente vinculante) al Congreso para que lo examine y tenga la oportunidad de rechazarlo<sup>101</sup>. El presidente Obama, en consecuencia, presentó el Plan de Acción Integral Conjunto de conformidad con lo dispuesto en la Ley, pero el Congreso a la larga no lo aprobó ni lo rechazó<sup>102</sup>. Canadá, Ecuador y Perú han notificado prácticas similares de coordinación y revisión de sus compromisos políticos; Perú tiene políticas diferentes para la revisión de compromisos políticos entre Estados y entre instituciones<sup>103</sup>.

**2.5 Capacidad para celebrar contratos entre Estados:** *Un Estado debería celebrar contratos con otros Estados que estén dispuestos a hacerlo de conformidad con el derecho que rija el contrato.*

**Comentario:** En consonancia con las opiniones vertidas anteriormente por la Comisión de Derecho Internacional, algunos Estados de la región hacen valer su capacidad para celebrar

---

<sup>99</sup> Siempre que el compromiso no infrinja la constitución o las leyes internas. Por supuesto, si un acuerdo infringe la normativa, es probable que se ponga en tela de juicio su condición de compromiso político, ya que esta categoría, por definición, abarca solamente los acuerdos desprovistos de fuerza jurídica.

<sup>100</sup> Respuesta de Colombia, *supra*, nota 85. En consecuencia, entre los ministerios de gobierno de Colombia, solo el Ministerio de Relaciones Exteriores está autorizado para firmar compromisos políticos en nombre del Estado en conjunto. *Id.*

<sup>101</sup> Véase Pub. L. No. 114-17, 129 Stat. 201 (2015). El Plan de Acción Integral Conjunto fue un compromiso político relativo al programa nuclear de Irán celebrado por Irán, los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Alemania y la Unión Europea. El presidente Trump, de los Estados Unidos, denunció el Plan de Acción Integral Conjunto el 8 de mayo de 2018.

<sup>102</sup> Kristina Daugirdas y Julian Davis Mortensen, *Contemporary Practice of the United States relating to International Law*, 109 Am. J. Int'l L. 873, 874-78 (2015) (debido al bloqueo de la minoría, el Congreso no tomó ninguna medida con respecto al Plan de Acción Integral Conjunto en el sentido de aprobarlo o rechazarlo).

<sup>103</sup> Respuesta de Perú, *supra*, nota 66 (la evaluación de compromisos políticos "asumidos por el Ministerio de Relaciones Exteriores se centra en verificar su consistencia con la política exterior, así como la redacción..."); véase también Respuesta de Canadá, *supra*, nota 40, en 4; Respuesta de Ecuador, *supra*, nota 46.

contratos con otros Estados<sup>104</sup>. Al mismo tiempo, otros Estados afirman que no celebran acuerdos de ese tipo<sup>105</sup>. Por lo tanto, al parecer no hay ninguna disposición del derecho internacional que impida que un Estado celebre un contrato con otro que esté dispuesto a hacerlo. En teoría, el propio ordenamiento jurídico de un Estado podría limitar su capacidad para celebrar contratos con otros Estados, pero hasta la fecha no se han visto ejemplos de limitaciones de esa clase.

Toda limitación de la capacidad para celebrar contratos entre Estados probablemente derive de la selección o del contenido del derecho que rija el contrato. En la práctica, la selección de un solo derecho interno aplicable podría limitar la frecuencia de estos contratos, ya que se requiere que por lo menos uno de los Estados contratantes se avenga a la aplicación de un derecho interno que no sea el propio<sup>106</sup>. Asimismo, la capacidad para contratar es una función del derecho contractual. Cada ordenamiento jurídico interno (y ciertos tipos de derecho no estatal, como la *lex mercatoria*) tienen sus propias normas con respecto a quiénes pueden celebrar un contrato y sobre qué temas. Por consiguiente, la capacidad de un Estado para suscribir un contrato regido por el derecho interno de otro dependerá de un análisis jurídico de la normativa aplicable (sea la normativa seleccionada por las partes o, en circunstancias apropiadas, el derecho aplicable de acuerdo con las reglas sobre conflicto de leyes).

**2.6 Capacidad para celebrar contratos interinstitucionales:** *Una institución del Estado debería suscribir contratos con instituciones de otro Estado de conformidad con su propio derecho interno y, si es diferente, con el derecho que rija el contrato.*

**Comentario:** La capacidad de las instituciones del Estado para celebrar contratos con instituciones de otros Estados parece ser menos controvertida que los contratos entre Estados. Muchos de los Estados que repudian toda forma de contratación entre Estados admiten la capacidad de sus instituciones para celebrar contratos con otros Estados<sup>107</sup>. Sin embargo, a diferencia de los contratos entre Estados, la capacidad de las instituciones del Estado para celebrar acuerdos contractuales interinstitucionales no depende únicamente de la selección y el contenido del derecho que rija el contrato. En vista de que las instituciones del Estado forman parte del ordenamiento jurídico del Estado, la capacidad de estas instituciones para contratar se regirá por el derecho interno de ese Estado, sea o no el mismo que rija el contrato. Colombia, por ejemplo, autoriza a sus “personas jurídicas de derecho público u órganos públicos con capacidad para contratar” pero lo hace con sujeción “a las autoridades que corresponden según la Constitución y la ley”<sup>108</sup>. En Chile, los organismos de la administración estatal (dentro del alcance de su competencia) pueden firmar acuerdos interinstitucionales de carácter internacional con entidades extranjeras o internacionales, pero sujetos a varias limitaciones sustantivas.<sup>109</sup>

<sup>104</sup> Véase ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 1966, vol. II, 189, párr. 6. En la respuesta al cuestionario de la OEA, Canadá, Ecuador, Estados Unidos, Jamaica y México reconocieron toda la posibilidad de que se celebren contratos entre Estados. Véase Hollis, *Segundo informe, supra*, nota 10, párr. 15; Respuesta de Canadá, *supra*, nota 40 en 4.

<sup>105</sup> Hollis, *Segundo informe, supra*, nota 10, párr. 15 (Argentina, Colombia, Perú, la República Dominicana y Uruguay afirmaron que no acostumbraban a suscribir contratos regidos por el derecho interno cuando se trata de acuerdos vinculantes entre Estados).

<sup>106</sup> Sin embargo, por lo menos en teoría, con la elección del derecho no estatal para que rija estos contratos se podrían evitar dificultades de este tipo. Véase la nota 59 y el texto que le acompaña. Por regla general en Canadá, los contratos entre Estados incluyen una exención de privilegios e inmunidades; tal es así que de no existir tal exención y no se indica la sujeción a un determinado derecho o foro, el instrumento en cuestión podría no ser considerado como un contrato ejecutable. Respuesta de Canadá, *supra*, nota 40, en 4.

<sup>107</sup> Véase Hollis, *Segundo informe, supra*, nota 10, párr. 30 (Argentina, Colombia y Perú, cada uno de los cuales declinó cualquier práctica en torno a la contratación interestatal, afirmaron que no celebran contratos con otros Estados, pero tienen mucha experiencia con contratos interinstitucionales).

<sup>108</sup> *Id.*, párr. 30.

<sup>109</sup> Comentario de Chile, 2020, *supra* nota 40

En efecto, algunos Estados de la región parecen tener disposiciones constitucionales o legislativas que requieren que ciertos contratos públicos, incluidos al parecer los contratos interinstitucionales, se rijan por su propio derecho interno. De conformidad con la Constitución de México, por ejemplo, se requieren licitaciones públicas para ciertos tipos de actos (por ejemplo, adquisiciones, arrendamientos y servicios públicos), que deben ser “objeto de contrataciones que deben seguir los procedimientos y formalidades previstas en el marco jurídico nacional aplicable (federal, estatal y municipal)”.<sup>110</sup> Perú y Ecuador tienen leyes en materia de adquisiciones que disponen autorizaciones y condiciones similares para los contratos de instituciones del Estado<sup>111</sup>.

Por lo tanto, el derecho interno del Estado del cual forma parte la institución podría dictar su capacidad para celebrar contratos con instituciones de otros Estados directamente por medio de autorizaciones o indirectamente por medio de disposiciones del derecho que los rija. Sin embargo, aun así se pueden celebrar acuerdos interinstitucionales en los cuales se elija el derecho de un Estado en vez del derecho de otro como derecho aplicable. Por ejemplo, el artículo 9 del acuerdo celebrado en 1998 entre la Administración Nacional de Aeronáutica y del Espacio (NASA), de los Estados Unidos, y la Agencia Espacial Brasileña (AEB) sobre la capacitación de un especialista de misión de la AEB dice: “Por el presente, las Partes designan las leyes federales de los Estados Unidos para regir el presente Acuerdo con cualquier fin, incluida la determinación de la validez de este Acuerdo”.<sup>112</sup> Por otra parte, es posible que dos instituciones del Estado seleccionen el derecho interno de un tercer Estado para que rija su contrato (siempre que el derecho del tercer Estado lo permita). Similarmente, en los acuerdos interinstitucionales se podría elegir el derecho no estatal para que rija el contrato además - o en vez de - un ordenamiento jurídico nacional.

### 3. Métodos para Identificar Acuerdos Vinculantes y No Vinculantes

**3.1 Identificación de acuerdos:** *Los Estados y otras partes que celebren acuerdos deberían suscribir acuerdos internacionales a sabiendas, y no inadvertidamente. Como mínimo, eso significa que los Estados deben hacer una distinción entre sus acuerdos (sean vinculantes o no vinculantes) y los demás compromisos e instrumentos. Las siguientes prácticas óptimas podrían facilitarles esa tarea:*

**3.1.1** *Los Estados deberían remitirse a la terminología utilizada y a las circunstancias particulares para determinar si surgirá un acuerdo (o si ya existe un acuerdo).*

**3.1.2** *En caso de duda, un Estado debería consultar con los potenciales coparticipes para confirmar si una declaración o instrumento constituirá o no un acuerdo (e, idealmente, qué tipo de acuerdo será).*

**3.1.3** *Un Estado debería abstenerse de refrendar una declaración o un instrumento si su punto de vista con respecto a su condición de acuerdo es diferente del punto de vista del/de los potencial(es) coparticipes hasta que logren conciliar esas diferencias.*

**Comentario:** ¿Cómo pueden los Estados y otros determinar si un texto en particular va a constituir (o si ya constituye) un tratado, un compromiso político o un contrato? Eso se hace en dos pasos. Primero, debe haber un acuerdo discernible. Segundo, debe haber algún método para hacer una distinción dentro de la categoría de acuerdos: ¿cuáles son tratados, cuáles son compromisos políticos y cuáles son contratos?

La *Directriz 3.1* ofrece prácticas óptimas para el primer paso: la identificación de acuerdos en general. En algunos casos, los participantes optan por la vía fácil y admiten conjuntamente la existencia de un acuerdo. En el *Caso de las plantas de celulosa*, por ejemplo, ni Argentina ni Uruguay negaban que sus presidentes habían llegado a un acuerdo expresado por medio de un comunicado de prensa el 31 de mayo de 2005; la controversia era si el acuerdo era vinculante (es

<sup>110</sup> Véase Respuesta de México, *Informe del Comité Jurídico Interamericano, Acuerdos vinculantes y no vinculantes: Cuestionario para los Estados Miembros* (en adelante "Respuesta de México") [donde se analiza la Constitución de México de 1917 (rev. 2015), art. 134].

<sup>111</sup> Hollis, *Segundo informe, supra*, nota 10, párrs. 15 y 30

<sup>112</sup> En Barry Carter et al., *International Law* 86-87 (7th ed., 2018) se reimprime un extracto del contrato, incluido el artículo 9.

decir, si se regía por el derecho internacional) o no<sup>113</sup>. Asimismo, en el arbitraje relativo al *Iron Rhine* (“*Ijzeren Rijn*”) *Railway*, tanto Bélgica como los Países Bajos reconocían que habían llegado a un acuerdo plasmado en un memorando de entendimiento y que este memorando no era un “instrumento vinculante”<sup>114</sup>

Sin embargo, en muchos casos no habrá un “acuerdo para ponerse de acuerdo”. Entonces, los Estados deberían seguir el ejemplo que dio la CIJ en el caso del Mar Egeo y examinar toda declaración propuesta o efectuada teniendo en cuenta sobre *todo sus términos reales y las circunstancias particulares* en las cuales fue redactada.<sup>115</sup> Ese análisis proporciona un marco útil para determinar las condiciones de cualquier acuerdo, es decir, mutualidad y compromiso. En el caso del *Mar Egeo*, por ejemplo, Grecia y Turquía impugnaban la existencia de un acuerdo y el tipo particular de acuerdo. Para resolver el asunto, la Corte examinó las comunicaciones anteriores y el lenguaje utilizado en un comunicado conjunto de los primeros ministros de Grecia y Turquía, y llegó a la conclusión de que el comunicado no constituía un “compromiso” de someter el diferendo de los Estados a la Corte<sup>116</sup>. La CIJ reafirmó este enfoque en *Qatar c. Bahrein*. En este caso examinó una serie de “actas aprobadas”, firmada por los ministros de relaciones exteriores de Qatar y Bahrein, y concluyó que constituía un acuerdo: no era meramente un acta de una reunión, no se limitaba a relatar las deliberaciones y a resumir los puntos convergencia y divergencia, sino que enumeraba los compromisos respecto de los cuales las Partes habían manifestado su consentimiento.<sup>117</sup> La CIJ continuó aplicando este enfoque en el Caso relativo a la Isla de Kasikili/Sedudu, en el cual, tras analizar los diversos puntos de vista contenidos en las notas y cartas intercambiadas entre Sudáfrica y Bechuanalandia con respecto a la ubicación de un límite territorial, determinó que demostraban la ausencia de un acuerdo.<sup>118</sup>

Por su parte, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar (TIDM) ha señalado que un lenguaje en un texto compartido que en otros casos podría considerarse “condicional” puede impedir que se le asigne la condición de acuerdo.<sup>119</sup> Los tribunales internacionales también se han rehusado a confirmar la existencia de un acuerdo cuando una parte no responde a una oferta hecha por la otra. Por lo tanto, el TIDM rehusó dictaminar que Japón, con su silencio, había manifestado su acuerdo con respecto a una metodología para constituir fianzas que Rusia había presentado en ciertas reuniones conjuntas y había consignado posteriormente en protocolos escritos entre ambos Estados.<sup>120</sup> Análogamente, un tribunal de la Corte Permanente de Arbitraje rehusó dictaminar que Jordania hubiera llegado a un acuerdo para someter el caso a arbitraje cuando no respondió a dos cartas de un embajador italiano en las cuales se afirmaba que ambos Estados habían celebrado un acuerdo verbal a tal efecto.<sup>121</sup>

---

<sup>113</sup> Véase *Caso de las plantas de celulosa*, *supra*, nota 28, párr. 132-33.

<sup>114</sup> *Award in the Arbitration regarding the Iron Rhine (“Ijzeren Rijn”) Railway between the Kingdom of Belgium and the Kingdom of the Netherlands* (2005) 27 RIAA 35, párr. 156.

<sup>115</sup> *Caso de la Plataforma Continental del Mar Egeo (Grecia c. Turquía)*, Fallo (1978), Informe de la CIJ 3, párr. 95 (sin cursivas en el original).

<sup>116</sup> *Id.*, párr. 107.

<sup>117</sup> *Qatar c. Bahrein*, *supra*, nota 38, párr. 24.

<sup>118</sup> *Caso relativo a la Isla de Kasikili/Sedudu (Botswana c. Namibia)*, Fallo (1999), Informe de la CIJ 1045, párr. 63.

<sup>119</sup> *Delimitación de la frontera marítima entre Bangladesh y Myanmar en la Bahía de Bengala (Bangladesh c. Myanmar)* (Sentencia de 14 de marzo de 2012), 2012, Informe del TIDM 4, párr. 92 (el Tribunal considera que los términos del acta aprobada de 1974 confirman que el acta refleja un entendimiento condicional alcanzado en el curso de las negociaciones y no un acuerdo en el sentido del artículo 15 de la Convención. El lenguaje utilizado en el acta respalda esta conclusión, en particular teniendo en cuenta la condición enunciada expresamente en el acta de que la delimitación del mar territorial formaría parte de un tratado integral sobre límites marítimos).

<sup>120</sup> Véase *“Hoshinmaru” (Japón c. Federación de Rusia)* (Pronta liberación, Sentencia) 2007 Informe del TIDM 18 (6 de agosto), párrs. 85 a 87.

<sup>121</sup> *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. c. El Reino Hachemita de Jordania*, Caso CIADI No. ARB/02/13, Laudo (31 de enero de 2006), párr. 98.

Desde luego, podría haber casos en que el texto y las circunstancias particulares sean ambiguos con respecto a si una determinada declaración o instrumento propuestos constituirán un acuerdo. En esos casos, esta *Directriz* recomienda un enfoque directo: instar a los Estados a que consulten y comuniquen uno al otro lo que cada uno entiende con respecto a si existe un acuerdo (o si el acto resultará en un acuerdo). Esas conversaciones podrían confirmar que hay un acuerdo o que no lo hay o no lo habrá. Sin embargo, a veces estas conversaciones podrían revelar una divergencia de opiniones si una parte considera que la declaración o el instrumento constituyen un acuerdo y la otra lo niega. En esos casos, lo mejor es que todos los involucrados den un paso atrás y se abstengan de toda actividad pertinente hasta que se establezcan más conversaciones y se puedan acercar los puntos de vista. De esta forma se reducirá el riesgo de expectativas discordantes o controversias entre los participantes (u otros) que puedan intensificarse, activar mecanismos de solución de controversias por terceros o introducir otras complicaciones en las relaciones internacionales.

**3.2 Identificación del tipo de acuerdo celebrado.:** *La práctica actual de los Estados, las organizaciones internacionales, las cortes y los tribunales internacionales y otros sujetos de derecho internacional, sugieren dos métodos diferentes para distinguir entre acuerdos vinculantes y no vinculantes.*

- *Con el primero, algunos actores utilizan la “prueba de la intención”, análisis subjetivo para ver si las intenciones manifiestas de los autores determinan si un acuerdo es vinculante o no (y, en caso de que sea vinculante, si es un tratado o un contrato).*
- *Con el segundo, otros actores usan una “prueba objetiva”, según la cual la materia, el lenguaje y el contexto determinan su condición vinculante o no vinculante, independientemente de todo indicio de las intenciones de uno o más de sus autores.*

*Ambos métodos suelen llevar a la misma conclusión. Tienen en cuenta (a) el texto; (b) las circunstancias particulares, y (c) la práctica subsiguiente para identificar los distintos tipos de acuerdos vinculantes y no vinculantes. No obstante, son posibles resultados diferentes, en particular cuando el texto favorece objetivamente una conclusión (por ejemplo, un tratado), pero las pruebas externas sugieren otra cosa (por ejemplo, las declaraciones contemporáneas de uno o más participantes en el sentido de que no se pretendía hacer un tratado). La prueba objetiva priorizaría el texto y el lenguaje utilizados en contraste con el énfasis de la prueba de la intención en lo que se refiere a lo que las partes pretendían. Tales resultados diferentes pueden, a su vez, dar lugar a confusión o conflictos, riesgo que se puede mitigar con ciertas prácticas:*

**3.2.1** *Si un Estado todavía no ha decidido si usará la prueba de la intención o la prueba objetiva para identificar sus acuerdos vinculantes y no vinculantes, debería hacerlo.*

**3.2.2** *Todo Estado debería ser franco con otros Estados e interesados con respecto a la prueba que utilice. Asimismo, debería aplicarla de manera uniforme, en vez de aplicar una u otra según lo que le convenga en cada caso. La aplicación uniforme de una prueba ayudará a resolver las expectativas de otros actores y posibilitará una interacción más previsible entre ellos.*

**3.2.3** *Sin embargo, un Estado no debería suponer que los demás Estados o actores (entre ellos las cortes y los tribunales internacionales) usarán la misma prueba para identificar los acuerdos vinculantes y no vinculantes. En cambio, debería celebrar y aplicar sus acuerdos internacionales de una manera que mitigue o incluso elimine los problemas que puedan llevar a que las dos pruebas conduzcan a conclusiones contradictorias. Los Estados pueden lograr esto alineando las pruebas subjetiva y objetiva de tal manera que se obtenga el mismo resultado.*

**Comentario:** En los casos en que exista un acuerdo, una forma de determinar si es vinculante (o no) consiste en preguntar cuál era la intención de los autores. La Comisión de Derecho Internacional terminó refrendando esta metodología a fin de determinar qué acuerdos cumplirían el requisito de estar “regidos por el derecho internacional” para que se los considere como tratados.<sup>122</sup> Los delegados en la Conferencia de Viena estuvieron de acuerdo<sup>123</sup>. En la

---

<sup>122</sup> ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 1966, vol. II, 189, párr. 6 (“La Comisión llegó a la conclusión de que, en la medida en que sea pertinente, el elemento de la

actualidad, numerosos Estados, expertos y tribunales internacionales consideran la intención como el criterio esencial para determinar qué acuerdos son tratados.<sup>124</sup> En el *Arbitraje sobre el Mar del Sur de China*, por ejemplo, el Tribunal recalcó que, para que un instrumento constituyera un acuerdo vinculante, debía evidenciar una clara intención de establecer derechos y obligaciones entre las partes.<sup>125</sup> Varios Estados Miembros de la OEA han adoptado este enfoque<sup>126</sup>. Desde esta

intención queda comprendido en la frase 'regido por el derecho internacional', y decidió no mencionarlo en la definición"). Antes de llegar a esta conclusión, la Comisión de Derecho Internacional oscilaba entre enfoques subjetivos y objetivos. Brierly propuso un análisis objetivo de los acuerdos que establecen una relación de conformidad con el derecho internacional, mientras que su sucesor, Hersch Lauterpacht, definió los tratados como acuerdos cuya finalidad es crear derechos y obligaciones jurídicos. Compárese Brierly, *Primer informe, supra*, nota 1, en 223, con Lauterpacht, *Primer informe, supra*, nota 1, en 93. El tercer Relator de la Comisión de Derecho Internacional, Gerald Fitzmaurice, trató de combinar ambos enfoques, definiendo un tratado como un acuerdo regido por el derecho internacional cuya finalidad es crear derechos y obligaciones y establecer relaciones. Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1959, vol. II, 96. Más adelante, volvió a usar solamente la fórmula "regido por el derecho internacional" como sustituto de una prueba subjetiva. Véase Fitzmaurice, *Primer informe, supra*, nota 1, en 117.

<sup>123</sup> Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, Actas resumidas del primer período de sesiones, documento ONU A/CONF.39/11, Add.1, 225, párr. 13 ("Conferencia de Viena, segundo período de sesiones") (El Comité de Redacción "ha considerado que la expresión 'acuerdo... regido por el derecho internacional' [...] ya abarca el elemento de la intención de crear derechos y obligaciones en derecho internacional").

<sup>124</sup> *Arbitraje sobre el Mar del Sur de China, supra*, nota 37, párr. 213; *Francia c. Comisión, C-233/02* (CEJ, 23 de marzo de 2004) (la intención de las partes debe, en principio, ser el criterio decisivo a efectos de determinar si las Directrices son vinculantes); Suiza, Departamento Federal de Relaciones Exteriores, *Practical Guide to International Treaties* 4 (2015) at [https://www.eda.admin.ch/dam/eda/en/documents/publications/Voelkerrecht/Praxisleitfaden-Voelkerrechtliche-Vertraege\\_en.pdf](https://www.eda.admin.ch/dam/eda/en/documents/publications/Voelkerrecht/Praxisleitfaden-Voelkerrechtliche-Vertraege_en.pdf) (en lo sucesivo "Guía de tratados de Suiza") (en donde se establece que es esencial que las partes desean dar carácter de jurídicamente vinculante a su acuerdo; y que si esa no es su intención, entonces no se le considera tratado); véase también Aust, *supra*, nota 11, en 20 y 21 (son los Estados negociadores quienes deciden si celebrarán un tratado u otra cosa); Klabbbers, *supra*, nota 3, en 68 (a pesar de lo delicado del tema, prácticamente hay unanimidad entre los abogados internacionales en que, como mínimo, la intención es uno de los principales determinantes de los derechos y obligaciones jurídicos internacionales); Widdows, *supra*, nota 5, en 120 a 139.

<sup>125</sup> *Arbitraje sobre el Mar del Sur de China, supra*, nota 37, párr. 213.

<sup>126</sup> Véase Hollis, *Segundo informe, supra*, nota 10, párr. 16 (Cinco Estados Miembros —Brasil, Colombia, Estados Unidos, México y Perú— invocaron específicamente la "intención" como criterio decisivo para identificar un tratado); la Respuesta de Brasil, *supra*, nota 85 (recurre a "la intención de las partes"); la Respuesta de Colombia, *supra*, nota 85 (se busca la "manifestación, acuerdo/arreglo sobre la intención de los Estados para obligarse jurídicamente"); Respuesta de México, *supra*, nota 110 ("Por lo que se refiere a los instrumentos 'no vinculantes', se incorporan términos que enfatizan la intencionalidad de los participantes involucrados"); Respuesta de Perú, *supra*, nota 66 (donde se señalan las medidas para asegurar que el acuerdo constituya una constancia de "la voluntad concordante de los sujetos intervinientes"); Respuesta de los Estados Unidos, *supra*, nota 72 (Estados Unidos procura "asegurar que el texto de los instrumentos escritos que suscribe con otros Estados refleje con exactitud las intenciones de los Estados intervinientes en lo que respecta a la índole jurídica del instrumento y el derecho que lo rige"); véanse también los Comentarios de Chile 2020, *supra* nota 40 ("Lo decisivo es si los Estados pertinentes pretendían que el instrumento fuera un acuerdo regido por el derecho internacional"). La respuesta de Canadá fue más ambigua aunque no señalaba que un intercambio de notas que las partes *consideren* vinculante puede también constituir un tratado y que, al mismo tiempo, en los compromisos políticos se incluyen instrumentos que los participantes *consideran* no jurídicamente vinculantes. Respuesta de Canadá, *supra*, nota 40, en 4 (sin cursivas en el original).

perspectiva, si las partes tienen la intención de que un acuerdo sea un tratado, es un tratado. Asimismo, si no tienen la intención de que el acuerdo sea vinculante, es un compromiso político no vinculante.

Sin embargo, la CIJ ha señalado que utilizaría un enfoque más objetivo para determinar en qué casos un acuerdo es un tratado (es decir que se rige por el derecho internacional). En *Qatar c. Bahrein*, la CIJ dictaminó que las partes habían celebrado un acuerdo jurídicamente vinculante (el acta aprobada) mediante el cual aceptaban la jurisdicción de la CIJ, a pesar de las protestas del Ministro de Relaciones Exteriores de Bahrein de que esa no había sido su intención.<sup>127</sup> La Corte consideró el acta aprobada como un tratado basándose en los “términos del instrumento en sí y las circunstancias de su celebración, no en una intención manifestada por las partes *a posteriori*”<sup>128</sup>. Algunos señalan que era posible que la Corte simplemente estuviera recalcando la intención expresada en el acta aprobada a diferencia de declaraciones posteriores de la intención hecha en beneficio propio en previsión de un litigio<sup>129</sup>. Para otros, sin embargo, el enfoque de la Corte muestra que los criterios objetivos (por ejemplo, el lenguaje, los tipos de cláusulas e incluso tal vez la materia) pueden dictar si el instrumento es un tratado o no<sup>130</sup>. En casos más recientes de la Corte (por ejemplo, el *Caso de las plantas de celulosa y el de la Delimitación marítima en el Océano Índico*) se ha afianzado este enfoque objetivo.<sup>131</sup> Por ejemplo, en su opinión en el caso de Delimitación marítima en el Océano Índico, la Corte concluyó que “[l]a inclusión de una disposición relativa a la entrada en vigor del Memorando es indicativa del carácter vinculante del instrumento”, sin mencionar la intención de las partes<sup>132</sup>.

Sin embargo, la prueba objetiva no es meramente una fórmula de la CIJ. En el *Arbitraje sobre Chagos*, el Tribunal destacó la necesidad de una “determinación objetiva” para distinguir entre acuerdos vinculantes y no vinculantes.<sup>133</sup> Entretanto, varios Estados Miembros de la OEA han recalcado la estructura y el lenguaje utilizados en un texto como factores determinantes de su condición jurídica (o de la ausencia de tal condición)<sup>134</sup>.

---

<sup>127</sup> *Qatar c. Bahrein*, *supra*, nota 38, párr. 27.

<sup>128</sup> *Id.* (ambos ministros firmaron un texto en el cual se consignaban compromisos aceptados por sus gobiernos, algunos de los cuales eran de aplicación inmediata. Habiendo firmado un texto de ese tipo, el Ministro de Relaciones Exteriores no está en condiciones de decir que tenía la intención de suscribir solamente una declaración que reflejara un entendimiento político y no un acuerdo internacional); véase también *Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein (Qatar c. Bahrein)*, Fallo, 15 de febrero de 1995, (1995), Informe de la CIJ 6.

<sup>129</sup> Aust, *supra*, nota 11, en 51 y 52; *Accord Widdows*, *supra*, nota 5, en 94 (al determinar la condición de un acuerdo, los puntos de vista expresados por una parte en el momento de la celebración del instrumento tendrán cierta utilidad, siempre que las demás consideraciones sean iguales, pero las declaraciones efectuadas por una parte con posterioridad deben desecharse porque buscan el beneficio propio).

<sup>130</sup> Véase Chinkin, *supra*, nota 53, en 236 y 237; Klabbers, *supra*, nota 3, en 212 a 216

<sup>131</sup> Véanse, por ejemplo, *Caso de las plantas de celulosa*, *supra*, nota 28, párr. 128; *Somalia c. Kenya*, *supra*, nota 9, párr. 42.

<sup>132</sup> *Somalia c. Kenia*, *supra*, nota 9, párr. 42.

<sup>133</sup> *Arbitraje sobre la zona marina protegida de Chagos (Mauricio c. Reino Unido)*, Corte Permanente de Arbitraje, Caso 2011-03 (18 de marzo de 2015) en 168, párr. 426 (aunque el Tribunal no tiene inconveniente en aceptar que los Estados tienen libertad, en sus relaciones internacionales, para celebrar acuerdos incluso muy detallados que procuren tener un efecto únicamente político, la intención de que un acuerdo sea vinculante o no vinculante de pleno derecho *debe expresarse claramente; de lo contrario, es tema de determinación objetiva* [sin cursivas en el original]).

<sup>134</sup> Véase, por ejemplo, Respuesta de Jamaica, *supra*, nota 71 (“El lenguaje utilizado en un acuerdo caracteriza el tipo de acuerdo”). La República Dominicana concordó con la idea de que la existencia de una cláusula de entrada en vigor es un factor determinante de la condición de tratado. Respuesta de la República Dominicana, *supra*, nota 46.

Estas *Directrices* no tienen como finalidad declarar que uno de estos métodos es superior al otro, y menos aún determinar cuál refleja el derecho internacional con mayor exactitud. En cambio, ofrecen asesoramiento a los Estados y a otros sobre la forma de crear y diferenciar acuerdos internacionales vinculantes y no vinculantes en un mundo donde podrían utilizarse distintos métodos para hacerlo. Con ese fin, esta *Directriz* muestra que, en muchos sentidos, el método objetivo y el método de la intención coinciden parcialmente en los elementos probatorios que usan:

- a) el texto;
- b) las circunstancias particulares;
- c) la práctica subsiguiente.

Por ejemplo, los que se adhieren a la prueba de la intención consideran generalmente que la estructura y la terminología del texto acordado son la mejor manifestación de las intenciones de los autores<sup>135</sup>. Esa misma estructura y lenguaje constituyen el meollo de la prueba objetiva.

No obstante, hay casos en que estos dos enfoques pueden dar lugar a resultados divergentes; es decir, cuando las manifestaciones externas de consentimiento difieren de las plasmadas en el lenguaje del documento. En el Arbitraje sobre el Mar del Sur de China, por ejemplo, el acuerdo contenía expresiones, como “se comprometen” y “acuerdan”, que en otros contextos se consideran como indicios objetivos de un tratado<sup>136</sup>. No obstante, el Tribunal hizo caso omiso de ese lenguaje en vista del contexto en que se usó y la calificación de “documento político” dada al instrumento por las partes<sup>137</sup>, y se empeñó en dilucidar las intenciones de las partes. El enfoque objetivo de Qatar c. Bahrein o del Caso de las plantas de celulosa podría haber llevado a un resultado diferente, es decir, a considerar que el lenguaje utilizado en el acuerdo en sí es suficientemente determinativo para que no sea necesario consultar los *travaux préparatoires* u otras declaraciones de intenciones efectuadas por los Estados<sup>138</sup>.

Por consiguiente, para algunos Estados Miembros, la estructura y la terminología son determinativas de la condición de tratado, mientras que para otros la presencia de verbos, vocablos o cláusulas específicos no debería sustituir la búsqueda de las intenciones de las partes. Eso crea el riesgo de que distintos participantes categoricen su acuerdo de manera diferente (o que terceros tales como los tribunales internacionales lo hagan). Tales desacuerdos pueden tener consecuencias importantes en el ámbito del derecho internacional y del derecho interno. Por ejemplo, el hecho de que un acuerdo sea vinculante o no lo sea de conformidad con el derecho internacional determina si se pueden tomar contramedidas en caso de infracción.<sup>139</sup> También es posible que el derecho interno requiera que ciertos acuerdos tengan la forma de un tratado, lo cual crea dificultades cuando otros

---

<sup>135</sup> Véanse, por ejemplo, Respuesta de Brasil, *supra*, nota 85 (“el lenguaje utilizado en un instrumento es esencial”); Respuesta de Colombia, *supra*, nota 85 (“los tratados, por tratarse de instrumentos jurídicamente vinculantes, suelen emplear un lenguaje específico, a través del cual las Partes se obligan”); Respuesta de México, *supra*, nota 110 (donde se señalan conjugaciones verbales y términos que se utilizan para diferenciar tratados de acuerdos no vinculantes); Respuesta de Perú, *supra*, nota 66 (donde se recomienda el empleo de un lenguaje desiderativo para los acuerdos no vinculantes y se especifican la estructura y las fórmulas utilizadas para distinguir un tratado de un compromiso político); Respuesta de los Estados Unidos, *supra*, nota 72.

<sup>136</sup> *Arbitraje sobre el Mar del Sur de China*, *supra*, nota 37, párr. 216.

<sup>137</sup> *Id.*, párrs. 217 y 218. El Tribunal hizo un análisis similar de varias declaraciones bilaterales conjuntas y determinó que no eran vinculantes a pesar de que contenían términos tales como “acuerdan”. *Id.*, párrs. 231 y 242.

<sup>138</sup> Véase *Qatar c. Bahrein*, *supra*, nota 38, párr. 27 (el Tribunal no considera necesario determinar cuál podría haber sido la intención del Ministro de Relaciones Exteriores de Bahrein ni tampoco la del Ministro de Relaciones Exteriores de Qatar).

<sup>139</sup> Véase Comisión de Derecho Internacional, Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, en *Informe sobre la labor realizada en su quincuagésimo primer período de sesiones* (3 de mayo a 23 de julio de 1999), documento ONU A/56/10 55 [3], art. 22 [en lo sucesivo “Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado”].

participantes no los consideran como tratados<sup>140</sup>. En cambio, algunos Estados necesitan que un acuerdo no sea vinculante porque no consiguen (o no pueden conseguir) las aprobaciones internas que se requerirían si el acuerdo fuese un tratado.

Los Estados podrían tomar varias medidas para mitigar estas dificultades. Para empezar, en esta *Directriz* se propone que los Estados Miembros adopten deliberadamente una prueba o la otra y lo hagan de manera transparente y coherente. La aplicación uniforme de una prueba ayudará a resolver las expectativas de otros actores y posibilitará una interacción más previsible entre ellos. Si un Estado sabe que otro usa la misma prueba para identificar los acuerdos vinculantes y no vinculantes, tendrá mayor certeza de que sus expectativas con respecto a la condición de tratado (o compromiso político o contrato) se cumplirán<sup>141</sup>. Asimismo, si un Estado sabe con anticipación que otro Estado usa una prueba diferente para identificar los acuerdos vinculantes y no vinculantes, sabrá que tendrá que tomar medidas específicas o usar un texto en particular para que pueda producir el tipo de acuerdo que desea.

Por consiguiente, es aconsejable que los Estados, cualquiera que sea su opinión sobre el método apropiado para identificar acuerdos internacionales, tengan en cuenta la posibilidad de que otros (incluidos los tribunales internacionales) tengan un punto de vista diferente. Siempre que sea posible, los Estados y las instituciones del Estado deberían tomar medidas para reducir el riesgo de que surjan puntos de vista divergentes sobre el tipo de acuerdo alcanzado. Lo mejor es que lo hagan expresamente en el texto del acuerdo o en comunicaciones relativas a su celebración.

**3.3 Especificación del tipo de acuerdo celebrado.** *A fin de evitar puntos de vista incompatibles sobre la indole vinculante de un acuerdo o sobre el derecho que lo rige, los participantes deben hacer todo lo posible para especificar expresamente el tipo de acuerdo alcanzado, sea en el texto del acuerdo o en comunicaciones relativas a su celebración. En lo que se refiere al texto, los Estados podrían usar los ejemplos de disposiciones que se presentan en el cuadro 1 para especificar la condición de un acuerdo. Sin embargo, en vista de la diversidad de acuerdos internacionales, los Estados también pueden adaptar otras fórmulas corrientes.*

<b>Cuadro 1. Especificación del tipo de acuerdo celebrado</b>	
<b>Tipo de acuerdo</b>	<b>Ejemplo de texto</b>
<b>Tratado</b>	<i>En virtud de este acuerdo, se establecerán relaciones entre las partes que se regirán por el derecho internacional. Este acuerdo se propone dar lugar a derechos y obligaciones de conformidad con sus términos.</i>
<b>Compromiso político</b>	<i>Este [título] no es vinculante de conformidad con el derecho internacional y no crea derechos u obligaciones jurídicamente vinculantes para sus participantes.</i>
	<i>Este [título] es un compromiso político cuyas disposiciones no lo habilitan para el registro de conformidad con el artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas.</i>
<b>Contrato</b>	<i>Este acuerdo se regirá por el derecho de [indicar el Estado y/o una fuente de derecho no estatal].</i>

**Comentario:** Una manera de mitigar el riesgo de disputas con respecto al tipo de acuerdo celebrado puede ser controlada por los participantes, quienes pueden especificar una interpretación

<sup>140</sup> Véase *supra*, nota 40 (donde se aborda el desacuerdo entre Estados Unidos y sus aliados sobre el carácter vinculante de ciertos memorandos de entendimiento).

<sup>141</sup> Esa certeza posiblemente no sea total si se puede recurrir a la solución de controversias por terceros, ya que, en teoría, un tribunal podría desestimar el enfoque utilizado por ambos Estados para la identificación y aplicar en cambio un enfoque propio.

que compartan con respecto a la naturaleza jurídica del acuerdo. En el curso de las negociaciones los Estados pueden –y probablemente deberían– especificar la existencia de alguna duda entre los participantes sobre el tipo de acuerdo que se proponen celebrar. La constancia de que las propias partes entendieron que estaban celebrando un tratado, por ejemplo, puede reducir el riesgo de que la naturaleza jurídica del documento acordado pueda ser objeto de una disputa ulterior.

Los Estados y las instituciones estatales pueden, además, utilizar en el acuerdo mismo un texto que especifique su naturaleza jurídica. Hasta la fecha ello rara vez se ha hecho, pero la *Directriz 3.2* ofrece una fórmula modelo que podría usarse en casos futuros. Se trata de una variante de una definición anterior del término “tratado”, enunciada por Gerald Fitzmaurice, quien intentó fusionar enfoques intencionales y objetivos<sup>142</sup>. En consecuencia, podría ser utilizada tanto por partidarios del criterio basado en la intención como por quienes se adhieran a criterios objetivos. He incluido la conjugación en tiempo futuro del modo imperativo para proporcionar una prueba objetiva adicional de la naturaleza coercitiva del acuerdo, así como una frase condicionante (“de conformidad con sus condiciones”) para que el texto sea el punto de referencia para interpretar sobre qué derechos y obligaciones versa el tratado.

Es más común que los Estados y las instituciones estatales utilicen un texto que especifique su opinión compartida de que un acuerdo no sea jurídicamente vinculante. En algunos casos el propio título puede constituir una especificación suficiente, como en el adecuadamente titulado *Declaración autorizada, sin fuerza jurídica obligatoria, de principios para un consenso mundial respecto de la ordenación, la conservación y el desarrollo sostenible de bosques de todo tipo*<sup>143</sup>. Otra alternativa consiste en hacer que la especificación conste en una cláusula que rechace el rótulo de “tratado”. En 2010, por ejemplo, la República de Moldavia y el estado de Carolina del Norte, de los Estados Unidos, suscribieron un “Memorando de principios y procedimientos” sobre sus relaciones recíprocas, en cuyo párrafo A se aclaró que “el presente Memorando no genera ninguna obligación que constituya un acuerdo jurídicamente vinculante conforme al derecho internacional”<sup>144</sup>. En otros casos los participantes especifican el carácter político de los compromisos que asumen describiendo el documento que celebran como “políticamente vinculante” o como un “compromiso político”<sup>145</sup>.

En un ejemplo muy famoso, el de los Acuerdos de Helsinki, se especificó la naturaleza del acuerdo como un compromiso político, “no eligible para registro” en virtud del artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas<sup>146</sup>. Los Estados de la región podrían adoptar esas prácticas cuando interpreten sus acuerdos como no vinculantes. Por lo tanto, esta *Directriz* proporciona dos ejemplos de cláusulas que pueden usarse para señalar claramente que un acuerdo no es vinculante: la primera negativamente y la segunda afirmativamente. En ninguno de los dos modelos de cláusulas se especifica el título del instrumento, reconociéndose que estas cláusulas podrían utilizarse para documentos titulados, por ejemplo, “Memorando de Entendimiento”, “Declaración” o “Código de Conducta”.

---

<sup>142</sup> Véase la nota 122 *supra*.

<sup>143</sup> 31 ILM 882 (1992) (sin cursivas en el original).

<sup>144</sup> Memorandum of Principles and Procedures between the Republic of Moldova and the State of North Carolina (USA) concerning their Desire to Strengthen their Good Relations (2010), reproducido parcialmente en DUNCAN B. HOLLIS (ED). *The Oxford Guide to Treaties* 656 (D. Hollis, ed., 2012).

<sup>145</sup> Véase, por ejemplo, Founding Act on Mutual Relations, Cooperation and Security (NATO-Russia) 36 ILM 1006, párr. 1 (1996) (en que se describe la declaración como un compromiso político duradero asumido al más alto nivel político); Documento de la Conferencia de Estocolmo sobre Medidas destinadas a Fomentar la Confianza y la Seguridad y sobre Desarme en Europa, 26 ILM 190, ¶101 (1986) (“Las medidas adoptadas en el presente documento son políticamente vinculantes...”) (en español la fuente de la cita puede ser consultada en el siguiente enlace: <https://www.osce.org/es/fsc/41243?download=true>).

<sup>146</sup> Acta final de la Conferencia sobre Seguridad y Cooperación en Europa, 14 ILM 1293 (1975) (en español la fuente de la cita puede ser consultada en el siguiente enlace: <https://www.osce.org/es/mc/39506?download=true>).

Finalmente, esta *Directriz* ofrece una cláusula de elección de ley para especificar que un acuerdo coercitivo constituye un contrato, e incluye la posibilidad de tomar como referencia la legislación nacional de determinado Estado o fuentes de derecho no estatales, tales como los principios del UNIDROIT o la *lex mercatoria* (sea cual fuere su definición).

Mediante indicaciones expresas, compartidas y transparentes sobre la manera en que los participantes interpretan el tipo de acuerdo que estén celebrando mucho puede hacerse para mitigar la confusión y los conflictos que han ocupado recientemente la práctica estatal. De todos modos es importante reconocer que los redactores de un acuerdo no siempre pueden tener un control completo del acuerdo que celebran. Si, por ejemplo, los participantes carecen de capacidad de elaboración de tratados, no pueden crear un tratado aunque utilicen la cláusula incluida aquí como ejemplo o sostengan de otro modo que su acuerdo puede calificarse como tal. Además, sean cuales fueren las especificaciones que se empleen, el derecho internacional puede denegar la calificación de tratado a un acuerdo al que se llegue por coacción o violatorio del *jus cogens*<sup>147</sup>. Análogamente, aun cuando Estados o instituciones estatales adopten un rótulo contractual para su acuerdo, el derecho que rija ese contrato dirá la última palabra acerca de si tienen la potestad de hacerlo. Finalmente, aunque algunos temas jamás den lugar a litigios, subsisten preguntas acerca de si ciertos temas requieren, de todos modos, enunciarse en forma de tratados<sup>148</sup>.

**3.4 Elementos indicativos del carácter vinculante o no vinculante de un acuerdo.** *En los casos en que los participantes en el acuerdo no especifiquen su condición o no lleguen a otro tipo de avenencia al respecto, los Estados deberían usar ciertos elementos como los siguientes (o recurrir a ellos) para indicar la existencia de un tratado o de un compromiso político no vinculante:*

- a) *el lenguaje utilizado en la práctica;*
- b) *la inclusión de ciertas cláusulas finales;*
- c) *las circunstancias en torno a la celebración del acuerdo; y,*
- d) *la práctica subsiguiente de los participantes en el acuerdo.*

*En el cuadro 2 se presentan la terminología y las cláusulas que los Estados deberían relacionar con mayor frecuencia con tratados y las que suelen usarse en compromisos políticos.*

**Comentario:** Diferenciar entre tratados, compromisos políticos y contratos implica un examen integral del lenguaje utilizado, de la presencia o ausencia de determinadas cláusulas, de las circunstancias que rodean a la celebración del acuerdo y de la práctica ulterior de los participantes. Sea cual fuere el método utilizado, toda esa prueba reviste importancia para la identificación de los tratados.

*Lenguaje.* En la práctica, los Estados y los investigadores han encontrado ciertas fórmulas para identificar un acuerdo como tratado. En el idioma inglés, por ejemplo, el uso del verbo “shall” sugiere fuertemente la conclusión de que el compromiso es vinculante. Varios Estados Miembros han confirmado ese uso junto con verbos tales como “must” (“deber”) y “agree” (“acordar”), y términos tales como “parte” para describir a los participantes en el acuerdo<sup>149</sup>.

<sup>147</sup> Véase, por ejemplo, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 52 (coerción) y art. 53 (*jus cogens*).

<sup>148</sup> Roberto Ago, por ejemplo, sostuvo la célebre teoría de que los compromisos sobre ciertos temas (por ejemplo, límites territoriales) deben constituir tratados, sean cuales fueren las intenciones de las partes. ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 1962, vol. I, 52, párr. 19.

<sup>149</sup> Hollis, *Segundo informe, supra*, nota 10, párr.t 18. Fuera de la región, varios Estados cuentan con glosarios en los que se muestra, en forma de cuadro, la terminología típica de los tratados en oposición a los compromisos políticos. Véase, por ejemplo, Guía de tratados de Suiza, *supra*, nota 123, en Annex B; Alemania, Richtlinien für die Behandlung völkerrechtlicher Verträge (RvV) (1 de julio de 2019) (en alemán, pero el anexo H incluye ejemplos en inglés de las cláusulas y de la terminología que diferencia a los tratados de los compromisos políticos), en [http://www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de/bsvwvbund\\_05032014\\_50150555.htm](http://www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de/bsvwvbund_05032014_50150555.htm).

Al mismo tiempo, la práctica de los Estados ha creado un conjunto de marcadores lingüísticos que guardan relación con acuerdos no vinculantes. En contraposición con el texto de compromisos como los denotados por el uso de “shall”, los compromisos políticos suelen contener el término “should”, que es más rogatorio<sup>150</sup>. Suelen utilizarse otras palabras y cláusulas para poner de manifiesto una intención menos imperativa. Por ejemplo, en lugar de “partes” del tratado, los compromisos políticos suelen referirse a “participantes”; en lugar de “artículos”, es más probable que un compromiso político haga referencia a párrafos; en lugar de describir “obligaciones”, que son “coercitivas”, los textos de los compromisos políticos pueden referirse a “principios” que sean “voluntarios”. La *Directriz* 3.4 ofrece, por consiguiente, en el cuadro 2, una lista no exhaustiva del tipo de lenguaje que suele usarse en tratados y compromisos políticos.

<b>Cuadro 2. Identificación de acuerdos vinculantes y no vinculantes</b>		
<b>Características del acuerdo</b>	<b>Elemento indicativo de un tratado</b>	<b>Elemento indicativo de un compromiso político</b>
<b>Títulos</b>	Tratado Convenio Acuerdo Pacto Protocolo	Entendimiento Declaración de intención Arreglo Declaración
<b>Autores</b>	partes	participantes
<b>Terminología</b>	artículos obligaciones compromisos derechos	compromisos expectativas principios párrafos puntos de entendimiento
<b>Lenguaje que denota un compromiso (verbos)</b>	deberán acuerdan deben se comprometen a Hecho en [lugar] el [fecha]	deberían buscar impulsar tener la intención de esperar llevar a cabo tomar entender aceptar
<b>Lenguaje que denota un compromiso (adjetivos)</b>	vinculante auténtico fidedigno	político voluntario vigente de igual validez
<b>Cláusulas</b>	Consentimiento en obligarse Entrada en vigor Depositario Modificación Rescisión Solución obligatoria de controversias	Entrada en vigor (o inicio de aplicación) Diferencias Modificaciones

<sup>150</sup> Cabe la posibilidad de que un tratado contenga una cláusula con términos rogatorios, lo cual limita los derechos u obligaciones jurídicos que impone a las partes. No obstante, suponiendo que, no obstante, se haya tenido la intención de que el acuerdo constituyera un tratado (o existan señales suficientes de que lo fuera), seguirá siendo un tratado.

Es importante subrayar, sin embargo, que no existen “palabras mágicas” que garanticen a un acuerdo la calidad de tratado o de compromiso político. Para comenzar, existe una divisoria entre los métodos intencionales y objetivos analizados en la *Directriz* 3.3, expuesta más arriba. Quienes están en favor de la prueba de intención hacen hincapié en un enfoque integral, en que deben considerarse todas las manifestaciones de la intención de las partes, en lugar de permitir que un único vocablo o frase dicte el resultado. Pero incluso quienes se afilian a un análisis objetivo deberían mostrarse reacios a tratar a un único verbo o sustantivo como determinante del resultado. Redactores avezados pueden convertir un texto que de lo contrario sería imperativo en una expresión rogatoria. Reviste importancia, por ejemplo, el que un verbo tal como “convengo” figure solo, o sea precedido por un texto tal como “me propongo” o “espero” (acordar). De manera similar, aunque el uso del verbo “deberá” generalmente evidenciaría un tratado, eso puede no siempre seguir dependiendo del contexto en el que se usa el verbo (por ejemplo, “los Estados deberán trabajar en busca de”). Por lo tanto, el lenguaje usado es un indicador importante del estado del acuerdo, pero los responsables de tomar decisiones deben ser cuidadosos para no basarse en un solo elemento probatorio para llegar a su conclusión.

*Cláusulas.* Ciertas cláusulas suelen ser estándar en textos de tratados, por lo cual su presencia puede ser indicativa de que un acuerdo reúne las condiciones que hacen de él un tratado. Los tratados suelen contener complicadas disposiciones sobre consentimiento que lo hagan obligatorio a través de opciones tales como firma definitiva, firma simple seguida por ratificación, adhesión, aceptación o aprobación. Cuando los tratados se celebran en forma de intercambio de notas, la práctica de los Estados ha diseñado una fórmula común que utilizan ambas partes en señal de que su consentimiento es legalmente obligatorio. Un ejemplo paradigmático se encuentra en el Intercambio de Notas entre el Reino Unido y Uruguay, El Reino Unido concluyó su propuesta manifestando:

Si el Gobierno de Uruguay acepta esta propuesta, tengo el honor de proponer que esta nota y su respuesta afirmativa constituyan un acuerdo entre nuestros dos Gobiernos.

Y la nota de Uruguay señalaba:

En relación con lo que antecede deseo informar a Su Excelencia el consentimiento del Gobierno de la República Oriental del Uruguay a las disposiciones tal como han sido establecidas, por lo cual la presente nota y la nota de Su Excelencia constituirán un acuerdo entre nuestros dos Gobiernos, que entrará en vigor en el día de hoy<sup>151</sup>.

Otras cláusulas “finales” se usan regularmente en tratados, y esta *Directriz* ofrece una lista ilustrativa de aquellas cuya existencia puede ser indicativa de un tratado. Los tratados suelen preceder a las firmas de las partes con una redacción estándar (a saber: “Dado en [lugar], el [fecha]...”). El uso de una cláusula de “entrada en vigor” es otro signo notorio de un tratado. En el caso *Somalia c. Kenia* la CIJ concluyó que “la inclusión de una disposición referente a la entrada en vigor del memorando de entendimiento es indicativa del carácter vinculante del instrumento”<sup>152</sup>. Los tratados también incluyen de forma regular referencias a la autenticidad de los idiomas en los que está escrito el acuerdo, cláusulas sobre la posibilidad de adhesión y/o requisitos de notificación para la terminación, denuncia o retirada (por ejemplo, requiriendo una notificación por escrito con seis o doce meses de anticipación).

En contraste, los compromisos políticos pueden no firmarse (su texto puede, simplemente, entregarse a la prensa o publicarse de otro modo), y cuando se firman, en ellos generalmente se omite la referencia más formal a la firma utilizada en referencias a tratados. En lugar de cláusulas sobre enmiendas o rescisión, a veces se usa el término “modificaciones”.

No todos los Estados utilizan idénticos marcadores lingüísticos, títulos o cláusulas para diferenciar un tratado de un compromiso político. En consecuencia, ninguna cláusula individual debería garantizar la naturaleza de tratado de un acuerdo (ni la naturaleza de un compromiso

<sup>151</sup> Aust, *supra*, nota 11, pág. 425, 427; véase también HOLLIS, THE OXFORD GUIDE TO TREATIES, *supra*, nota 7, págs. 670-71; Hans Blix y Jirinia H. Emerson, *The Treaty-Maker's Handbook* 80 (1973).

<sup>152</sup> *Somalia c. Kenia*, *supra*, nota 9, párr. 42.

político). En la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, por ejemplo, se reconoce el hecho de que los tratados pueden carecer de una cláusula de retiro o rescisión, previéndose normas sobre incumplimiento en esos casos<sup>153</sup>. Por ese motivo es más acertado considerar todas esas cláusulas como indicativas, en lugar de determinativas. Una prueba en contrario, contenida en el acuerdo o fuera de él, puede revelar la existencia de un compromiso político, en lugar de un tratado (o viceversa). Por ejemplo, la Conferencia sobre la Seguridad y Cooperación en Europa (actualmente la OSCE) elaboró en 1986 un “Documento sobre Medidas de Creación de Confianza y Seguridad en Europa”, en que se dispuso que el mismo “entra[ría] en vigor el 1 de enero de 1987”, lo que constituye la cláusula de entrada en vigor generalmente asociada con un tratado. No obstante, en la misma oración se aclaró también que las “medidas adoptadas en [ese] documento [eran] políticamente vinculantes”<sup>154</sup>.

*Circunstancias circundantes.* La labor encaminada a identificar y diferenciar los acuerdos vinculantes de los no vinculantes no se limita a la consideración de su texto. Tanto en las pruebas intencionales como en las objetivas se examinan similares elementos probatorios externos a saber, las circunstancias que rodean el caso y la conducta ulterior de los participantes para identificar acuerdos como tratados o como compromisos políticos. Como se señaló, la búsqueda de la intención es global, por lo cual abarca tanto los *travaux préparatoires* que preceden al acuerdo, como la conducta ulterior de cualquiera de los participantes que revista importancia para identificar la naturaleza del acuerdo. En el caso *Bay of Bengal*, por ejemplo, el TIDM hizo hincapié en que “las circunstancias” en que se habían adoptado las Actas Acordadas “no indica[ban] que a través de ellas se hubiera tenido el propósito de crear obligaciones jurídicas” en que uno de los participantes, Myanmar, hubiera dejado en claro tempranamente su intención de acordar exclusivamente un acuerdo general; no un acuerdo separado como el que, según se alega, aparece en las Actas Acordadas.<sup>155</sup>

Al mismo tiempo, aunque en el análisis objetivo se da prioridad al texto, no se excluye el análisis de pruebas externas, en especial cuando el texto mismo sea ambiguo o contradictorio. En *Qatar c. Bahrein*, por ejemplo, el análisis más objetivo realizado por la CIJ estuvo condicionado expresamente a la consideración de las circunstancias que rodean la celebración de un acuerdo<sup>156</sup>.

*Conducta subsiguiente.* Tanto los métodos intencionales como los métodos objetivos pueden invocar, además de las circunstancias circundantes, la conducta ulterior de las partes. Por ejemplo, en la búsqueda de las intenciones de las partes el Tribunal que actuó en el caso sobre el *Mar del Sur de China* concluyó que un acuerdo no estaba destinado a constituir un tratado, dada la repetida utilización, por China, del término “documento político” para describirlo, una vez celebrado<sup>157</sup>. El hecho de que no se someta un acuerdo a los procedimientos requeridos por el derecho interno para la celebración de tratados puede poner de manifiesto también las intenciones de las partes de celebrar un compromiso político<sup>158</sup>. Sin embargo, un proceder de ese género puede

<sup>153</sup> Véase Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 56.

<sup>154</sup> Documento de la Conferencia de Estocolmo sobre Medidas destinadas a Fomentar la Confianza y la Seguridad, *supra* nota 145, párr. 107.

<sup>155</sup> *Delimitación de la frontera marítima en la Bahía de Bengala*, *supra*, nota 118, párr. 93; caso *Acuerdo sobre el caso de la Plataforma Continental del Mar Egeo*, *supra*, nota 115, párr. 107. Análogamente, en el Arbitraje sobre el Mar del Sur de China el Tribunal hizo hincapié en la manera en que China, en los considerandos de su conclusión, catalogó repetidamente el acuerdo en cuestión como un “documento político”. *Arbitraje sobre el Mar del Sur de China*, *supra*, nota 37, párr. 216.

<sup>156</sup> *Qatar c. Bahrein*, *supra*, nota 38, párr. 23 (Para determinar si se ha celebrado un acuerdo de ese género “la Corte debe examinar, por encima de todo, sus términos reales y las circunstancias específicas en que haya sido adoptado”).

<sup>157</sup> *Arbitraje sobre el Mar del Sur de China*, *supra*, nota 37, párr. 218.

<sup>158</sup> *Delimitación de la frontera marítima en la Bahía de Bengala*, *supra*, nota 119, párr. 97 (“[e]l hecho de que las Partes no hayan sometido las Actas Acordadas de 1974 al procedimiento requerido por sus respectivas constituciones para los acuerdos internacionales vinculantes es un indicio adicional de que no se tuvo la intención de que las Actas Acordadas fueran jurídicamente

también examinarse con un criterio más objetivo. Así, la CIJ ha considerado el proceder subsiguiente de las partes —por ejemplo, la introducción de correctivos técnicos en un acuerdo— como indicativo de un compromiso vinculante<sup>159</sup>.

¿Qué pensar de la hipótesis en que un participante haya registrado un acuerdo en las Naciones Unidas conforme a lo previsto en el artículo 102 de la Carta de dicha organización? Como ya se señaló, el registro no es preceptivo en el caso de los tratados. En *Qatar c. Bahrein*, la CIJ hizo hincapié en el argumento de que la omisión de registrar las Actas Acordadas no podía privar a un acuerdo jurídicamente vinculante de su calidad de tal<sup>160</sup>. Por otra parte, en el caso *Delimitación marítima en el Océano Índico* la CIJ subrayó que Kenia había tenido la intención de que el memorando de entendimiento en cuestión fuera un tratado, habiendo solicitado su registro en las Naciones Unidas, y que Somalia no se opuso a esa solicitud durante casi cinco años<sup>161</sup>. En otras palabras, el registro (o la falta de registro), aunque no sea un elemento determinante, puede, de todos modos, indicar en alguna medida el carácter vinculante o no vinculante de un tratado.

**3.5 Elemento indicativo de un contrato:** *En los casos en que los participantes en el acuerdo no especifiquen su condición o no lleguen a otro tipo de avenencia al respecto, los Estados deberían usar una cláusula sobre el derecho aplicable (o recurrir a ella) para confirmar la existencia de un contrato. Los Estados deberían suponer que un texto claramente vinculante entre Estados que guarda silencio con respecto a su condición es un tratado, en vez de un contrato.*

**Comentario:** Al diferenciar entre acuerdos, la posibilidad de que se esté ante un contrato solo surge cuando se responde afirmativamente a dos preguntas. Primera, ¿existe un acuerdo? Segunda, ¿el acuerdo es vinculante? Cuando existe un acuerdo vinculante surge la pregunta de si él representa un tratado o un contrato. La capacidad de los participantes puede ayudar en esa indagatoria, pues ciertos participantes pueden no estar autorizados a celebrar tratados. Véase la *Directriz 2.1-2.2* y el *Comentario* que la acompaña, en cuanto a la manera de determinar qué entidades pueden poseer capacidad legal para celebrar tratados.

Por otra parte, al igual que en la cuestión de la identificación de tratados y compromisos políticos, el lenguaje utilizado en el acuerdo puede ser indicativo de la naturaleza contractual de esos instrumentos. Los contratos, por ejemplo, pueden ser titulados como tales, o bien, como ya se señaló, en ellos puede especificarse un derecho rector distinto del derecho internacional (con lo cual se excluye la opción del tratado)<sup>162</sup>. No obstante, se debe tener cuidado de no concluir que todo acuerdo en que se haga referencia a las leyes o al sistema jurídico de un Estado sea un contrato. Los Estados pueden, por ejemplo, condicionar las obligaciones que les imponga un tratado de modo que se limiten a lo que el derecho interno autorice (o para privar de obligatoriedad a un comportamiento violatorio de ese derecho). En tales casos, la referencia al derecho interno contribuye a limitar el alcance de la obligación regida por el derecho internacional, en lugar de redefinir qué sistema de derecho rige el acuerdo.

¿Qué sucede cuando un texto es claramente vinculante pero en él no se expresa si constituye un tratado o un contrato? Cuando los participantes son sujetos de derecho internacional, en la

---

vinculantes"). Por otra parte, la CIJ ha señalado que la omisión de seguir procedimientos nacionales para la elaboración de tratados no priva de esa calidad a un acuerdo que por lo demás parece ser un tratado. *Somalia v. Kenya*, *supra*, nota 9, págs. 23-24, párrs. 48-50.

<sup>159</sup> *Fronteras terrestres y marítimas (el Camerún c. Nigeria)*, *supra*, nota 9, párr. 253 [en que se concluye que la Declaración de Maroua era jurídicamente vinculante tal como había sido publicada (sin que ninguna condición indicara la necesidad de una ratificación ulterior); posteriormente, se intercambiaron cartas en que se efectuaron correcciones técnicas a su contenido, y la línea divisoria que contenía fue notificada a la Secretaría pertinente de las Naciones Unidas].

<sup>160</sup> *Qatar c. Bahrein*, *supra*, nota 38, párrs. 28-29.

<sup>161</sup> *Somalia c. Kenia*, *supra*, nota 9, párr. 19.

<sup>162</sup> Véase, por ejemplo, *supra*, nota 112 (cláusula sobre el derecho rector del Acuerdo NASA-AEB, que dispone: "La legislación federal de los Estados Unidos regirá el presente acuerdo a todos los fines, incluso, pero sin carácter limitativo, para determinar la validez del presente Acuerdo...").

mayoría de los casos se presume que los acuerdos vinculantes constituyen tratados.<sup>163</sup> Por lo tanto, los Estados deberían suponer que los acuerdos vinculantes entre Estados constituyen tratados a falta de pruebas indicadoras de un contrato (por ejemplo, una cláusula sobre derecho aplicable). No obstante, cuando el participante es una institución del Estado esa presunción puede no existir, y se requiere un cuidadoso análisis, no solo sobre el texto acordado, sino también sobre el contexto circundante y sobre la conducta subsiguiente de las partes. Existen, además, algunas sugerencias académicas de que no es forzoso que ambas categorías de acuerdos vinculantes se excluyan mutuamente, es decir que algunos acuerdos pueden tener una forma “híbrida”, en que ciertos términos se rigen por el derecho internacional y otros por el derecho nacional<sup>164</sup>. No obstante, la práctica de los Estados por ahora para respaldar la afirmación de que se esté ante una nueva modalidad de acuerdos.

**3.6 Evidencias ambiguas o incongruentes de la condición de un acuerdo:** *En los casos en que los elementos indicativos de la condición de un acuerdo sean ambiguos o incongruentes, la condición del acuerdo debería determinarse sobre la base de un análisis integral que procure conciliar las pruebas objetivas y las intenciones comunes de los participantes. Los Estados deberían tratar de dar a conocer los resultados de su análisis integral a las otras partes del acuerdo. En algunos casos, los Estados podrían considerar opciones más formales para la solución de controversias a fin de aclarar o resolver el carácter vinculante o no vinculante de sus acuerdos.*

**Comentario:** En algunos casos la prueba referente al tipo de acuerdo celebrado puede ser ambigua. Considérese, por ejemplo, el título “Memorando de Entendimiento”. Para ciertos Estados esa denominación indica un compromiso político, en lugar de un tratado, pero otros Estados no han considerado que ella excluya la condición de tratado. Similar ambigüedad rodea a la forma verbal “will” en inglés. En algunos Estados —en especial los vinculados con el Commonwealth británico—el término “will” se considera facultativo, en lugar de preceptivo, por lo cual lo usan regularmente en relación con textos de acuerdos no vinculantes. Para otros Estados, en cambio, “will” es sinónimo de “shall” y puede interpretarse como expresión de un compromiso obligatorio. Por lo tanto los Estados y las instituciones estatales deberían asumir una actitud prudente cuando asuman que la presencia de ese término es un indicador de la existencia de un acuerdo.

Algunos acuerdos contienen una combinación de disposiciones vinculantes y manifiestamente no vinculantes. En esos casos el acuerdo debería ser tratado como vinculante porque, por definición, ninguna parte de un compromiso político puede considerarse vinculante<sup>165</sup>. La práctica de los Estados parece excluir esa posibilidad. Considérese, por ejemplo, el Acuerdo de París sobre el cambio climático, tratado en que, famosamente, se usa el verbo “should” para definir la obligación central de las partes en materia de objetivos de reducción de emisiones, y al mismo tiempo usar “shall” en otras disposiciones sobre reuniones e informes futuros<sup>166</sup>. En otras palabras,

---

<sup>163</sup> El profesor Jan Klabbbers dedicó todo un libro a establecer esta presunción. Véase KLABBERS, *supra*, nota 3. Otras fuentes que favorecen esa tesis constan en Anthony Aust, *The Theory & Practice of Informal International Instruments*, 35 INT'L & COMP. L. Q 787, 798 (1986); Widdows, *supra*, nota 5, pág. 142; Hersch Lauterpacht, *Second Report on the Law of Treaties*, ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 1954, vol. II, 125. Esas opiniones han suplantado anteriores puntos de vista según los cuales la presunción debe ser la contraria (que no se está ante la elaboración de un contrato a falta de una intención manifiesta de hacerlo). Véase Schachter, *supra*, nota 49, 297; JES Fawcett, *The Legal Character of International Agreements*, 30 BRIT. YBK INT'L L. 381, 400 (1953).

<sup>164</sup> Véase Paul Reuter, *Third report on the question of treaties concluded between States and international organizations or between two or more international organizations*, ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 1974, vol. II(1), 139.

<sup>165</sup> Véase, por ejemplo, Guía de tratados de Suiza, *supra* nota 124, en 6 (un texto no vinculante debe ser redactado de tal manera que ninguno de sus términos exprese un compromiso jurídico).

<sup>166</sup> Compárese la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, Aprobación del Acuerdo de París, FCCC/CP/2015/L.9, 12 de diciembre de 2015, art. 4.4, *junto con* los arts. 4.9 y 4.12. La condición de tratado que se tuvo la intención de dar a dicho acuerdo es

los tratados pueden contener disposiciones a las cuales las partes no tengan la intención de darles carácter coercitivo junto a las que sí tengan ese carácter. Como es natural, esa posibilidad dificulta cualquier aplicación de la prueba de la intención, pues requiere evaluar, disposición por disposición, las intenciones de las partes.

En otros casos, la prueba puede no ser ambigua, sino contradictoria. En la medida de lo posible los Estados deben evitar caer en contradicciones. Empero, si se presentasen tales casos, los participantes (o un tercero) tendrán que sopesar cuidadosamente toda la evidencia, encuéntrase ésta en el texto, en las circunstancias del caso o en el comportamiento subsiguiente. En esos casos, convendría, si es posible, determinar si los resultados de un enfoque intencional y objetivo llevan a la misma conclusión. De no ser así, los participantes pueden promover mecanismos de solución de controversias, incluidos los tendientes (a) a dejar en claro la naturaleza del acuerdo, o llegar por otra vía a un entendimiento al respecto, (b) a rescindir el acuerdo, o (c) a sustituirlo por un acuerdo delineado más claramente.

#### 4. Procedimientos para la celebración de acuerdos vinculantes y no vinculantes

**4.1 Diferentes procedimientos internos para los tratados.** *Todo Estado debería tener plena libertad para establecer y mantener un procedimiento interno o varios para autorizar la negociación y celebración de tratados por el Estado o sus instituciones. Estos procedimientos podrían basarse en la constitución del Estado, sus leyes o su práctica. Distintos Estados podrían seguir procedimientos internos diferentes para el mismo tratado.*

**Comentario:** Los Estados cuentan, para la elaboración de tratados, con procedimientos internos amplios —y a menudo diferentes—derivados de las tradiciones jurídicas, históricas, políticas y culturales propias de cada uno de ellos. Pese a sus diferencias, esos procedimientos sirven funciones similares. En primer lugar, y como cuestión primordial, pueden confirmar el hecho de que el acuerdo propuesto constituirá, para el Estado, un tratado (en la acepción de derecho internacional de ese término, empleado en la definición contenida en la *Directriz 1.2*, supra). En segundo lugar, verifican que el tratado sea compatible con el orden jurídico interno del Estado, garantizando, por ejemplo, que sus términos no infrinjan ninguna prohibición ni ninguna prescripción constitucional o legal, o que la institución en cuestión posee la competencia requerida y la autoridad para intervenir en la preparación de un tratado. Tercero, aseguran una adecuada coordinación con respecto al contenido o a la aplicación del tratado, tanto dentro del Poder Ejecutivo como de los demás poderes de gobierno del Estado<sup>167</sup>.

Los procedimientos internos que utilizan los Estados para autorizar la elaboración de tratados emanan de diversas fuentes. Algunos son preceptuados por la Constitución de un Estado<sup>168</sup>. Otros pueden ser el producto de una ley nacional<sup>169</sup>. En algunos casos los

---

también evidenciada por la presencia de cláusulas sobre consentimiento, entrada en vigor y denuncia/rescisión.

<sup>167</sup> Véase, por ejemplo, Respuesta de Colombia, *supra*, nota 85 ("dependiendo de la materia del instrumento jurídico a negociar intervienen los ministerios o entidades del poder público que tengan los conocimientos técnicos sobre lo que se está acordando en el cuerpo del mismo" toman parte en su autorización).

<sup>168</sup> Véase, por ejemplo, Respuesta de Argentina, *supra*, nota 72 (en que se cita el artículo 99(11) de la Constitución, referente a la potestad del Presidente de celebrar tratados y el artículo 75(22) referente a la potestad del cuerpo legislativo de "aprobar o desechar tratados celebrados con las demás naciones y organizaciones internacionales..."); Respuesta de Colombia, *supra*, nota 85 ("los tratados requieren adopción por el Congreso de la República y la declaratoria de exequibilidad de la Corte Constitucional, en cumplimiento de las disposiciones de los artículos 156 y 241 de la Constitución Política, respectivamente."); Respuesta de la República Dominicana, *supra*, nota 46 (en que se cita el art. 184 de la Constitución, que encomienda a la Corte Constitucional el examen de todos los tratados, y el art. 93 en cuanto encomienda al Congreso Nacional la aprobación de todos los tratados); Respuesta de Ecuador, *supra*, nota 46 (en que se citan los artículos 416 a 422 y 438 de la Constitución, que regulan la elaboración de tratados); Respuesta de México, *supra*, nota 110 (en que se cita el art. 133 de la Constitución Mexicana en relación con tratados celebrados por

procedimientos carecen de base legal formal, pero dependen de una práctica o una política nacional. En Canadá, por ejemplo, aunque el Primer Ministro tiene la potestad de celebrar unilateralmente un tratado sobre cualquier tema, existe la práctica de no consentir tratados que requieran la aplicación de disposiciones legales hasta que esas normas sean promulgadas, ya sea a nivel federal o provincial<sup>170</sup>. En consecuencia, es posible que los Estados tengan diferentes niveles de compromiso jurídico con su función de elaboración de tratados: el procedimiento de algunos Estados será inderogable; otros Estados pueden poseer mayor flexibilidad, que les permita dar cabida a variantes si las circunstancias lo justifican.

En cuanto al contenido de esas condiciones referentes a los procedimientos nacionales de elaboración de tratados, existe cierta uniformidad con respecto a la radicación de la potestad de negociar un tratado. La mayoría de los procedimientos de elaboración de tratados asignan la potestad de negociar y celebrar tratados a un jerarca del Poder Ejecutivo del Estado (por ejemplo el Monarca); al Jefe de Gobierno (por ejemplo el Primer Ministro), o a ambos (por ejemplo el Presidente). Con frecuencia la potestad es objeto de una delegación adicional, del Jefe de Estado al Jefe de Gobierno y del Jefe de Gobierno al Ministro de Relaciones Exteriores. También existe uniformidad en cuanto al compromiso de los Estados de encomendar al Poder Legislativo la potestad de autorizar el consentimiento del Estado a, por lo menos, algunos tratados.

Existe, no obstante, amplia diversidad en cuanto a la amplitud y profundidad de la función legislativa requerida<sup>171</sup>. En algunos Estados, como la República Dominicana, todos los tratados requieren aprobación legislativa<sup>172</sup>. En otros Estados, como Ecuador, solo requieren aprobación legislativa los tratados que se refieren a ciertos temas o al desempeño de ciertas funciones<sup>173</sup>. Varios Estados tienen diferentes conjuntos de procedimientos internos para diferentes categorías de tratados. Así, aunque muchos de los tratados de Colombia deben recibir aprobación legislativa, el derecho y la práctica de ese país reconocen también "acuerdos ejecutivos" y "acuerdos de procedimiento simplificados". Los primeros están comprendidos en la esfera de competencia exclusiva del Presidente de Colombia quien tiene la potestad de dirigir las relaciones

el Presidente con aprobación del Senado); Respuesta de los Estados Unidos, *supra*, nota 72 (en que se cita la cl. 2 del inciso 2 del art. II de la Constitución de ese país); Comentarios Chile 2020, *supra* nota 40 (citando los Artículos 54.1, 93.1 y 93,3 de la Constitución de Chile).

<sup>169</sup> Respuesta de Brasil, *supra*, nota 85 (delegación al Ministerio de Relaciones Exteriores, a través del artículo 62.III de la Ley Federal N.º 13.502/2017, de la potestad de elaboración de tratados).

<sup>170</sup> Véase Respuesta de Canadá, *supra*, nota 40, en 6: Maurice Copithorne, *National Treaty Law & Practice: Canada*, en DUNCAN B. HOLLIS ET AL (EDS.) NATIONAL TREATY LAW & PRACTICE 95-96 (2005).

<sup>171</sup> El nivel de aprobación legislativa puede variar. En algunos Estados la aprobación de un tratado está a cargo del Poder Legislativo en pleno. En otros, ambas cámaras legislativas participan en el proceso de aprobación, pero una de ellas tiene mayores potestades que la otra. Una tercera posibilidad es que solo una de las dos cámaras legislativas dé su aprobación. Por último, algunos Estados pertenecientes al Commonwealth no confieren al Poder Legislativo papel alguno en la aprobación de un tratado, pero además desconocen toda implementación interna a falta de autorización legislativa, que se otorga a través de procedimientos parlamentarios ordinarios. Véase Hollis, *A Comparative Approach*, *supra*, nota 10, en 32-35 (en que se examina el derecho de los tratados y la práctica de diecinueve Estados representativos).

<sup>172</sup> Respuesta de la República Dominicana, *supra*, nota 46 (conforme a lo dispuesto por el art. 93 de la Constitución de 2015, el Congreso Nacional tiene la potestad de "aprobar o desaprobar los tratados y convenciones que suscriba el Poder Ejecutivo").

<sup>173</sup> Respuesta de Ecuador, *supra*, nota 46 (la Asamblea Nacional tiene el cometido de conceder la aprobación previa a la ratificación de tratados que involucren temas de delimitación territorial o de fronteras, alianzas políticas o militares, compromisos de sancionar, enmendar o derogar una ley, derechos y garantías previstos en la Constitución, las políticas económicas del Estado, acuerdos de integración y comercio, delegación de atribuciones a un organismo internacional o supranacional, un compromiso que afecte al patrimonio natural del país y, especialmente, a sus activos hídricos, diversidad biológica y genéticos).

internacionales, conforme a lo previsto por el artículo 189.2 de la Constitución colombiana, mientras que los segundos se celebran al amparo de un tratado previo (que haya obtenido la aquiescencia de la legislatura nacional y la revisión de la Corte Constitucional)<sup>174</sup>. Cualquier acuerdo ejecutivo o de procedimiento simplificado que no se ajuste a estos parámetros resultaría anticonstitucional.

En países tales como Estados Unidos el derecho y la práctica se han combinado para crear no menos de cuatro diferentes procedimientos para determinar en qué casos el Poder Ejecutivo puede consentir un tratado: (1) siguiendo la recomendación y contando con el consentimiento de dos tercios de miembros del Senado de los Estados Unidos; (2) conforme a lo previsto por una ley federal (sancionada por mayoría simple de ambas cámaras del Congreso); (3) en virtud de las potestades “exclusivas” que posee únicamente el Poder Ejecutivo, y (4) cuando lo autoriza un tratado anterior que haya recibido la recomendación y obtenido el consentimiento del Senado<sup>175</sup>. Además de la participación legislativa, varios Estados Miembros han establecido el requisito de revisión judicial, en virtud del cual la Corte Constitucional verifica la constitucionalidad de un proyecto de tratado. Así, en Colombia, la República Dominicana y Ecuador, todos los tratados deben ser revisados por la Corte Constitucional antes de que su tramitación pueda recorrer otros procedimientos internos<sup>176</sup>.

Los Estados pueden también imponer requisitos de notificación para tratados que pueda celebrar el Poder Ejecutivo sin participación legislativa (o judicial). Ese procedimiento permite al Poder Legislativo saber qué tratados está celebrando el Estado independientemente de sus propios procesos de aprobación. Algunos Estados, como Estados Unidos, incluso han creado procedimientos de coordinación del proceso de elaboración de tratados *dentro* del Poder Ejecutivo, incluso por organismos gubernamentales. El proceso de la “Circular 175” (C-175) implementa una disposición del derecho estadounidense restringiendo la potestad de los organismos del Gobierno de los Estados Unidos de suscribir o celebrar de otro modo tratados (en el sentido del derecho internacional utilizado en dichas directrices) sin previa consulta al Secretario de Estado de los Estados Unidos<sup>177</sup>. En 2013 el Ministro de Relaciones Exteriores del Perú emitió dos Directivas

---

<sup>174</sup> Respuesta de Colombia, *supra*, nota 85 (en que se señala que tratándose de acuerdos en que se desarrolle un acuerdo anterior, ese acuerdo anterior debe ser compatible con todos los requisitos constitucionales, y el acuerdo de implementación mismo debe ser congruente con los requisitos del tratado marco que le sirva de base, sin excederlos; *ver también* Comentarios Colombia 2020, *supra*, nota 71.

<sup>175</sup> Como consecuencia, a nivel nacional Estados Unidos utiliza una terminología diferente para referirse a tratados (en la acepción de derecho internacional) que se ciñen a estos diferentes procedimientos. En la legislación estadounidense, el término “tratados” se refiere solo a aquellos acuerdos sujetos a asesoramiento y consentimiento senatorial; los “acuerdos ejecutivos congresionales” son acuerdos aprobados por una ley federal, y los “acuerdos ejecutivos” son acuerdos elaborados bajo la potestad ejecutiva del Presidente. Otros Estados utilizan sus propios léxicos para diferenciar sus tratados en función de los diferentes procedimientos empleados. Véase la nota 47 y el texto que le acompaña.

<sup>176</sup> Véase, por ejemplo, Respuesta de la República Dominicana, *supra*, nota 46 (conforme al artículo 55 de la Ley Orgánica No. 137-11, el Presidente debe presentar tratados internacionales suscritos a la Corte Constitucional para que se pronuncie sobre su constitucionalidad); Respuesta de Ecuador, *supra*, nota 46 (en que se cita el art. 110.1 de su Ley Orgánica sobre Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional: “Los tratados internacionales que requieran aprobación legislativa tendrán un control automático de constitucionalidad antes de su ratificación, previo a iniciarse el respectivo proceso de aprobación legislativa”).

<sup>177</sup> El Decreto Case-Zablocki, 1 U.S.C. §112b(c). (Sin perjuicio de cualquier otra disposición de la ley, ningún acuerdo internacional puede ser suscrito o celebrado de otro modo en nombre de los Estados Unidos sin previa consulta al Secretario de Estado.) El propio proceso de C-175 involucra la autorización, por el Secretario de Estado, de la negociación o celebración de uno o más acuerdos internacionales por el Departamento de Estado u otro organismo gubernamental de los Estados

que “establecían lineamientos de orientación en la gestión de los tratados, comprendiendo la negociación, la suscripción, el perfeccionamiento (aprobación y/o ratificación internas), los procedimientos relativos a la eventual formulación de declaraciones, reservas y objeciones a reservas, y su registro ...”<sup>178</sup>.

La amplitud y diversidad de los procedimientos internos de elaboración de tratados aconseja abstenerse de toda labor de armonización. Por el contrario, la *Directriz 4.1* adopta una práctica óptima de “libertad”, aceptando y respaldando la potestad de cada Estado de decidir por sí mismo, con autonomía, la manera de autorizar la elaboración de tratados. Los Estados pueden consignar sus procedimientos de elaboración de tratados en disposiciones constitucionales u otras normas jurídicas, o bien elaborarlos a través de procesos más informales y prácticos. Un Estado puede, además, adoptar un proceso único para todos sus tratados conforme al derecho internacional, u optar por crear diferentes procedimientos de aprobación para diferentes tipos de tratados.

Los Estados deben, asimismo, tener en cuenta que la(s) opción(es) que elijan para que determinado tratado siga cierto trámite, tal como la aprobación legislativa, puede no ser seguido(s) por sus copartícipes en el tratado. En otras palabras, los Estados no deberían suponer, simplemente porque sus propios procedimientos nacionales requieran que determinado tratado reciba aprobación legislativa (o, a la inversa, que no se requiera una aprobación de ese tipo), sus potenciales copartícipes en el tratado habrán de adoptar un enfoque similar.

**4.2 Desarrollo de procedimientos internos para los compromisos políticos.** *Los Estados deberían establecer y mantener procedimientos para autorizar los compromisos políticos celebrados por el Estado o sus instituciones. Aunque los compromisos políticos son acuerdos no vinculantes, sería conveniente que los Estados tuvieran procedimientos que confirmaran:*

- (a) *el carácter no vinculante de un compromiso;*
- b) *la pertinencia del uso de una forma o modalidad no vinculante en vez de una vinculante, como ocurre en los casos en que, debido a la falta de tiempo o a la incertidumbre, es desaconsejable que el Estado quede atrapado en un acuerdo con efectos jurídicos, y*
- c) *la notificación de las instituciones pertinentes del Estado, incluyendo al Ministerio de Relaciones Exteriores, y la coordinación con ellas.*

**Comentario:** Los compromisos políticos, incluidos muchos titulados como memorandos de entendimiento, se han convertido en un vehículo utilizado con creciente frecuencia para la celebración de acuerdos interestatales e interinstitucionales. Su atractivo proviene, por lo menos en parte, de la ausencia, en general, de procedimientos internos para su celebración<sup>179</sup>. Ese hecho ha permitido a esos instrumentos adquirir reputación como vehículos dotados, en comparación con los tratados, de mayor velocidad (en cuanto al proceso de su formación), flexibilidad (en cuanto a ajustes o modificaciones) y salida (en cuanto a terminación del compromiso)<sup>180</sup>. Esos beneficios llevan a pensar que sería un error hacer extensivos a compromisos políticos procedimientos de aprobación idénticos a los aplicados a los tratados.

Unidos. En <https://fam.state.gov/FAM/11FAM/11FAM0720.html> se encontrará el texto del proceso C-175.

<sup>178</sup> Perú, Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú, *Lineamientos Generales Internos sobre la Suscripción, Perfeccionamiento Interno y Registro de los Tratados*, Directiva N.º 001-DGT/RE-2013 (aplicable al propio Ministerio de Relaciones Exteriores); Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú, *Lineamientos Generales sobre la Suscripción, Perfeccionamiento Interno y Registro de los Tratados*, Directiva N.º 002-DGT/RE-2013 (que abarca a todas las entidades públicas peruanas).

<sup>179</sup> Véase Charles Lipson, *Why are Some International Agreements Informal?* 45 INT'L ORG. 495, 508 (1991); Raustiala, *supra*, nota 6, 592. Brasil, por ehenpolo, no posee procedimientos formales de aprobación de compromisos políticos.

<sup>180</sup> Duncan B. Hollis, *Informe preliminar sobre acuerdos vinculantes y no vinculantes*, OEA/Ser.Q, CJI/doc.542/17 (24 julio 2017) (en lo sucesivo "Informe preliminar").

De ello no se infiere, sin embargo, que los Estados deban carecer de procedimientos de autorización de esos acuerdos simplemente porque no sean muy apropiados para la elaboración de tratados. A falta de cierta revisión o autorización previa es difícil saber si cierto supuesto compromiso político realmente no es vinculante. Análogamente, a falta de ciertos procesos de examen o aprobación podrían celebrarse compromisos políticos que no sean congruentes con leyes o políticas del Estado. En el contexto interinstitucional es incluso posible que una institución de un Estado pueda celebrar un compromiso político opuesto a intereses o acuerdos existentes en otro ámbito del mismo Estado, o directamente incompatible con estos.

Esas preocupaciones ayudan a explicar por qué algunos Estados han diseñado mecanismos de revisión de sus compromisos políticos. La política de tratados publicada por Canadá, por ejemplo, contiene una sección que preceptúa la aprobación de políticas de “instrumentos jurídicos jurídicamente no vinculantes” por el Gobierno nacional o sus instituciones<sup>181</sup>. Colombia limita la capacidad de suscribir acuerdos jurídicamente no vinculantes a quienes posean capacidad jurídica para representar a la entidad, y condicionada a la verificación, por la oficina de asuntos jurídicos pertinente, de que los compromisos asumidos no excedan las funciones y facultades otorgadas a esa unidad por la Constitución o las leyes<sup>182</sup>. En Perú los compromisos políticos no vinculantes asumidos por el Estado se coordinan con todas las entidades gubernamentales dotadas de competencia con respecto a su contenido. La Oficina General de Asuntos Legales del Ministerio de Relaciones Exteriores tiene el cometido de dictaminar si corresponde emitir un acto de aprobación para su firma. En cambio, cuando el acuerdo no vinculante se da a nivel interinstitucional, las negociaciones son llevadas a cabo por la institución de que se trate, y “[s]i bien conforme a la legislación peruana no es preceptivo poner a consideración del Ministerio de Relaciones Exteriores el borrador del instrumento, muchas entidades gubernamentales lo hacen”<sup>183</sup>.

México y Estados Unidos mencionan esfuerzos similares encaminados a revisar proyectos de acuerdos no vinculantes para verificar su calidad de tales y sean compatibles, si fueren de otra manera, con la práctica de esos países en materia de tratados. Lo que no es tan claro, en cambio, es con qué regularidad se realiza esa revisión. La respuesta de México indica que ese estudio se lleva a cabo a “solicitud de la instancia mexicana firmante” (aunque la autoridad mexicana competente remite copias del instrumento una vez que éste “ha sido formalizado”). Si bien Estados Unidos no indica ningún “procedimiento formal que rijan la conclusión de instrumentos jurídicamente no

---

<sup>181</sup> Política de Tratados de Canadá, *supra*, nota 40, Pt. 8 y anexo C (que señala que cada departamento es responsable de cerciorarse de que se haga una clara distinción entre tratados e instrumentos no vinculantes, en consulta con la Sección de Tratados y que preceptúa la aprobación de la política, incluso por el Gabinete, para un instrumento jurídicamente no vinculante que determinaría una modificación en gran escala de la política canadiense y el archivo de todos los instrumentos jurídicamente no vinculantes en la Sección de Tratados de Canadá); véase también Respuesta de Canadá, *supra* nota 40 (que indica que aunque Canadá los considere no vinculantes, tales instrumentos tienen una forma distinta y deben respetar las políticas y prácticas canadienses, incluso la política exterior del Gobierno canadiense, así como las leyes nacional e internacionales).

<sup>182</sup> Respuesta de Colombia, *supra*, nota 85. Comentarios de Colombia 2020, *supra* nota 71. Por lo tanto, de los ministerios de gobierno de Colombia, solo el de Relaciones Exteriores tiene la potestad de suscribir compromisos políticos en nombre del Estado en conjunto, sujeta a revisión por la Dirección de Asuntos Jurídicos Internacionales del Ministerio de Relaciones Exteriores. Los compromisos políticos interinstitucionales son revisados por la asesoría jurídica de la institución de que se trate. *Id.*

<sup>183</sup> Respuesta de Perú, *supra*, nota 66 (la evaluación de compromisos políticos “asumidos por el Ministerio de Relaciones Exteriores se centra en verificar su consistencia con la política exterior, así como la redacción...”). Fuera de la región, Estados como Alemania y Suiza también han instituido procedimientos formales para aprobar la celebración de compromisos políticos. En tanto que Estados, como Israel y España cuentan con más mecanismos informales de revisión. Véase, por ejemplo, Guía de tratados de Suiza, *supra*, nota 124, en 25, 50 (en donde se señala la existencia de diferentes aprobaciones para diferentes tipos de instrumentos no vinculantes), Grupo de Trabajo sobre Práctica de Tratados, *supra*, nota 40, en 10, 28.

vinculantes, ... tales instrumentos son revisados en relación [con] su contenido y redacción, *inter alia* como garantía de que reflejen adecuadamente la intención de que no sean regidos por el derecho interno o internacional ni generen obligaciones emanadas de esas ramas del derecho”.<sup>184</sup>

La *Directriz 4.2* insta a los Estados, como práctica óptima, a formalizar y regularizar su examen de compromisos políticos. Hacerlo eliminaría el carácter *ad hoc* de los mecanismos de revisión existentes, muchos de cuyos atributos son informales. En la actualidad suele no ser claro establecer con qué frecuencia y en qué circunstancias los procedimientos internos de un Estado determinan la revisión de un compromiso político antes de que se adopte. Como lo sugiere el enunciado de la *Directriz*, esos procedimientos podrían ser diseñados de manera que confirmen el carácter no vinculante de los acuerdos objeto de revisión y su compatibilidad con las leyes y políticas exteriores del Estado. Esos procedimientos ayudarían también a mitigar preocupaciones acerca de si cierta institución de un Estado (trátese de un ministerio de Gobierno o de una unidad territorial subnacional) podría celebrar un compromiso político en los casos en que el Gobierno del Estado no tenga conocimiento de su existencia ni, menos aún, de su contenido.

No obstante, a través de las *Directrices* no se intenta elaborar ninguna práctica óptima con respecto al contenido de los procedimientos de aprobación mismos. Es sumamente probable que los Estados quieran evitar la imposición de procesos excesivamente restrictivos u onerosos, puesto que ello privaría al compromiso político de los beneficios, en materia de celeridad y flexibilidad, de los que depende su actual popularidad.

Al mismo tiempo, sin embargo, mediante la formalización de, por lo menos, cierta revisión procesal de los compromisos políticos de un Estado, el Gobierno puede asegurar que el Poder Ejecutivo no esté celebrando tratados disfrazados como compromisos políticos, ni intentar de otro modo eludir procedimientos internos requeridos para la celebración de tratados. Todos los Estados deberían tener interés en asegurarse de que los compromisos políticos solo se usen en circunstancias adecuadas, y no como medio para eludir el cumplimiento del papel legislativo o judicial que requiere la celebración, por el Estado, de acuerdos vinculantes. Contar, como mínimo, con algunos procedimientos de aprobación de compromisos políticos entre Estados, y de compromisos interinstitucionales, ayudaría a mitigar ese riesgo.

**4.3 Establecimiento de procedimientos internos para la aprobación de contratos entre Estados.** *Los Estados que celebren contratos con otros Estados deberían establecer y mantener procedimientos para aprobar su celebración. Como una buena práctica, los Estados deberían incluir:*

- a) *información sobre la forma en que el Estado determinará el derecho aplicable al contrato, y*
- b) *mecanismos para confirmar el derecho aplicable con los otros Estados contratantes a fin de evitar conflictos futuros.*

**Comentario:** Algunos Estados —pero no todos—aplican la práctica consistente en celebrar contratos con otros países. Véase la *Directriz 2.5* y el *Comentario* que la acompaña. Varios de esos Estados han elaborado procedimientos de análisis y aprobación de la celebración de esos contratos. Ecuador tiene una ley de adquisiciones públicas que, al mismo tiempo que da prioridad a las disposiciones de cualquier contrato entre Estados, regula aquellos acuerdos en que participan “empresas públicas internacionales”, incluidas empresas públicas de otros Estados<sup>185</sup>. Estados Unidos tiene un programa de ventas a Ejércitos extranjeros que incluye instrucciones sobre los

<sup>184</sup> Respuesta de México, *supra*, nota 110; Respuesta de los Estados Unidos, *supra*, nota 72.

<sup>185</sup> Véase, por ejemplo, Respuesta de Ecuador, *supra*, nota 46 (en que se cita el artículo 100 del Reglamento a la Ley Orgánica Sistema Nacional de Contratación Pública, que autoriza la celebración de contratos con “empresas públicas internacionales” y prevé la aplicación de artículos del derecho interno “en el caso de no haberse previsto un régimen de contratación específico” en las condiciones de algún acuerdo pertinente; *id.* (en que se cita la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Compras Públicas, art. 3, que impone la obligación de cumplir las condiciones de los acuerdos y establece que “[l]o no previsto en dichos convenios se regirá por las disposiciones de esta Ley”).

requisitos y pasos que deben cumplirse<sup>186</sup>. La Constitución de México (art. 134) requiere ciertas licitaciones públicas para determinados tipos de operaciones (por ejemplo, adquisiciones, arrendamiento de activos, y servicios públicos), que, a su vez, requieren “contratos que deben cumplir los procedimientos y observar las formalidades que establezca el marco jurídico nacional aplicable (federal, estatal y municipal)”<sup>187</sup>.

La *Directriz 4.3* propone como práctica óptima que todos los Estados poseedores de una práctica de contratación interestatal deben contar con procedimientos de autorización de la celebración de esos acuerdos vinculantes. Disponer de procedimientos de contratación interestatal permitiría a los Estados confirmar la naturaleza contractual de los acuerdos propuestos y evitar así que, por inadvertencia, un tratado o compromiso político sea caracterizado erróneamente como contrato.

Además, esos procedimientos podrían ayudar a simplificar preguntas que puedan plantearse con respecto a la ley que rija el contrato. Los Estados deberían contar con procedimientos que indiquen si, y cuándo, (i) insistirían en que su propia legislación nacional sea la ley del contrato, (ii) permitirían que el derecho del otro Estado contratante sea la ley del contrato, o (iii) autorizarían la aplicación, en su lugar, del derecho contractual de un tercer Estado o de un derecho no estatal. Además, los Estados podrían contar con procedimientos que impongan la obligación de poner en conocimiento de la otra parte contratante esos temas rectores del derecho aplicable. De ese modo se ayudaría a evitar problemas cuando las partes contratantes discrepan acerca de qué derecho, interno o ajeno al Estado, rige el contrato celebrado.

**4.4 Procedimientos internos para la aprobación de acuerdos interinstitucionales vinculantes.** *Los Estados deberían contar con procedimientos para otorgar la debida autorización a las instituciones (sean ministerios de gobierno, unidades subnacionales o ambos) que tengan capacidad para celebrar un tratado regido por el derecho internacional. Asimismo, los Estados deberían contar con procedimientos a fin de otorgar la debida autorización a sus instituciones (sean ministerios de gobierno, unidades subnacionales o ambos) para suscribir contratos de conformidad con su propio derecho interno, con el derecho interno de otro Estado o con un derecho no estatal.*

**4.4.1** *En esos procedimientos se debería indicar la forma en que el Estado distingue si la institución está celebrando un tratado o un contrato.*

**4.4.2** *En esos procedimientos se deberían incorporar mecanismos para confirmar por adelantado que la institución del otro Estado está de acuerdo con el tipo de acuerdo interinstitucional que se suscribirá y con su carácter jurídicamente vinculante.*

**Comentario:** Comentario: En consonancia con la *Directriz 4.1*, corresponde que los Estados decidan por sí mismos si autorizarán a sus instituciones a celebrar acuerdos vinculantes, y qué tipos de acuerdos de ese género<sup>188</sup>. Los Estados pueden, además, autorizar exclusivamente a ciertas instituciones, a celebrar tratados o contratos. Un Estado puede, por ejemplo, facultar a una entidad gubernamental a celebrar un contrato en nombre propio, pero no facultar a una entidad subnacional, o viceversa. El artículo 125 de la Constitución argentina, por ejemplo, autoriza a entidades subnacionales a celebrar “tratados parciales” —que el Gobierno denomina “acuerdos internacionales”—con “conocimiento del Congreso” y “a condición de que no sean incompatibles

---

<sup>186</sup> Véase el Programa de Ventas Militares de los Estados Unidos al Extranjero, disponible en <http://www.dsca.mil/programs/foreign-military-sales-fms>.

<sup>187</sup> Respuesta de México, *supra*, nota 109.

<sup>188</sup> Así, ciertos países, como Brasil, Colombia, Perú y la República Dominicana, no autorizan ningún acuerdo vinculante celebrado por sus agencias, ministerios o instituciones. Véase, por ejemplo, Respuesta de Perú, *supra*, nota 66 (“Las entidades gubernamentales peruanas, incluidas las municipalidades y los gobiernos regionales, no están autorizadas a celebrar acuerdos vinculantes conforme con el derecho internacional (tratados)”). Colombia permite que las entidades gubernamentales celebren acuerdos vinculantes con sus contrapartes a nivel nacional o internacional, pero dichos acuerdos se rigen por la legislación nacional, no por el derecho internacional, y no se consideran tratados. Comentarios de Colombia 2020, *supra* nota 71.

con la política exterior de la Nación ni afecten a las potestades delegadas al Gobierno Federal ni al crédito público de la Nación”. Al mismo tiempo, Argentina priva a sus ministerios nacionales de la capacidad de celebrar tratados en nombre propio<sup>189</sup>.

Varios Estados ya poseen reglamentos o procedimientos de aprobación para los acuerdos de sus instituciones. Algunos Estados simplemente extienden a sus instituciones los procedimientos existentes para procedimientos del Estado. Estados Unidos, por ejemplo, exige el mismo procedimiento de consulta y aprobación de acuerdos interinstitucionales por el Departamento de Estado de los Estados Unidos, que el que aplica a tratados celebrados en nombre de los Estados Unidos<sup>190</sup>. Otros Estados han diseñado procedimientos centrados en determinado tipo de institución. Jamaica informa sobre una práctica del ministerio, departamento o agencia que solicita la autorización del Gabinete para negociar un acuerdo vinculante y posteriormente gestiona un acto de aprobación adicional para suscribirlo. Posteriormente se archivan en la Oficina de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores copias de los acuerdos interinstitucionales suscritos. La ley mexicana de 1992 relativa a la celebración de tratados regula tanto el tema en cuestión como los límites funcionales aplicables a los acuerdos interinstitucionales que involucran a ministerios del Gobierno federal mexicano o a los gobiernos estatales o regionales de ese país<sup>191</sup>. Las instituciones mexicanas solo pueden celebrar acuerdos vinculantes (i) sobre temas de competencia exclusiva del área o de la entidad que celebra el acuerdo; (ii) que afecten solamente a la entidad que lo celebra; (iii) cuyas obligaciones financieras sean cubiertas con el presupuesto regular de la entidad; (iv) que no afecten los derechos legales de las personas, y (v) que no modifiquen la legislación vigente. Además, el artículo 7 de la Ley sobre Celebración de Tratados impone a las instituciones mexicanas la obligación de informar a la Secretaría de Relaciones Exteriores sobre todo acuerdo interinstitucional vinculante que pretendan celebrar, siendo preceptivo que la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de Relaciones Exteriores dictamine sobre la legalidad de la celebración de un acuerdo de ese tipo<sup>192</sup>.

Tres razones han llevado a los Estados a tratar de obtener orientación referente a sus acuerdos interinstitucionales.

- Primero, no siempre resulta claro que una institución pueda celebrar cualquier acuerdo.
- Segundo, aun cuando la institución posea cierta capacidad de elaboración de acuerdos, de ello no se infiere que pueda elaborar los tres tipos de acuerdos aquí considerados (tratados, compromisos políticos y contratos).
- Tercero, en casos individuales, suele no resultar claro qué estatus jurídico posee un acuerdo interinstitucional existente.

La *Directriz 4.4* respalda una práctica óptima que versa sobre esos tres temas, instando a los Estados que permiten acuerdos interinstitucionales a contar con procedimientos que garanticen la oportuna revisión o aprobación de tales acuerdos. Las *Directrices* dejan librada a los Estados la determinación de si esos procedimientos deberían poseer un fundamento jurídico o existir como cuestión de política. Análogamente, los Estados deberían tener la potestad de decidir si han de contar con procedimientos que autoricen ciertos acuerdos institucionales en general, o diseñar un sistema casuístico de notificación o aprobación.

Además, la *Directriz 4.4* señala que los Estados pueden incluir en sus procedimientos uno o más mecanismos de diferenciación entre los acuerdos vinculantes de las instituciones. Algunos posibles mecanismos para mitigar la confusión existente y el riesgo de futuros malentendidos o discrepancias incluirían:

- a) el requisito de que todos los contratos contengan una cláusula rectora implícita para evitar toda suposición de que pueden ser considerados como tratados.

---

<sup>189</sup> Véase la nota 84 *supra*.

<sup>190</sup> Respuesta de los Estados Unidos, *supra*, nota 72.

<sup>191</sup> México, Ley sobre la Celebración de Tratados de 1992, *supra*, nota 65.

<sup>192</sup> Respuesta de México, *supra*, nota 109.

- b) una presunción subsidiaria para el caso de que dos o más instituciones del Estado celebren un acuerdo vinculante, es decir, el establecimiento de una presunción de que el acuerdo puede ser considerado como un tratado o, a la inversa, de que los acuerdos interinstitucionales vinculantes son contratos y no tratados; y/o
- c) procedimientos que impongan a la institución involucrada la obligación de confirmar, junto con sus copartícipes, que ambos entienden (a) que el acuerdo es vinculante (o no), y (b) el tipo de acuerdo vinculante que se celebrará, sea un tratado o un contrato.

#### **4.5 Publicidad de la capacidad institucional para celebrar acuerdos vinculantes**

**4.5.1** *Un Estado debería hacer del conocimiento público cuáles de sus instituciones, si las hubiere, podrían estar autorizadas para celebrar tratados y especificar si pueden hacerlo en representación del Estado en su conjunto o en nombre propio.*

**4.5.2** *Un Estado debería hacer del conocimiento público cuáles de sus instituciones, si las hubiere, podrían estar autorizadas para celebrar contratos y especificar si pueden hacerlo en representación del Estado en su conjunto o en nombre propio.*

**4.5.3** *Un Estado podría hacer del conocimiento público esta información al público en general (por ejemplo, colocando sus procedimientos en línea) o comunicar específicamente a otros Estados o instituciones del Estado la capacidad de sus instituciones y los procedimientos pertinentes que utilizan.*

**Comentario:** La *Directriz 4.4* centra la atención en la formulación de procedimientos encaminados a asegurar que el Estado disponga de suficiente conocimiento acerca de si sus instituciones pueden celebrar acuerdos vinculantes, y de qué tipos de acuerdos se trata. La *Directriz 4.5* promueve la comunicación intraestatal de las conclusiones alcanzadas (incluyendo la negativa de otorgar competencia para celebrar tratados a sus instituciones) y los procedimientos usados por un Estado para aprobar o realizar el seguimiento de la elaboración de acuerdos interinstitucionales. A otros Estados puede resultarles benéfico enterarse:

- (i) de qué instituciones del Estado pueden celebrar acuerdos vinculantes (o no vinculantes) con instituciones extranjeras;
- (ii) de qué tipos de acuerdos vinculantes o no vinculantes pueden ser autorizados; y
- (iii) de qué procesos deben seguirse para ello.

Esa información puede ayudar a otro Estado o a sus instituciones a decidir si ha de celebrar un acuerdo con instituciones de un Estado y qué forma debe adoptar ese acuerdo.

El intercambio de información entre Estados con respecto a sus autoridades y prácticas en materia de acuerdos interinstitucionales debería ser provechoso, asimismo, en casos existentes, para reducir la confusión (o incluso las opiniones contrapuestas) con respecto a qué tipo de acuerdo institucional se ha celebrado. Finalmente, los procedimientos de publicación pueden ofrecer modelos o ejemplos útiles de procesos en que puedan confiar los Estados menos experimentados en materia de acuerdos interinstitucionales.

Existen varias formas en que los Estados pueden publicar esta información, ya sea a través de canales diplomáticos u otros medios de comunicación directa entre los Estados. También pueden optar por publicar las autoridades y procedimientos relevantes en línea, ya sea en su sitio web del Ministerio de Relaciones Exteriores o en algún otro sitio web visible. Si la OEA pudiera disponer de suficientes recursos y personal, incluso podría valer la pena establecer un sitio web en el que todos los Estados Miembros puedan contribuir con resúmenes o copias de los procedimientos y prácticas relevantes.

#### **4.6 Publicidad de los registros de acuerdos vinculantes y no vinculantes**

**4.6.1** *Registros nacionales de acuerdos vinculantes. Los Estados deberían crear y mantener registros públicos de todos los acuerdos vinculantes del Estado y de sus instituciones.*

**4.6.2** *Registros nacionales de compromisos políticos. Los Estados deberían mantener un registro nacional de todos los compromisos políticos del Estado y de sus instituciones o por lo menos de los más importantes.*

**Comentario:** Todos los Estados tienen la obligación de registrar sus tratados en las Naciones Unidas, conforme a lo dispuesto por el artículo 102 de la Carta de dicha organización. La mayoría de los Estados ya poseen (y mantienen) listas y archivos con respecto a sus tratados y contratos gubernamentales. En muchos casos publican sus listas de tratados —o el texto de los mismos— en un diario o boletín oficial o una serie de publicaciones específicas sobre tratados. No obstante, pueden limitar la gama de tratados que opten por publicar, prescindiendo de los que se refieran a asuntos considerados menos importantes o, a la inversa, que contengan compromisos que impliquen información o programas clasificados. Además, es mucho menor la publicidad que rodea a los contratos interestatales o interinstitucionales.

La *Directriz 4.6.1* indica que los Estados deben contar con registros *públicos* de acuerdos vinculantes para el Estado y sus instituciones. Idealmente, en esos registros podría constar, no solo la existencia de un acuerdo, sino también su contenido. Hacerlo generaría varios beneficios:

- (i) La publicidad de los acuerdos vinculantes por el Estado o sus instituciones está en consonancia con el Estado de derecho y con los valores democráticos, proporcionando al público acceso a una esfera clave del comportamiento del Estado.
- (ii) Los registros públicos podrían ser beneficiosos para el Estado en la esfera interna. El conocimiento, en todo el Gobierno, de los acuerdos vinculantes de un Estado puede ayudar a las entidades gubernamentales interesadas a conocer todos los acuerdos vinculantes. Esa información debería asegurar un seguimiento más regular acerca de qué acuerdos vinculantes existen, y una mejor coordinación intragubernamental en el proceso de formación de los mismos.
- (iii) Los registros públicos de tratados y contratos generarían también beneficios externos. Proporcionarían un canal de información regular para otros Estados, dando a conocer opiniones sobre la existencia y la naturaleza jurídica de los acuerdos vinculantes de aquellos que efectúan una publicación. Ello podría dar lugar a un reconocimiento más rápido (y es de esperar más sencillo) de potenciales diferencias con respecto a la existencia de un acuerdo y a su calidad de tratado o de contrato.
- (iv) Esos registros públicos pueden incluso generar espacio para resolver diferencias de opinión por anticipado, y no en respuesta a un problema concreto o a una crisis.

En cuanto a los acuerdos no vinculantes, los Estados padecen actualmente un déficit de información. Tanto el número como el contenido de los compromisos políticos de un Estado, rotulados como memorandos de entendimiento o de otro modo, suelen no conocerse claramente. A esto se agrega una ambigüedad aún mayor en torno a los compromisos políticos interinstitucionales. Sean cuales fueren los procedimientos informales existentes para revisar o incluso aprobar compromisos políticos, la mayoría de los Estados no los cuentan ni recopilan<sup>193</sup>. Por lo tanto, se da una verdadera escasez de información disponible sobre el número y los tipos de acuerdos alcanzados por los Estados y sus instituciones.

---

<sup>193</sup> Canadá y Ecuador son notables excepciones. Véase la Política de Canadá en materia de Tratados, *supra*, nota 40; Respuesta de Ecuador, *supra*, nota 46 (en que se menciona la práctica de registrar ante la Dirección de Asesoramiento Jurídico sobre Derecho Internacional Público "acuerdos políticos no vinculantes (declaraciones y comunicados conjuntos)", algunos de los cuales están acompañados por un "dictamen jurídico de la Oficina General de Coordinación Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores"). Fuera de la región, varios Estados afirman contar con una base de datos o archivo de compromisos políticos. Grupo de Trabajo sobre Práctica de Tratados, *supra*, nota 40, en 9, 27 (Alemania —desde 2014—, Canadá, Corea, España, Israel y México afirman contar con archivos o con un sistema de información obligatoria de sus compromisos políticos a sus respectivos ministerios de relaciones exteriores; pero no ocurre lo mismo con Finlandia ni con Japón). Sin embargo, véase *id.* en 14, 32 (los ocho Estados consultados —Alemania, Canadá, Corea, España, Finlandia, Israel, Japón y México— todos coinciden en la necesidad de mejor coordinar de manera interna la calidad y eficacia de los compromisos políticos).

La *Directriz 4.6.2* tiene como objeto llenar esa brecha de información exhortando a los Estados a aceptar una práctica óptima por la cual establecen dentro del Gobierno un punto de contacto centralizado en que puedan recopilarse y mantenerse los compromisos políticos. Los registros nacionales de compromisos políticos deben ser de acceso público y, como tal, la publicidad de dichos registros debe cumplir con las regulaciones nacionales de cada Estado para el acceso público a la información. Como sucede con los registros de tratados existentes, un registro de compromisos políticos suscitaría valiosos beneficios internos y externos.

- a) Alertaría a otros actores dentro de un Estado —como el Parlamento o instituciones no participantes— con respecto a la existencia de un compromiso político, lo que podría ayudar a detectar incentivos para el uso de compromisos políticos meramente como medio para eludir los procedimientos de aprobación internos asignados a acuerdos vinculantes.
- b) En la esfera externa, informaría a otros Estados sobre el contenido y el estatus jurídico presuntamente no vinculante de los compromisos registrados, generando espacio para preguntas o comunicaciones adicionales sobre esos compromisos políticos, que esos otros Estados consideren apropiado plantear.
- c) Además, alertaría al público sobre todos los acuerdos que haya celebrado un Estado, y no solo sobre los que puedan generar efectos jurídicos. El público tiene un evidente interés en obtener más información sobre los acuerdos que puedan generar consecuencias significativas para su Estado, aun cuando esas consecuencias hayan de tener una forma política (en lugar de jurídica).

## 5. Efectos jurídicos de los acuerdos vinculantes y no vinculantes

**5.1 Efectos jurídicos de la celebración de tratados por el Estado:** *Los Estados y sus instituciones deberían encarar la celebración de tratados sabiendo que dar su consentimiento en obligarse por un tratado tendrá por lo menos tres tipos de efectos jurídicos:*

**5.1.1 Efectos jurídicos internacionales primarios.** *De acuerdo con el principio fundamental de *pacta sunt servanda*, los tratados imponen la obligación de cumplir sus condiciones de buena fe.*

**5.1.2 Efectos jurídicos internacionales secundarios.** *La existencia de un tratado da lugar a la aplicación de varios regímenes jurídicos internacionales secundarios, entre ellos el derecho de los tratados, la responsabilidad del Estado y cualquier otro régimen particular vinculado a la materia del tratado.*

**5.1.3 Efectos jurídicos internos.** *El orden jurídico interno de un Estado podría disponer que los tratados celebrados por el Estado tengan efectos jurídicos internos, pero no se requiere que lo haga. Los Estados deberían estar en condiciones de explicar a otros Estados e interesados qué efectos jurídicos internos tendrán los tratados que suscriban.*

**Comentario:** Uno de los atributos distintivos de un tratado es su carácter *vinculante* conforme al derecho internacional. Los tratados activan el principio jurídico internacional fundacional de *pacta sunt servanda*: "todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe"<sup>194</sup>. Por lo tanto, los efectos jurídicos primordiales de un tratado constan en sus propios términos. Los Estados deben adecuar su comportamiento a lo que el tratado requiera, prohíba o permita. Y si el tratado establece mecanismos para la aplicación coercitiva de su propio texto —por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos—los Estados tienen, asimismo, la obligación de aceptarlos.<sup>195</sup> Así, Canadá, Jamaica y Perú reconocen el hecho de que

<sup>194</sup> Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 26. Algunas cláusulas de un tratado -- las relativas a consentimiento, aplicación provisoria y entrada en vigor -- en realidad surten efectos jurídicos antes de que entre en vigor el tratado.

<sup>195</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1969, 1144 U.N.T.S. 123, Capítulos VI-IX (mediante la que se crearon la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos).

cada Estado debe cumplir las obligaciones asumidas en sus acuerdos vinculantes, en tanto que Colombia toma como fuente de su obligación de cumplimiento el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y el principio *pacta sunt servanda*<sup>196</sup>.

Además de los efectos de derecho internacional primarios que suscita un tratado, la existencia de un tratado puede también activar una serie de normas y regímenes jurídicos internacionales secundarios<sup>197</sup>, siendo primordial entre ellos el mismo derecho de los tratados. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (o, más generalmente, el derecho internacional consuetudinario) regulará la validez, la interpretación, la aplicación, el incumplimiento y la rescisión de todos los tratados de un Estado. El artículo 29 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, por ejemplo, dispone que “[u]n tratado será obligatorio para cada una de las partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio, salvo que una intención diferente se desprenda de él o conste de otro modo”. Esta disposición genera espacio, *si* todas las partes están de acuerdo, para tratados que contengan cláusulas “federales” o “territoriales” que permitan a un Estado designar a qué unidades territoriales subnacionales se aplica (o no) un tratado<sup>198</sup>. Por otra parte, es posible asimismo que los Estados rehúsen cumplir eventuales cláusulas territoriales, tal como ha sucedido con numerosos tratados sobre derechos humanos, insistiendo en que los Estados parte deben aplicar el tratado en la totalidad de su territorio<sup>199</sup>. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados autoriza también la rescisión o suspensión de un tratado por una parte afectada en respuesta a una “violación grave” en que incurra otra de las partes”.<sup>200</sup>

No obstante, los efectos jurídicos secundarios de un tratado no se limitan a los enunciados por el derecho de los tratados. La responsabilidad del Estado, por ejemplo, puede recaer sobre “actos internacionalmente ilícitos”, concepto que incluye violaciones de tratados. Tal como se detalla en el Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado “ASR” de 2001, el derecho de la responsabilidad del Estado reconoce a los Estados la potestad de adoptar “contramedidas” - actos ilícitos que son justificados (o sea lícitos) debido a que el Estado había sido afectado

---

[http://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.htm](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm)

<sup>196</sup> Véase, por ejemplo, Respuesta de Canadá, *supra*, nota 40 (en donde dice que las partes de los tratados tienen la obligación legal de cumplir sus obligaciones); Respuesta de la República Dominicana, *supra*, nota 46; Respuesta de Jamaica, *supra*, nota 71; Respuesta de Colombia, *supra*, nota 85 (“El artículo 26 de la Convención de Viena de 1969 impone a las partes la obligación de cumplir los tratados que ratifiquen, y de hacerlo de buena fe”).

<sup>197</sup> Por lo tanto, los tratados pueden distinguirse del derecho internacional consuetudinario, donde ahora hay un debate en curso sobre si existen reglas secundarias. Véase, por ejemplo, Monica Hakimi, *Making Sense of Customary International Law*, 118 MICHIGAN L. REV. (Próximamente en 2020)

<sup>198</sup> Véase, por ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, 11 de abril de 1980, 1489 U.N.T.S. 3, art. 93(1); el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, art. 56(1); la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, 9 de octubre de 1946, 15 U.N.T.S. 35, art. 19(7).

<sup>199</sup> Véase, por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el 16 de diciembre de 1966, 999 U.N.T.S. 171, art. 50; la Convención Americana sobre Derechos Humanos, *supra*, nota 194, art. 28(2).

<sup>200</sup> Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 60. Además, los Estados mantienen siempre su potestad de adoptar actos de *retorsión*, que constituyen un proceder inamistoso, pero intrínsecamente lícito, que un Estado puede llevar a cabo como incentivo para que un Estado infractor cumpla un tratado (por ejemplo, interrumpiendo el suministro de la asistencia financiera que un Estado, por lo demás, no tenga la obligación de suministrar). No obstante, como los actos de retorsión pueden producirse sin ningún incumplimiento anterior de un tratado, no integran la categoría de efectos jurídicos de un contrato. Véase Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado, *supra*, nota 138, en 128, párr. 5.

negativamente por un acto internacionalmente ilícito anterior<sup>201</sup>. A través de la autorización de un comportamiento que de lo contrario sería ilícito en respuesta al incumplimiento de un tratado, las contramedidas proporcionan a los elaboradores de un tratado un remedio importante, del que no se dispone para otras formas de acuerdos vinculantes (contratos), para no mencionar a las modalidades no vinculantes (compromisos políticos).

La existencia de tratados sobre temas específicos (por ejemplo, derechos humanos, el medio ambiente) puede también suscitar una gama de normas y principios especializados que han surgido para regular ese ámbito secundario del derecho internacional<sup>202</sup>. Finalmente, la disponibilidad de ciertos procedimientos de resolución de controversias puede depender de la existencia de un tratado (para establecer la jurisdicción de la corte o el tribunal o para proporcionar a éste el material para la resolución de diferencias). Por ejemplo, bajo el epígrafe de “convenciones internacionales” los tratados se mencionan entre las fuentes de derecho en base a las cuales la CIJ puede llegar a formar una opinión<sup>203</sup>.

Además, los Estados deberían reconocer el hecho de que los efectos jurídicos de un tratado no pueden limitarse a la esfera internacional. El orden jurídico interno de un Estado puede (pero no tiene la obligación de) otorgar efectos jurídicos internos a los tratados del Estado. Por ende, la legislación interna de algunos Estados puede suplementar el principio *pacta sunt servanda* imponiendo su propia obligación de cumplimiento de un tratado. Conforme a la Constitución de la República Dominicana, por ejemplo, existe “la obligación, una vez concluido el procedimiento constitucional de ratificación, de cumplir un tratado o acuerdo válido”<sup>204</sup>. En Perú esa obligación se impone específicamente a los departamentos gubernamentales comprendidos en la esfera del tratado<sup>205</sup>.

Algunos Estados (por ejemplo, Canadá) no conceden a sus tratados ningún rango jurídico interno, por lo cual la existencia del tratado tendrá escaso impacto interno directo<sup>206</sup>. El orden jurídico interno de otros Estados confiere a los textos de los tratados los mismos efectos jurídicos que surte una disposición legal, e incluso en algunos casos una disposición constitucional (suponiendo que el texto del tratado por lo demás concuerde con ciertas condiciones internas referentes a su formación o validez)<sup>207</sup>. En algunos Estados diferentes categorías de tratados suscitan diferentes efectos jurídicos internos, basados en el objeto del tratado o en los procedimientos utilizados para autorizarlo. En Ecuador, por ejemplo, los tratados sobre derechos humanos de ese país que prevén “derechos que sean más favorables que los consagrados en la Constitución” prevalecen sobre “cualquier otro sistema regulatorio o acto de autoridades

---

<sup>201</sup> Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado, *supra*, nota 138, capítulo II. Estos artículos requieren que todas las contramedidas sean temporarias, reversibles y proporcionadas (en el sentido de conmensurables con la lesión padecida). Además, las contramedidas no pueden violar el *jus cogens* ni alterar acuerdos anteriores sobre solución de controversias.

<sup>202</sup> Los tratados sobre derechos humanos, por ejemplo, están sujetos a reglas de interpretación especializadas. Véase, por ejemplo, Başak Çalı, *Specialized Rules of Treaty Interpretation: Human Rights*, en DUNCAN B. HOLLIS (ED.), *THE OXFORD GUIDE TO TREATIES* 504 (2a. ed. 2020).

<sup>203</sup> Estatuto de la CIJ, artículo 38(1)(a).

<sup>204</sup> Respuesta de la República Dominicana, *supra*, nota 46.

<sup>205</sup> Respuesta de Perú, *supra*, nota 66.

<sup>206</sup> Véase la nota 46 *supra*.

<sup>207</sup> Véase, por ejemplo, Constitución Argentina, *supra*, nota 84, art. 31 (“[L]os tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación, y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales...”; *id.*, art. 75(22) (que confiere “jerarquía constitucional” a los tratados sobre derechos humanos); Constitución del Perú, art. 55. (“Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.”).

[https://www.constituteproject.org/constitution/Peru\\_2009](https://www.constituteproject.org/constitution/Peru_2009) - s202

públicas”<sup>208</sup>. Otros tratados poseen considerable gravitación dentro del orden jurídico interno del Ecuador; la Constitución menciona tratados en el “orden de precedencia para la aplicación de los reglamentos” como superior a otras leyes orgánicas y otras formas de regulación interna<sup>209</sup>.

Además, así como un tratado puede activar el derecho de los tratados a nivel internacional, la existencia de un tratado en el derecho interno puede suscitar diversas otras doctrinas u otros regímenes jurídicos internos. Examinando nuevamente el caso del Ecuador, la Constitución de ese país asigna diversas doctrinas jurídicas internas (por ejemplo, la de la aplicabilidad directa) a “tratados y otros instrumentos de derechos humanos”<sup>210</sup>. Los Estados pueden también usar su sistema jurídico interno para conceder a los tratados ejecutabilidad por vía judicial.<sup>211</sup>

Las *Directrices* toman los efectos jurídicos tal cual los encuentran; no aparecen, por ejemplo, propuestas o prácticas óptimas acerca de los efectos jurídicos internos que los Estados pueden otorgar a algunos tratados, o a todos ellos. La práctica existente muestra una excesiva diversidad, y las razones por las cuales los Estados han seguido su propia senda suelen ser tan singulares como para pronunciarse en contra de la armonización.

No obstante, es conveniente que los Estados presten más atención a los efectos jurídicos que suscita la elaboración de tratados en el derecho internacional e interno. Por ejemplo, un Estado que considere una nueva relación basada en un tratado puede tener diferentes posiciones sobre el contenido del tratado, en función de qué efectos jurídicos —si los hay— suscita la celebración del tratado, no solo en su propio sistema jurídico, sino también en el de sus potenciales copartícipes en el tratado. Un Estado podría contentarse con una disposición simple de un tratado en el que dicho Estado y el potencial copartícipe confieran a los tratados un efecto jurídico interno directo; por ejemplo “las Partes no autorizarán que se dé el caso X”. No obstante, ese mismo Estado podría preferir una formulación diferente con Estados que no confieran efecto directo a los tratados; por ejemplo: “las Partes acuerdan sancionar leyes que impidan que suceda X”.

**5.2 Efectos jurídicos de los contratos.** *Los Estados y sus instituciones deberían encarar la celebración de acuerdos sabiendo que los efectos jurídicos de un contrato, entre ellos los aspectos relativos al cumplimiento, el desplazamiento del derecho interno aplicable y la ejecución, dependerán del derecho aplicable al contrato.*

**Comentario:** Tal como sucede con las cuestiones de validez y capacidad, los efectos primarios de un contrato dependerán del derecho rector pertinente, que puede ser el derecho interno de un Estado o, si las partes así lo eligen, un derecho no estatal<sup>212</sup>. El derecho rector determinará si,

---

<sup>208</sup> Respuesta de Ecuador Response, *supra* nota 46 (en que se cita la Constitución del Ecuador, art. 424).

<sup>209</sup> *Id.* (en que se cita la Constitución del Ecuador, art. 425). “El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos”. Ver también Comentarios de Colombia 2020, *supra*, nota 32 (“en el caso colombiano, los tratados sobre derechos humanos y legislación internacional humanitaria, forma parte del bloque constitucional, es decir, su contenido posee el mismo status legal que las normas constitucionales”; Comentarios de Chile 2020, *supra* nota 40).

<sup>210</sup> *Id.* (Artículo 417 de la Constitución: “Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán principios pro ser humano, de no restricción de derechos, la aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución.”)

<sup>211</sup> Véase David Sloss, *Domestic Application of Treaties*, en DUNCAN B HOLLIS (ED.), THE OXFORD GUIDE TO TREATIES 355 (2a. ed., 2020); Joost Pauwelyn, ‘Is it International Law or Not and Does it Even Matter?’, en J. PAUWELYN, J. WESSEL y J. WOUTERS, (EDS.) en INFORMAL INTERNATIONAL LAWMAKING 145-46, 2012).

<sup>212</sup> Respuesta de los Estados Unidos, *supra*, nota 72. (“Los efectos jurídicos vinculados con contratos regidos por el derecho interno se rigen por las disposiciones del contrato y por el derecho interno aplicable al mismo.”)

y de qué modo, operarán los contratos, así como los recursos disponibles en caso de incumplimiento, incluidos mecanismos judiciales. Tratándose del derecho no estatal, la ejecución puede realizarse a través de algún foro internacional (por ejemplo, UNIDROIT, CIADI).

Otro de los efectos jurídicos de los contratos puede consistir en el efecto jurídico de desplazar a otras reglas de derecho interno que existen subsidiariamente a falta de acuerdo. En definitiva, por lo tanto, la naturaleza y el alcance de los efectos jurídicos de un contrato dependen de la ley rectora, incluido todo eventual conflicto de normas jurídicas pertinente.

Aunque los efectos jurídicos de un contrato surgirán del derecho rector, los contratos pueden generar efectos jurídicos en la esfera internacional. Un Estado contratante podría realizar cierto comportamiento contando con que el otro Estado contratante siga cumpliendo sus obligaciones. Dado el carácter vinculante del contrato, esa suposición podría ser suficientemente razonable como para hacer que el otro Estado se abstuviera de seguir cumpliendo sus obligaciones contractuales.<sup>213</sup>

Alternativamente, podría haber la posibilidad de que un contrato regido, por ejemplo, por la ley nacional, sea elevado a la jerarquía de acuerdo vinculante regido por el derecho internacional. En el *Arbitraje sobre la zona marina protegida de Chagos*, por ejemplo, el razonamiento del Tribunal fue que un acuerdo celebrado por el Gobierno británico y Mauricio (un territorio no autónomo) en 1965 era “a lo sumo...un contrato vinculante para las partes conforme al derecho interno”<sup>214</sup>. Concluyó sin embargo que la independencia de Mauricio había surtido el efecto de elevar al plano del derecho internacional el acuerdo global alcanzado por los ministros de Mauricio y transformar los compromisos asumidos en 1965” en un acuerdo internacional” regido por el derecho internacional<sup>215</sup>. Aunque el Tribunal no lo expresó tan explícitamente, una manera de explicar ese resultado se hallaría en la idea de que la independencia de Mauricio transformó en derecho internacional el derecho rector del “contrato”, que era el derecho del Reino Unido, lo cual, por definición, convirtió el acuerdo en un tratado.

**5.3 Efectos de los compromisos políticos.** *Los Estados y sus instituciones deberían encarar la celebración de acuerdos sabiendo que un compromiso político no tendrá ningún efecto jurídico directo de conformidad con el derecho internacional o el derecho interno, ya que los compromisos políticos no son jurídicamente vinculantes.*

**5.3.1** *Los Estados y sus instituciones deberían cumplir sus compromisos políticos y aplicarlos, entendiéndose que otros Estados esperarán que el compromiso político se cumpla por razón de su fuerza moral o del contexto político en el cual se celebró.*

**5.3.2** *Los Estados y sus instituciones deberían saber que un compromiso político, aunque no fuese vinculante, podría tener efectos jurídicos para un Estado. Por ejemplo, los compromisos políticos pueden:*

- (i) *incorporarse en otros actos jurídicos internacionales, como tratados o decisiones de organizaciones internacionales;*

---

<sup>213</sup> Con respecto a la exclusión (estoppel) en el derecho internacional, véase Thomas Cottier y Jörg Paul Müller, *Estoppel*, en MAX PLANCK ENCYCLOPEDIA OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW (abril de 2007); *Arbitraje sobre la zona marina protegida de Chagos*, *supra*, nota 132, p. 174, párr. 438 (“puede invocarse la exclusión en los casos en que (a) un Estado ha realizado manifestaciones claras y uniformes, mediante palabras, actos o silencio; (b) esas manifestaciones han sido efectuadas a través de un agente autorizado a hablar por el Estado con respecto al tema en cuestión; (c) el Estado que invoca la exclusión fue inducido por esas manifestaciones a actuar en su detrimento, a sufrir un perjuicio o a conferir un beneficio al Estado manifestante, y (d) esa creencia era legítima, ya que la manifestación fue de aquellas en que ese Estado tenía derecho a confiar”).

<sup>214</sup> *Arbitraje sobre la zona marina protegida de Chagos*, *supra*, nota 133, p. 167, párr. 424 (en que se cita a Hendry y Dickson).

<sup>215</sup> *Íd.*, 167-68, párrs. 425, 428.

- (ii) *incorporarse en actos jurídicos internos, como leyes u otros tipos de normativa, o servir de base para la interpretación de otros acuerdos jurídicamente vinculantes o guiarlos.*

**Comentario:** Por definición, los compromisos políticos no son vinculantes; no pueden, de por sí, suscitar ningún efecto jurídico. Los Estados y sus instituciones deberían adaptar sus expectativas a esa realidad. Desde el punto de vista del derecho internacional, los compromisos políticos no activan el principio *pacta sunt servanda* ni ninguno de los efectos de derecho internacional secundarios a que da lugar la elaboración de tratados (por ejemplo, los del derecho de los tratados, la responsabilidad del Estado, regímenes especializados).<sup>216</sup>

No obstante, sería un error que los Estados supusieran que esto significa que los compromisos políticos no surtan efectos. Aun cuando no sean por sí mismos vinculantes, de todos modos contienen compromisos y éstos suelen hacerse en nombre de un Estado (o de sus instituciones). Otros Estados pueden esperar —y a menudo esperarán— el continuo cumplimiento de sus términos (al mismo tiempo que tienen presente que no podrán invocar instrumentos de derecho internacional en casos de incumplimiento)<sup>217</sup>. Los compromisos políticos promueven, así, el honor y la reputación de los Estados y las instituciones del Estado que los componen. La práctica de los Estados muestra, además, que los compromisos políticos pueden suscitar efectos significativos en el comportamiento del Estado, como, por ejemplo, ejecutar los compromisos del Grupo de Acción Financiera tendientes a combatir el financiamiento del terrorismo<sup>218</sup>.

Por ser una práctica óptima, por lo tanto, estas *Directrices* recomiendan que los Estados cumplan sus compromisos políticos. Ellos, por supuesto, no tienen la obligación jurídica de hacerlo. De todos modos, al cumplir sus compromisos políticos, un Estado satisface las expectativas de comportamiento de otros participantes en compromisos políticos. Cuando un Estado tropieza con dificultades para el cumplimiento en un contexto de desempeño, el diálogo y la comunicación con otros participantes probablemente será más provechoso que desconocer los acuerdos concertados. Y del mero hecho de que un Estado que cese de cumplir sus compromisos políticos no estará expuesto a recursos jurídicos internacionales (por ejemplo, rescisión de tratados o contramedidas) no se infiere que el incumplimiento carecerá de inconvenientes. Otros Estados pueden responder con actos inamistosos —aunque de todos modos legítimos—, incluidos los que el derecho internacional cataloga como retorsivos<sup>219</sup>. De hecho, salvo las contramedidas, las posibles consecuencias de la violación de un compromiso político pueden no diferir demasiado de las previstas en los tratados. Por ejemplo, cuando Corea del Norte renegó de su compromiso político de suspender el enriquecimiento de uranio, Estados Unidos suspendió la ayuda que había prometido proporcionar en virtud del compromiso y alentó la aplicación de sanciones internacionales<sup>220</sup>.

Varios Estados Miembros parecen considerar que los compromisos políticos no pueden generar ningún efecto jurídico.<sup>221</sup> Esa opinión puede depender, sin embargo, de cómo se definan

<sup>216</sup> Véase, por ejemplo, Respuesta de Canadá, *supra*, nota 40, en 8 (en donde se indica que se considera que los instrumentos no vinculantes celebrados entre dependencias o a nivel subnacional solo son compromisos políticos o morales); Respuesta de Perú, *supra*, nota 66 ("Considerando que los acuerdos 'no vinculantes' que celebran las entidades gubernamentales peruanas con entidades gubernamentales extranjeras no tienen como propósito establecer un relacionamiento jurídico, a estos no se les aplica el principio *pacta sunt servanda*, sino únicamente el principio de la buena fe").

<sup>217</sup> Véase *supra*, nota 52, y el texto que le acompaña.

<sup>218</sup> Véase, por ejemplo, Grupo de Acción Financiera (GAFI), en [http://www.fatf-gafi.org/pages/0,3417,en\\_32250379\\_32235720\\_1\\_1\\_1\\_1\\_1,00.html](http://www.fatf-gafi.org/pages/0,3417,en_32250379_32235720_1_1_1_1_1,00.html) (El GAFI emite "recomendaciones" que no son de carácter vinculante pero que se han convertido en el estándar universal para combatir el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo).

<sup>219</sup> Véase la nota 200 *supra*.

<sup>220</sup> Selig S. Harrison, *Time to Leave Korea?*, *Foreign Affairs* (mar./abr. de 2001).

<sup>221</sup> Véase, por ejemplo, Respuesta de Colombia, *supra*, nota 85, ([l]os acuerdos no vinculantes "no generan ninguna implicación jurídica para la República de Colombia como sujeto de derecho

los “efectos jurídicos”. La práctica indica que los compromisos políticos pueden tener *relevancia* jurídica y, en ciertos casos, incluso pueden generar efectos jurídicos indirectos por ciertas vías discretas:

- En cuanto a efectos jurídicos internacionales indirectos, los Estados pueden llegar a convertir un compromiso político en un tratado mediante actos adicionales y discrecionales de voluntad política. El procedimiento del consentimiento previo informado que está en la médula del Convenio de Rotterdam existía antes de la celebración de ese tratado, a través de compromisos políticos asumidos con los auspicios del PNUD y de la FAO<sup>222</sup>. Alternativamente, un organismo internacional puede incorporar un compromiso político en un formato jurídicamente vinculante en la esfera internacional. En su resolución 2231, por ejemplo, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas apoyó el llamado “Acuerdo de Irán” sobre no proliferación nuclear, confiriendo obligatoriedad a algunos de sus términos a través de las autoridades de su capítulo VII<sup>223</sup>
- En términos de efectos jurídicos internos, algunos compromisos políticos —por ejemplo el Proceso de Kimberly sobre Diamantes de Conflictos; el Arreglo de Wassenaar— pueden ver sus términos codificados en el derecho interno mediante actos adicionales y discrecionales de la legislatura del Estado<sup>224</sup>.
- Pueden usarse también compromisos políticos como vehículos para la interpretación de otros acuerdos jurídicamente vinculantes. La Comisión de Derecho Internacional, por ejemplo, ha concluido que acuerdos subsiguientes o la práctica subsiguiente usada con fines de interpretación de tratados en virtud del artículo 31(3) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, “requiere un entendimiento común acerca de la interpretación de un tratado que las partes reconozcan y acepten. Dicho acuerdo podrá ser legalmente vinculante, aunque no necesitará serlo, para ser tenido en cuenta”<sup>225</sup>. Quienes los interpretan pueden, además, emplear los compromisos políticos sin ninguno de los actos adicionales y discrecionales necesarios para convertir éstos en compromisos jurídicos nacionales o internacionales.
- Análogamente, las cortes y tribunales internacionales se han mostrado dispuestos a aceptar que mediante compromisos políticos se establezcan normas de comportamiento pertinentes que puedan usarse para evaluar el cumplimiento de un tratado por un Estado. En una decisión adoptada por la Organización Mundial del Comercio (OMC) en 2011, por ejemplo, un grupo especial de solución de diferencias concluyó que varios

---

internacional.”). Respuesta de México, *supra*, nota 110, (“[l]os instrumentos no vinculantes son de naturaleza eminentemente política, ya que externan la voluntad y e intencionalidad de las instancias firmantes, por lo que NO tienen implicaciones jurídicas”). Respuesta de los Estados Unidos, *supra*, nota 72, (“[c]omo los instrumentos que no son jurídicamente vinculantes no se rigen por derechos u obligaciones basados en el derecho nacional o internacional, no existen efectos jurídicos vinculados con ellos”).

<sup>222</sup> Convenio de Rotterdam sobre el Procedimiento de Consentimiento Fundamentado previo Aplicable a ciertos Plaguicidas y Productos Químicos Peligrosos Objeto de Comercio Internacional (“Convenio de Rotterdam”), 11 de septiembre de 1998, 2244 U.N.T.S. 337; véase también Rotterdam Convention, “Historia de las negociaciones del Convenio de Rotterdam”, en <http://www.pic.int/ElConvenio/Generalidades/Historia/Generalidades/tabid/1946/language/es-CO/Default.aspx>.

<sup>223</sup> Véase UNSC Res. 2231 (julio de 2015).

<sup>224</sup> Véase, por ejemplo, la Ley de comercio de diamantes de zonas en conflicto, Ley Pública 108-19 (25 de abril de 2003) (relativa a la implementación del “Proceso de Kimberley”, que incluía un compromiso político tendiente a regular el comercio de diamantes en zonas libres de conflictos); Arreglo de Wassenaar, en <https://www.wassenaar.org/es/>.

<sup>225</sup> Comisión de Derecho Internacional, *Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de tratados, Textos de los proyectos de conclusión aprobados por el Comité de Redacción en segunda lectura*; 70º período de sesiones A/CN.4/L.907 (11 de mayo de 2018).

compromisos políticos no vinculantes generados bajo los auspicios del Programa Internacional para la Conservación de los Delfines constituían una “norma internacional pertinente” a los efectos de medir el cumplimiento del Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio (OMC) sobre Obstáculos Técnicos al Comercio<sup>226</sup>.

¿Qué pensar sobre el uso de la doctrina de los actos propios, del derecho internacional, para exigir el continuo cumplimiento, por el Estado, de sus compromisos políticos? En la doctrina se discute desde hace tiempo la cuestión de si en las circunstancias apropiadas un compromiso político podría ser la causa de que terceros se basen, por razones de buena fe, en el mantenimiento del comportamiento acordado, aunque no lo imponga el propio acuerdo (no vinculante).<sup>227</sup> Esta es la misma lógica, por ejemplo, que explica la eficacia jurídica de ciertas declaraciones unilaterales<sup>228</sup>. Los Estados Miembros no se muestran entusiastas con respecto a esa posibilidad<sup>229</sup>. Además, cuando un acuerdo es manifiestamente “no vinculante” será difícil establecer que el hecho de que otros Estados se basen en la continuidad del desempeño sea razonable (en el sentido jurídico del término). Tal como lo destacó el *Tribunal del Arbitraje sobre la zona marina protegida de Chagos*, “[n]o toda confianza, ni siquiera en claro detrimento de un Estado, basta para generar razones a favor de la doctrina de los actos propios. Un Estado que opte por basarse, en su detrimento, en un acuerdo expresamente no vinculante, no logra por ello un compromiso vinculante mediante la doctrina de los actos propios, pues no sería legítimo invocarla”<sup>230</sup>. No obstante, la cuestión puede seguir abierta al debate, y los Estados deberían, como mínimo, conocer la posibilidad de que algunos invoquen dicha teoría en el contexto de ciertos compromisos políticos.

**5.4 Efectos Jurídicos de un Acuerdo Interinstitucional.** *Los Estados deberían suponer que un acuerdo interinstitucional surtirá los efectos jurídicos de la categoría de acuerdo - tratado, compromiso político o contrato - a la que corresponda*

**5.4.1** Los Estados podrían suponer que los tratados y contratos interinstitucionales generarán responsabilidad del Estado en su conjunto.

**5.4.2** No obstante, los Estados deberían tener en cuenta que, en ciertos casos, un Estado o su institución podría afirmar que la responsabilidad jurídica por un acuerdo interinstitucional se extiende solo a la institución del Estado que celebre el acuerdo.

**5.4.3** En los casos en que los Estados tengan puntos de vista divergentes acerca de la responsabilidad jurídica generada por un acuerdo interinstitucional vinculante, deberían armonizar sus puntos de vista y avenirse a que ambos Estados asuman la responsabilidad emanada del acuerdo interinstitucional o limiten la responsabilidad a las instituciones que suscriban el acuerdo y reflejar esta circunstancia en el texto del instrumento respectivo.

---

<sup>226</sup> Véase Organización Mundial del Comercio (OMC), *Estados Unidos - Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún. Informe del Grupo Especial* (15 de septiembre de 2011) WT/DS381/R, párrs 7.707 y 7.716 (referencia en español [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE\\_Search/FE\\_S\\_S006.aspx?Query=\(%40Symbol%3d+wt%2fd381%2f\\*\)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(%40Symbol%3d+wt%2fd381%2f*)&Language=SPANISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true)); véase también Pauwelyn, *supra*, nota 209, p. 155-56.

<sup>227</sup> Véase, por ejemplo, Schachter, *supra*, nota 49, p. 301 (en que se señala que la doctrina de los actos propios podría aplicarse cuando exista un acuerdo de caballeros y confianza razonable en el mismo); Aust, *supra*, nota 163, págs. 807, 810-11 (en que se indica que dicha doctrina puede aplicarse a ciertos compromisos políticos, pero no a meras declaraciones de voluntad política); no obstante, véase KLABBERS, *supra*, nota 3, pág. 138-40 (en que se insiste que un acuerdo no puede ser no vinculante si surte efectos jurídicos); véase también *supra*, nota 213.

<sup>228</sup> Véase la nota 2 *supra*.

<sup>229</sup> Véase, por ejemplo, la nota 221 *supra*. Perú, no obstante, señala que asumir compromisos políticos puede suscitar la buena fe de un Estado (en lugar de la aplicación del principio *pacta sunt servanda*), lo que podría indicar cierta solicitud a favor de una invocación basada en la doctrina de los actos propios en las circunstancias adecuadas. *Supra*, nota 216.

<sup>230</sup> *Arbitraje sobre la zona marina protegida de Chagos*, *supra*, nota 132, pág. 177, párr. 445.

**5.4.4** Los Estados deberían utilizar toda la discreción que posean para evitar que un acuerdo interinstitucional tenga efectos jurídicos en los casos en que una o más de las instituciones participantes no hayan recibido del Estado del cual formen parte la potestad (o la capacidad general) necesaria para celebrar un acuerdo de ese tipo.

**Comentario:** Por definición, los acuerdos interinstitucionales no están asociados con ningún tipo especial de acuerdo internacional. Pueden ser vinculantes (como tratados o como contratos) o no vinculantes (compromisos políticos). El tipo de acuerdo existente estará en función de las capacidades de las instituciones participantes y de los métodos de identificación empleados<sup>231</sup>. Una vez aclarada la naturaleza de un acuerdo interinstitucional también se aclararán sus efectos jurídicos. Los tratados interinstitucionales pueden generar los mismos efectos jurídicos internacionales primarios y secundarios, así como efectos jurídicos internos otorgados por el sistema jurídico de un Estado. Los efectos jurídicos de los contratos interinstitucionales, al igual que los de los contratos interestatales, emanarán del derecho rector pertinente, en tanto que los compromisos políticos interinstitucionales no generarán ningún efecto jurídico directo, aunque los Estados deberían tener conocimiento de que esos contratos podrían generar aun ciertos efectos indirectos<sup>232</sup>.

No obstante, existe un ámbito en que los acuerdos interinstitucionales —en especial los tratados interinstitucionales— plantean una pregunta adicional. Específicamente, ¿sobre quién recaen los efectos jurídicos de un tratado interinstitucional? ¿exclusivamente sobre la institución, o sobre la totalidad del Estado con el que esté vinculado el tratado? La práctica de algunos Estados Miembros parece inclinarse por la segunda alternativa; aun cuando las partes de un tratado sean instituciones del Estado, sus efectos recaerán sobre el Estado en su conjunto.<sup>233</sup> Ese parece ser el caso independientemente de que la institución del Estado forme parte del gobierno nacional o de una unidad territorial subnacional. Esa es, además, la posición adoptada por la Comisión de Derecho Internacional en el Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado, cuyo artículo 4(1) establece:

---

<sup>231</sup> Con respecto a una definición de acuerdos interinstitucionales, véase la *Directriz 1.5* y el comentario que la acompaña. Con respecto a la capacidad de las instituciones del Estado de celebrar tratados, compromisos políticos y contratos, véanse las *Directrices 2.2, 2.4 y 2.6*. Los métodos de identificación de tratados, compromisos políticos y contratos se exponen en detalle en la sección 3 de las presentes *Directrices* y en el comentario que las acompaña.

<sup>232</sup> Respuesta de Jamaica, *supra*, nota 71 (en que se describen efectos jurídicos de acuerdos interinstitucionales, incluido el de ser "susceptibles de interpretación por tribunales nacionales"); Respuesta de los Estados Unidos, *supra*, nota 72 ("Los efectos jurídicos vinculados con contratos regidos por el derecho nacional se rigen por las disposiciones del contrato y por el derecho nacional aplicable a este último"); véase también la Respuesta de la República Dominicana, *supra*, nota 46 (los acuerdos no vinculantes adoptados a nivel de organismos o a nivel subnacional "no son, en ningún sentido, vinculantes").

<sup>233</sup> Véase, por ejemplo, Respuesta de Jamaica, *supra*, nota 71 ("La responsabilidad jurídica internacional recae sobre el Estado. A nivel nacional, en cambio, el organismo o la unidad territorial subnacional es responsable ante el Gobierno de asegurar que sus obligaciones se cumplan conforme al Acuerdo"). Respuesta de los Estados Unidos, *supra*, nota 72 ["Estados Unidos considera que los tratados (definidos conforme al artículo 2 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados) celebrados por sus organismos crean obligaciones jurídicas aplicables a los Estados Unidos, aunque en la práctica el cumplimiento de esos acuerdos generalmente recae en el organismo que los celebra."] Argentina, análogamente, manifestó preferencia por la responsabilidad del Estado, señalando, al mismo tiempo, que el texto jurídico no era totalmente claro. Respuesta de Argentina, *supra*, nota 72. Varios Estados, fuera de la región, han adoptado un parecer similar. Véase, por ejemplo, Guía de tratados de Suiza, *supra*, nota 124, en 25 [que dice que según el derecho Internacional es la Confederación Suiza (véase el art. 6 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados), y no la unidad administrativa, que carece de toda personalidad jurídica, y sobre la que puede recaer la responsabilidad por las obligaciones adquiridas).

Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas o judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado<sup>234</sup>.

Dadas esas opiniones, la Directriz 5.4.1 articula un supuesto inicial: los Estados pueden prever razonablemente que un tratado interinstitucional obligue a los Estados a los que pertenezcan las instituciones; no únicamente a las instituciones mismas.

Un supuesto de ese género puede suscitar por lo menos tres ventajas para los Estados. Primero, puede proporcionar más certeza a todos los Estados e instituciones que tomen parte en la elaboración de tratados. Saber que se prevé que un Estado habrá de cumplir compromisos regidos por el derecho internacional y elaborado por sus instituciones puede alentar a otros Estados y a sus instituciones a tomar parte en esa actividad de elaboración de tratados. Segundo, asegurará un más sólido conjunto de efectos jurídicos directos para todos los tratados (haciendo innecesario elaborar diferentes efectos para tratados entre Estados a partir de tratados internacionales). Tercero, este enfoque está en consonancia con la arquitectura básica del derecho internacional público. Si la mayoría de las instituciones del Estado no son personas de derecho internacional independientes, de ello se infiere que el derecho internacional se opondrá a otorgar a sus actividades un efecto jurídico directo, sino que las atribuirá preferiblemente al Estado del que formen parte. De hecho, normalmente esperaríamos que fuera un Estado, en lugar de una institución estatal, quien decidiera si invocar y cuándo invocar la solución de controversias legales internacionales con respecto a un acuerdo interinstitucional.

Pese a esas ventajas, no hay uniformidad en cuanto a la práctica de los Estados respecto de su responsabilidad única. Varios Estados sostienen la opinión de que la responsabilidad de derecho internacional podría recaer sobre la institución celebrante; no sobre el Estado en conjunto; un Estado —México— adoptó expresamente ese punto de vista<sup>235</sup>. Si bien admitiendo que un tratado celebrado por el Estado mexicano obliga a México, ese país invoca su estructura federal para sostener que “sería inconstitucional que [México] asumiera responsabilidad por acuerdos interinstitucionales celebrados por estados y zonas y entidades municipales, pues ello interferiría con las facultades que les han sido conferidas por la Constitución misma”<sup>236</sup>. En lugar de ello, México considera que esos acuerdos interinstitucionales regidos por el derecho internacional solo surten efectos para las instituciones que los celebran<sup>237</sup>. Aunque no elaboró su posición en gran detalle, un Estado – Panamá – reconoció “la posibilidad de que haya surgido una nueva costumbre internacional” en materia de responsabilidad por acuerdos interinstitucionales<sup>238</sup>.

Las presentes *Directrices* no están destinadas a resolver la discrepancia sobre la extensión de las obligaciones emanadas de tratados, pero pueden ayudar a sensibilizar a los Estados acerca de que se trata de una cuestión que ha de considerarse cuando sus instituciones tomen parte en la celebración de acuerdos internacionales vinculantes. Además, el carácter consensual del orden jurídico internacional sugiere una práctica que pueden utilizar los Estados para evitar el problema.

---

<sup>234</sup> Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado, *supra*, nota 139, art. 4(1); véase también *id.*, art. 4(2) (“Se entenderá que un órgano incluye toda persona o entidad que tenga esa condición según el derecho interno del Estado.”) En español:

<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G01/640/08/pdf/G0164008.pdf?OpenElement>

<sup>235</sup> Hollis, Segundo informe, *supra*, nota 10, párr. 38-40 (en que se exponen opiniones de Perú y de Uruguay); Respuesta de Panamá, *supra*, nota 69; Respuesta de México, *supra*, nota 110.

<sup>236</sup> Respuesta de México, *supra*, nota 109. Además, México sostiene que “Asimismo sería ilegal [conforme al derecho mexicano] que el Gobierno Federal asumiera dicha responsabilidad, ya que el acuerdo interinstitucional se efectuó sin seguir las formalidades que la Ley sobre la Celebración de Tratados establece”. *Id.* Perú niega que sus instituciones puedan celebrar “tratados”, pero admite que sus acuerdos interinstitucionales pueden crear “una relación jurídica ... exclusivamente para las instituciones que los celebren...”. No explica, sin embargo, qué ley regiría esa relación jurídica. Respuesta de Perú, *supra*, nota 66.

<sup>237</sup> Respuesta de México, *supra*, nota 110109.

<sup>238</sup> Respuesta de Panamá, *supra*, nota 69.

En los casos en que dos Estados sostengan diferentes opiniones sobre la medida en que un tratado internacional sea vinculante pueden acordar una posición uniforme.

- Podrían, por ejemplo, convenir en tratar al compromiso asumido por su institución en virtud de un tratado como equivalente al de los tratados elaborados en nombre de los dos Estados, o bien
- Consentir específicamente que los efectos de un tratado interinstitucional solo abarquen a las instituciones involucradas.

Los Estados podrían incluir esas condiciones en el propio tratado interinstitucional o convenirlas separadamente, en forma general o caso a caso. Idealmente podrían hacerlo por anticipado, aunque sería posible llegar a una solución de compromiso después que el tratado interinstitucional ha comenzado a existir. Una práctica de ese género podría ser novedosa, pero proporciona una vía para dar cabida a posiciones divergentes en materia de responsabilidad que de lo contrario podrían suscitar discrepancias o la necesidad de algún tipo de resolución de disputas.

Finalmente, existe una cuestión consistente en determinar qué efectos jurídicos, si es que alguno, deberían otorgar los Estados y otros interesados a acuerdos interinstitucionales vinculantes celebrados cuando una o más de las instituciones involucradas no siga los procedimientos nacionales apropiados. En otras palabras, ¿cómo deberían manejar los Estados los acuerdos interinstitucionales no autorizados? Es probable que conferir a esos acuerdos efectos jurídicos internos sea problemático, especialmente en el Estado en el que no se hayan seguido los procedimientos preceptivos. En la República Dominicana, por ejemplo, cuando el Subsecretario de Estado de Relaciones Exteriores de ese país celebró un memorando de entendimiento con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sin cumplir las normas constitucionales en materia de revisión judicial y de aprobación parlamentaria, la Corte Suprema declaró nulo y carente de valor ese memorando.<sup>239</sup>

Además, algunos Estados Miembros creen que la omisión de observar procedimientos internos puede también impedir la adjudicación de efectos de derecho internacional a acuerdos interinstitucionales. Colombia, por ejemplo, ha señalado que “no es responsable de acuerdos que hayan sido celebrados en violación” de condiciones nacionales en pro de la legalidad de sus acuerdos internacionales<sup>240</sup>. México hace hincapié en la responsabilidad personal de quienes suscriban un acuerdo interinstitucional sobre el cual el Departamento Jurídico de la Secretaría de Relaciones Exteriores no haya expuesto sus opiniones<sup>241</sup>. Otros Estados ofrecen una posición más matizada, señalando que la mejor manera de determinar la responsabilidad internacional emanada de un acuerdo interinstitucional no autorizado es basarse en la “naturaleza del acuerdo y las circunstancias que rodeen su celebración”.<sup>242</sup>

La *Directriz 5.4.4* propone una práctica óptima conforme a la cual los Estados ejerzan toda la discrecionalidad disponible para rehusar dar efectos jurídicos a acuerdos interinstitucionales no autorizados. Se incluye el calificativo que hace referencia a “discreción disponible” para dejar en claro que esa *Directriz* solo se aplica cuando el Estado tiene la opción entre conceder o no efectos jurídicos a un acuerdo; no contempla el evitar que un acuerdo surta efectos jurídicos que el Estado tiene la obligación de soportar, en virtud ya sea del derecho nacional o internacional. No obstante, cuando los Estados tienen discrecionalidad, parecería ser aconsejable una práctica óptima no conferir efectos jurídicos a acuerdos interinstitucionales no autorizados. Otorgar efectos jurídicos a tratados (o contratos) interinstitucionales podría incentivar la posibilidad de que las instituciones

<sup>239</sup> Respuesta de la República Dominicana, *supra*, nota 46.

<sup>240</sup> Vale la pena recordar que algunos Estados (como Colombia) no aceptan la firma de tratados por parte de sus instituciones. Como tal, Colombia no considera que surja el tema de la responsabilidad legal internacional para los acuerdos interinstitucionales que involucran a instituciones colombianas; cualquier acuerdo vinculante celebrado por dichas instituciones se regirá por el derecho público interno y la responsabilidad legal se limitará a la institución concluyente. Comentarios de Colombia 2020, *supra* nota 32; ver también Respuesta de Ecuador, *supra* nota 46.

<sup>241</sup> Respuesta de México, *supra*, nota 110.

<sup>242</sup> Respuesta de Jamaica, *supra*, nota 71; véase también Respuesta de Perú, *supra*, nota 66.

del Estado violen sus propias leyes y procedimientos internos si tienen la percepción de que los beneficios que surgen de llegar a un acuerdo con actores extranjeros sobrepujan las consecuencias internas. Esos incentivos serían especialmente perversos si la institución compartiera los costos (en cuanto a responsabilidad y riesgos) con el Estado en conjunto - el propio Estado cuyos procedimientos no se hubieran cumplido.<sup>243</sup>

## 6. Capacitación y educación sobre acuerdos vinculantes y no vinculantes

**6.1 Capacitación y educación a cargo de los Estados sobre acuerdos vinculantes y no vinculantes.** *Los Estados deberían tomar medidas para capacitar y educar a los funcionarios pertinentes del Ministerio de Relaciones Exteriores, o de otros ministerios o dependencias pertinentes, para que puedan hacer lo siguiente:*

- (i) *identificar los distintos tipos de acuerdos vinculantes y no vinculantes y distinguir entre ellos;*
- (ii) *entender quiénes en el ámbito del Estado tienen capacidad para negociar y celebrar qué acuerdos;*
- (iii) *seguir los procedimientos internos para la celebración de tales acuerdos; y*
- (iv) *comprender los efectos jurídicos y de otros tipos que puedan emanar de distintos tipos de acuerdos internacionales.*

**Comentario:** Tal como lo establecen claramente estas Directrices, la práctica existente del Estado con respecto a acuerdos internacionales reviste crucial importancia para el derecho internacional y las relaciones internacionales. No obstante, también es evidente que no se trata de cierto conjunto sencillo de herramientas que los Estados y sus autoridades puedan aplicar intuitivamente. Las actuales variantes de definiciones, capacidades, métodos de identificación, procedimientos y efectos requieren saber especializado y atención para tener la certeza de que un Estado esté en condiciones de promover sus intereses en materia de política exterior y simultáneamente evitar confusiones, malentendidos y disputas (jurídicas o de otra naturaleza). Por ese motivo, es importante que los Estados dediquen los recursos necesarios para instruir a las autoridades pertinentes sobre esos temas<sup>244</sup>.

La *Directriz 6.1* se focaliza la prestación de adecuados servicios de capacitación y educación para altos funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores, sobre los diversos aspectos de los acuerdos internacionales. A dichos funcionarios suele encomendársele la responsabilidad global en materia de práctica de tratados del Estado. En consecuencia, es razonable que los Estados se doten de suficiente experiencia técnica para diferenciar los tratados del Estado de la creciente práctica de otras modalidades de acuerdos internacionales, incluidos contratos interestatales vinculantes y acuerdos interinstitucionales. Cuando se requiera, este tipo de capacitación debe hacerse extensiva a otros funcionarios y oficinas pertinentes.

Disponer, en toda la región, de altos funcionarios adecuadamente capacitados ayudará a mejorar las prácticas existentes y a mitigar la confusión imperante con respecto a la naturaleza jurídica de diversos acuerdos (como los rotulados como “memorandos de entendimiento”), y a la identificación de las instituciones con las cuales otros Estados pueden celebrar acuerdos

---

<sup>243</sup> Ello, sin embargo, sería contrario a la presunción de validez dada a los tratados celebrados en violación de procedimientos internos en el contexto interestatal por el artículo 46 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Véase la nota 77 *supra*. No obstante, no resulta claro que el artículo 46 constituya derecho internacional consuetudinario. Véase Jan Klabbers, nota 77 *supra*, en 557.

<sup>244</sup> El Grupo de Trabajo sobre Práctica de Tratados pidió opiniones sobre capacitación relativa a acuerdos vinculantes y no vinculantes. Las respuestas dieron cuenta de la diversidad de esquemas formales e informales mediante los que los funcionarios encargados de tratados forman a otros funcionarios, tanto en los propios ministerios de relaciones exteriores como en otros ministerios y dependencias. Véase, por ejemplo, Grupo de Trabajo sobre Práctica de Tratados, *supra*, nota 40, en 4, 6-7, 22, 24 (en donde se detallan la capacitación y orientación que ofrecen los funcionarios encargados de tratados en Alemania, Canadá, Corea, España, Finlandia, Israel, Japón y México).

vinculantes y no vinculantes. Ahondar el conocimiento en torno a los diversos tipos y efectos de los acuerdos vinculantes y no vinculantes puede permitir a las autoridades del Ministerio de Relaciones Exteriores asesorar a los responsables de la adopción de decisiones sobre las soluciones de compromiso que implican dar preferencia a cierto tipo de acuerdo en comparación con otro.

**6.2 Capacitación y educación sobre acuerdos interinstitucionales.** *Si un Estado autoriza la celebración de acuerdos interinstitucionales, debe tomar medidas para capacitar y educar a los funcionarios pertinentes de una dependencia o una unidad territorial subnacional del Estado para que puedan hacer lo siguiente:*

- (i) *identificar los distintos tipos de acuerdos vinculantes y no vinculantes y distinguir entre ellos;*
- (ii) *entender quiénes en el ámbito del Estado tienen capacidad para negociar y celebrar qué acuerdos;*
- (iii) *seguir los procedimientos internos para la celebración de tales acuerdos; y*
- (iv) *comprender los efectos jurídicos y de otros tipos que puedan emanar de distintos tipos de acuerdos internacionales.*

**Comentario:** No todos los Estados autorizarán acuerdos interinstitucionales, sean estos tratados, contratos o compromisos políticos<sup>245</sup>. Para los que lo hacen, sin embargo, será necesario asegurar que las instituciones competentes para la elaboración de acuerdos estén dotadas de capacidad suficiente para ejercer adecuadamente esa competencia. Esa capacitación puede consistir en ejercicios a nivel nacional en que se imparta a funcionarios no pertenecientes al Ministerio de Relaciones Exteriores del gobierno nacional, educación sobre acuerdos internacionales y también —lo que no es menos pertinente— sobre los procedimientos que hayan de seguirse en la esfera interna para autorizar esos acuerdos. Cuando las unidades territoriales subnacionales puedan celebrar acuerdos, les sería provechoso recibir capacitación y educación similares. Esos programas pueden mitigar los inconvenientes emanados de situaciones relacionadas con capacidad en que una institución actúe careciendo de competencia para ello o asuma de otro modo compromisos en detrimento del Estado tomado en conjunto. Un mayor conocimiento en torno a los diversos tipos y efectos de los acuerdos vinculantes y no vinculantes puede permitir a las instituciones del Estado elaborar, en materia de acuerdos, una práctica que esté en consonancia con sus intereses y al mismo tiempo dar cabida a políticas y procedimientos de otros países.

\* \* \*

---

<sup>245</sup> Véase la *Directriz 2.2* y el comentario que la acompaña.

## 2. Acceso a la información pública

### Documentos

CJI/RES. 255 (XCVI-O/20) Propuesta de ley modelo interamericana 2.0 sobre acceso a la información pública

CJI/doc. 607/20 Propuesta de ley modelo interamericana 2.0 sobre acceso a la información pública 2.0

\* \* \*

Durante el 92º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Ciudad de México, México, febrero, 2018) el doctor Dante Negro llamó la atención de los miembros sobre el tema del acceso a la información pública, y les recordó que la Asamblea General ha conferido un mandato de revisar la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública a la luz de los temas nuevos que deberían quedar incorporados al texto de la misma, para lo cual sugirió que el CJI designe a un miembro que participe en el proceso de consultas previas.

Informó, además que el DDI está realizando consultas con distintos actores sociales para preparar una propuesta que sea analizada por el CJI en su oportunidad.

El doctor Luis García-Corrochano sugirió que se revisen los temas que se estudian en las relatorías de otras instituciones, tal como el *Institut de Droit International*, para identificar posibles insumos para el trabajo del CJI.

El Presidente concluyó que existe la necesidad de que el CJI retome los temas de la revisión de la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información y los principios relacionados con el manejo de datos personales, restando solamente delimitar el mandato.

El doctor Luis García-Corrochano se ofreció a trabajar el tema de manera temporal, sujeto a que en agosto se reabra esta discusión a la luz de los mandatos conferidos por la Asamblea General.

En junio de 2018, la Asamblea General de la OEA solicitó al Departamento de Derecho Internacional “continúe trabajando en 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 los más recientes desarrollos regionales y globales en materia de protección de datos personales y remitir los resultados al Comité Jurídico Interamericano”, resolución AG/RES. 2927 (XLVIII-O/18).

Durante el 93º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, agosto, 2018) el tema no fue discutido.

Durante el 94º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, febrero, 2019) el doctor Dante Negro, Director del Departamento de Derecho Internacional (DDI), explicó las iniciativas desarrolladas por el Departamento en cumplimiento con el mandato de la Asamblea General de la OEA que le solicitaba identificar áreas temáticas para “actualizar o ampliar la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública” adoptada en 2010 (la cual ha tenido un impacto importante en la región), y remitir al CJI los resultados para su consideración y desarrollo, resolución Fortalecimiento de la Democracia, párrafo ix AG/RES. 2905 (XLVII-O/17).

El proceso de consulta del Departamento de Derecho Internacional se llevó adelante por medio de un cuestionario, elaborado en función de temas del capítulo II de la Ley Modelo Interamericana, que recibió respuesta de “12 entidades públicas de 11 países miembros además de 10 organizaciones de la sociedad civil, expertos y otras entidades, entre ellas la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM).”

El ejercicio permitió identificar seis temas de mayor interés: transparencia activa, régimen de excepciones, gestión documental (gestión de archivos), información pública en el poder judicial, sujetos obligados a dar información (partidos políticos y sindicatos) y órganos garantes.

Una vez determinados dichos temas, el Departamento inició consultas entre expertos por medio de cuatro talleres, uno dedicado a organizaciones de la sociedad civil y los otros tres a autoridades nacionales. Se obtuvo respuestas de la parte de especialistas, miembros de órganos garantes y de la mayor red de ONGS de la región, la Alianza Regional por la Libre Expresión e Información. Dichos talleres recibieron el apoyo financiero del programa de “Eurosocial” y la “Red Internacional de intercambio entre organismos y/o entidades públicas que desarrollan supervisión en funciones en Transparencia y el Derecho de Acceso a la Información Pública”.

Los talleres permitieron armonizar y consensuar textos que recogen un común denominador. Al presente se han trabajado los siguientes elementos: i. definiciones, alcances, derecho de acceso e interpretación; ii. transparencia activa; iii. régimen de excepciones; iv. gestión documental.

Se incorporó en la propuesta de Ley Modelo la nueva visión en materia de publicación de la información, pasando de esquemas de publicación a un mayor realce a la divulgación de información. Adicionalmente se incorporó de manera transversal la perspectiva de género. En relación al tema de las excepciones se ha modificado el catálogo de la Ley Modelo de 2010, acotándola y dividiéndola en dos partes: información reservada (lo cual permitiría excluir dicha información temporalmente del conocimiento de las personas por existir un riesgo claro, probable y específico de daño a intereses públicos) e información confidencial (cuyo acceso público se prohíbe por mandato constitucional o legal, en razón de un interés personal jurídicamente protegido). También se ha incluido un capítulo específico sobre la seguridad nacional. Finalmente, se espera desarrollar próximamente dos temas que no han sido incluidos en la propuesta presentada en esta oportunidad, tales como órganos garantes y acceso a la información en el poder judicial.

El doctor Luis García-Corrochano agradeció al doctor Negro por el trabajo remitido, asumiendo su relatoría, en un contexto en que el acceso a la información aparece como un tema fundamental y necesario en un estado de derecho. Destacó algunas de las limitantes de la transparencia resaltando particularmente temas ligados a la necesaria autonomía e independencia en el ámbito administrativo y judicial. Constató además la existencia de algunos temas transversales en actividades que tienen un impacto social, lo cual incluiría un control de los partidos políticos.

La Presidenta se refirió a la importancia del tema, explicando algunas de las dificultades que se imponen al poder judicial en función de su propia experiencia, en particular respecto de las decisiones de jueces colegiados cuyas actas de las discusiones no pueden ser dadas a conocer bajo pena de atentar contra su propia autonomía. Asimismo, se refirió a temas económicos implicando el rol de los Estados, en particular a los equilibrios que imponen los contratos gubernamentales cuyas disputas llevan a las autoridades a revelar información privilegiada que no se solicita en un contexto privado. Expresó temor frente al uso de pruebas previo a acciones judiciales que puedan poner en jaque la acción del Estado en litigios en que es parte, y confrontan temas de libertad de la prensa y acceso a la información. Por ende, invitó al relator a desarrollar el tema de las reservas en el ámbito judicial como contractual.

El doctor Carlos Mata recomendó al relator tener en cuenta el estado actual del tema en el hemisferio en que la mayor parte de Estados dispone de una ley que establece procedimientos de acceso a la información, y cuentan con órganos garantes que producen las buenas prácticas. El aporte del Comité debería consecuentemente tener en cuenta dichos avances tanto jurisprudenciales como normativos.

El doctor Milenko Bertrand encomió al relator desarrollar el tema de conflictos que emergen en la protección de datos personales relativos a la privacidad de funcionarios públicos, buscando distinguir las actividades públicas de las privadas. Asimismo, aludió al Estado empresario en países en

donde se han privatizado variados servicios (salud, protección de agua potable, etc.) y en donde se debe buscar un equilibrio entre el bienestar de la población y la competencia privada.

El doctor George Galindo señaló la relación entre la inviolabilidad de los archivos diplomáticos y el acceso a la información, en particular respecto a un conflicto entre la ley nacional y los instrumentos existentes, y solicitó al doctor Negro si ello había sido trabajado. Al respecto, el doctor Negro explicó que no habiendo sido un tema abordado de manera concreta, el concepto estaría inserto en la sección sobre confidencialidad. En este contexto, el doctor Milenko Bertrand se refirió al argumento de las personas que buscan información sobre las negociaciones de tratados de libre comercio que alude al hecho que una vez estos sean ratificados dicha información debe ser revelada en función de la “legitimidad democrática”. Reivindicaciones que pueden tener un efecto dañino en la diplomacia y el derecho internacional. El doctor Carlos Mata coincidió con otros miembros que uno de los mayores desafíos para el relator será el tratamiento de temas que requieren discreción, tal como las relaciones diplomáticas y las discusiones internas de órganos colegiados de mayor jerarquía de la judicatura.

El doctor Dante Negro precisó que todas las preocupaciones que han sido aludidas ya están contempladas en la propuesta del Departamento de Derecho Internacional (conducción de las relaciones internacionales, derechos del debido proceso, procesos deliberativos en órganos colegiados, etc.).

El relator del tema agradeció a todos los miembros por sus respectivas intervenciones, haciendo suyas las legítimas preocupaciones que han sido mencionadas, la reserva es un elemento inherente a la gestión de los asuntos internacionales. Por ende, se impone un equilibrio entre el interés público y la necesidad de la reserva. Es un tema sensible y la propuesta del Comité debe tener en cuenta dicho equilibrio. El acceso es un derecho de los ciudadanos pero no puede limitar la capacidad de acciones de los órganos de los funcionarios estatales.

Durante el 95º período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, julio/agosto, 2019) el relator del tema, doctor Luis García Corrochano, se refirió al estudio que fuera elaborado por el Departamento de Derecho Internacional, titulado: “Actualización o ampliación de la ley modelo interamericana sobre acceso a la información pública”, (documento DDI/doc.3/19 rev.1), destacando en particular los siguientes elementos:

- El desarrollo de la transparencia activa;
- La composición del órgano garante respecto al acceso de la información; y,
- Las divergencias en cuanto a la administración de fondos públicos o donaciones, a la luz de la necesaria transparencia en el uso de los recursos.

El doctor José Moreno agradeció el trabajo del Departamento de Derecho Internacional y se pronunció a favor del control en relación a la administración de fondos públicos de cooperación internacional.

El doctor Milenko Bertrand sugirió incluir sanciones concretas a la parte responsable o verificar si lo que existe es suficiente. En relación al concepto “documento” se debería revisar su significado de manera a incluir por ejemplo las desgrabaciones de las audiencias públicas.

La doctora Mariana Salazar agradeció la presentación del trabajo y el proceso inclusivo que ha permitido una participación de un variado número de personas. Sugirió dejar en manos de los Estados el tema de las excepciones respecto a la información que debe ser reservada. Consultó sobre el plazo máximo de las reservas, a la luz de algunas prácticas en que muchas veces se establecen prórrogas para atender las solicitudes de la información pública.

El doctor Espeche-Gill advirtió el nivel y sutileza de los debates en el seno de este Comité.

La Presidenta del Comité se pronunció sobre el control de las autoridades por medio de la revisión de la documentación pública y la reserva de datos privados, lo cual implica la protección de los derechos de jerarquía superior. Asimismo, instó al relator a tomar en cuenta el rol de los Estados respecto a temas particulares que exigen su protección.

El relator valoró el tema de la sanción del Estado junto con apoyar la propuesta de reflejar y precisar el concepto de “documento”. En cuanto a los plazos prorrogables, sugirió buscar la razonabilidad y tratar de ponerle un candado a la prórroga. Asimismo, instó a prever la protección de cierta información que podría constituir una ventaja indebida. Culminó agradeciendo al Departamento de Derecho Internacional por el documento que ha sido presentado.

El doctor Dante Negro explicó que el mandato del CJI consiste en ampliar la Ley modelo de 2010 y por ende habría espacios para poder desarrollar las preocupaciones de los miembros. Preciso que la ley modelo ya incluye algunas de las definiciones citadas, tal como la relativa a “documentos” y referencias a sanciones penales y administrativas. En consecuencia, el texto que apruebe el CJI se deberá leer como un complemento. Por su parte, los corchetes en las fechas indican una referencia para los Estados relativa a los plazos en función de las normas existentes.

La Presidenta solicitó a los miembros presentar sus propuestas al relator antes del 15 de diciembre del presente año.

Durante el 96° período ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, marzo, 2020) el relator del tema, doctor Luis García Corrochano, hizo alusión a los comentarios formulados en la discusión en el mes de agosto de 2019, tales como el tema de las excepciones en el ámbito de la seguridad, asuntos económicos o de defensa del Estado, o el relativo a los sujetos ligados por la obligación de transparencia, entre otros. Manifestó que nadie había presentado comentarios dentro del plazo concedido, y por ende solicitó al pleno adoptar el informe y darlo por concluido.

El doctor Eric Rudge solicitó explicaciones adicionales sobre una declaración realizada por la Presidenta en discusiones anteriores, especialmente sobre el tipo de información que precisa de protección estatal. Al respecto, el relator explicó que la información sensible tiene relación con temas de seguridad, económicos e incluso jurídicos, cuando se abordan litigios internacionales. Por ende, la reserva de ciertos datos refiere al funcionamiento de las entidades públicas en situaciones concretas. Algo que no se debería aplicar a los gobiernos regionales y por lo demás tendría unos limitantes de tiempo, pues eventualmente dicha información tendría que liberarse.

La doctora Mariana Salazar resaltó el relacionamiento que existe con el tema de datos personales que ella lleva adelante y la importancia de mantener coherencia en los desarrollos que el Comité realice en ambos. Resaltó, a manera de ejemplo, que la ley modelo incluye ya los derechos de acceso, rectificación, cancelación y operación, temas que se están proponiendo incluir asimismo en la actualización de los principios sobre la protección de datos personales.

El doctor George Galindo consultó al relator si existe alguna provisión sobre la calificación de la información (acceso a la información y seguridad del Estado). También se refirió a las prerrogativas del funcionario público para ampliar el plazo de la confidencialidad, y a los recursos en caso de pedido de acceso a la información, en particular respecto a temas protegidos por la confidencialidad. Al respecto, el relator señaló que los órganos garantes deberían participar, inclusive en temas sensibles. Los criterios que se emplean para determinar o clasificar una situación son sensibles y están en las manos de los Estados. El doctor Galindo mencionó una decisión de Inglaterra que determinó que la inviolabilidad de los archivos y de la información diplomática es oponible *erga omnes*, lo cual impone un deber de proteger en caso que una cancillería extranjera obtenga la información de una instancia extranjera.

El doctor José Moreno agradeció al relator y al DDI por el apoyo al trabajo, a la luz de los esfuerzos y el alto grado de participación. Secundó la propuesta que el trabajo sea aprobado por el plenario del Comité.

El doctor Espeche se refirió al carácter reservado de cierta información en círculos diplomáticos en que el emisor es quien impone o busca imponer el respeto de la privacidad.

La Presidenta, doctora Ruth Correa, agradeció al relator junto con realzar la contribución que el trabajo podrá tener en materia de lucha contra la corrupción, e incluso encomió los parámetros que se le asigna a las excepciones.

El día viernes 6 de marzo, se aprobó por unanimidad la resolución “Propuesta de Ley Modelo Interamericana 2.0 sobre acceso a la información pública”, resolución CJI/RES. 255 XCVI-O/20, que introduce el informe final, (documento CJI/doc. 607/20). El 25 de marzo de 2020, la documentación fue remitida al Presidente del Consejo Permanente en congruencia con el mandato de la Asamblea General.

A continuación, se incluyen los documentos adoptados por el CJI en febrero de 2020.

### **CJI/RES. 255 (XCVI-O/20)**

#### **PROPUESTA DE LEY MODELO INTERAMERICANA 2.0 SOBRE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA**

EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO,

TENIENDO EN CUENTA:

Que la Asamblea General de la OEA, mediante resolución AG/RES. 2931 (XLIX-O/19) “Fortalecimiento de la Democracia”, en el punto xii sobre “Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales”, solicitó al Departamento de Derecho Internacional que siga adelante con las amplias consultas iniciadas en 2018 con los Puntos Focales del Programa Interamericano sobre Acceso a la Información Pública, tomando en cuenta las contribuciones de la sociedad civil, con el objetivo de actualizar la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública de 2010;

Que el Departamento de Derecho Internacional, luego de un intenso proceso de consultas apoyado por la Red de Transparencia y Acceso a la Información (RTA) y Eurosocial, dio cumplimiento a dicho mandato y tomando en cuenta las observaciones y sugerencias realizadas en el marco de aquellas consultas, entregó al Comité Jurídico Interamericano un proyecto de Ley Modelo 2.0 (Documento DDI/Doc.3/19 rev.1, corr.1) para su consideración durante su 95° período ordinario de sesiones llevado a cabo en julio-agosto de 2019;

Que la Asamblea General solicitó al Comité Jurídico Interamericano que envíe a los órganos políticos de la Organización su propuesta de Ley Modelo 2.0 antes del quincuagésimo período ordinario de sesiones de la Asamblea General;

RECORDANDO la importancia del acceso a la información pública como una herramienta que incrementa los niveles de transparencia en la gestión pública; permite una efectiva lucha contra la corrupción; promueve la competencia abierta, las inversiones y el crecimiento económico; empodera a diversos sectores de la población, incluidos aquellos que están en situación de vulnerabilidad; y es un componente fundamental del ejercicio de la democracia;

SUBRAYANDO el enorme impacto que tuvo la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública de 2010 y que este año cumple su décimo aniversario, tanto en la adopción de nuevas leyes como en los procesos de reforma legislativa en numerosos países de la región, así como en el reconocimiento de mayores garantías para los ciudadanos a través de la creación y constitución de los respectivos órganos garantes del derecho de acceso a la información pública;

CONSIDERANDO que la región necesita seguir avanzando en el establecimiento de estándares que permitan brindar mayores garantías a los ciudadanos del continente con relación al acceso a la información pública, a la luz de los nuevos desafíos que se plantean y en el marco de las buenas prácticas que se han ido generando en los últimos 10 años.

RECONOCIENDO la importancia de contar con una Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública 2.0 con el propósito de impulsar aspectos importantes en esta materia, de promover su desarrollo y armonización jurídica en la región, y de seguir avanzando en la lucha contra la corrupción, en la consolidación de la democracia y en la promoción de una mejor gestión pública en nuestros países.

RESUELVE:

1. Aprobar la Propuesta de Ley Modelo Interamericana 2.0 sobre Acceso a la Información Pública (CJI/doc. 607/20), anexa a la presente resolución.
2. Agradecer al relator del tema, doctor Luis García-Corrochano, por la presentación de la versión final de la Propuesta de Ley Modelo, que recoge además los comentarios y sugerencias realizadas por los demás miembros del Comité Jurídico Interamericano.
3. Transmitir la presente resolución y la Propuesta de Ley Modelo 2.0 a la Asamblea General de la OEA, para su debido conocimiento, consideración y aprobación.
4. Solicitar al Departamento de Derecho Internacional, en su calidad de Secretaría Técnica del Comité Jurídico Interamericano, que así como hizo con la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública de 2010, le dé a la presente Propuesta de Ley Modelo 2.0 la mayor difusión entre los diversos actores interesados.

La presente resolución fue aprobada por unanimidad en la sesión ordinaria celebrada el 6 de marzo de 2020, por los siguientes miembros: doctores José Antonio Moreno Rodríguez, Luis García-Corrochano Moyano, Ruth Stella Correa Palacio, Milenko Bertrand-Galindo Arriagada, Miguel A. Espeche-Gil, George Rodrigo Bandeira Galindo, Mariana Salazar Albornoz y Eric P. Rudge.

\* \* \*

**CJI/doc. 607/20**

**PROPUESTA DE LEY MODELO INTERAMERICANA 2.0 SOBRE  
ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA 2.0**

**Nota Explicativa**

El presente documento constituye la conclusión de los trabajos desarrollados en cumplimiento de la Resolución de la Asamblea General de la OEA AG/RES. 2905 (XLVII-O/17) *Fortalecimiento de la Democracia*, párrafo ix. La misma solicita al Departamento de Derecho Internacional (en adelante DDI) que “en consulta con los puntos focales del Programa Interamericano de Acceso a la Información Pública<sup>1</sup> de los Estados Miembros, y tomando en cuenta las contribuciones de la sociedad civil, identifique las áreas temáticas en las que se estima necesario la actualización o ampliación de la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública<sup>2</sup>, y remita los resultados al Comité Jurídico Interamericano para su desarrollo”.

A fin de cumplir de la mejor manera con este mandato, el DDI realizó las actividades que oportuna y detalladamente se han informado<sup>3</sup> al Comité Jurídico Interamericano (CJI), mismas que han incluido, entre otras:

❖ realización de una encuesta diseminada entre más de 4,000 personas e instituciones, entre ellas la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM) y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), dirigida a identificar los temas que en la Ley Modelo deberían ser objeto de mayor desarrollo;

<sup>1</sup> Resolución AG.RES/2885 (XLVI-0/16).

<sup>2</sup> Resolución AG/RES. 2607 (XL-O/10).

<sup>3</sup> Documento DDI/Doc.3/19 rev.1

❖ organización de cuatro talleres realizados entre abril de 2018 y mayo de 2019, en los que participaron 152 especialistas provenientes de autoridades de 15 países, incluyendo a muchos de los puntos focales del Programa Interamericano sobre Acceso a la Información Pública, así como de organizaciones de la sociedad civil (OSC); y

❖ organización de reuniones que permitieron recoger insumos y recomendaciones puntuales de 26 OSC de 14 Estados miembros: Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, Honduras, México, Paraguay, Uruguay y Venezuela.

Los temas identificados como prioritarios fueron: régimen de excepciones, transparencia activa, gestión documental, órganos garantes, partidos políticos e información pública en el marco del poder judicial, mismos que constituyeron la materia sobre la cual se enfocó el trabajo en los talleres realizados con los órganos garantes de la región y la sociedad civil. En ese contexto, se lograron tres importantes consensos:

❖ enfocar los esfuerzos en el desarrollo de textos consensuados sobre órganos garantes, régimen de excepciones, sujetos obligados, transparencia activa, definiciones y alcance del derecho de acceso a la información;

❖ dejar el tema de gestión documental en manos de consultores expertos, debido a que el contenido altamente técnico de una ley modelo requiere conocimientos sumamente especializados; y adjuntar como anexo a la versión revisada del proyecto de Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información (Ley Modelo 2.0) una propuesta de Ley Modelo de Gestión Documental y su Guía de Aplicación, aunque técnicamente estas últimas no formen parte de la Ley Modelo 2.0; y

❖ posponer la discusión del tema del acceso a la información pública en posesión o custodia del poder judicial para otro momento, incorporando la participación de oficiales de información de los poderes judiciales y expertos en el tema que puedan aportar una perspectiva más completa de las particularidades del proceso judicial, entre otras, las necesidades de mantener cierta información clasificada durante determinadas etapas del proceso, las implicaciones de la publicidad para la protección de víctimas, testigos y menores de edad, etc.

Es importante destacar que a lo largo de estos trabajos, se veló por la incorporación de la perspectiva de género, reconociendo la oportunidad de proponer textos que conviertan a la Ley Modelo 2.0 en uno de los primeros instrumentos jurídicos del Sistema Interamericano en incorporar esta perspectiva desde su diseño. En este sentido, el DDI realizó un taller dedicado exclusivamente al análisis de los temas de género y acceso a la información pública, con la participación de especialistas en el tema cuyos aportes enriquecieron los textos consensuados que se incluyen en este documento.

En julio de 2019, el DDI sometió a la consideración de los miembros del CJI un documento<sup>4</sup> con todos los textos consensuados sobre estos temas. Sobre la base del mismo, el CJI aprobó la siguiente propuesta de ley modelo sobre acceso a la información pública.

\* \* \*

**PROPUESTA DE LEY MODELO INTERAMERICANA  
SOBRE ACCESO A LA INFORMACIÓN 2.0**

**TABLA DE CONTENIDOS**

**CAPÍTULO I. DEFINICIONES, ALCANCE Y DERECHO DE ACCESO E INTERPRETACIÓN**

Definiciones

Alcance y finalidad

Derecho de acceso a la Información pública

Interpretación

---

<sup>4</sup> Documento DDI/Doc.3/19 rev.1

**CAPÍTULO II. MEDIDAS PARA PROMOVER LA APERTURA**

Transparencia activa  
 Clases de Información clave sujetas a difusión proactiva  
 Responsabilidades del sujeto obligado con relación a la transparencia activa  
 Esquemas de publicación  
 Otras leyes y mecanismos  
 Información divulgada con anterioridad

**CAPÍTULO III. ACCESO A LA INFORMACIÓN QUE OBRA EN PODER DE LAS AUTORIDADES PÚBLICAS**

Solicitud de Información  
 Requisitos de la solicitud de Información  
 Interpretación de la Solicitud de Información  
 Transmisión de la Solicitud de Información  
 Notificación a terceros interesados  
 Costos de reproducción  
 Forma de Acceso  
 Oficial de Información  
 Búsqueda de Documentos  
 Mantenimiento de Documentos  
 Información Extraviada  
 Período de Respuesta  
 Prórroga  
 Avisos al solicitante

**CAPÍTULO IV. RÉGIMEN DE EXCEPCIONES**

Excepciones a la divulgación  
 Supremacía del interés público  
 Derechos humanos  
 Actos de corrupción  
 Responsable de la clasificación  
 Clasificaciones genéricas  
 Facultad para desclasificar  
 Información Confidencial  
 Información reservada  
 Defensa y seguridad nacional  
 Prueba de daño  
 Prueba de interés público  
 Generalidades de la clasificación  
 Clasificación de la Información  
 Declaratoria de confidencialidad  
 Declaratoria de reserva  
 Desclasificación de Información  
 Actualización del régimen de excepciones  
 Registro de Información clasificada  
 Divulgación parcial  
 Plazo máximo de reserva  
 Inexistencia de la Información  
 Interposición de apelaciones

Procedimiento ante la falta de respuesta

Otras leyes

#### **CAPÍTULO V. APELACIONES**

Apelación interna

Apelación externa

Resolución

Revisión judicial

Carga de la prueba

#### **CAPÍTULO VI. ÓRGANO GARANTE**

Creación del Órgano Garante

Características

Integración

Requisitos para ser comisionado

Procedimiento de selección

Obligaciones de los comisionados

Duración del cargo

Destitución o suspensión de los comisionados

Facultades y atribuciones del Órgano Garante

Presupuesto

Informes de los sujetos obligados

Informes del Órgano Garante

Responsabilidad penal y civil

Infracciones administrativas

#### **CAPÍTULO VII. MEDIDAS DE PROMOCIÓN Y CUMPLIMIENTO**

Monitoreo y cumplimiento

Capacitación

Educación formal

#### **CAPÍTULO VIII. MEDIDAS TRANSITORIAS**

Título abreviado y entrada en vigor

Reglamento

#### **ANEXOS**

### **LEY MODELO INTERAMERICANA SOBRE ACCESO A LA INFORMACIÓN 2.0**

#### **CAPÍTULO I. DEFINICIONES, ALCANCE Y DERECHO DE ACCESO E INTERPRETACIÓN**

##### **Artículo 1 Definiciones**

1. En la presente Ley, salvo que el contexto requiera lo contrario:
  - a) “Actividad de Interés Público” se refiere a aquellas materias o áreas de gestión que debiesen ser resueltas mediante decisiones políticas gubernamentales, en cualquiera de los niveles de organización política administrativa, legislativa o judicial, que busquen satisfacer el máximo interés de la comunidad;

- b) “Altos Funcionarios” se refiere a cualquier funcionario dentro de una Autoridad Pública cuyo salario anual total exceda [USD\$100.000];
- c) “Autoridad Pública” se refiere a cualquier autoridad gubernamental y a las organizaciones privadas comprendidas en el tercer párrafo del Artículo 2 de esta Ley;
- d) “Documento” se refiere a cualquier Información escrita, independientemente de su forma, origen, fecha de creación o carácter oficial, de si fue o no fue creada por la Autoridad Pública, partidos políticos, gremios y organizaciones sin fines de lucro que la mantiene y de si fue o no clasificada como confidencial;
- e) “Fondos Públicos” se refiere a los recursos financieros, ya sean de caracteres tributarios o no tributarios, que se generan, obtienen u originan por el Estado, independientemente de quien los ejecute;
- f) “Gremio” se refiere a la asociación de personas y/o empresas que realizan la misma labor y que tiene como objetivo principal el apoyo mutuo, buscando el bienestar del grupo al que representan;
- g) “Información” se refiere a cualquier tipo de dato en custodia o control de una Autoridad Pública, Partido Político, Gremio y Organización Sin Fines de Lucro;
- h) “Información Personal” se refiere a Información relacionada a una persona viva y a través de la cual esa persona puede ser identificada<sup>1</sup>;
- i) “Oficial de Información” se refiere al individuo o individuos designados por la Autoridad Pública de conformidad con el artículo 18 de esta Ley;
- j) “Organización Sin Fines de Lucro” se refiere a las entidades reconocidas por el Estado y que siendo independientes de éste, ejerzan actividades orientadas a satisfacer el interés público, cuyo fin no es el lucro, y cuenten con una misión específica;
- k) “Partido Político” se refiere a las entidades de interés público con personalidad jurídica y patrimonio propios, reconocidas por el marco jurídico nacional, que tengan como fin promover la participación del pueblo en la vida democrática, contribuir a la integración de los órganos de representación política y, como organizaciones de ciudadanos, hacer posible el acceso de éstos al ejercicio del poder público;
- l) “Publicar” se refiere al acto de hacer Información accesible al público en general e incluye la impresión, emisión y las formas electrónicas de difusión; y
- m) “Terceros Interesados” se refiere a las personas que tienen un interés directo en impedir la divulgación de Información que han proporcionado en forma voluntaria a una Autoridad Pública, ya sea porque dicha divulgación afecta su privacidad o perjudique sus intereses comerciales.

## Artículo 2

### Alcance y finalidad

1. Esta Ley establece la más amplia aplicación posible del derecho de acceso a la Información que esté en posesión, custodia o control de cualquier Autoridad Pública, Partido Político, Gremio y Organización Sin Fines de Lucro y se basa en los principios *pro homine e in dubio pro actione*, de acuerdo con los cuales debe buscarse la interpretación más favorable al ejercicio de ese derecho.

2. Esta Ley se basa también en el principio de máxima publicidad, de tal manera que cualquier Información en manos de los sujetos obligados sea completa, oportuna y accesible, sujeta a un claro y preciso régimen de excepciones que deberán estar definidas por ley y ser además legítimas y estrictamente necesarias en una sociedad democrática.

3. La presente Ley se aplica:

---

<sup>1</sup> Definición tomada de los Principios de Privacidad y Protección de Datos Personales en las Américas, adoptado en el 84º Periodo Ordinario de Sesiones del CJI (CJI/doc. 450/14).

- a) a toda Autoridad Pública perteneciente a cualquiera de las ramas del gobierno (poderes ejecutivo, legislativo y judicial) y a todos los niveles de la estructura gubernamental (central o federal, regional, provincial o municipal);
- b) a los órganos, organismos o entidades independientes o autónomos de propiedad del gobierno o controlados por el mismo, bien actuando por facultades otorgadas por la Constitución o por otras leyes; y
- c) a 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<sup>2</sup>.

3.1 La presente Ley también se aplica a las organizaciones privadas, Partidos Políticos o movimientos de esa índole, Gremios, sindicatos y Organizaciones Sin Fines de Lucro (incluidas las organizaciones de la sociedad civil), las cuales deberán responder a las solicitudes de Información con respecto a los fondos o beneficios públicos recibidos o a las funciones o servicios públicos desempeñados. En caso de que dichos fondos o beneficios públicos excedan [el xx% de su presupuesto anual / el monto de xx], les serán aplicables también las obligaciones de transparencia activa contempladas en la presente Ley.

4. Ninguna Autoridad Pública estará exenta de los requerimientos que se establecen en esta Ley, incluyendo a los poderes legislativo y judicial, instituciones supervisoras, servicios de inteligencia, fuerzas armadas, policía, otros cuerpos de seguridad, los Jefes de Estado y de gobierno y las dependencias que lo integran.

Los sujetos obligados deberán documentar todo acto que derive del ejercicio de sus facultades, competencias o funciones.

- 5. En caso de cualquier inconsistencia, esta Ley prevalecerá sobre cualquier otra<sup>3</sup>.

### **Artículo 3**

#### **Derecho de acceso a la Información pública**

1. Toda persona que solicite Información a cualquier Autoridad Pública que esté comprendida por la presente Ley tendrá los siguientes derechos, sujetos únicamente a las disposiciones del Capítulo IV de esta Ley:

- a) a ser informada si los documentos que contienen la Información solicitada, o de los que se pueda derivar dicha Información, obran o no en poder de la Autoridad Pública;
- b) si dichos Documentos obran en poder de la Autoridad Pública que recibió la solicitud, a que se le comunique dicha Información en forma expedita;
- c) si dichos documentos no se le entregan al solicitante, a apelar la no entrega de la Información;
- d) a realizar solicitudes de Información en forma anónima;
- e) a solicitar Información sin tener que justificar las razones por las cuales se solicita;
- f) a no ser sujeto de cualquier discriminación que pueda basarse en la naturaleza de la solicitud; y
- g) a obtener la Información en forma gratuita o con un costo que no exceda el generado por la reproducción de los Documentos.

2. El solicitante no será sancionado, castigado o procesado por el ejercicio del derecho de acceso a la Información.

---

<sup>2</sup> Comentario: el término “beneficios públicos” debe ser interpretado ampliamente, de tal manera de comprender dentro del término todo beneficio financiero recibido del gobierno.

<sup>3</sup> Comentario: Sin perjuicio de que el ámbito de aplicación la Ley Modelo no contiene una disposición que aplicable a la Información en posesión de empresas privadas que sea necesaria para el ejercicio o protección de los derechos humanos internacionalmente reconocidos, se hace notar que algunos Estados, entre ellos Sudáfrica, han adoptado este enfoque.

3. El Oficial de Información deberá hacer esfuerzos razonables para ayudar al solicitante en relación con la solicitud, responder a la solicitud de forma precisa y completa y, de conformidad con la reglamentación aplicable, facilitar el acceso oportuno a los Documentos en el formato solicitado.

4. El Órgano Garante deberá hacer esfuerzos razonables para ayudar al solicitante en relación con un recurso de apelación interpuesto ante una negativa de divulgación de Información<sup>4</sup>.

#### **Artículo 4** **Interpretación**

1. Toda persona encargada de la interpretación de esta Ley, o de cualquier otra legislación o instrumento normativo que pueda afectar al derecho de acceso a la Información, deberá adoptar la interpretación razonable que garantice la mayor efectividad del este derecho.

2. Cuando varias instituciones tengan competencia sobre el acceso a la Información pública y la protección de datos personales, deberá procurarse su cercana coordinación a efecto de que ambos derechos sean protegidos de manera armónica.

### **CAPÍTULO II**

#### **MEDIDAS PARA PROMOVER LA APERTURA**

#### **Artículo 5** **Transparencia activa**

1. Todo sujeto obligado deberá difundir de manera proactiva la Información clave establecida en la presente Ley, sin que medie una solicitud de esta Información.

2. Todo sujeto obligado deberá permitir el más amplio acceso a dicha Información, de tal forma que permita su interoperabilidad en un formato de datos abiertos,<sup>5</sup> así como determinar las estrategias para la identificación, generación, organización, publicación y difusión de dicha Información, a fin de permitir su fácil reutilización<sup>6</sup> por parte de la sociedad.

3. Compete al órgano garante:

- a) fiscalizar periódicamente que los sujetos obligados implementen plenamente estas obligaciones;
- b) diseñar políticas que faciliten la coordinación de los esfuerzos y las tareas que realizan los sujetos obligados a efectos de dar cumplimiento a sus obligaciones de transparencia activa<sup>7</sup>;
- c) emitir los lineamientos técnicos que considere oportunos para establecer formatos de publicación de la Información que faciliten la debida homologación de la misma, y aseguren que dicha Información sea veraz, confiable, oportuna, congruente, integral, actualizada, accesible, comprensible y verificable, y que cumpla con el principio de no discriminación;

---

<sup>4</sup> Comentario: para dar cumplimiento a esta obligación, se considera buena práctica poner a disposición de los solicitantes que lo requieran un servicio de asesoría legal gratuita durante el procedimiento administrativo o judicial de acceso a la Información pública.

<sup>5</sup> Comentario: Por “datos abiertos” se entiende aquellos que pueden ser utilizados, reutilizados y redistribuidos. Estos deben encontrarse en formato libre y sin restricciones con el fin de que se puedan crear servicios derivados de los mismos.

<sup>6</sup> Comentario: La reutilización de la Información tiene como objetivo que ésta sea compartida entre un mayor número de personas utilizando todos los medios disponibles incluyendo, entre otros, la página de internet, radiodifusión, televisión e imprenta.

<sup>7</sup> Comentario: El órgano garante debe verificar que la Información desclasificada pase a ser sujeta a transparencia activa.

- d) establecer los criterios y protocolos para dar de baja Información clave, asegurando en todo caso que el acceso al historial de dicha Información siga disponible a través de otros mecanismos; y
- e) establecer las sanciones administrativas correspondientes al responsable de la unidad administrativa del sujeto obligado ante el incumplimiento de estas obligaciones.

### **Artículo 6**

#### **Clases de Información clave sujetas a difusión proactiva**

1. Las clases de Información clave sujetas a difusión de manera proactiva<sup>8</sup> por un sujeto obligado son las siguientes:

**A. Información general sobre el sujeto obligado, incluyendo:**

- a) descripción detallada de los servicios que brinda directamente al público, incluyendo Información sobre sus normas y protocolos de atención, así como los trámites a seguir y los formatos a utilizar para la obtención de dichos servicios;
- b) descripción de su estructura orgánica, de la ubicación de sus departamentos y oficinas, y horas de atención al público;
- c) programas estratégicos y planes de trabajo, de ser el caso, así como los resultados, productos e impactos obtenidos en el cumplimiento de sus labores;
- d) cuadro de clasificación archivística y el catálogo de disposición documental o instrumentos análogos;
- e) descripción sencilla pero completa de los procedimientos que deben seguirse para formular solicitudes de Información y apelaciones, así como denuncias con relación a acciones u omisiones del sujeto obligado;
- f) Información relevante sobre el contenido de sus esquemas de publicación;
- g) todas las leyes, reglamentos, resoluciones, políticas, lineamientos, manuales u otros documentos que contengan interpretaciones, prácticas o precedentes sobre el desempeño del sujeto obligado en el cumplimiento de sus funciones y que afecten al público en general;
- h) informes que por disposición legal generen en cumplimiento de sus facultades, competencias o funciones, con la mayor desagregación posible;
- i) descripción de sus mecanismos internos y externos de supervisión, de reporte y de monitoreo, así como sus códigos de gobernabilidad y el contenido de los informes de auditoría;
- j) índice de la Información clasificada como reservada, así como Información sobre el área responsable de la misma;
- k) índice de la Información clasificada como confidencial; y
- l) índice de la Información que haya sido recientemente desclasificada.

**B. Información sobre los funcionarios públicos<sup>9</sup>**

- a) Información sobre el número total de funcionarios, sus nombres, los cargos que desempeñan y su jerarquía, así como sus funciones y deberes, todo ello desagregado por género y otras categorías pertinentes a la función del sujeto obligado, en particular con relación a los cargos de mayor jerarquía;

---

<sup>8</sup> Comentario: La publicación de esta Información debe ser organizada por temas, en orden secuencial o cronológico, sin agrupar, generalizar o modificar los conceptos, de tal manera que las personas puedan ser informadas correctamente y sin confusiones.

<sup>9</sup> Comentario: El siguiente apartado se aplica a todo funcionario público, entendido como aquel que recibe Fondos Públicos por sus servicios, independientemente de su forma de contratación e incluye asesores y consultores.

- b) descripción detallada de las facultades y deberes de los funcionarios de más alto rango, así como los procedimientos que siguen para la adopción de decisiones;
- c) escalas salariales correspondientes a todas las categorías de funcionarios, incluyendo todos los componentes y subcomponentes del salario, actualizadas cada vez que se realicen reclasificaciones de puestos, aumentos de salarios o variaciones en la forma de pago;
- d) salarios, incluidos los bonos, primas de riesgo, compensaciones en dinero o especie, y todo otro ingreso por cualquier concepto<sup>10</sup>, incluyendo Información sobre la brecha salarial existente entre géneros;
- e) gastos de representación y viáticos percibidos;
- f) declaraciones juradas de intereses y patrimoniales, o sus equivalentes;
- g) nombres de los funcionarios que son beneficiados con licencias, permisos y concesiones en general;
- h) mecanismos de evaluación de los Altos Funcionarios;
- i) agendas<sup>11</sup> de los funcionarios públicos que tienen contacto con el público;
- j) convocatorias para ocupar cargos públicos y consultorías
- k) descripción de los procedimientos de selección y contratación de personal, independientemente de la forma de contrato, así como el resultado de dichos procesos.
- l) listado de personas físicas o jurídicas a las que, por cualquier motivo, se les permita usar recursos públicos o realicen actos de autoridad, los montos que utilizan, las convocatorias y criterios de selección de las mismas, así como los informes que dichas personas entreguen sobre el uso y el destino de esos recursos.
- m) listado de funcionarios públicos que hayan sido objeto de sanciones administrativas firmes y/o definitivas, especificando la causa de la sanción y las disposiciones en las que se basó la sanción.

#### C. Información Financiera

- a) presupuesto y planes de gasto correspondientes al año fiscal en curso, así como las 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.
- b) estados de cuenta al cierre del ejercicio correspondiente a años anteriores.
- c) descripción de las políticas, lineamientos y procedimientos en materia de adquisiciones, así como los contratos otorgados<sup>12</sup>.
- d) Información sobre los proyectos de obra pública y sobre aquellos que utilicen fondos públicos, generada durante las etapas de planificación, adjudicación, contratación, ejecución, supervisión, y liquidación, así como la evaluación de los resultados correspondientes.
- e) Información sobre los beneficiarios de la exención de impuestos o de incentivos fiscales.
- f) estudios, análisis, estadísticas y otros documentos análogos producidos con financiamiento proveniente de recursos públicos.
- g) reglas de gestión financiera y mecanismos de control.
- h) informes de auditoría y otros, elaborados por los órganos responsables de la supervisión de los aspectos financieros, que incluyan los principales indicadores de desempeño sobre la

---

<sup>10</sup> Comentario: Las donaciones que puedan recibir los servidores públicos deberían quedar registradas.

<sup>11</sup> Comentario: Se debe divulgar la Información relativa a las reuniones privadas en las que participen los servidores públicos, ya sea que estas tengan por objeto el cabildeo (lobby), la gestión de intereses particulares respecto de las decisiones que tomen o cualquier otro carácter.

<sup>12</sup> Comentario: Para dar cumplimiento con esta obligación, los sujetos obligados pueden hacer uso de la “Recomendación del Consejo de la OCDE para Combatir la Colusión en la Contratación Pública”.

ejecución del presupuesto, así como un resumen de las secciones clasificadas cuando corresponda.

- i) montos destinados a gastos de cualquier tipo de programas o campañas de comunicación social y publicidad oficial, desglosando tipo de medio, proveedores, número de contrato y concepto.
- j) un listado de las empresas y personas que hayan incumplido contratos con el sujeto obligado.
- k) Información sobre todas las erogaciones del sujeto obligado destinadas a publicitar, promover, explicar o defender una política o decisión.

**D. Mecanismos de Participación Ciudadana**

- a) descripción de los mecanismos o procedimientos generales de participación ciudadana; de las formas de participación ciudadana con carácter vinculante y de gobierno abierto; y de los mecanismos de control social, contraloría social, veeduría social o similares, orientados a promover la participación ciudadana en la rendición de cuentas y el combate a la corrupción, tanto de los sujetos obligados como de los órganos garantes.
- b) descripción de los resultados del uso e implementación de dichos mecanismos o procedimientos desagregados por género y edad.
- c) repositorio de todas las solicitudes de Información recibidas, así como las respuestas otorgadas a las mismas. Para ello, los sujetos obligados deberán crear, publicar y mantener en su sitio *web* así como en el área de recepción de todas sus oficinas con acceso al público, un registro de solicitudes y divulgación de todos los documentos divulgados en respuesta a solicitudes realizadas de conformidad con la presente Ley.
- d) resumen de todas las apelaciones, denuncias u otras acciones interpuestas por las personas.

**E. Necesidades de Grupos Específicos**

- a) Información relevante y necesaria para promover una mayor equidad de género<sup>13</sup>, como por ejemplo, el cálculo de la brecha salarial, la Información sobre programas existentes que benefician a las mujeres, estadísticas o indicadores con relación a la inclusión laboral, la salud, entre otros.
- b) Información relevante y necesaria sobre los programas sociales destinados a atender las necesidades de otros 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.
- c) Información detallada sobre los indicadores de progreso y estadísticas que permitan verificar el cumplimiento en la implementación de la equidad de género, así como en la atención de las necesidades de otros grupos específicos de la sociedad, incluyendo el impacto generado para dichos grupos.
- d) lista de subsidios otorgados a dichos sectores de la sociedad, desagregados por grupo.
- e) otros indicadores relacionados con temas de impacto social que conforme a sus funciones deba diseminar.
- f) Información sobre los estándares de protección de derechos humanos contenidos en tratados internacionales, así como recomendaciones, informes o resoluciones emitidas por los órganos públicos del Estado u organismos internacionales en esta materia de derechos humanos y las acciones que han llevado a cabo para su implementación.

---

<sup>13</sup> Comentario: Un insumo importante para dar cumplimiento a esta obligación podría ser el “Estudio de Diagnóstico y Metodología para la Incorporación de la Perspectiva de Género en las Políticas de Transparencia y Acceso a la Información en América Latina” elaborado por la Red de Transparencia y Acceso a la Información (RTA).

## **Artículo 7**

### **Responsabilidades del sujeto obligado con relación a la transparencia activa**

1. El sujeto obligado debe asegurarse de poner a disposición de las personas que no tienen acceso a internet un espacio físico con equipos de computación y la asistencia de personal calificado que faciliten a dichas personas el acceso a la Información que se encuentra bajo su posesión, custodia o control.
2. Cada sujeto obligado deberá nombrar un Oficial de Información, el cual será responsable de cumplir con las obligaciones de transparencia activa atendiendo a los principios de gratuidad, no discriminación, oportunidad, accesibilidad e integridad<sup>14</sup>.
3. El Oficial de Información deberá asegurarse de que la Información divulgada en los sitios web sea procesable y esté en formato seleccionable<sup>15</sup>, es decir, que permita la copia de datos de forma electrónica para su posterior uso o procesamiento.
4. El Oficial de Información deberá asegurarse que toda la Información que se publica vaya acompañada de la fecha de su última actualización.
5. El Oficial de Información deberá asegurar la actualización, por lo menos cada [tres meses] salvo que otra disposición establezca un plazo distinto, de la Información clave que publica el sujeto obligado, tomando en consideración los ciclos de producción de la Información.
6. El Oficial de Información deberá asegurar la creación y archivo, de forma anual, de una imagen digital de la página web que contenga toda la Información clave y aquella establecida en el esquema de publicación.

## **Artículo 8**

### **Esquemas de publicación**

1. Además de la Información clave establecida en el Artículo 6, todo sujeto obligado podrá diseñar, adoptar e implementar un esquema de publicación que contenga Información en su posesión, control o custodia a ser difundida de manera proactiva sin que medie solicitud específica.
2. Al diseñar e implementar su esquema de publicación, el sujeto obligado deberá tomar en consideración la necesidad de:
  - a) atender las necesidades más relevantes de conocimiento útil por parte de los ciudadanos sobre esa Información;
  - b) minimizar la necesidad de que los individuos presenten solicitudes con relación a la misma;
  - c) fomentar la gradualidad en la inclusión de la Información, la actualización periódica de estos esquemas, y su no regresión mediante el uso de indicadores de progreso; y

---

<sup>14</sup> Comentario: Por “principio de gratuidad” se entiende que la obtención y consulta de la Información sean libres de costo, pagando los solicitantes únicamente, de ser el caso, el valor de los materiales utilizados o el costo del envío.

Por “principio de no discriminación” se entiende que no deben existir barreras al acceso a la Información por todos o algunos de los motivos establecidos en la Convención Interamericana contra Todas las Formas de Discriminación e Intolerancia adoptada en 2013 por la OEA.

Por “principio de oportunidad” se entiende aquel por el cual la Información debe ser suministrada en el menor tiempo posible, evitando dilaciones indebidas, y a través de procedimientos simples y expeditos.

Por “los principios de accesibilidad e integridad” se entiende que la Información entregada debe ser completa, comprensible, útil, fidedigna, veraz y estar disponible en formatos accesibles a través de un sistema de búsqueda simple y eficaz.

<sup>15</sup> Comentario: Por “formato seleccionable” se entiende aquel formato libre que permite que la Información sea reutilizada.

- d) promover la igualdad de oportunidades para todos los sectores de la población, a través de la inclusión en los esquemas de publicación de Información que sea útil y relevante a sus intereses y necesidades particulares, entre otros, de los menores de edad, las mujeres, los adultos mayores, el colectivo afro-descendiente, el colectivo LGBTI, y los miembros de las comunidades indígenas, así como de las personas con discapacidad, garantizando a estas últimas la provisión de los ajustes razonables con relación a los mecanismos de accesibilidad.

3. Los sujetos obligados informarán al Órgano Garante sobre sus propuestas de esquemas de publicación para que si lo estima oportuno, formule las recomendaciones del caso, mismas que tendrán carácter vinculante. Los esquemas de publicación deberán ser actualizados de manera gradual y permanente.

4. Es competencia del Órgano Garante determinar si la Información contenida en los esquemas de publicación está o no sujeta al régimen de excepciones.

5. El Órgano Garante podrá aprobar esquemas de publicación modelo para determinados sujetos obligados con el fin de armonizar dichos esquemas, sin perjuicio de tomar en consideración las características y necesidades particulares de los mismos.

#### **Artículo 9**

##### **Otras leyes y mecanismos**

1. La presente Ley no afectará el ejercicio de otra normativa que:

- a) requiera que la Información contenida en Documentos en posesión, custodia o control del sujeto obligado esté a disposición del público;
- b) permita el acceso de todas las personas a los Documentos en posesión, custodia o control del sujeto obligado; y
- c) requiera la publicación de Información sobre las operaciones del sujeto obligado.

2. Cuando cualquier persona solicite Información al amparo de dicha ley o acto administrativo, dicha solicitud deberá ser procesada de manera igualmente favorable como si la hubiese realizado bajo esta Ley.

#### **Artículo 10**

##### **Información divulgada con anterioridad**

1. Los sujetos obligados deberán garantizar y facilitar a los solicitantes, de la manera más sencilla posible el acceso a todos los documentos previamente divulgados.

2. Las solicitudes de Información contenidas en los registros de solicitudes y divulgaciones deberán publicarse a la mayor brevedad cuando dicha Información esté en formato electrónico. De no ser así, se publicará a más tardar a los [tres] días hábiles a partir de la presentación de una solicitud.

3. Cuando la respuesta a una solicitud se haya entregado en formato electrónico, ésta deberá hacerse pública inmediatamente en la página web del sujeto obligado.

4. En caso de que por segunda vez se solicite la misma Información, ésta deberá hacerse pública de manera proactiva en la página web del sujeto obligado, con independencia del formato en que se encuentre.

### **CAPÍTULO III**

#### **ACCESO A LA INFORMACIÓN QUE OBRA EN PODER DE LAS AUTORIDADES PÚBLICAS**

##### **Artículo 11 Solicitud de Información**

1. La solicitud de Información puede ser presentada por escrito, por vía electrónica, verbalmente en persona, por teléfono o por cualquier otro medio análogo, con el Oficial de Información correspondiente. En todos los casos, la solicitud deberá ser debidamente registrada conforme a lo dispuesto por el Artículo 11.2 de la presente Ley.

2. Salvo que la Información pueda ser entregada de manera inmediata, toda solicitud de Información deberá ser registrada y se le deberá asignar un número para su debido seguimiento, el cual deberá ser proporcionado al solicitante junto con la Información de contacto del Oficial de Información encargado de procesar esta solicitud.

3. No deberá haber costo alguno para la presentación de una solicitud.

4. Las solicitudes de Información deberán registrarse en el orden en el que sean recibidas y ser atendidas en una forma justa y sin discriminación alguna.

##### **Artículo 12 Requisitos de la solicitud de Información**

1. Una solicitud de Información deberá contener los siguientes datos:

- a) datos de contacto para recibir notificaciones así como la Información solicitada;
- b) descripción suficientemente precisa de la Información solicitada, para permitir que ésta sea ubicada; y
- c) forma preferida de entrega de la Información solicitada.

2. En caso de que no se haya indicado la preferencia en la forma de entrega, la Información solicitada deberá entregarse de la manera más eficiente y que suponga el menor costo posible para la Autoridad Pública<sup>16</sup>.

##### **Artículo 13 Interpretación de la solicitud de Información**

1. La Autoridad Pública que reciba una solicitud deberá realizar una interpretación razonable acerca del alcance y la naturaleza de la misma.

2. En caso que la Autoridad Pública tenga dudas acerca del alcance o naturaleza de la Información solicitada, deberá ponerse en contacto con el solicitante para que aclare la solicitud. La Autoridad Pública tiene la obligación de asistir al solicitante en relación con su solicitud y de responder a ella en forma precisa y completa.

---

<sup>16</sup> Comentario: El solicitante no necesita dar su nombre en la solicitud de Información. Sin embargo, en la medida en que la solicitud se refiera a Información personal, será necesario incluir el nombre del solicitante.

#### **Artículo 14**

##### **Transmisión de solicitud de Información**

1. En caso de que la Autoridad Pública determine, de manera razonable, que no le corresponde la responsabilidad de contestar a una solicitud de información, deberá, a la brevedad posible y en todo caso dentro de un plazo no mayor a [cinco] días hábiles, remitir dicha solicitud a la Autoridad Pública competente para dar trámite a la solicitud y notificar al solicitante que ésta ha sido remitida a otra Autoridad Pública a fin de ser atendida.

3. La Autoridad Pública a la cual haya sido remitida la solicitud deberá proporcionar al solicitante sus datos de contacto para que éste pueda darle el debido seguimiento a su solicitud<sup>17</sup>.

#### **Artículo 15**

##### **Notificación a terceros interesados**

Las terceras partes interesadas deberán ser informadas de la existencia de una solicitud de Información en un período de [5] días desde la recepción de la misma y contarán con un plazo de [10] días para manifestar lo que a su derecho corresponda ante la Autoridad Pública que recibió la solicitud. En esta comunicación escrita, el tercero interesado podrá:

- a) consentir en que se conceda el acceso de la Información solicitada; o
- b) señalar las razones por las cuales la Información no debería hacerse pública.

#### **Artículo 16**

##### **Costos de reproducción**

1. El solicitante sólo deberá pagar el costo de reproducción de la Información solicitada y, de ser el caso, el costo de envío, si así lo hubiese requerido. El envío de Información de manera electrónica no podrá tener ningún costo.

2. El costo de reproducción no podrá exceder el valor del material en el que se reprodujo la Información solicitada; el costo del envío no deberá exceder el costo que éste pudiera tener en el mercado. El costo de mercado, para este propósito, deberá ser establecido periódicamente por el Órgano Garante.

3. Las Autoridades Públicas podrán entregar la Información de forma totalmente gratuita, incluyendo costos de reproducción y envío, a cualquier solicitante que tenga ingresos anuales menores al monto establecido por el Órgano Garante.

4. El Órgano Garante establecerá normas adicionales con relación a los costos, que podrán incluir la posibilidad de que cierta Información sea entregada sin costo cuando se trate de casos de interés público, o la posibilidad de establecer un número mínimo de páginas que se entreguen sin costo alguno.

#### **Artículo 17**

##### **Exhibición de Documentos**

La Autoridad Pública facilitará el acceso a los Documentos mediante la exhibición de los originales en instalaciones adecuadas para tales propósitos.

---

<sup>17</sup> ALTERNATIVA: En caso que la Autoridad Pública que recibió la solicitud determine razonablemente que no es la autoridad competente para contestar dicha solicitud, deberá, dentro de los [cinco] días hábiles posteriores a la recepción de la solicitud, indicar al solicitante cuál es la autoridad correspondiente.

## **Artículo 18**

### **Oficial de Información**

1. El titular de la Autoridad Pública responsable de responder las solicitudes de Información deberá designar un Oficial de Información. Éste será el encargado de implementar la Ley en dicha Autoridad Pública. Los datos de contacto de cada Oficial de Información deberán publicarse en la página web de la Autoridad Pública y ser fácilmente obtenidas por el público.

2. El Oficial de Información tendrá, además de las obligaciones específicamente establecidas en otras secciones de esta Ley, las siguientes:

- a) promover dentro de la Autoridad Pública las mejores prácticas en relación con el mantenimiento, archivo y eliminación de Documentos; y
- b) ser el contacto central en la Autoridad Pública para la recepción de solicitudes de Información, la asistencia a los individuos que solicitan Información y la recepción de denuncias sobre la actuación de la Autoridad Pública en lo referente a la divulgación de Información.

## **Artículo 19**

### **Búsqueda de Documentos**

Tras el recibo de una solicitud de Información, la Autoridad Pública que reciba la solicitud tendrá que emprender una búsqueda razonable de los Documentos necesarios para responder a la solicitud.

## **Artículo 20**

### **Mantenimiento de Documentos**

El/la [autoridad responsable de archivos] deberá elaborar, en coordinación con el Órgano Garante, un sistema de mantenimiento de Documentos que será vinculante para toda Autoridad Pública.

## **Artículo 21**

### **Información extraviada**

Cuando una Autoridad Pública no esté en posibilidades de localizar la Información necesaria para responder a una solicitud y se establezca que dicha Información debería existir en sus archivos, deberá hacer un esfuerzo razonable para obtener la Información extraviada a fin de entregarla al solicitante.

## **Artículo 22**

### **Período de respuesta**

1. Toda Autoridad Pública deberá responder a una solicitud de Información lo antes posible y, como máximo, dentro de [veinte] días hábiles contados a partir de su recepción.

2. Cuando una solicitud haya sido transferida de una Autoridad Pública a otra, la fecha de recibo será aquella en la que la Autoridad Pública competente para responder haya recibido la solicitud. En ningún caso deberá esa fecha exceder los [diez] días hábiles a partir de la recepción inicial de la solicitud por una Autoridad Pública con competencia para recibir solicitudes de Información.

## **Artículo 23**

### **Prórroga**

1. Cuando una solicitud de Información requiera la búsqueda o revisión de un gran número de Documentos, una búsqueda en oficinas físicamente separadas de aquella que recibió la solicitud, o bien amerite consultas con otras Autoridades Públicas antes de alcanzar una decisión con respecto a la divulgación de la Información, la Autoridad Pública que tramita la solicitud podrá prorrogar el plazo para darle respuesta por un período de hasta [veinte] días hábiles adicionales.

2. En caso que la Autoridad Pública no pueda dar respuesta dentro del periodo de [veinte] días hábiles o, si se cumplen con las condiciones del Párrafo 1, en [cuarenta] días hábiles, la falta de respuesta de la Autoridad Pública se entenderá como un rechazo a la solicitud.

3. En casos excepcionales, cuando la solicitud comprenda un volumen significativo de Información, la Autoridad Pública podrá solicitar al Órgano Garante el establecimiento de un plazo mayor a los [cuarenta] días hábiles para responder a la solicitud.

4. Cuando una Autoridad Pública no cumpla con los plazos establecidos en este Artículo, la Información se entregará sin costo. Asimismo, la autoridad que no cumpla con los referidos plazos deberá obtener la aprobación previa del Órgano Garante para negarse a divulgar Información o para realizar una divulgación parcial de Información.

5. La notificación a terceras personas no eximirá a las Autoridades Públicas de cumplir con los plazos establecidos en esta Ley para responder una solicitud.

## **Artículo 24**

### **Avisos al solicitante**

1. Cuando la Autoridad Pública considere razonablemente que una solicitud tendrá costos de reproducción superiores a los establecidos por el Órgano Garante o que requerirá más de [veinte] días hábiles para responder, podrá informarlo al solicitante con el fin de darle la oportunidad de reducir o modificar el alcance de su solicitud.

2. Las autoridades públicas deberán garantizar el acceso a la Información en la forma solicitada a menos que:

- a) se pueda dañar el Documento;
- b) se violen derechos de autor que no pertenezcan a la Autoridad Pública; o
- c) ello no sea viable debido a la necesidad de excluir o tachar cierta Información contenida en el Documento, de conformidad con el Capítulo IV de esta Ley.

3. Cuando se solicite Información en formato electrónico que ya esté disponible al público en internet, la Autoridad Pública podrá dar por satisfecha la solicitud indicando al solicitante la dirección URL de manera exacta.

4. Cuando el solicitante pida recibir la Información en un formato no electrónico, la Autoridad Pública no podrá responder a dicha solicitud haciendo referencia a la dirección URL.

5. Cuando la Información se entregue al solicitante, éste deberá ser notificado e informado sobre cualquier costo o acción necesaria para acceder a la Información.

6. En caso de que no se entregue al solicitante la totalidad o una parte de la Información solicitada, por estar comprendida dentro del régimen de excepciones del Capítulo IV de esta Ley, la Autoridad Pública deberá dar a conocer al solicitante:

- a) un estimado razonable del volumen de material que se considera reservado;
- b) una descripción específica de las disposiciones de esta Ley empleadas para la reserva; y
- c) su derecho a interponer una apelación.

## CAPÍTULO IV

### RÉGIMEN DE EXCEPCIONES

#### Artículo 25

#### Excepciones a la divulgación

Los sujetos obligados pueden negar el acceso a la Información pública únicamente bajo los supuestos contemplados en el presente capítulo y bajo las siguientes categorías<sup>18</sup> de Información:

- a) Información reservada: comprende a aquella Información pública que se excluye temporalmente del conocimiento de las personas por existir un riesgo claro, probable y específico de daño a intereses públicos conforme a los requisitos contemplados en esta Ley;
- b) Información confidencial: comprende aquella Información privada en poder de sujetos obligados cuyo acceso público se prohíbe por mandato constitucional o legal en razón de un interés personal jurídicamente protegido.

#### Artículo 26

#### Supremacía del interés público

Ningún sujeto obligado puede negarse a indicar si un Documento obra o no en su poder o negar la divulgación de un Documento, de conformidad con las excepciones contenidas en los artículos 32 y 33 de esta Ley, salvo que el daño causado al interés protegido sea mayor al interés público<sup>19</sup> de obtener acceso a la Información<sup>20</sup>.

#### Artículo 27

#### Derechos humanos

1. Las excepciones contenidas en el artículo 33 no podrán aplicarse en casos de violaciones graves de derechos humanos<sup>21</sup> o de delitos contra la humanidad.
2. 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.
3. La autoridad competente deberá proteger el derecho de privacidad de las víctimas y empleará los medios que considere necesarios para ello, por ejemplo, el uso de la tacha u otro mecanismo similar.
4. La Información relacionada con violaciones de los derechos humanos está sujeta a una alta presunción de divulgación, y en ningún caso podrá ser clasificada invocando razones de seguridad nacional<sup>22</sup>.

---

<sup>18</sup> Comentario: El listado de excepciones debe ser taxativo y no incorporar ninguna cláusula que extienda estas categorías a “todas las demás que establezca la legislación”.

<sup>19</sup> Comentario: “Información de interés público” se refiere a la Información que resulta relevante o beneficiosa para la sociedad y no simplemente de interés individual, cuya divulgación resulta útil para que el público comprenda las actividades que llevan a cabo los sujetos obligados, tales como Información referente a la salud pública, medio ambiente, seguridad pública, asuntos socioeconómicos y políticos y transparencia en la gestión pública. Esta definición retoma los elementos de la sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *SIOUTIS v. GREECE*.

<sup>20</sup> Comentario: Con base en el principio de no regresión de la Información pública, si un determinado dato o Información de interés público, ya ha sido divulgado en un formato específico, su publicación no puede detenerse o interrumpirse por la toma de una decisión política.

<sup>21</sup> Comentario: Esta connotación puede ampliarse a efecto de abarcar casos en donde aún no se haya determinado la violación, pero exista una fundada presunción o haya peligro inminente de que suceda.

5. En los Estados sometidos a procesos de justicia transicional, en los que se garanticen la verdad, justicia, reparación y existan garantías de no repetición se debe proteger y preservar la integridad de todos los Documentos que contengan dicha Información y publicarlas inmediatamente<sup>23</sup>.

### **Artículo 28**

#### **Actos de corrupción**

1. Las excepciones contenidas en los artículos 32 y 33 no podrán ser invocadas cuando se trate de Información relacionada con actos de corrupción de funcionarios públicos, según los definan las leyes vigentes y de acuerdo con la Convención Interamericana contra la Corrupción.

2. En estos casos, la autoridad competente para calificar la Información como relacionada con actos de corrupción será [el Órgano Garante] a petición de los sujetos obligados o de cualquier persona.

### **Artículo 29**

#### **Responsable de la clasificación**

1. La [autoridad máxima del sujeto obligado] será la responsable de clasificar la Información, salvo los supuestos contemplados en los artículos 32 y 33<sup>24</sup>.

2. Únicamente los funcionarios específicamente autorizados o designados podrán clasificar Información. Cuando un funcionario sin esta potestad considere que cierta Información debería tener carácter clasificado, ésta podrá ser considerada como clasificada durante un período breve que no supere [5] días hábiles, hasta tanto el funcionario designado haya revisado la recomendación sobre la clasificación.

3. La identidad de la persona responsable de una decisión sobre clasificación deberá ser localizable o indicada en el Documento, a fin de garantizar una adecuada rendición de cuentas.

4. Los funcionarios públicos designados por la ley podrán delegar su potestad original de clasificación a la menor cantidad de subordinados jerárquicos que resulte viable desde el punto de vista administrativo<sup>25</sup>.

### **Artículo 30**

#### **Clasificaciones genéricas**

1. La clasificación de la Información es una operación individual y casuística, por lo que los sujetos obligados no deberán realizar clasificaciones genéricas mediante ley, decreto, acuerdo o cualquier otra figura análoga.

2. En ningún caso se podrá clasificar Información antes que ésta haya sido generada.

<sup>22</sup> Comentario: Se pretende con este artículo promover la rendición de cuentas por estas violaciones, brindando a la víctima oportunidades de acceder a una reparación efectiva.

<sup>23</sup> Comentario: 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.

<sup>24</sup> Comentario: Una buena práctica es la creación de comités de transparencia, los cuales podrían estar integrados por el Oficial de Información, los encargados de la unidad de gestión documental y el órgano de control interno. Esos comités sesionan periódicamente y entre sus facultades está la clasificación de la Información.

<sup>25</sup> Comentario: Se considera buena práctica publicar Información sobre la cantidad de personas que tienen potestad para clasificar la Información, y la cantidad de personas que tienen acceso a Información clasificada.

### Artículo 31

#### Facultad para desclasificar

El Órgano Garante está facultado para ordenar la desclasificación de aquella Información que deje de cumplir los requisitos contemplados en esta Ley.

### Artículo 32

#### Información confidencial

1. Los sujetos obligados pueden negar el acceso a la Información pública cuando su divulgación pudiese dañar los siguientes intereses privados:

- a) el derecho a la privacidad, incluyendo privacidad relacionada a la vida, la salud o la seguridad, así como el derecho al honor y la propia imagen;
- b) los datos personales<sup>26</sup> cuya difusión requiera el consentimiento de sus titulares;
- c) los intereses comerciales y económicos legítimos<sup>27</sup>; y
- d) las patentes, derechos de autor y secretos comerciales.

La esfera de privacidad de los servidores públicos<sup>28</sup> su disminuye según su grado de responsabilidad. En consecuencia, los servidores públicos encargados de la toma de decisiones tendrán una menor esfera de privacidad. En caso de colisión, prevalecerá el interés público.

2. Las excepciones del párrafo anterior no deberán aplicarse cuando:

- a) el individuo haya consentido expresamente la divulgación de sus datos personales;
- b) las circunstancias del caso muestren con claridad que la Información fue entregada al sujeto obligado como parte de aquella Información que debe estar sujeta al régimen de publicidad;
- c) la Información se encuentre en registros públicos o fuentes de acceso público;
- d) la Información tenga el carácter de pública de acuerdo con la presente Ley;
- e) exista una orden judicial [que la solicite] o/y [que autorice su publicación];
- f) por razones de seguridad nacional y salubridad general, se requiera su publicación;
- g) el Órgano Garante haya ordenado su desclasificación y divulgación; y
- h) se transmita entre sujetos obligados y entre éstos y los sujetos de derecho internacional, en términos de los tratados y los acuerdos interinstitucionales, siempre y cuando la Información se utilice para el ejercicio de facultades propias de los mismos.

3. Estas excepciones no tendrán aplicación con respecto a asuntos relacionados con las funciones de los funcionarios públicos, o bien cuando hayan transcurrido más de [20] años desde la defunción del individuo en cuestión.

4. Los titulares de los sujetos obligados deberán tener conocimiento y mantener un registro de los servidores públicos que por la naturaleza de sus atribuciones, tengan acceso a los expedientes y Documentos clasificados como confidenciales. Asimismo, deberán asegurarse de que dichos

---

<sup>26</sup> Comentario: los Sujetos Obligados deberán divulgar la Información respetando lo dispuesto en la Declaración de Principios de Privacidad y Protección de Datos Personales en las Américas, adoptado por el Comité Jurídico Interamericano en su octogésimo período ordinario de sesiones, mediante la resolución CJI/RES. 186 (LXXX/O-12).

<sup>27</sup> Comentario: En casos donde la Información sobre intereses comerciales y económicos legítimos haya sido proporcionada al sujeto obligado de manera confidencial, dicha Información deberá permanecer exenta de divulgación.

<sup>28</sup> Comentario: los datos personales de los servidores públicos son públicos en la medida que se trate de datos relacionados o relativos para el ejercicio del cargo o que sean inherentes al servicio público prestado.

servidores públicos tengan conocimiento de su responsabilidad en el tratamiento de Información clasificada.

5. La Información confidencial tendrá tal carácter de manera indefinida, salvo que se produzca su desclasificación por parte del Órgano Garante, en caso de tratarse de datos personales y medie el consentimiento del titular o cuando la ley expresamente lo determine.

6. Una vez clasificada la Información, el Órgano Garante tendrá la competencia y la facultad indelegable de verificar si la Información cumple con los requisitos de clasificación. Para dar cumplimiento a esta atribución podrá tener a la vista la Información.

### **Artículo 33**

#### **Información reservada**

1. Los sujetos obligados pueden negar el acceso a la Información pública ante el riesgo claro, probable y específico de un daño significativo. Se considera Información reservada aquella que:

- a) perturbe la futura provisión libre y franca de asesoramiento dentro de y entre los sujetos obligados;
- b) pueda menoscabar la conducción de las negociaciones y relaciones internacionales;
- c) ponga en riesgo la vida, la dignidad humana, la seguridad o la salud de cualquier persona;
- d) contenga opiniones o recomendaciones que formen parte del proceso deliberativo de los servidores públicos, en tanto no sea adoptada la decisión definitiva;
- e) afecte derechos del debido proceso o vulnere la conducción de los expedientes judiciales o de los procedimientos administrativos, en tanto no causen estado;
- f) comprometa la habilidad del Estado para manejar la economía en caso de emergencia económica decretada por ley; y
- g) cause un serio perjuicio a las actividades de verificación, inspección, auditoría<sup>29</sup>, investigación<sup>30</sup>, prevención o persecución de delitos.

2. Las excepciones contenidas en los literales a) y g) no deberán aplicarse a hechos, análisis de hechos, informaciones técnicas y estadísticas.

3. La excepción del literal g) no deberá aplicarse a los resultados de un examen o de una auditoría en particular, una vez que éstos hayan concluido.

4. Los sujetos obligados pueden negar el acceso a la Información pública cuando permitirlo constituyere una violación de las comunicaciones oficiales restringidas, incluida la Información jurídica que deba ser considerada privilegiada.

5. Cuando un documento contenga partes que deben clasificarse como reservadas, el sujeto obligado deberá elaborar versiones públicas, tachando aquello que no sea pertinente proporcionar.

### **Artículo 34**

#### **Defensa y seguridad nacional**

1. Los poderes judicial y legislativo, los jefes de Estado y de gobierno, las instituciones supervisoras, los servicios de inteligencia, las fuerzas armadas, policía, y otros cuerpos de seguridad, podrán restringir el derecho del público de acceder a Información cuando existan razones de seguridad nacional, pero únicamente cuando tales restricciones cumplan con todas las demás disposiciones establecidas en esta Ley, y la Información esté comprendida en una de las siguientes categorías:

- a) planes de defensa<sup>31</sup> en curso, operaciones y cuestiones sobre capacidad durante el período en que la Información resulte de utilidad operativa<sup>32</sup>;

---

<sup>29</sup> Comentario: Las auditorías una vez finalizadas constituyen Información clave y su difusión debe ser proactiva, es decir, sin necesidad de contar con solicitudes de Información.

<sup>30</sup> Comentario: La Información sobre investigaciones finalizadas que no sean judicializadas será de acceso público.

- b) producción, capacidades, o uso de los sistemas de armamentos<sup>33</sup> y otros sistemas militares, incluidos los sistemas de comunicaciones<sup>34</sup>;
- c) medidas específicas destinadas a resguardar el territorio del Estado, infraestructura crítica<sup>35</sup> o instituciones nacionales fundamentales (*institutions essentielles*) contra amenazas, uso de la fuerza o sabotaje, cuya efectividad depende de su restricción de divulgación;
- d) operaciones, fuentes y métodos de los servicios de inteligencia, siempre que conciernan a asuntos relativos a la seguridad nacional; y
- e) Información sobre asuntos de seguridad nacional suministrada por un Estado extranjero u organismo intergubernamental con una expectativa expresa de confidencialidad; y otras comunicaciones diplomáticas en tanto tengan que ver con asuntos relativos a la seguridad nacional.

2. Se considera buena práctica que la legislación nacional establezca una lista exclusiva de categorías de Información limitadas, como las categorías anteriores.

### Artículo 35

#### Prueba de daño

1. Al invocar la existencia de una causal de reserva ante una solicitud de Información, el sujeto obligado deberá aplicar la prueba del daño.

2. La prueba de daño debe establecer que la divulgación de la Información solicitada puede generar un daño real, demostrable e identificable<sup>36</sup>.

En la aplicación de dicha prueba, el sujeto obligado deberá acreditar por escrito:

- a) que la divulgación de la Información representa un riesgo real, demostrable e identificable de perjuicio significativo a un bien jurídico o derecho tutelado claramente identificado en una ley. No podrá ser utilizado como justificación un daño o perjuicio hipotético<sup>37</sup>.

<sup>31</sup> Comentario: Los operativos militares que ya hayan sido realizados deben ser revelados a favor de terceros a efecto de velar por el derecho a la verdad. En caso de que esta Información haya sido destruida, la autoridad competente deberá reconstruirla.

<sup>32</sup> Comentario: Debe entenderse que la frase “durante el período en que la Información resulte de utilidad operativa” exige divulgar la Información una vez que ésta ya no suponga revelar datos que podrían ser aprovechados por enemigos para conocer la capacidad de reacción del Estado, sus planes, etc.

<sup>33</sup> Comentario: El que los Estados mantengan y publiquen una lista de control de armamento supone una buena práctica alentada por la Convención Interamericana sobre Transparencia en las Adquisiciones de Armas Convencionales y el Tratado sobre el Comercio de Armas.

<sup>34</sup> Comentario: Dicha Información incluye datos e innovaciones tecnológicas e Información sobre su producción, capacidad o uso. La Información sobre partidas presupuestarias relativas a armamento y otros sistemas militares debería igualmente estar a disposición del público.

<sup>35</sup> Comentario: “Infraestructura crítica” se refiere a recursos estratégicos, activos y sistemas, ya sea físicos o virtuales, de tal importancia para el Estado que su destrucción o incapacidad tendría un impacto debilitador en la seguridad nacional.

<sup>36</sup> Comentario: Los criterios de daño real, demostrable e identificable deben ser entendidos de la siguiente manera:

- daño real: la Información solicitada representa un riesgo real ante el interés público, no podrá ser utilizado como justificación de reserva un daño hipotético;
- daño demostrable: el perjuicio Interés público sería mayor de divulgarse la Información solicitada, que si se restringe el acceso a ella; y
- daño identificable: la entrega de la Información supondría una afectación grave para las partes involucradas en los hechos antes descritos. De igual forma, aquel servidor público que indebidamente quebrante la reserva de las actuaciones o proporcione copia de ellas o de los Documentos que obren en la averiguación, podrá ser sujeto de un procedimiento de responsabilidad administrativa o penal, según corresponda.

- b) que no hay un medio alternativo menos lesivo para el interés público de conocer la Información.
  - c) que el riesgo del perjuicio que supondría la divulgación de la Información supera el interés público de que ésta se difunda.
  - d) que la limitación se adecua al principio de proporcionalidad<sup>38</sup> y representa el medio menos restrictivo disponible para evitar el perjuicio.
  - e) que la restricción no atenta contra la esencia misma del derecho a la Información.
  - f) la concurrencia de los requisitos de temporalidad, legalidad y razonabilidad<sup>39</sup>.
4. El sujeto obligado deberá en todos los casos señalar la disposición legal específica en la que apoya la reserva<sup>40</sup>.

### Artículo 36

#### Prueba de interés público

1. Al invocar la existencia de una causal de confidencialidad ante una solicitud de Información, el sujeto obligado deberá aplicar la prueba del interés público.

2. La prueba de interés público debe realizarse con base en elementos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, cuando exista una colisión de derechos.

Para estos efectos se entenderá por:

- a) idoneidad: la legitimidad del derecho adoptado como preferente. Se requiere que éste sea el adecuado para el logro de un fin constitucionalmente válido o apto para conseguir el fin pretendido;
- b) necesidad: la falta de un medio alternativo menos lesivo a la apertura de la Información, para satisfacer un interés público; y,

<sup>37</sup> Comentario: No basta con que el sujeto obligado argumente la existencia de un riesgo de perjuicio, sino que debe proporcionar las razones específicas y substanciales que respalden sus afirmaciones. La emisión de certificados u otro tipo similar de instrumentos, por parte de un ministro u otro funcionario, no bastan para demostrar la afectación a un bien jurídico.

<sup>38</sup> Comentario: La proporcionalidad debe ser entendida como el equilibrio entre perjuicio y beneficio a favor del interés público, a fin de que la decisión tomada represente un beneficio mayor al perjuicio que podría causar a la población.

<sup>39</sup> Comentario: Los requisitos de temporalidad, legalidad y razonabilidad deben entenderse en el siguiente contexto:

- *temporalidad*: la reserva debe establecerse por un tiempo determinado; por cuanto a que la Información reservada no pierde su naturaleza pública y, consecuentemente, al desaparecer la causal de reserva es necesaria la difusión irrestricta de la Información;
- *legalidad*: el sujeto obligado debe elaborar un análisis del marco legal vigente y demostrar que los límites al ejercicio del derecho de acceso a la Información pública están dirigidos a la protección de derechos de idéntica o superior importancia. Es decir, debe acreditar que la Información solicitada pertenece a alguna de las causales de excepción previstas en la ley.
- *razonabilidad*: No basta con que el sujeto obligado cite normativas que lo habiliten a denegar la Información por considerarla reservada. También es necesario que justifique la adopción de una limitación; fundamente la clasificación. Lo anterior reducirá la arbitrariedad de servidores públicos que tienen la potestad de clasificar Información y evitará denegaciones injustificadas al acceso a la Información.

<sup>40</sup> Comentario: Atendiendo a la carga probatoria que tienen las Autoridades Públicas para reservar Información, es recomendable la adopción de normas (ya sean leyes, reglamentos, lineamientos, guías, acuerdos, etc.), que faciliten y precisen la manera en que se realiza la prueba de daño, ya que por un lado, las Autoridades Públicas contarían con un procedimiento detallado para aplicarla, y por el otro, los particulares tendrían certeza de los elementos que deben estar presentes en la reserva.

- c) proporcionalidad: el equilibrio entre perjuicio y beneficio en favor del interés público protegido, a fin de que la decisión represente un beneficio mayor al perjuicio que la apertura y divulgación de la Información podrían causar a la población.

### **Artículo 37**

#### **Generalidades de la clasificación**

La clasificación podrá hacerse de manera parcial o total de acuerdo al contenido de la Información, y deberá ajustarse a los principios y los supuestos definidos en esta Ley<sup>41</sup>.

### **Artículo 38**

#### **Clasificación de la Información**

1. Las normas y procedimientos que regulen la clasificación de la Información deberán someterse, antes de su adopción, a un proceso de consulta abierta donde las personas tengan la oportunidad de expresar sus propuestas y observaciones.
2. Las normas y procedimientos aprobados para regular la clasificación deben ser ampliamente diseminados.
3. Cuando la Información contenga partes o secciones reservadas o confidenciales, los sujetos obligados, a efecto de atender una solicitud de Información, deberán elaborar una versión pública en la que se tachen las partes o secciones clasificadas, indicando su contenido de manera genérica y fundando y motivando su clasificación.

### **Artículo 39**

#### **Declaratoria de confidencialidad**

1. La clasificación de la Información confidencial se realizará conforme a la prueba de interés público.
2. El carácter confidencial de la Información en poder de los sujetos obligados será declarado mediante un acto administrativo que deberá incluir al menos la siguiente Información: <sup>(1)</sup><sub>(SÉP)</sub>
  - a) fecha del acto administrativo de clasificación: corresponde a aquella en la que se emitió la declaratoria de confidencialidad;
  - b) oficina administrativa: aquella que de acuerdo con el organigrama del sujeto obligado haya generado o posea la Información confidencial;
  - c) Información a clasificar: Información individualizada clasificada como confidencial; indicando el número de expediente, documento, carpeta, oficio, plano, informe, etc;
  - d) personas o instancias autorizadas a acceder a esa Información, preservando el carácter confidencial, en caso que lo hubiere;
  - e) fundamento legal: supuestos del artículo 32 en el que se ampara la clasificación;
  - f) justificación: los sujetos obligados deberán motivar la clasificación que se realice, precisando las razones o circunstancias especiales que los llevaron a concluir que el caso particular encuadra en los supuestos previstos en la Ley; y
  - g) firma del servidor público que autoriza la clasificación: acto de la autoridad máxima del sujeto obligado, de quien actúe por delegación o, en su caso, del Oficial de Información.
3. La Información confidencial<sup>42</sup> deberá estar etiquetada con la leyenda «CONFIDENCIAL<sup>43</sup>», la cual deberá ser puesta en un lugar visible para todo aquél que acceda a la misma.

---

<sup>41</sup> Comentario: los sujetos obligados pueden clasificar únicamente Información que exista, no se puede realizar clasificación previa a la existencia de la Información.

#### **Artículo 40**

##### **Declaratoria de reserva**

1. La clasificación de Información reservada se realizará conforme a un análisis caso por caso, mediante la aplicación de la prueba de daño.
2. Al momento de clasificar la Información deberá emitirse una resolución de declaratoria de reserva, que indique:
  - a) el sujeto obligado que produjo la Información;
  - b) la fecha o el evento al que se refiere la reserva;
  - c) la autoridad que adoptó la decisión de reservar la Información;
  - d) las personas autorizadas a acceder a esa Información;
  - e) distinción entre las partes de la Información que serán sometidas a confidencialidad o reserva y aquellas que están disponibles para acceso del público; y
  - f) el plazo de la reserva.

#### **Artículo 41**

##### **Desclasificación de Información**

La Información clasificada como reservada será pública cuando:

- a) se extingan las causas que dieron origen a su clasificación;
- b) expire el plazo de clasificación;
- c) el Órgano Garante o del poder judicial determinen que existe una causa de interés público que prevalece sobre la reserva de la Información;
- d) la autoridad máxima de la unidad administrativa correspondiente del sujeto obligado considere pertinente la desclasificación, de conformidad con lo señalado en la presente Ley.

#### **Artículo 42**

##### **Actualización del régimen de excepciones**

El Órgano Garante deberá revisar periódicamente la lista de excepciones establecida en la presente Ley y recomendar al Poder Legislativo la exclusión de aquella materia que ya no conserva el carácter de Información reservada o confidencial, o que por otros motivos considere deba ser excluida como causal de reserva o confidencialidad<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> Comentario: Si la declaración de confidencialidad recayera sobre la totalidad del Documento, no hará falta identificar en lo individual sus componentes. Si sólo se clasifican como confidencial algunas de las secciones que lo integran, tal circunstancia se hará constar en la declaratoria de confidencialidad.

<sup>43</sup> Comentario: En cualquier caso, en función del tipo de Información confidencial de la que se trate, los sujetos obligados podrán establecer sistemas de etiquetado especiales cuyo significado sea comprensible para quienes cuenten con acceso autorizado y que dificulten su identificación para cualquier otra persona.

<sup>44</sup> Comentario: esta Información puede ser presentada en el informe anual que el Órgano Garante realiza ante el Poder Legislativo.

**Artículo 43**  
**Registro de Información clasificada**

1. Los sujetos obligados, por medio de su Oficial de Información, remitirán semestralmente al Órgano Garante un índice de la Información clasificada como reservada o confidencial.
2. El Órgano Garante deberá publicar dicha Información en formatos abiertos al día siguiente de su recepción. Dicho índice deberá indicar el área que generó la Información, el nombre del Documento, el tipo de clasificación, si se trata de una clasificación completa o parcial, la fecha en que inicia y finaliza la clasificación, su justificación y, en su caso, las partes de la Información que se clasifican y si se encuentra en prórroga. El índice mismo no será ningún caso considerado como Información clasificada.

**Artículo 44**  
**Divulgación parcial**

En aquellas circunstancias en que la totalidad de la Información contenida en un Documento no esté exenta de divulgación de acuerdo con las excepciones enunciadas en el artículo 33, deberá hacerse una versión del documento que tache o cubra solamente las partes del Documento sujetas a la excepción. La Información no exenta deberá hacerse pública y ser entregada al solicitante.

El sujeto obligado deberá hacer constar en una nota en el Documento los motivos por los que se ha suprimido cierta Información.

**Artículo 45**  
**Plazo máximo de reserva**

1. Las excepciones a las que se refiere el artículo 33 no son aplicables a Documentos que tengan más de [5] años de antigüedad. Cuando un sujeto obligado desee reservar la Información, este período podrá ser extendido hasta por otros [5] años con la aprobación del Órgano Garante. El periodo de reserva correrá a partir de la fecha en la que se clasifica la Información<sup>45</sup>.
2. En circunstancias excepcionales, cuando a juicio de un sujeto obligado sea necesario ampliar nuevamente el periodo de reserva de la Información, deberá hacer la solicitud correspondiente al Órgano Garante, debidamente fundada y motivada, aplicando la prueba de daño y señalando el nuevo plazo de reserva, por lo menos con tres meses de anticipación al vencimiento del periodo original.
3. El Órgano Garante deberá emitir una resolución dentro de un plazo no mayor a [7] días hábiles en la que podrá ampliar, modificar o denegar el plazo de reserva que se solicita. Mientras el Órgano Garante no emita esta decisión, la Información continuará siendo reservada.
4. Ningún tipo de Información podrá ser reservada en forma indefinida.
5. Ningún periodo de reserva podrá superar los [10] años, incluyendo sus prórrogas.

**Artículo 46**  
**Inexistencia de la Información**

1. El sujeto obligado no podrá negarse a brindar Información aduciendo injustificadamente su inexistencia. La declaratoria de inexistencia de Información debe ser siempre probada y precedida de un proceso debidamente documentado de búsqueda en distintas unidades administrativas.

---

<sup>45</sup> Comentario: La norma ISO15489 de gestión documental establece que el proceso de valoración recae en el productor de la Información, quien deberá determinar el plazo de reserva de la Información.

2. Se presume la existencia de la Información referente a las facultades, competencias y funciones que el ordenamiento jurídico nacional otorga a los sujetos obligados, o a los compromisos adquiridos por el Estado a nivel internacional.

3. En los casos en que ciertas facultades, competencias o funciones no se hayan ejercido, se debe justificar la respuesta en función de las causas de la inexistencia.

4. Si la Información solicitada no se encuentra en los archivos porque no existe obligación de generarla, se considerará que no se trata de inexistencia sino de falta de competencia.

5. Al declarar una inexistencia, el sujeto obligado deberá dar certeza al solicitante de que utilizó un criterio de búsqueda exhaustivo, mismo que deberá describir en su respuesta al solicitante, además de señalar las circunstancias de tiempo, modo y lugar que generaron la inexistencia de la Información.

6. Si la inexistencia de la Información se debe a desastres naturales, a la comisión de algún delito o si su eliminación fue autorizada de manera negligente o ilegal, el sujeto obligado deberá hacer todo lo posible por reconstruirla si la Información es de interés público. Estos hechos deberán ser debidamente probados por el sujeto obligado.

7. La autoridad máxima de la unidad administrativa correspondiente deberá ser informada inmediatamente de los casos en que la institución a su cargo niegue Información pública aduciendo su inexistencia, incluyendo la identificación de la persona o funcionario público responsable de contar con la Información. La autoridad máxima de la unidad administrativa deberá en estos casos:

- a) analizar el caso y tomar las medidas necesarias para localizar la Información.
  - b) expedir una resolución que confirme la inexistencia de la Información.
  - c) asegurar, siempre que sea materialmente posible, que se genere o se reponga la Información (cuando ésta tuviera que existir) en la medida que deriva del ejercicio de sus facultades, competencias o funciones. Previa acreditación de la imposibilidad de su generación, deberá exponer de forma fundada y motivada, las razones por las cuales, en el caso particular, no ejerció dichas facultades, competencias o funciones, lo cual se notificará al solicitante.
  - d) notificar de manera inmediata al superior jerárquico del sujeto obligado y al Órgano Garante, al órgano interno de control o equivalente quien, en su caso, iniciará el procedimiento de responsabilidad administrativa o de otra naturaleza que corresponda.
8. El Órgano Garante tiene la responsabilidad de verificar la inexistencia de la Información a través de:
- a) un reconocimiento *in situ* de los archivos institucionales del sujeto obligado que declaró la inexistencia de la Información, a efecto de determinar si efectivamente se realizaron las gestiones de búsqueda de la Información adecuadamente y confirmar o no la inexistencia de la Información.
  - b) solicitudes semestrales a todos los sujetos obligados de los casos en los que se ha denegado Información aduciendo la inexistencia. Dicho reporte deberá ser divulgado en el informe anual al que hace referencia el artículo 66.
  - c) Requerir a la unidad administrativa responsable la elaboración de una declaratoria de inexistencia, en donde se detallen las acciones de búsqueda.

#### **Artículo 47**

##### **Interposición de apelaciones**

1. Toda persona tiene el derecho a apelar la decisión del sujeto obligado de no entregar Información aduciendo una de las causales contenidas en el régimen de excepciones.

2. Este derecho incluye la posibilidad de impugnar ante el Órgano Garante la declaratoria de reserva hecha por un sujeto obligado, a través del procedimiento de apelación establecido en el capítulo V de esta Ley.

**Artículo 48**  
**Procedimiento ante la falta de respuesta**

1. Cuando el solicitante no obtenga una respuesta a su solicitud de Información dentro del plazo establecido, podrá acudir al Órgano Garante a interponer una denuncia por falta de respuesta.

2. El solicitante tiene un plazo de [treinta días] hábiles siguientes a la fecha en la que debió haber recibido su respuesta para presentar su reclamo, en caso contrario su solicitud podrá ser rechazada.

3. El Órgano Garante verificará en un plazo de [cinco días] hábiles si la solicitud de Información realizada al sujeto obligado cumple con los requisitos del artículo 12. De ser así, admitirá el caso y dará un plazo de [tres días] hábiles para que el sujeto obligado justifique los motivos por los que no respondió a la solicitud.

4. Transcurrido el plazo para que el sujeto obligado justifique su inactividad, el Órgano Garante verificará si la Información solicitada es o no reservada o confidencial en un plazo de [diez días] hábiles. Si la Información es de acceso público, el Órgano Garante emitirá una resolución en la que ordenará conceder el acceso de la misma al solicitante.

**Artículo 49**

**Otras leyes**

Los supuestos de reserva o confidencialidad previstos en otras leyes deberán ser acordes con las bases, principios y disposiciones establecidos en esta Ley y en ningún caso podrán contravenirla.

En caso que existan plazos mayores de clasificación en otras leyes, prevalecerán los determinados en esta Ley.

**CAPÍTULO V**

**APELACIONES**

**Artículo 50**

**Apelación interna<sup>46</sup>**

1. El solicitante podrá presentar una apelación interna frente al titular de la Autoridad Pública dentro de los [60] días hábiles siguientes a aquél en el que expire del plazo para responder a su solicitud, o a partir de la verificación de cualquier otro incumplimiento de las reglas establecidas en esta Ley respecto a la contestación de solicitudes de Información.

2. El titular de la Autoridad Pública deberá emitir una resolución fundada y por escrito dentro de un plazo no mayor a [10] días hábiles a partir de la recepción de la apelación interna, y entregar al solicitante una copia de dicha resolución.

3. Si el solicitante decide presentar una apelación interna, deberá esperar a que expire el término completo para su resolución antes de presentar una apelación externa.

**Artículo 51**

**Apelación externa**

1. Cualquier solicitante que considere que su solicitud no ha sido atendida de conformidad con las disposiciones de esta Ley, independientemente de que haya presentado o no una apelación interna, tiene derecho a presentar una apelación frente al Órgano Garante.

---

<sup>46</sup> Comentario: Una apelación interna no debe ser obligatoria, sino opcional para el solicitante antes de presentar una apelación externa.

2. Dicha apelación deberá presentarse dentro de un plazo no mayor a [60] días desde el vencimiento de los plazos establecidos para la contestación de una solicitud o para la contestación de una apelación interna, de conformidad con las disposiciones de esta Ley.

3. La solicitud de apelación deberá indicar:

- a) datos de la Autoridad Pública ante la cual se presentó la solicitud;
- b) datos de contacto del solicitante;
- c) los fundamentos de la apelación; y
- d) cualquier otro dato o elemento que el solicitante considere relevante.

4. Una vez recibida una apelación, el Órgano Garante podrá mediar entre las partes a fin de lograr la entrega de la Información sin necesidad de agotar el proceso de apelación.

5. El Órgano Garante deberá registrar la apelación en un sistema de seguimiento centralizado e informará a todas las partes interesadas, incluidas las terceras partes, sobre la apelación y su derecho a comparecer en el proceso.

6. El Órgano Garante deberá establecer reglas claras y no discriminatorias en lo relativo a la sustanciación de la apelación, a través de las cuales se asegure a todas las partes la oportunidad de comparecer en el proceso.

7. Cuando el Órgano Garante no tenga certeza sobre el alcance y/o la naturaleza de una solicitud y/o apelación, deberá contactar al recurrente para que aclare lo que está solicitando y/o apelando.

## **Artículo 52**

### **Resolución**

1. El Órgano Garante tomará una decisión dentro de un plazo de [60] días hábiles dentro de los que se incluye cualquier intento de mediación. En circunstancias excepcionales, los plazos podrán ser ampliados por otros [60] días hábiles.

2. El Órgano Garante podrá:

- a) denegar la apelación;
- b) requerir que la Autoridad Pública tome las medidas necesarias para cumplir con sus obligaciones en términos de esta Ley, incluyendo sin limitación, la entrega de la Información y/o la reducción de costos.

3. El Órgano Garante deberá notificar su decisión al solicitante, a la Autoridad Pública, y a cualquier parte interesada. Cuando ésta no sea favorable al solicitante, éste deberá ser informado de su derecho de apelación.

4. Si la Autoridad Pública no cumple la decisión del Órgano Garante dentro de los plazos establecidos en dicha decisión, el Órgano Garante o el solicitante podrán acudir al tribunal [competente] a efectos de obtener el cumplimiento de la misma<sup>47</sup>.

## **Artículo 53**

### **Revisión Judicial<sup>48</sup>**

1. Un solicitante puede entablar una demanda de revisión en los tribunales solamente para impugnar una decisión del Órgano Garante, dentro de un plazo no mayor a [60] días contados a partir

---

<sup>47</sup> Comentario: La forma de obligar el cumplimiento de la decisión del Órgano Garante previsto en el numeral 4 de este artículo variará de acuerdo con cada país.

<sup>48</sup> Comentario: Estas reglas se establecen partiendo del supuesto de que en muchos países las Cortes tienen todos los poderes necesarios para procesar este tipo de casos, incluyendo la posibilidad de sancionar a las Autoridades Públicas. Cuando éste no sea el caso, es probable que haya necesidad de otorgarle estos poderes a través de la ley de acceso a la Información correspondiente.

de haber sido notificado de la decisión adversa o del vencimiento de los plazos establecidos por esta Ley para responder a las solicitudes.

2. El tribunal deberá tomar una decisión final tanto en la parte procedimental como substantiva a la brevedad posible.

#### **Artículo 54**

##### **Carga de la Prueba**

1. La carga de la prueba deberá recaer en la Autoridad Pública, la cual deberá demostrar que la Información solicitada está sujeta a una de las excepciones contenidas en los artículos 32 y 33 anteriores. En particular, la Autoridad Pública deberá establecer:

- a) que la excepción es legítima y estrictamente necesaria en una sociedad democrática basada en los estándares y jurisprudencia del Sistema Interamericano;
- b) que la divulgación de la Información podría causar un daño sustancial a un interés protegido por esta Ley; y
- c) que la probabilidad y el grado de dicho daño es superior al interés público en la divulgación de la Información.

### **CAPÍTULO VI**

#### **ÓRGANO GARANTE**

##### **Artículo 55**

##### **Creación del Órgano Garante<sup>49</sup>**

Por medio de esta Ley se crea un Órgano Garante que promoverá y garantizará el derecho de acceso a la Información pública así como el fiel cumplimiento e interpretación de la presente Ley.

##### **Artículo 56**

##### **Características<sup>50</sup>**

1. El Órgano Garante<sup>51</sup> contará con personalidad jurídica propia y será:
  - a) establecido por ley;
  - b) autónomo e independiente, y con capacidad para decidir sobre la ejecución de su presupuesto;
  - c) especializado e imparcial; y
  - d) dotado de capacidad sancionatoria, en el marco de sus competencias.

##### **Artículo 57**

##### **Integración**

1. El Órgano Garante deberá estar integrado por [cinco o más] comisionados<sup>52</sup>.

---

<sup>49</sup> Nota: en la Ley Modelo 1.0 se contaba con una “Comisión de Información”, mientras que en la Ley Modelo 2.0 esta figura ha evolucionado en el Órgano Garante.

<sup>50</sup> Nota: a diferencia de la Ley Modelo 1.0, se crea un artículo que detalla las características esenciales y no esenciales con las que debe ser creado el Órgano Garante.

<sup>51</sup> Comentario: Cada Estado podrá considerar que el Órgano Garante sea preferentemente:

- i) establecido a nivel constitucional;
- ii) no subordinado a ningún poder, órgano o institución pública;
- iii) colegiado, o que cuente con mecanismos de rendición de cuentas;
- iv) independiente de los órganos locales de transparencia, en el caso de Estados Federales.

2. La integración del Órgano Garante deberá reflejar una diversidad de experiencia y talento, y paridad entre los géneros.

### **Artículo 58**

#### **Requisitos para ser comisionado**

Para ser comisionado se requiere, como mínimo:

- a) ser ciudadano en pleno ejercicio de sus derechos políticos y civiles;
- b) tener conocimiento y experiencia comprobada en la materia de esta Ley que asegure independencia de criterio e imparcialidad;
- c) gozar de buena reputación, no haber sido condenado en los últimos cinco años por delito doloso alguno que comprometa su honestidad, o no haber sido condenado por actos de corrupción, según se definen en la Convención Interamericana contra la Corrupción y en la legislación interna.

### **Artículo 59**

#### **Procedimiento de selección**

Los comisionados serán nominados por una mayoría de [dos tercios] de los miembros del [poder legislativo] y designados por el [poder ejecutivo] en un proceso que cumpla con los siguientes principios:

- a) participación del público en el proceso de nominación;
- b) transparencia y apertura; y
- c) publicidad de la lista de los candidatos que se consideren más idóneos para el cargo<sup>53</sup>.

### **Artículo 60**

#### **Obligaciones de los comisionados**

1. Los comisionados desempeñarán sus funciones a tiempo completo.
2. Los comisionados no podrán tener otro empleo, cargo o comisión a excepción de aquellos en instituciones académicas, científicas o filantrópicas<sup>54</sup>.

<sup>52</sup> Comentario: Es preferible que los Órganos Garantes estén integrados por un número impar de comisionados mayor o igual a cinco (5), pues un cuerpo integrado por tres (3) puede aislar u obstruir el criterio y la participación de uno de los comisionados en casos donde los otros dos estén cercanamente asociados de manera filosófica, personal o política – una dinámica que es más difícil en un cuerpo colegiado de cinco o más integrantes.

Cada Estado podrá considerar la posibilidad de elegir comisionados suplentes. Los comisionados suplentes pueden ser aquellos que no habiendo sido elegidos durante el proceso de selección, hayan obtenido los mejores puntajes. En todo caso, se debe garantizar que la ausencia/vacancia de un comisionado, no impida el funcionamiento del Órgano Garante.

<sup>53</sup> Comentario: A fin de aumentar la confianza en la institución, es preferible que tanto el poder ejecutivo como el poder legislativo participen en el proceso de selección; que cualquier decisión del poder legislativo sea adoptada por una mayoría calificada suficiente para garantizar el apoyo bipartidista o multipartidista (ej.: 60 por ciento o 2/3); que el público y la sociedad civil tengan la oportunidad de participar en el proceso de nominación; y que el proceso sea transparente. Hay dos enfoques principales: nombramiento por parte del poder ejecutivo, con la nominación y aprobación del poder legislativo; y nombramiento del poder legislativo, con la nominación o aprobación del poder ejecutivo.

<sup>54</sup> Comentario: Se recomienda que los comisionados sirvan a tiempo completo y que su salario esté vinculado a un monto fijado externamente para aumentar su independencia.

**Artículo 61**  
**Duración del cargo**

1. El cargo de los comisionados tendrá una duración de [5] años y podrá ser renovado una sola vez.
2. La elección de comisionados debe ser alternada y escalonada en períodos transelectorales, a fin evitar que el mandato de más de las dos terceras partes de sus integrantes expire en el mismo año y asegurar la continuidad de los servicios, así como de garantizar la autonomía e independencia política del Órgano Garante.
3. Los comisionados continuarán en el cargo mientras no se elijan a sus sustitutos<sup>55</sup>.

**Artículo 62**  
**Destitución o suspensión de los comisionados**

1. Los comisionados sólo podrán ser destituidos o suspendidos de sus cargos mediante un proceso de naturaleza similar a aquel por el cual fueron designados, y solamente por alguna situación que amerite la destitución de su cargo, entre ellas:
  - a) ser condenado por un delito doloso por sentencia firme, o sancionado por infringir normas éticas de conducta;
  - b) tener un estado de salud que afecte directamente su capacidad individual para cumplir con sus obligaciones;
  - c) cometer infracciones graves a la constitución o a esta Ley, así como por el manejo indebido de recursos y Fondos Públicos;
  - d) negarse a cumplir con cualquiera de los requisitos de divulgación inherentes a su cargo, tales como no hacer público su salario o los beneficios de los que goza; y
  - e) divulgar o utilizar Información reservada o confidencial de mala fe o en forma negligente.
2. Cualquier comisionado que haya sido destituido o suspendido de su cargo tiene derecho a apelar dicha destitución o suspensión ante el poder judicial.

**Artículo 63**  
**Facultades y atribuciones del Órgano Garante<sup>56</sup>**

El Órgano Garante tendrá todas las facultades necesarias para cumplir con las funciones descritas en la presente Ley, entre ellas las siguientes:

- I. Interpretación de la Ley:
  - a) interpretar la presente Ley y velar por la correcta interpretación que de la misma realicen los sujetos obligados.
- II. Implementación de la Ley:
  - a) monitorear y asegurar de oficio el cumplimiento de la Ley;
  - b) apoyar a las Autoridades Públicas en la implementación de la Ley; y
  - c) implementar un conjunto de indicadores para medir la correcta aplicación de esta Ley.
- III. Normativa:
  - a) proponer iniciativas legislativas en la materia de su competencia;

---

<sup>55</sup> Comentario: Se recomienda que el número total de años que un comisionado ocupe un cargo, incluyendo su reelección, no exceda de 12 años.

<sup>56</sup> Nota: A diferencia de la Ley Modelo 1.0, en la Ley Modelo 2.0 se agrega un listado que detalla las facultades y atribuciones del Órgano Garante.

- b) formular recomendaciones sobre la legislación vigente y sobre las propuestas de ley en la materia de su competencia;
  - c) proponer, coordinar, o en su caso aprobar el Reglamento a la Ley sobre Acceso a la Información Pública y las normas internas que sean necesarias para el debido desempeño de sus funciones, incluyendo el diseño de su estructura orgánica; y
  - d) elaborar lineamientos para el manejo de la Información pública, confidencial y reservada en posesión de los sujetos obligados.
- IV. Registros de activos de Información:
- a) mantener un registro de las solicitudes de acceso a la Información, respuestas, resultados, costos de reproducción y envío.
- V. Direccionamiento de políticas internas:
- a) orientar a los sujetos obligados en el diseño, implementación y evaluación de acciones de apertura de la Información pública; y
  - b) promover la homogeneidad y la estandarización de la Información que diseminan los sujetos obligados, a través de la adopción de lineamientos, formatos y los medios que considere más adecuados.
- VI. Digitalización de la Información y las tecnologías de la información y comunicación:
- a) impulsar y orientar la digitalización de la Información pública que esté en posesión de los sujetos obligados así como el uso de tecnologías de Información y comunicación ágiles y modernas.
- VII. Datos abiertos:
- a) velar porque la Información clave sea divulgada de forma progresiva en formato de datos abiertos; y
  - b) proporcionar apoyo técnico a los sujetos obligados en la elaboración y divulgación de la Información en formato de datos abiertos.
- VIII. Resoluciones:
- a) adoptar decisiones y resoluciones vinculantes; y
  - b) divulgar las resoluciones emitidas particularmente entre los sujetos obligados, a efecto de homogenizar la aplicación de esta Ley.
- IX. Solicitudes de Información:
- a) promover el desarrollo y la puesta en práctica, por parte de los sujetos obligados, de un sistema informático moderno de ingreso de solicitudes a través de una ventanilla única; y
  - b) elaborar los formularios para la presentación de solicitudes de Información, los cuales no son vinculantes pero servirán de orientación general a los sujetos obligados y contendrán los requisitos establecidos en el artículo 12.
- X. Resolución de controversias:
- a) resolver controversias en relación a la clasificación y desclasificación de la Información reservada o confidencial, aplicando el principio de máxima publicidad; y
  - b) crear y ofrecer mecanismos ágiles y gratuitos de resolución de controversias que surjan entre los sujetos obligados y los solicitantes de Información, y mediar y/o resolver esas controversias.
- XI. Seguridad nacional:
- a) solicitar la cooperación de las instituciones del sector de defensa y seguridad nacional para obtener insumos técnicos que permitan garantizar una adecuada desclasificación de la Información.

XII. Inspecciones e investigaciones:

- a) en el marco de un procedimiento, citar personas, requerir registros y recibir el testimonio, bajo juramento, u otro tipo de declaración solemne, de personas que se considere que tienen en su poder Información relevante para el desempeño de sus funciones;
- b) estos procedimientos incluyen, entre otros, la fiscalización y observación del sistema de ingreso de solicitudes de los sujetos obligados a fin de verificar que éstos respondan adecuadamente las solicitudes de Información que se presenta;
- c) verificar y revisar la Información pública en posesión de cualquier sujeto obligado, mediante inspecciones *in situ*, incluyendo la reservada o confidencial; y
- d) dictar las medidas preventivas/precautorias que fueren pertinentes mediante resolución motivada, entre otras, para requerir copia de la Información que es objeto de controversia, independientemente de su clasificación; notificar al superior jerárquico del infractor la posible conducta y de la existencia del proceso ante el Órgano Garante y solicitar al titular del sujeto obligado la adopción de medidas especiales de resguardo y copia de seguridad de la Información que se trate.

XIII. Listas de cumplimiento:

- a) adoptar los lineamientos necesarios de fiscalización de la presente Ley, entre ellos la publicación periódica de la lista de sujetos obligados que [cumplen/que no cumplen] con las disposiciones contenidas en la presente Ley, incluyendo la incorporación de la perspectiva de género; y
- b) publicar un listado que identifique a los sujetos obligados sobre los que se reciben más reclamos.

XIV. Denuncia de infracciones:

- a) remitir a los órganos competentes los casos en que se sospeche la existencia de mala conducta administrativa o penal.

XV. Sanciones y medidas de apremio:

- a) establecer y ejecutar medidas de apremio, entre ellas, amonestaciones públicas y privadas, imposición de multas y otras.

XVI. Recursos:

- a) servir como segunda instancia para quienes estén inconformes con las resoluciones de los sujetos obligados;
- b) para el caso de los Estados federados, servir como segunda instancia respecto de los órganos locales;
- c) tomar conocimiento de las denuncias presentadas por particulares, las cuales podrán realizarse en cualquier momento de acuerdo con los lineamientos y procedimientos establecidos por ley;
- d) realizar audiencias orales y públicas para determinar la clasificación o desclasificación de Información cuando lo considere pertinente;
- e) llamar testigos y producir pruebas en el contexto de un recurso; y
- f) como resultado de los recursos, ordenar entre otros, la desclasificación de Información y consecuentemente su entrega.

XVII. Capacitación:

- a) promover e implementar programas de capacitación y sensibilización dirigidos a los sujetos obligados, en particular a funcionarios públicos, y brindar el apoyo técnico que éstos requieran sobre los temas de su competencia.

XVIII. Sensibilización ciudadana:

- a) organizar talleres, conferencias, seminarios y otras actividades similares para difundir la importancia del derecho de acceso a la Información pública como herramienta para garantizar la transparencia;

- b) suscribir convenios de cooperación con toda clase de organizaciones públicas y privadas que promuevan el acceso a la Información pública; y
- c) difundir la presente Ley y promover su comprensión mediante la publicación y difusión de guías y otros recursos similares sobre la relevancia del derecho de acceso a la Información y su aplicación práctica, teniendo en cuenta criterios de accesibilidad para grupos en situación de vulnerabilidad.

XIX. Acciones de inconstitucionalidad:

- a) interponer acciones de inconstitucionalidad en la materia de su competencia en contra de las leyes de carácter federal o estatal así como de los tratados internacionales celebrados por el poder ejecutivo, y aprobados por el poder legislativo que vulneren el derecho de acceso a la Información pública.

XX. Convenciones internacionales:

- a) velar por el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el Estado, específicamente en materia de acceso a la Información pública mediante las convenciones internacionales, entre ellas la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

XXI. Coordinación con el archivo general:

- a) cooperar con el ente encargado del archivo general en la elaboración y aplicación de los criterios para la catalogación y conservación de los Documentos, en la organización de archivos de las dependencias y entidades sujetas a la presente Ley, así como en otras áreas de interés mutuo.

#### **Artículo 64**

##### **Presupuesto<sup>57</sup>**

1. El poder legislativo deberá aprobar el presupuesto del Órgano Garante, que deberá ser suficiente para que éste pueda cumplir con sus encargos y ejercer sus facultades de manera adecuada.
2. En la constitución de nuevos órganos se garantizará la dotación de los recursos humanos, presupuestales y materiales suficientes para el desempeño de sus funciones ya que sólo de esta manera podrá garantizarse las condiciones suficientes para la debida aplicación de esta ley.

#### **Artículo 65**

##### **Informes de los sujetos obligados<sup>58</sup>**

1. Los sujetos obligados deberán presentar informes anuales al Órgano Garante sobre las actividades que realicen para el cumplimiento de la presente Ley. Este informe incluirá, por lo menos, información sobre:
  - a) 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 discapacidad, afrodescendientes, entre otros, a los efectos de evaluar la implementación de esta Ley. A fin de recolectar esta Información, los sujetos obligados podrán hacer uso de formatos<sup>59</sup> de solicitudes de Información con rubros mínimos a ser completados por los solicitantes;
  - b) el número de solicitudes respondidas fuera de los plazos establecidos por esta Ley, incluyendo la justificación de cualquier demora;

---

<sup>57</sup> Nota: La Ley Modelo 2.0 agrega un artículo específico sobre el presupuesto del Órgano Garante.

<sup>58</sup> Nota: En la Ley Modelo 2.0 se detalla la Información que deben contener tanto el informe del Órgano Garante como el de los sujetos obligados.

<sup>59</sup> Comentario: La omisión del requisito de completar los formatos de solicitud de Información, no será causal para anular dicha solicitud.

- c) detalle de las disposiciones de esta Ley que fueron invocadas para denegar, en su totalidad o en parte, las solicitudes de Información y la frecuencia con que fueron invocadas;
- d) tiempo de respuesta de las solicitudes de Información;
- e) número de recursos interpuestos contra la denegación de Información, desagregadas por género;
- f) costos cobrados por la reproducción y entrega de la Información solicitada;
- g) actividades realizadas para implementar la obligación de divulgar Información clave y aquellas realizadas para implementar la política de Estado abierto;
- h) actividades realizadas para implementar una adecuada gestión documental;
- i) actividades de formación y capacitación de funcionarios;
- j) estadísticas e Información desagregada por género que demuestren el cumplimiento de esta Ley; y
- k) dificultades observadas en el cumplimiento de la Ley.

2. El Órgano Garante podrá ampliar progresivamente el listado anterior según lo crea aconsejable para verificar el cumplimiento por parte de los sujetos obligados de las disposiciones contenidas en esta Ley. A este efecto, el Órgano Garante dictará los lineamientos que considere necesarios.

#### **Artículo 66**

##### **Informes del Órgano Garante**

El Órgano Garante publicará informes anuales sobre sus actividades y sobre implementación de la Ley. Este informe incluirá, al menos, los siguientes aspectos:

- a) resumen sistematizado de la Información que reciba de los sujetos obligados en cumplimiento de esta Ley;
- b) número de recursos presentados desagregados por género, incluyendo aquellos provenientes de las diversas Autoridades Públicas, sus fundamentaciones, resultados y el estado de las mismas;
- c) número de procesos sancionatorios presentados y el estado en que se encuentran los mismos;
- d) listado de los servidores públicos sancionados por incumplimiento de la presente Ley; y
- e) 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 sociedad.

#### **Artículo 67**

##### **Responsabilidad penal y civil**

1. Nadie será objeto de acción civil o penal, ni de perjuicio laboral, por un acto de buena fe en el ejercicio, cumplimiento o intención de cumplimiento de las facultades o atribuciones en los términos de la presente Ley, siempre que se haya actuado razonablemente y de buena fe.

2. Es delito penal actuar deliberadamente con intención de destruir o alterar Documentos una vez hayan sido objeto de una solicitud de información.

**Artículo 68**  
**Infracciones administrativas**

1. Se considerarán como infracciones administrativas las siguientes conductas deliberadas:
  - a) obstruir el acceso a cualquier Documento en forma contraria a lo dispuesto en el Capítulo II de esta Ley;
  - b) impedir a una Autoridad Pública el cumplimiento de sus obligaciones bajo los Capítulos II y III de esta Ley;
  - c) interferir con el trabajo del Órgano Garante;
  - d) incumplir las disposiciones de esta Ley;
  - e) omitir la creación de un Documento en incumplimiento de políticas o normas aplicables o con la intención de impedir el acceso a la Información; y
  - f) destruir Documentos sin autorización.
2. Cualquier persona puede denunciar la comisión de una de las infracciones administrativas definidas anteriormente.
3. Las sanciones correspondientes se registrarán por el derecho administrativo del Estado y podrán incluir multa [de hasta x salarios mínimos], suspensión por un período de [x] meses/años, destitución o inhabilitación para el servicio por un período de [x] meses/años.
4. Cualquier sanción administrativa deberá ser publicada en el sitio web del Órgano Garante y de la Autoridad Pública dentro de los cinco días de haber sido impuesta.

**CAPÍTULO VII**

**MEDIDAS DE PROMOCIÓN Y CUMPLIMIENTO**

**Artículo 69**  
**Monitoreo y cumplimiento**

El [poder legislativo] deberá regularmente monitorear la operación de esta Ley con el objetivo de determinar si es necesario modificarla para garantizar que toda Autoridad Pública cumpla con el texto y el espíritu de la Ley, y para garantizar que el gobierno sea transparente, permanezca abierto y accesible a sus ciudadanos y garantice el derecho fundamental de acceso a la Información.

**Artículo 70**  
**Capacitación**

1. El Oficial de Información deberá garantizar el suministro de capacitación adecuada para los oficiales de la Autoridad Pública, en la aplicación de esta Ley.
2. El Órgano Garante deberá asistir a las Autoridades Públicas en la capacitación para oficiales, en la aplicación de esta Ley.

**Artículo 71**  
**Educación formal**

1. El [ministerio de educación] deberá garantizar que los módulos educativos básicos sobre el derecho de acceso a la Información se proporcionen a estudiantes en cada año de educación primaria y secundaria.

## CAPÍTULO VIII

### MEDIDAS TRANSITORIAS

#### Artículo 72

#### Título abreviado y entrada en vigor

1. La presente Ley puede citarse como la Ley de Acceso a la Información Pública de [insertar el año correspondiente].

2. La presente Ley entrará en vigor en la fecha de su promulgación por [insertar nombre de la persona pertinente, como el Presidente, Primer Ministro o Ministro], no obstante lo cual entrará automáticamente en vigor a los [seis] meses de su sanción, de no haber promulgación en ese plazo.

3. Se dará al Órgano Garante un tiempo prudencial máximo de 6 meses, contados a partir de la entrada en vigor de la presente Ley, para que antes de entrar en plena operación tenga tiempo suficiente para nombrar a su personal, establecer sus procedimientos internos, diseminar Información de manera proactiva y realizar cualquier otra gestión que asegure su pleno funcionamiento.

#### Artículo 73

#### Reglamento

1. Esta Ley deberá ser reglamentada dentro de [1] año de su entrada en vigor, con la participación activa del Órgano Garante.

\* \* \* \*

ANEXO A: LEY MODELO INTERAMERICANA SOBRE GESTIÓN DOCUMENTAL

ANEXO B: GUÍA DE APLICACIÓN DE LA LEY MODELO INTERAMERICANA SOBRE GESTIÓN DOCUMENTAL

\* \* \*

### LEY MODELO INTERAMERICANA SOBRE GESTIÓN DOCUMENTAL

#### PRESENTACIÓN Y FINALIDAD

La gestión documental y la administración de archivos en los organismos de la administración pública son elementos que tienen un fuerte impacto en la efectiva implementación de una ley de acceso a la información y transparencia en los países. El hecho de no poder encontrar la información debido a una gestión inapropiada de archivos podría retrasar la recopilación de la información solicitada, o incluso impedir que ésta sea encontrada.

Es fundamental, por tanto, asegurarse de que la política de gestión documental y de archivos esté en consonancia con las políticas de acceso a la información pública, transparencia, gobierno abierto y datos abiertos.

El éxito de las iniciativas de transparencia y acceso a la información pública depende en gran medida de la calidad, la fiabilidad y la accesibilidad de los archivos públicos que custodian esa información. Si los archivos no están organizados y bien gestionados, será muy complicado determinar la autenticidad y la integridad de la información pública, así como cumplir con los plazos establecidos de respuesta a la ciudadanía y a la administración. Por el contrario, cuando se trabaja con controles adecuados en la administración de archivos, con estándares y procedimientos eficaces, tanto las personas como los funcionarios públicos pueden contar no solo con la fiabilidad de los datos extraídos de los archivos, sino también con la existencia de un reflejo documental completo de las actividades realizadas en las administraciones públicas.

La administración pública genera y recibe una considerable cantidad de documentación como consecuencia y reflejo de las actividades necesarias para el cumplimiento de sus fines. De la actuación de las administraciones públicas deriva un patrimonio documental que constituye una parte esencial de la memoria histórica colectiva. Además, proporciona información de las competencias de la

administración pública de manera permanente, por lo que se debe prestar una especial atención al tratamiento, custodia y difusión de los documentos públicos, sobre todo en un ámbito de transparencia y acceso a la información.

Estos documentos constituyen un recurso valioso y un activo importante para el sujeto obligado. Tienen importancia tanto en la esfera interna del sujeto obligado como en una dimensión externa, ya que garantizan tantos derechos como deberes, tanto de la administración como de las personas, y pueden ser objeto de control, verificación y auditoría de las actuaciones desarrolladas por la administración. Ahí radica la importancia de contar con políticas y procedimientos estandarizados de gestión de documentos que asegure su adecuada protección y permita que los valores probatorios y la información que éstos contienen puedan ser preservados y recuperados de un modo más eficiente y eficaz, al utilizarse prácticas y procesos normalizados basados en buenas prácticas.

La gestión de documentos y archivos es un proceso transversal que se integra en todos los procesos que llevan a cabo las distintas áreas de toda institución. La racionalización de la documentación en sus diferentes fases garantiza una gestión eficaz y adecuada, integrando las estrategias de tratamiento de los documentos, tanto en soporte convencional como electrónico, en la gestión integral de una institución.

## **LEY MODELO INTERAMERICANA SOBRE GESTIÓN DOCUMENTAL**

### **CAPÍTULO 1. POLÍTICA DE GESTIÓN DE DOCUMENTOS**

#### **Artículo 1. Documentos y archivos**

1. En el marco de esta Ley, se entiende por “Documento” cualquier información escrita, independientemente de su forma, origen, fecha de creación o carácter oficial, de si fue o no creada por el sujeto obligado que la mantiene y de si fue clasificada como confidencial o no, con independencia del soporte y plataformas tecnológicas en que se encuentre.

2. En el marco de esta Ley, se entiende por “Servicio de Archivo” al servicio responsable de las funciones de gestión, conservación y administración de documentos.

3. Los Documentos y Servicios de Archivo deben estar organizados y bien gestionados para asegurar la calidad y la integridad de la información pública, así como para cumplir con los plazos de respuesta a la ciudadanía y al mismo sujeto obligado que la legislación aplicable establezca.

4. En la gestión de Documentos y administración de archivos se debe trabajar con controles y estándares adecuados, así como con procedimientos eficaces que se garanticen la confiabilidad de los datos extraídos de los archivos y la existencia de un reflejo documental completo de las actividades de los sujetos obligados.

#### **Artículo 2. Implementación de una política de gestión de Documentos**

1. Todo sujeto obligado deberá definir una política de gestión de Documentos y archivos que incluya las líneas de actuación y objetivos que quiere alcanzar en relación a la gestión de los Documentos que produce o recibe en el ejercicio de sus funciones y actividades.

*Comentario: La implementación de una política de gestión de Documentos en el seno de las instituciones es una obligación democrática de nuestras administraciones que debe alinearse con otros objetivos estratégicos de alto nivel político como son la transparencia, el acceso a la información pública, el buen gobierno y la rendición de cuentas, ya que los documentos son la base y el fundamento de un gobierno abierto y el soporte de los principios de transparencia, participación ciudadana y colaboración.*

2. La política de gestión de Documentos y archivos regulará las prácticas realizadas por los responsables de su gestión y por cualquier otra persona que genere o use documentos en el ejercicio de sus actividades, incluyendo:

- a) El establecimiento de normas y buenas prácticas.

- b) El diseño de procedimientos y directrices.
- c) La prestación de servicios relacionados con su gestión y uso.
- d) La integración del sistema de gestión de Documentos en los sistemas y procesos del sujeto obligado o institución.
- e) La supervisión y auditoría para la rendición de cuentas.

### **Artículo 3. Nombramiento de una autoridad que lidere la política de gestión**

1. Todo sujeto obligado deberá establecer una unidad o agencia en la que se desarrolle y lidere la política de gestión de Documentos, lo que permitirá garantizar que las decisiones, las acciones y las actividades de la gestión documental se establezcan conforme al marco legal y queden debidamente documentadas.

2. La alta dirección del sujeto obligado debe designar un representante específico quien, al margen de otras responsabilidades, debe ser garante de que la política y el sistema de gestión de Documentos se establezca, implemente y mantenga de acuerdo con los requisitos necesarios.

### **Artículo 4. Procesos de gestión documental**

1. Los distintos procesos de gestión documental, tratados en los capítulos desarrollados a continuación, conforman la política de Gestión de Documentos del sujeto obligado.

2. La política de gestión de Documentos deberá implementar la realización periódica, según intervalos acordados en el sujeto obligado, de supervisiones y evaluaciones de todos o parte de los procesos de gestión de documentos como un compromiso de calidad y mejora continua.

## **CAPÍTULO 2**

### **IDENTIFICACIÓN, CLASIFICACIÓN Y DESCRIPCIÓN DE DOCUMENTOS**

#### **Artículo 5. Identificación archivística**

1. En el marco de esta Ley, por “Identificación” se entiende el proceso de gestión documental que sirve para estudiar y analizar las actuaciones que se llevan a cabo dentro de una institución y que permiten conocer en toda su extensión los Documentos que se gestionan y conservan en ella.

*Comentario: El objetivo fundamental de la Identificación es llegar a conocer exhaustivamente la institución que produce los documentos o los recibe en el ejercicio de sus competencias, su evolución organizativa a lo largo del tiempo, los procedimientos administrativos sobre los que se ha venido rigiendo, y todas las disposiciones o regulaciones que afectan a los trámites que desarrolla. Con este conocimiento exhaustivo se podrán delimitar las series documentales, que son los componentes básicos e imprescindibles para poder desarrollar el resto de procesos de gestión documental en una institución.*

#### **Artículo 6. Clasificación documental**

1. En el marco de esta Ley, por “Clasificación de Documentos” se entiende el proceso de gestión documental basado en la estructuración sistemática de las actividades, de las instituciones o de los Documentos generados por éstas, en categorías de acuerdo a convenciones, métodos o normas de procedimientos, lógicamente estructurados y representados en un sistema de gestión documental.

*Comentario: La Clasificación de Documentos sirve para diseñar el conjunto de actuaciones o estrategias en materia de gestión documental dentro de una institución, puesto que su resultado ofrece un valor añadido esencial para poder planificar y determinar numerosas actuaciones posteriores, como el establecimiento de períodos de conservación de los documentos, la metodología de acceso a la información o la posibilidades de recuperar la información y los documentos dentro del conjunto de los gestionados por el sujeto obligado.*

2. La herramienta resultante de la clasificación es el cuadro de Clasificación de Documentos del sujeto obligado, válido para clasificar correctamente todos los documentos generados por el sujeto obligado.

3. Es competencia de las instituciones elaborar un cuadro de Clasificación de Documentos, en colaboración con las unidades responsables de crear o gestionar los documentos, y codificar dicho Cuadro para incluir todas las actividades desarrolladas en el sujeto obligado y su reflejo documental.

#### **Artículo 7. Descripción de Documentos**

1. En el marco de esta Ley, el objetivo principal de la descripción es representar de manera comprensible los Documentos, dando información sobre su contexto de creación, su organización y su contenido, así como facilitar el acceso a ellos.

*Comentario: La descripción archivística se liga de manera directa con los procesos previos de Identificación y clasificación, pues únicamente es posible describir información que se encuentre debidamente organizada. Asimismo, que un archivo esté bien organizado no garantiza sólo por ello que se pueda acceder y consultar la información que contiene. Para ello es necesario describir su contenido. No podrá valorarse, conservarse y difundirse apropiadamente un fondo documental si no se conoce su contenido, su procedencia institucional y las funciones que dieron lugar a su creación y utilización, es decir, su contexto.*

2. Las instituciones deberán elaborar un plan de descripción documental gradual, el cual deberá ser independiente del soporte de los documentos o su etapa de vida.

### **CAPÍTULO 3**

#### **VALORACIÓN, TRANSFERENCIA Y ELIMINACIÓN DE DOCUMENTOS**

##### **Artículo 8. Valoración de Documentos**

1. En el marco de esta Ley, se entenderá por “Valoración” la fase del tratamiento archivístico que consiste en analizar y determinar los valores primarios y secundarios de las series documentales, fijando los plazos de Transferencia, acceso y conservación o Eliminación total o parcial.

*Comentario: La base de cualquier sistema de Valoración debe situarse en tres aspectos: en primer lugar, debe contar con una normativa de regulación; en segundo lugar, debe haber una atribución de potestades y responsabilidades, es decir, una autoridad; y por último, es preciso que produzca y aplique unos acuerdos, normalmente reflejados en lo que se conoce como calendarios de conservación o tablas de retención documental.*

2. Los procedimientos de Valoración, que incluyen la selección, Eliminación y Transferencia de Documentos, estarán dirigidos a evitar la destrucción arbitraria de documentos y a la vez la acumulación innecesaria de éstos.

3. Ningún Documento podrá ser eliminado mientras tenga vigencia administrativa y subsistan su valor probatorio de derechos y obligaciones.

*Comentario: Es indispensable garantizar la información necesaria para conocer las actuaciones desarrolladas en las instituciones y conservar aquella necesaria, en un primer momento, para la gestión de las instituciones y, posteriormente, para la investigación y la historia. Sería deseable que la Valoración no se determinase únicamente una vez que los Documentos ingresen en los archivos, sino que se adelante, incluso, a la producción de los mismos. Si partimos de la racionalización de la producción y del uso de los Documentos, llegaremos a la normalización de los procedimientos y se evitará la producción de documentos inútiles, determinando también el control y regulación del acceso a los mismos, así como los plazos de Transferencia y de Eliminación o conservación.*

4. Cada sujeto obligado deberá establecer un comité de Valoración institucional, el cual deberá aprobar las tablas de Valoración documental o calendarios de conservación.

5. No se deben eliminar documentos necesarios para el normal funcionamiento de las instituciones y de los servicios que ofrecen, o que les sirvan de soporte y reconocimiento de derechos u obligaciones, tanto institucionales como de las personas.

6. La destrucción irregular de documentos comporta, en algunos casos, graves sanciones económicas e incluso, en algunas ocasiones, procesos de carácter penal.

7. Todas las decisiones y dictámenes tomados por los comités de Valoración serán documentadas y fundamentadas para evidenciar que son acordes con la legislación y la normativa vigentes.

8. El proceso de Valoración y Eliminación se enmarcará en un sistema transparente y confiable, alineándose con los sistemas de calidad e integrando al archivo en los sistemas de gestión de las instituciones.

### **Artículo 9. Transferencia de Documentos**

1. En el marco de esta Ley, por “Transferencia” se entenderá el procedimiento habitual de ingreso de fondos en un archivo mediante traslado de las fracciones de series documentales, una vez que éstas hayan cumplido el plazo de permanencia fijado por las normas establecidas en la Valoración para cada una de las etapas del ciclo vital de los Documentos.

*Comentario: La Transferencia de Documentos será un proceso integrado en la política de gestión documental del sujeto obligado. Su objetivo es lograr que la documentación reciba el tratamiento apropiado en el archivo más adecuado para ello. De esta manera, se evita la aglomeración de documentos en los diferentes centros y unidades y los perjuicios que esta concentración provoca, a la vez que se proporciona el servicio más adecuado para cada fase del ciclo vital de los documentos.*

2. Cada sujeto obligado deberá establecer un calendario de Transferencias entendido como el instrumento de gestión que rige el traslado físico de los Documentos a los depósitos gestionados por el Archivo. De acuerdo con este calendario, cada unidad tendrá asignado un plazo para hacer efectiva la Transferencia de los Documentos.

3. Toda Transferencia de Documentos irá acompañada de una relación de entrega o formulario de Transferencia que debe facilitar la información necesaria sobre la documentación que se transfiere.

4. En el caso de Transferencia de Documentos electrónicos se debe prever la compatibilidad de formatos y de soportes.

5. Los metadatos del Documento electrónico se transferirán asociados al mismo para permitir su Identificación, así como para verificar su autenticidad y definir los procedimientos de conservación que puedan ser necesarios en el futuro.

6. Los Documentos irán acompañados de otra documentación complementaria como indicaciones de los procedimientos de privilegios de uso y acceso; de los procedimientos para prevenir, corregir y descubrir pérdidas de información o alteración de los mismos; y de los procedimientos de conservación en relación al deterioro de los soportes y a la obsolescencia tecnológica.

7. Los Documentos que vayan a transferirse se adaptarán a un formato longevo.

### **Artículo 10. Eliminación de Documentos**

1. En el marco de esta Ley, se entiende por “Eliminación” el proceso consistente en la destrucción de Documentos o en la baja o borrado de un sistema informático, previo análisis de sus valores (administrativo, jurídico, informativo, histórico, testimonial), que permita constatar su inutilidad a todos los efectos.

2. La Eliminación de cualquier Documento se realizará como fruto de una decisión ponderada y autorizada por el comité de Valoración y se recogerá en una autorización expresa de la dirección del sujeto obligado, en la cual se indicará el tipo de Documento objeto de la acción y, en su caso, el período de tiempo que la documentación dictaminada se debe conservar.

3. La Eliminación garantizará la imposibilidad de reconstrucción de la documentación eliminada y su posterior utilización.

*Comentario: El método más adecuado para la Eliminación de la documentación en papel es la trituración mediante corte en tiras o cruzado. El papel se hace tiras o partículas, cuyo tamaño se elegirá en función del nivel de protección requerido por la información contenida en los documentos a destruir. En el caso de Documentos con datos especialmente sensibles, se recomienda un triturado en partículas reducidas.*

4. Cuando la documentación a eliminar se conserve en soportes informáticos, el comité de Valoración analizará en cada caso el soporte o sistema de almacenamiento de que se trate y el tipo de información que contenga el Documento, y decidirá si la Eliminación debe realizarse mediante:

- a) “Borrado Seguro”, entendido como el procedimiento de Eliminación de los datos o ficheros de un soporte o conjunto de soportes que permite la reutilización de dichos soportes (mediante sobrescrita, desmagnetización, borrado criptográfico, etc.); o bien
- b) “Destrucción”, entendida como el proceso de inutilización física de soportes de almacenamiento que contengan documentos electrónicos (mediante desintegración, pulverización, fusión, triturado, etc.)

5. Los Documentos deberán ser eliminados de una forma segura, con el mismo nivel de seguridad que han tenido durante todo su ciclo de vida.

6. El proceso de Eliminación se hará bajo una supervisión adecuada, con la presencia de un responsable del sujeto obligado que dé fe de la actuación, y un control de los trabajos que asegure la calidad y pertinencia de dichos procesos.

7. Cuando la Eliminación se lleve a cabo por un contratista externo, el sujeto obligado hará un seguimiento del cumplimiento de todos los requisitos de Eliminación acordados.

8. La Eliminación debe documentarse en un acta de Eliminación, en la cual se recojan los datos esenciales para dejar constancia documental de la misma. Dicha acta deberá estar firmada por el comité de Valoración.

9. El comité de Valoración de cada sujeto obligado coordinará con el Archivo General de la Nación, o su equivalente, la Valoración y Eliminación de Documentos, para evitar que se destruya información de valor histórico, de acuerdo a lo establecido en las respectivas leyes nacionales.

## CAPÍTULO 4

### ACCESO Y SEGURIDAD DE LA INFORMACIÓN

#### Artículo 11. Acceso a los Documentos públicos

1. El acceso a la información pública es el derecho fundamental de las personas a consultar la información en posesión, custodia o control de los sujetos obligados en el ejercicio de sus funciones. En la medida en que dicha información se encuentre registrada en forma de Documentos, se habla también de derecho de acceso a los documentos públicos.

2. El archivo de los Documentos se realizará de forma tal que se garantice el correcto registro de su localización y consulta y se posibilite el ejercicio del derecho de acceso a la información pública.

3. La política de acceso a la información pública deberá aprobarse al más alto nivel de autoridad del sujeto obligado, conjuntamente con una guía de implementación de la misma, y deberá contener, como mínimo:

- a) Una declaración de principios del sujeto obligado con respecto al acceso a los Documentos públicos y una relación de compromisos en los que se deben reconocer claramente, entre otros: el principio de máxima publicidad y el derecho de las personas a acceder a los Documentos públicos de la forma más amplia posible, en términos de igualdad e imparcialidad, e incluyendo la posibilidad de reclamar las denegaciones de acceso.

- b) Información clara sobre las restricciones existentes, sus razones y sus fundamentos jurídicos.
- c) Información clara sobre el procedimiento administrativo necesario, en su caso, para solicitar el acceso a los Documentos.

5. La política de acceso a la información pública se evaluará periódicamente, con especial atención a su grado de cumplimiento, y se establecerán mecanismos para corregir las disfunciones o implementar mejoras a la misma. Esta tarea incluirá la identificación de indicadores relativos al ejercicio del derecho de acceso a la información pública.

6. La política de acceso a la información pública deberá ser ampliamente difundida y estar a disposición de los usuarios en todo momento.

#### **Artículo 12. Análisis de la accesibilidad legal a los Documentos**

1. El análisis de la accesibilidad legal y reglamentaria constituye el proceso técnico que se ocupa de identificar, para cada serie documental, aquellas categorías de contenidos que puedan ser causa de una restricción al acceso a los Documentos recogida en una ley, y determinar, de conformidad con dicha ley, los plazos legales de acceso que, en su caso, pudieran aplicarse.

2. Se implementarán las medidas de seguridad apropiadas que garanticen la confidencialidad en aquellos casos que se requiera.

3. Se pondrán a disposición de las personas posibles alternativas para facilitar el acceso total o parcial a los documentos.

4. Se elaborarán cuadros o tablas de acceso y seguridad como instrumento en el que se identifiquen los derechos de acceso y el régimen de restricciones aplicables a los Documentos.

#### **Artículo 13. Gestión de las solicitudes de acceso a Documentos**

1. El sujeto obligado proporcionará información de referencia sobre sus Documentos, incluyendo aquellos sujetos a algún tipo de restricción, y el procedimiento para solicitar el acceso a éstos.

2. El sujeto obligado proporcionará el acceso directo y sin necesidad de tramitar procedimiento alguno, a aquella información o Documentos calificados de acceso libre tras el proceso de análisis de la accesibilidad; o a los usuarios internos o legalmente autorizados para acceder a los Documentos de acceso restringido.

3. El sujeto obligado pondrá a disposición del público formularios estandarizados de solicitud de acceso con instrucciones claras de cumplimentación compatibles con las disposiciones de la Ley de Acceso a la Información Pública o su equivalente.

#### **Artículo 14. Restricciones y control de acceso**

1. Los sujetos obligados deben implementar, en relación con su sistema de gestión de Documentos y archivo, las medidas de seguridad y los controles de acceso necesarios para garantizar, de acuerdo con los derechos y restricciones establecidas en la ley, la confidencialidad debida frente a accesos no autorizados.

2. Los sujetos obligados establecerán los mecanismos necesarios para permitir un acceso parcial a los Documentos u ocultación de determinados datos, informando previamente al usuario de tal circunstancia, mediante el enmascaramiento de datos, la despersonalización o anonimización, o el acceso parcial a expedientes u otros mecanismos similares.

3. Las medidas de seguridad y los controles relativos al acceso a los Documentos se establecerán de conformidad con la normativa legal y técnica aplicable y, en especial, con la política de seguridad de información del sujeto obligado.

4. Se establecerá un registro de permisos de usuario, como uno de los principales instrumentos para el control de acceso a los Documentos.

5. El control de acceso a los Documentos consistirá en aplicar a cada uno de ellos las condiciones de acceso correspondientes y permitir a cada usuario el acceso y uso de los mismos, de acuerdo con dichas condiciones y con los permisos que tengan asignados en el registro de permisos de usuario.

6. Se instituirán las medidas necesarias para controlar el acceso físico a los locales donde se encuentran los Documentos o los equipos y sistemas que los almacenan, para prevenir entradas no autorizadas.

7. Se implantará un sistema de supervisión del acceso, uso o manipulación de los Documentos, mediante mecanismos de trazabilidad (registro de acceso a documentos, pistas de auditoría, etc.).

#### **Artículo 15. Medidas mínimas de seguridad para documentación con datos personales**

1. Los sujetos obligados adoptarán medidas que protejan la seguridad de los datos personales y eviten su alteración, pérdida, transmisión y acceso no autorizado.

2. Los sujetos obligados deberán designar uno o varios responsables de seguridad encargados de coordinar y controlar la aplicación de las medidas de seguridad definidas en este artículo.

3. Las funciones y obligaciones de cada uno de los usuarios o perfiles de usuarios con acceso a datos de carácter personal y a los sistemas de información estarán claramente definidas y documentadas.

4. El responsable de seguridad adoptará las medidas necesarias para que el personal conozca de una forma comprensible las normas de seguridad que afecten al desarrollo de sus funciones, así como las consecuencias en que pudiera incurrir en caso de incumplimiento.

5. La generación de copias o la reproducción de los Documentos con datos de carácter personal únicamente podrá ser realizada bajo el control del personal autorizado por el responsable de seguridad.

6. Se establecerá un registro de accesos que permita identificar qué persona autorizada ha accedido a documentación con datos de carácter personal, indicando la fecha. En los casos en que se haya producido un préstamo de dicha documentación, se deberá hacer constar la fecha de devolución de la misma.

7. Se implementarán procedimientos que permitan garantizar la integridad de la documentación, tales como la elaboración de un índice de Documentos o la numeración secuencial de las páginas que contiene.

8. Se elaborará un Documento de seguridad donde se recojan las medidas, normas, procedimientos de actuación, reglas y estándares encaminados a garantizar el nivel de seguridad; así como las funciones y obligaciones del personal en relación con el acceso a los Documentos.

9. Cuando el mecanismo de autenticación se base en la existencia de contraseñas, existirá un procedimiento de asignación, distribución y almacenamiento que garantice su confidencialidad e integridad.

#### **Artículo 16. Ejercicio de los derechos de acceso, rectificación y cancelación de los datos personales**

1. Los titulares de los datos personales o sus representantes, previa acreditación, podrán solicitar a los sujetos obligados la información contenida en Documentos sobre su persona, información sobre la finalidad para la que se ha recabado tal información, la consulta directa de Documentos que contengan sus datos, y la rectificación, actualización, confidencialidad o supresión de la información que le concierna.

2. El sujeto obligado deberá contestar las solicitudes que se le dirijan y establecer un plazo máximo para dictar y notificar resolución en el procedimiento de tutela de derechos.

3. Si la resolución fuese estimatoria, el sujeto obligado deberá hacer efectivo el ejercicio de los derechos, dejando por escrito el cumplimiento de los mismos.

### **Artículo 17. Seguridad de la información**

1. Los sujetos obligados crearán las condiciones necesarias de confianza en el uso de los medios electrónicos, a través de medidas para garantizar la seguridad de los sistemas, los datos, las comunicaciones y los servicios electrónicos, que permitan a las personas y a las administraciones públicas el ejercicio de derechos y el cumplimiento de deberes a través de estos medios.

2. Los sujetos obligados gestionarán la seguridad de la información dentro de la institución y mantendrán la seguridad de los recursos y de los activos de información que son accesibles por sus funcionarios o personal externo.

3. Todo el personal que acceda a la información debe conocer y aceptar su responsabilidad en materia de seguridad. Los sujetos obligados brindarán la capacitación necesaria a fin de lograr que el personal pueda realizar apropiadamente esa labor.

4. Las infraestructuras y los repositorios deben estar protegidos mediante mecanismos de control de acceso.

5. Cualquier sistema debe considerar los requisitos de seguridad durante todo el ciclo de vida de los Documentos.

6. Se establecerá un plan de acción para minimizar los efectos de una catástrofe, para garantizar la integridad, la disponibilidad y la conservación de la información.

7. Los sujetos obligados velarán porque su personal mantenga el secreto profesional y no divulgue información de acceso restringido y respete la confidencialidad cuando corresponda.

### **Artículo 18. Reutilización de la información del Sector Público**

1. En el marco de esta Ley, se entiende por “Reutilización de la Información del Sector Público” al uso por parte de personas físicas o jurídicas, ya sea con o sin ánimo de lucro, de información que esté en posesión, custodia o control del sujeto obligado con fines distintos del propósito inicial que tenían esos Documentos en la misión de servicio público para el que se produjeron.

2. La Reutilización de la Información del Sector Público ofrece un importante potencial económico, y un valor añadido, ya que facilita el desarrollo y creación de nuevos productos, servicios y mercados.

3. Se creará un marco normativo consistente con un ámbito objetivo y subjetivo de aplicación, así como todas las normas de desarrollo que sean necesarias para que la información pública que pueda ser objeto de reutilización se ponga a disposición de cualquier persona física o jurídica.

4. Dicho marco normativo incluirá limitaciones compatibles con la legislación aplicable en materia de acceso a la información pública, es decir, enumerará aquellos Documentos o categorías de Documentos que no se encuentre afectada por la Reutilización de la Información del Sector Público según la normativa vigente (Documentos que afecten a la seguridad del Estado, sometidos a derechos de propiedad intelectual o industrial, etc.).

5. Entre las condiciones de reutilización se incluirán aspectos tales como la garantía de que los Documentos no serán modificados ni la información falseada, tergiversada o desnaturalizada; la indicación de la fuente, etc.

## CAPÍTULO 5

### CONSERVACIÓN DE DOCUMENTOS Y GESTIÓN DE CONTINGENCIAS

#### Artículo 19. Elaboración de un Plan Integrado de Conservación de Documentos

1. Para efectos de esta Ley, se entenderá por “Conservación” el conjunto de procedimientos y medidas destinados a asegurar, por una parte, la preservación o la prevención de posibles alteraciones físicas en los Documentos, y, por otra, la restauración de éstos cuando la alteración se ha producido.
2. Los sujetos obligados deberán garantizar la seguridad e integridad de los Documentos a lo largo del tiempo a través de procedimientos establecidos en normas internas o manuales de procesos.
3. El sujeto obligado diseñará e implementará un plan de Conservación de los fondos documentales que custodia.
4. El personal de las diferentes unidades de cada sujeto obligado deberá estar formado en buenas prácticas de Conservación preventiva, especialmente los responsables de archivos.
5. Cada sujeto obligado contará con un responsable que vele para que los depósitos de archivo o las salas donde se encuentren equipos y sistemas que almacenan Documentos cumplan con los requisitos necesarios para su normal funcionamiento.
6. La Conservación de Documentos debe servir como evidencia de los actos del sujeto obligado, a efectos de responsabilidad y memoria, manteniendo sus propiedades de autenticidad, fiabilidad, integridad y disponibilidad. Esta Conservación debe contar con la intervención de especialistas en tecnologías de la información, gestores de Documentos y archiveros.

#### Artículo 20. Custodia y control de las instalaciones

1. El sujeto obligado prestará atención a las condiciones técnicas y ambientales necesarias para albergar sus fondos documentales, como requisito previo a la elección o construcción del edificio donde vayan a residir.
2. Para garantizar un correcto diseño y construcción de un edificio de archivo, el sujeto obligado debe poner a disposición de arquitectos o ingenieros toda aquella información necesaria sobre pautas ambientales, características de seguridad, prevención de desastres, traslado seguro de Documentos y uso de mobiliario adecuado que asegure el éxito del proyecto.
3. Los depósitos de Documentos en los servicios de archivo deberán permanecer separados del resto de las dependencias y no ser un lugar de paso. Asimismo, deben alejarse, en lo posible, de lugares con gran fluctuación térmica e higroscópica (como son paredes y áticos) o zonas susceptibles de inundarse (como son los sótanos).
4. Los circuitos de la documentación no pueden ser interferidos por el personal ajeno al sujeto obligado ni por funcionarios de éste que no estén debidamente autorizados. Las salidas deberán estar convenientemente señalizadas para facilitar la evacuación y la intervención en caso de emergencia.
5. El sujeto obligado garantizará que la selección del adecuado mobiliario de archivo contribuya a una mejor preservación de los fondos custodiados y deberá prever que mediante sistemas de almacenaje de alta densidad se minimice el espacio necesario para la custodia de sus fondos.
6. Los servicios de archivo que custodien Documentos electrónicos emplearán estrategias y herramientas de preservación digital para solventar el reto de la durabilidad de los soportes y la obsolescencia de la tecnología. Según el soporte y el tipo de información que contengan, se considerará cuál sería la opción más adecuada de preservación: renovación de los soportes, migración de la información a formatos longevos, Transferencia de la información entre plataformas tecnológicas, emulación de los sistemas de información, etc.

### **Artículo 21. Control ambiental**

1. Los depósitos de archivo deberán cumplir con lo establecido en la normativa nacional sobre prevención de riesgos laborales.

2. El sujeto obligado deberá realizar una evaluación de los parámetros medioambientales que puedan afectar a la documentación. Para ello se vigilarán, entre otros, las fluctuaciones de humedad y temperatura, la intensidad y tiempo de exposición de los Documentos a la luz, la presencia de polvo y polución en los depósitos de archivo, la población de insectos, y se harán búsquedas periódicas de signos de actividad de plagas.

3. El sujeto obligado desarrollará rutinas de inspección de salas y depósitos, para detectar la presencia de microorganismos como respuesta ante el biodeterioro; controlará el uso indebido de biosidas y se asegurará un ambiente saludable mediante el mantenimiento y limpieza de los equipos de humidificación, deshumidificación y ventilación en los depósitos de archivos.

4. El sujeto obligado seguirá estándares de Conservación y técnicas de manipulación pertinentes para el mantenimiento de condiciones generales de higiene.

### **Artículo 22. Gestión de contingencias**

1. Cada sujeto obligado elaborará un plan de gestión de contingencias en los centros de archivo de las instituciones, que se considerará como uno de los ejes de un plan general de conservación preventiva.

2. El sujeto obligado será la responsable de formar a las personas que integrarán los comités de contingencias, equipos de contingencias y brigadas de salvamento en la salvaguarda de los fondos documentales bajo su custodia.

3. El plan de gestión de contingencias deberá consignar, como mínimo, información sobre el edificio, documentos esenciales, vías de evacuación, cadenas de comunicación para activar en caso de emergencia, instrucciones básicas y protocolos de actuación y formularios para la evaluación de daños.

### **Artículo 23. Evaluación de riesgos**

1. Los sujetos obligados realizarán una evaluación de riesgos para conocer las fortalezas y debilidades en materia de protección de cada uno de los centros de archivo. Para ello se evaluarán las siguientes variables:

- a) Análisis de los factores climáticos y geológicos de la región;
- b) Situación del edificio;
- c) Actualización de los planos de los espacios del edificio, reflejando las vías de evacuación, la red eléctrica y la canalización del agua;
- d) Localización de productos tóxicos; y
- e) Examen del estado del edificio, las instalaciones y los fondos documentales.

2. La información recopilada en la evaluación de riesgos se materializará en un mapa de riesgos, que servirá como guía para el seguimiento y establecimiento de rutinas de inspección, como herramienta de actualización obligada que permitirá crear prioridades en la actuación.

## CAPÍTULO 6

### DIFUSIÓN Y SERVICIOS DE ATENCIÓN A LOS USUARIOS

#### Artículo 24. Difusión y política de género

1. El sujeto obligado desarrollará un proyecto de difusión de los Documentos en su poder, teniendo en cuenta el tipo de usuario al que se dirige, analizando las necesidades de medios y las acciones que se proponga realizar (exposiciones, visitas guiadas, publicaciones, cuentas en redes sociales, servicios educativos, etc.)

2. El sujeto obligado diseminará información de interés de la mujer, en particular la relacionada con la discriminación y violencia de género y producirá, a partir de la información que se encuentre en su posesión, custodia o control, estadísticas sobre la violencia y la discriminación de las mujeres, así como otra clase de información cualitativa y cuantitativa relacionada.

3. El sujeto obligado deberá contar con un presupuesto que le permita operar adecuadamente este servicio.

#### Artículo 25. Servicios de archivo

1. El servicio de archivo debe mantener a disposición del sujeto obligado los Documentos que este último haya generado y las series documentales que le haya transferido al servicio de archivo.

2. El servicio de archivo debe ser capaz de responder a las consultas y gestionar los préstamos administrativos de cualquier entidad documental al sujeto obligado titular de las series documentales que custodia, mediante un procedimiento reglado.

#### Artículo 26. Atención al público

1. Los archivos de los sujetos obligados tienen que contar con un servicio de atención al público que actúe como intermediario entre los usuarios y los Documentos y la información archivística, tanto de forma presencial como, especialmente, de forma no presencial.

Este servicio de atención al público será el encargado de ofrecer, entre otros:

- a) Atención a consultas de información archivística;
- b) Acceso a los Documentos; y
- c) Reproducción de Documentos.

2. La relación de servicios de atención al público ofertados por el archivo estará disponible por escrito y se difundirá públicamente.

3. Estos servicios serán, por lo general, de acceso gratuito y libre, en condiciones de igualdad para todas las personas. No obstante, en determinadas circunstancias podrán o deberán estar sujetos a restricciones, cuando así lo determine la normativa legal.

4. Se establecerá un servicio multicanal de atención de consultas de información archivística: de forma presencial, telefónica, por correspondencia (postal o electrónica) o mediante servicios basados en la web (servicios de mensajería instantánea, formularios asociados a sistemas CRM y otros similares).

5. El acceso de forma presencial a los Documentos se realizará en instalaciones adecuadas, con los medios apropiados y con la mediación del personal técnico y administrativo suficiente.

6. Las condiciones de uso del contenido de los objetos digitales del archivo disponibles en línea o de las copias obtenidas o proporcionadas deberán estar claramente definidas y manifestadas por escrito a los usuarios.

## **CAPÍTULO 7**

### **ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA**

#### **Artículo 27. Interoperabilidad**

1. Los sujetos obligados velarán por la Interoperabilidad de sus sistemas de información y los procedimientos soportados por éstos. Para efectos de esta Ley, se entenderá por “Interoperabilidad” a la capacidad de las tecnologías de la información y la comunicación, y de los procesos de negocio a los que dan soporte, de intercambiar datos y posibilitar el intercambio de información y conocimiento entre sí.

2. La Interoperabilidad comprenderá dimensiones organizativa, semántica, técnica y temporal. Esta última exige que el sujeto obligado garantice de acceso a la información durante todo el ciclo de vida de los Documentos electrónicos.

3. La Interoperabilidad debe ser un instrumento para simplificar la complejidad organizativa del sujeto obligado.

4. El sujeto obligado debe tender a una neutralidad tecnológica, garantizando la libre elección de alternativas por parte de las personas y evitando cualquier tipo de discriminación tecnológica.

#### **Artículo 28. Metadatos**

1. En el marco de esta Ley, se entenderá como “Metadatos” a aquellos datos que describen el contexto, el contenido y la estructura de los Documentos y expedientes electrónicos y su gestión a lo largo del tiempo.

2. Los sujetos obligados deben garantizar la disponibilidad e integridad de los Metadatos de la información que esté bajo su posesión, custodia y control.

3. Los Metadatos de gestión de Documentos electrónicos deben articularse en esquemas de Metadatos, que respondan a las particularidades y necesidades de gestión de cada sujeto obligado.

4. Se deberán incorporar a los sistemas de gestión de Documentos electrónicos aquellos metadatos que el sujeto obligado identifique como necesarios para sus procesos de gestión documental.

#### **Artículo 29. Digitalización**

1. Se deben establecer requisitos mínimos sobre las imágenes electrónicas resultantes de las digitalizaciones que se definan a través de la normalización de los parámetros básicos de dichos procesos.

2. El proceso de digitalización debe contemplar la normalización de los formatos, los niveles de calidad, las condiciones técnicas y los Metadatos asociados.

3. La imagen electrónica obtenida del proceso de digitalización debe ser fiel al contenido original y garantizar su integridad.

4. El proceso de digitalización debe acompañarse de un mantenimiento preventivo y comprobaciones rutinarias que garanticen la calidad de la imagen y de sus Metadatos.

## **CAPÍTULO 8**

### **. PERFILES Y CAPACITACIÓN DEL PERSONAL CON RELACIÓN A LA GESTIÓN DE DOCUMENTOS**

#### **Artículo 30. Alta dirección**

1. La alta dirección del sujeto obligado establecerá la orientación de la política de gestión de Documentos y archivos para:

- a) Dar coherencia a todas las operaciones de todo el sujeto obligado en materia de gestión de documentos;
- b) Imponer al personal la adopción de los requisitos y deberes inherentes a la gestión y custodia de los documentos;
- c) Asegurar que los procesos del sujeto obligado y los Documentos generados sean transparentes y comprensibles; y
- d) Garantizar ante interesados externos (tribunales, reguladores, auditores, personas, etc.) que los Documentos se gestionan apropiadamente.

2. Aunque la alta dirección de un sujeto obligado delegue la responsabilidad de la gestión y custodia de los Documentos en todo el equipo humano de su institución, conservará la responsabilidad última en materia de rendición de cuentas.

3. Si la complejidad del sujeto obligado lo requiriera, la alta dirección del mismo nombrará un representante en gestión de Documentos y archivos a nivel operativo que debe tener definidos su papel, responsabilidades y competencias.

#### **Artículo 31. Mandos intermedios**

1. Los jefes de las unidades de gestión de los sujetos obligados son responsables de garantizar que el personal a su cargo cree, mantenga y custodie los Documentos como parte integrante de su trabajo, de acuerdo con las políticas, procedimientos y normas previamente establecidas.

2. Los mandos intermedios de los sujetos obligados fomentarán y mantendrán reuniones de trabajo interdisciplinarias periódicas entre el personal que crea y custodia Documentos en su ámbito de responsabilidad, los técnicos de la información y los técnicos de archivos del sujeto obligado, con el fin de desarrollar, implementar, revisar y mejorar los sistemas de gestión en su ámbito de actuación, y con el fin de crear, custodiar y tratar Documentos auténticos, íntegros y disponibles.

#### **Artículo 32. Técnicos de archivo**

1. Los técnicos calificados en archivos y gestión documental son los responsables de todos los aspectos relativos al tratamiento archivístico y correcta gestión de documentos del sujeto obligado, incluyendo el diseño, implementación y mantenimiento del sistema de gestión de documentos y sus operaciones.

2. Los técnicos de archivos son un recurso humano transversal y altamente calificado, fundamental para el sujeto obligado en materia de comunicación, concienciación, asesoramiento y formación de los equipos humanos en tratamiento archivístico y gestión de los Documentos.

3. Los técnicos de archivos deben trabajar en colaboración con los técnicos de la información y de las comunicaciones en el diseño, implementación y mejora del sistema de gestión, en la arquitectura de la información, en la seguridad de la información y en el acceso y recuperación de la misma.

### **Artículo 33. Plan de Comunicación**

1. El plan de comunicación garantizará que los procedimientos y beneficios de la gestión de documentos y archivos se comprendan por todo sujeto obligado, clarificando las directrices en materia de gestión de documentos y situando los procedimientos y procesos en un contexto que permita entender las razones de su necesidad.

2. El plan de comunicación articulará procedimientos para que los documentos relativos a la política de gestión de Documentos y archivos del sujeto obligado sean accesibles y lleguen a todos sus integrantes, siendo conveniente un fácil acceso a un paquete de Documentos que informen de responsabilidades y procedimientos estratégicos.

### **Artículo 34. Concienciación del equipo de trabajo**

1. El sujeto obligado debe crear conciencia y mantener a su personal al tanto de:

- a) La relevancia de cada una de sus actividades individuales y como éstas contribuyen a la consecución de los objetivos del sistema de gestión de Documentos y archivos;
- b) Los aspectos significativos del sistema de gestión de Documentos y archivos que están asociados a su trabajo y los beneficios en la mejora de su desempeño;
- c) La importancia del cumplimiento de la política y procedimientos de la gestión de los Documentos y archivos del sujeto obligado;
- d) Los riesgos y consecuencias del incumplimiento de los procedimientos establecidos.

### **Artículo 35. Plan de capacitación continua**

1. El sujeto obligado establecerá entre sus estrategias el diseño de un plan de capacitación continua y designará a un responsable con un nivel jerárquico adecuado para que se ocupe del programa, lo dote de los recursos necesarios y se responsabilice de su diseño y ejecución.

2. La capacitación se destinará a todo aquel personal del sujeto obligado que crea, mantiene o custodia documentos (también a directivos y alta dirección), a contratados externos, a voluntarios y a cualquier otra persona que se encargue de la totalidad o parte de una actividad en la que se creen documentos y se incorporen a los sistemas de gestión de documentos del sujeto obligado, teniendo en cuenta sus funciones y responsabilidades.

3. El análisis de las necesidades de capacitación se sustentará en encuestas periódicas, dirigidas al equipo humano, en evaluaciones de rendimiento del personal y en análisis de puntos débiles, riesgos o lagunas existentes en la gestión de documentos y archivos del sujeto obligado.

4. La capacitación debe ser evaluada y revisada periódicamente mediante:

- a) La medición de su rendimiento;
- b) La realización de auditorías; y
- c) El contraste de los niveles de competencia del personal frente a los objetivos del programa de formación.

5. Los sujetos obligados revisarán periódicamente tanto los contenidos de la capacitación como su orientación, para garantizar su efectividad y adecuación a los cambios que se puedan producir en el contexto (legal, social, administrativo, etc.) en el que se inscribe el sujeto obligado y en el propio sistema interno de gestión de Documentos y archivos.

6. Dentro del plan de capacitación se promoverán los ajustes necesarios para alcanzar una mejora continua y se diseñarán mecanismos para que el personal capacitado se beneficie de las mejoras introducidas en las nuevas actividades.

7. Los sujetos obligados evaluarán el nivel de satisfacción de las personas que hayan participado en una actividad de capacitación (por ejemplo, mediante encuestas de satisfacción).

## **Artículo 36. Disposiciones finales**

A partir de la entrada en vigencia de esta Ley, se derogan todas aquellas normas de igual o menor jerarquía que se opongan o contradigan lo dispuesto en la presente.

\* \* \* \*

### **GUÍA DE APLICACIÓN LEY MODELO INTERAMERICANA SOBRE GESTIÓN DOCUMENTAL**

#### **TABLA DE CONTENIDOS**

#### **CAPÍTULO 1. POLÍTICA DE GESTIÓN DE DOCUMENTOS**

- 1.1. Documentos y archivos
- 1.2. Implementación de una Política de Gestión de Documentos
- 1.3. Procesos de gestión documental

#### **CAPÍTULO 2. IDENTIFICACIÓN, CLASIFICACIÓN Y DESCRIPCIÓN DE DOCUMENTOS**

- 2.1. Identificación archivística
- 2.2. Clasificación documental
- 2.3. Descripción de documentos

#### **CAPÍTULO 3. VALORACIÓN, TRANSFERENCIA Y ELIMINACIÓN DE DOCUMENTOS**

- 3.1. Valoración de documentos
- 3.2. Transferencia de documentos
- 3.3. Eliminación de documentos

#### **CAPÍTULO 4. ACCESO Y SEGURIDAD DE LA INFORMACIÓN**

- 4.1. Acceso a los documentos públicos
- 4.2. Análisis de la accesibilidad legal a los documentos
- 4.3. Gestión de las solicitudes de acceso a documentos
- 4.4. Restricciones y control de acceso
- 4.5. Medidas mínimas de seguridad para documentación con datos de carácter personal
- 4.6. Ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición de los datos de carácter personal
- 4.7. Seguridad de la información
- 4.8. Reutilización de la información pública

#### **CAPÍTULO 5. CONSERVACIÓN DE DOCUMENTOS Y GESTIÓN DE CONTINGENCIAS**

- 5.1. Elaboración de un Plan integrado de conservación de documentos
- 5.2. Custodia y control de las instalaciones
- 5.3. Control ambiental
- 5.4. Elaboración de un Plan de gestión de contingencias
- 5.5. Evaluación de riesgos

#### **CAPÍTULO 6. DIFUSIÓN Y SERVICIOS DE ATENCIÓN A LOS USUARIOS**

Difusión Atención a la Administración por los servicios de archivo Atención al público

#### **CAPÍTULO 7. ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA**

- 7.1. Interoperabilidad
- 7.2. Metadatos
- 7.3. Digitalización

#### **CAPÍTULO 8. PERFILES Y CAPACITACIÓN DEL PERSONAL CON RELACIÓN A LA GESTIÓN DE DOCUMENTOS**

- 8.1. Alta dirección
- 8.2. Mandos intermedios
- 8.3. Técnicos de archivo

- 8.4. Plan de Comunicación
- 8.5. Concienciación del equipo de trabajo
- 8.6. Plan de Formación Continua

#### **BIBLIOGRAFÍA Y RECURSOS**

\* \* \*

---

### **CAPÍTULO 1. POLÍTICA DE GESTIÓN DE DOCUMENTOS**

---

#### **Definición de Política de Gestión de Documentos:**

*Declaración de intenciones que asume toda la institución como un pilar estratégico en la cual se exponen las principales líneas de actuación, procesos, responsables y objetivos que se pretenden desarrollar en materia de gestión de documentos y archivos.*

---

- 1.1. Documentos y archivos.
- 1.2. Implementación de una Política de Gestión de Documentos.
- 1.3. Nombramiento de una autoridad que lidere la política de gestión.
- 1.4. Procesos de gestión documental.

De acuerdo con las principales referencias técnicas y normativas en materia archivística, se considera buena práctica que las instituciones establezcan, mantengan, documenten y promulguen una política propia de Gestión de Documentos, en la que se definan los procedimientos y prácticas documentales que aseguren la cobertura de las necesidades de información de la propia institución al tiempo de que se facilita la rendición de cuentas como valor añadido de cara a los grupos de interés de la misma.

---

#### **1.1. Documentos y archivos**

---

#### **Definición de Documento:**

*Se entiende por documento aquella información creada, recibida y conservada como evidencia, testimonio y activo por una institución en el desarrollo de sus actividades o en virtud de sus obligaciones legales, con independencia del soporte y plataformas tecnológicas.*

*El uso del término documento se referirá siempre como sinónimo del término documento de archivo, es decir, el testimonio material de un hecho o acto realizado en el ejercicio de sus funciones por personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, de acuerdo con unas características de tipo material y formal.*

---



---

#### **Definición de Servicio de Archivo:**

*Servicio responsable de las funciones de gestión, conservación y administración de documentos.*

---

#### **Descripción de la buena práctica**

Las iniciativas de transparencia y acceso a la información pública dependen en gran medida de la calidad, la fiabilidad y la accesibilidad de los archivos públicos que custodian esa información. Si los archivos no están organizados y bien gestionados será muy complicado determinar la autenticidad y la integridad de la información pública, así como cumplir con los plazos establecidos de respuesta a la ciudadanía y a la administración. Pero cuando se trabaja con controles adecuados en la administración de archivos, con estándares y procedimientos eficaces, tanto las personas como los funcionarios públicos pueden confiar no sólo en la fiabilidad de los datos extraídos de los archivos, sino en la existencia de un reflejo documental completo de las actividades de las administraciones públicas.

La Administración Pública genera y recibe una considerable cantidad de documentación como consecuencia y reflejo de las actividades necesarias para el cumplimiento de sus fines. Estos documentos no tienen únicamente importancia en la esfera interna de la institución, también tienen una dimensión externa, ya que garantizan tanto derechos como deberes, tanto de la administración

como de los particulares, y pueden ser objeto de control, verificación y auditoría de las actuaciones desarrolladas por la administración.

De la actuación de las administraciones públicas deriva un patrimonio documental que constituye una parte esencial de la memoria histórica colectiva. Al tiempo, además, proporciona información de las competencias de la Administración Pública de manera permanente, por lo que se debe prestar una especial atención al tratamiento, custodia y difusión de los documentos públicos, sobre todo en un ámbito de transparencia y acceso a la información.

Los documentos contienen información que constituye un recurso valioso y un activo importante para la institución.

Muchas de las actividades de las administraciones públicas que habían estado basadas en documentos y expedientes en papel se han automatizado parcial o completamente. A medida que las Administraciones migran a un entorno on-line, los documentos, expedientes y archivos electrónicos servirán como base para:

- la gestión de los recursos,
- el servicio de las personas.
- la medición de avances y resultados,
- la protección de los derechos y deberes de cualquier persona o de la propia administración.

### **Recomendaciones**

1. La adopción de criterios normalizados para la gestión de documentos resulta esencial para la administración y la sociedad en general, para así proteger y conservar los documentos como prueba y evidencia de sus funciones y actividades.

2. La normalización de las políticas y de los procedimientos de la gestión de documentos asegura:

- a. la adecuada atención y protección de los mismos;
- b. permite que los valores probatorios y la información que contienen puedan ser preservados y recuperados de un modo eficiente y más eficaz, al utilizarse prácticas y procesos normalizados basados en buenas prácticas.

3. La racionalización de la documentación en sus diferentes fases garantiza una gestión eficaz y adecuada, integrando las estrategias de tratamiento de los documentos, tanto en soporte convencional como electrónico, en la gestión integral de una institución.

## **1.2. Implementación de una Política de Gestión de Documentos**

---

### **Definición de Política de Gestión de Documentos:**

*Declaración de intenciones que asume toda la institución como un pilar estratégico en la cual se exponen las principales líneas de actuación, procesos, responsables y objetivos que se pretenden desarrollar en materia de gestión de documentos y archivos.*

---

### **Descripción de la buena práctica**

El alcance de una Política de Gestión de Documentos, en lo que se refiere a la creación y control de documentos por parte de la institución, debe incluir las estrategias de alto nivel capaces de respaldar todas las funciones y actividades que desempeña la institución, protegiendo la integridad de los documentos durante el tiempo que estos sean necesarios.

La implementación exitosa de una Política de Gestión de Documentos en cualquier institución deriva en una serie de ventajas:

- Se logra el cumplimiento de los objetivos de la institución de una forma más eficaz y con un alto nivel de eficiencia, gracias a la definición de unos documentos, aplicaciones y procesos de gestión adecuados a las necesidades y objetivos.
- Se garantiza la transparencia y trazabilidad de la toma de decisiones tomadas en el seno de la institución reconociendo la responsabilidad de la dirección y los demás miembros de la institución y su capacidad de buen gobierno.

- Se facilita el funcionamiento efectivo del conjunto de una institución optimizando las actividades que desarrolla la misma, protegiendo sus intereses y los derechos de los grupos de interés actuales y futuros.
- Se desarrolla las actividades cumpliendo con los requisitos legislativos, reglamentarios, técnicos y de rendición de cuentas que sean de aplicación dentro de la institución.

#### **Recomendaciones**

1. La alta dirección de la institución debe respaldar de forma visible y proactiva la implementación y mantenimiento de una Política de Gestión Documental, incluyéndola como un recurso indispensable para el cumplimiento de los objetivos estratégicos de la institución.
2. La Política de Gestión de Documentos ha de ajustarse a los siguientes elementos:
  - a. Debe adecuarse al propósito básico de la institución y facilitar el cumplimiento de sus objetivos.
  - b. Debe incluir compromisos de satisfacción de requisitos y de mejora continua de la misma.
  - c. Debe divulgarse dentro de la institución y estar disponible para todo el personal implicado en la creación, mantenimiento y uso de documentos.
3. La Política de Gestión de Documentos debe estar respaldada por un paquete documental en el que se incluyan los procedimientos, directrices, modelos y otros documentos que componen el sistema de gestión de documentos y archivos de la institución.
4. La institución debe facilitar y fomentar la formación e instrucción del personal a su cargo responsable de crear y mantener documentos, siguiendo con las directrices y procedimientos que se pauten en la Política de Gestión de Documentos.
5. A modo de sugerencia, la Política de Gestión de Documentos también debería cumplir con los siguientes puntos:
  - a. Debería partir de un análisis preliminar del funcionamiento real de la institución, a partir del cual diseñar los procedimientos de gestión documental.
  - b. Debería ser lo más coherente posible con la normativa aplicable en materia de gestión documental y archivos, tanto a nivel nacional como internacional.
  - c. Debería presentarse utilizando sistemas que faciliten su comprensión (usando un lenguaje sencillo frente a un lenguaje lleno de tecnicismos, y usando gráficos explicativos simples frente a complejos diagramas).
  - d. Deberían especificarse objetivos concretos para considerar el grado de cumplimiento de la Política de Gestión de Documentos.

### **1.3.Nombramiento de una autoridad que lidera la política de gestión**

---

#### **Definición de Liderazgo:**

*Conjunto de habilidades gerenciales o directivas que un individuo tiene para influir en un grupo de personas determinado, haciendo que este equipo trabaje con entusiasmo, en el logro de metas y objetivos. También se entiende como tal la capacidad de tomar la iniciativa, gestionar, convocar, promover, incentivar, motivar y evaluar a un grupo o equipo.*

---

#### **Descripción de la buena práctica**

Establecer una unidad o agencia dentro de la administración, institución o institución en la que se desarrolle y lidere la Política de Gestión de Documentos. Permitirá garantizar que las decisiones, las acciones y las actividades de la gestión documental se establezcan conforme al marco legal, y queden debidamente documentadas. La autoridad designada para liderar la Política de Gestión de Documentos, según el ámbito en el que se implemente, podrá ser una unidad de gestión de archivos, una autoridad nacional de registros, organismos regionales o locales, etc.

El Consejo Internacional de Archivos auspicia que los archivos nacionales o regionales jueguen un papel fundamental en el apoyo a la gestión documental en las administraciones públicas.

### Recomendaciones

1. Se asignará previamente a un directivo la responsabilidad principal en materia de gestión de documentos, para una asignación de recursos necesarios, una supervisión de las etapas para su implementación y el plan de actuaciones correspondiente.
2. La alta dirección de la institución debe designar un representante específico de la dirección quien, al margen de otras responsabilidades, debe:
  - a. ser garante de que la Política y el sistema de gestión de documentos se establece, implementa y mantiene de acuerdo con los requisitos necesarios;
  - b. estar comprometido con la comunicación y concienciación sobre la política de gestión y tratamiento archivístico de los documentos en toda la institución;
  - c. comprometerse para que los recursos técnicos, materiales y humanos sean suficientes;
  - d. ser responsable de que los roles y responsabilidades definidas en la política y en el sistema de gestión de documentos están correctamente asignadas y documentadas y que el personal que realiza estas funciones es competente para ello y recibe la formación necesaria.
3. Opcionalmente, la alta dirección puede nombrar un representante para la gestión documental y de los archivos a nivel operativo cuando el tamaño y la complejidad de la institución y de sus procesos de gestión documental así lo requieran.

---

### 1.4. Procesos de gestión documental

---

#### Definición de Proceso:

*Secuencia encadenada de actividades que dan como resultado un valor añadido que responde a las necesidades planteadas por otra persona o unidad, ya sea de dentro o de fuera de la institución.*

---

#### Descripción de la buena práctica

De acuerdo con las principales referencias técnicas y normativas en materia de gestión de organizaciones y archivos, se considera una buena práctica que las instituciones normalicen y documenten sus procesos de trabajo con el fin de facilitar el cumplimiento de tareas, objetivos y actividades, homogeneizando todas las actuaciones, facilitando la mejora continua de dichos procesos y apoyando la formación continua del personal que compone la institución.

El análisis de los procesos permite identificar la creación, incorporación y control de aquellos documentos que gestiona las instituciones a lo largo de los diversos procedimientos que desarrolla. Además, es el fundamento necesario para determinar los siguientes aspectos:

- La identificación de todos los documentos que se requieren para documentar una función o actividad determinada que se desempeña dentro de la institución.
- El desarrollo de cuadros de clasificación funcionales que permitan identificar, organizar y localizar la documentación.
- La continuidad de los vínculos existentes entre los documentos y su contexto dentro de la institución.
- El establecimiento de directrices o reglas que permitan identificar y manejar los documentos de la institución a lo largo del tiempo.
- La identificación de los propietarios y responsables de los documentos a lo largo del tiempo.
- La definición de plazos adecuados para la conservación o eliminación de documentos por parte de la institución, de acuerdo con las funciones y actividades que se desempeñen.
- El análisis de la gestión de riesgos y la definición de una política de seguridad y control de la información en el contexto del sistema que gestiona los documentos de la institución.

Dicho análisis de los procesos debe cristalizar en la normalización de sus procedimientos, aspecto que contribuye a conseguir una mayor eficacia y eficiencia en la gestión diaria de la institución, ya que permite desplegar la estrategia corporativa mediante la identificación clara y precisa de todas sus actividades y responsables.

Además, la normalización de los procedimientos se fundamenta en el trabajo en equipo por parte de todas las personas que componen la institución, permitiendo incorporar el elemento clave de la gestión participativa y la formación como objetivo principal de mejora continua.

El funcionamiento sistemático que viene determinado por la normalización de los procedimientos dentro de una institución presenta una serie de ventajas:

- Permite predecir los resultados que se esperan dentro de una institución.
- Garantiza que las operaciones se realizan de forma homogénea a lo largo de toda la institución siguiendo las mismas pautas, teniendo todas ellas el mismo reflejo documental.
- Facilita la asignación e identificación de responsabilidades.
- Facilita la comunicación y la relación entre los miembros de la institución.

### **Recomendaciones**

1. La documentación de los procedimientos sigue siendo la herramienta más utilizada para responder a los requisitos que se establecieron en las normas internacionales de calidad y, de la misma forma, ocurre lo mismo con las normas de gestión de instituciones basadas en sus documentos. Por eso, documentar los procedimientos y normalizarlos es un factor primordial en el aseguramiento de la calidad y la gestión documental.

2. Antes de documentar nada, y con la finalidad de poder normalizar los procedimientos de la forma más adecuada posible, es necesario realizar la oportuna identificación de los siguientes elementos:

- a. Identificar qué procedimientos lleva a cabo la institución, cuáles son los objetivos de cada procedimiento, quiénes son las personas que se ven beneficiados del mismo (también conocidos como usuarios) y cuál es el valor añadido que la institución les ofrece con ese procedimiento.
- b. Identificar quiénes son las personas responsables y quiénes las personas que participan en cada procedimiento.
- c. Identificar la forma específica en que la institución realiza las diversas actividades que componen el procedimiento.

3. Una vez que se han identificado los elementos anteriores, es recomendable considerar la creación de un paquete documental que refleje todo lo que se ha identificado. Para desplegar adecuadamente la documentación de los procedimientos normalizados dentro de una institución, se puede desarrollar una herramienta de gestión conocida como mapa de procesos. Un mapa de procesos no representa el organigrama jerárquico de una institución sino la estructura funcional de las actividades de negocio que desempeña la institución de cara a ofrecer un valor añadido a sus usuarios.

4. Para que la normalización de los procedimientos en cualquier institución tenga el resultado previsto, es necesario acompañarla de una estrategia firme y decidida que favorezca la formación del personal de la institución en materia de aseguramiento de la calidad y mejora continua, impulsando la implicación, la formación continua y el trabajo en equipo de todas las personas que conforman la institución.

---

## **CAPÍTULO 2. IDENTIFICACIÓN, CLASIFICACIÓN Y DESCRIPCIÓN DE DOCUMENTOS**

---

### **Definición de Control Intelectual:**

*Conjunto de procesos operativos de gestión documental que sirven para dar respuesta a las necesidades intelectuales exigidas por los usuarios de una institución en materia de gestión de documentos y cuyo valor añadido se convierte en un recurso fundamental para la gestión del resto de procesos documentales o de gestión de la institución.*

---

#### **2.1. Identificación archivística.**

#### **2.2. Clasificación documental.**

#### **2.3. Descripción de documentos.**

En este apartado se desarrollan las buenas prácticas relacionadas con aquellos procesos de gestión de documentos de archivo que tienen como objetivo mantener eficazmente el control intelectual de los documentos conservados en los archivos y disponer de unas representaciones adecuadas de los mismos, para desarrollar una gestión eficaz de la información contenida en sus fondos documentales.

## **2.1. Identificación archivística**

---

### **Definición de Identificación:**

*Conjunto de actividades preliminares de gestión que sirven para analizar las actuaciones que se llevan a cabo en una institución y que permiten conocer en toda su extensión los tipos documentales que se gestionan. La identificación de la estructura organizativa y funcional de cualquier organismo refleja la institución de los documentos gestionados por dicho organismo.*

---

### **Descripción de la buena práctica**

De acuerdo con las principales referencias técnicas y normativas en materia archivística, se considera buena práctica que las instituciones analicen sus objetivos y estrategias, su régimen jurídico, su estructura, sus factores de riesgo y todas aquellas actividades que desarrollan, junto con la documentación que han producido y sigue produciendo vinculadas a dichas actividades, con el fin de obtener el mayor conocimiento posible de la institución, de sus competencias y de todos los cambios que ha sufrido a lo largo del tiempo, y poder así establecer un sistema de gestión de documentos que responda a todas sus expectativas y realidades.

La identificación es una actividad de tipo intelectual que consiste en investigar de forma exhaustiva el sujeto productor de documentos que es la institución y todos los tipos documentales que gestiona. Por tanto, se entiende que la identificación debe ser la etapa previa a la implantación de un sistema de gestión de documentos y archivos, basada en la recopilación de la siguiente información:

- Los objetivos y estrategias que mantiene o ha mantenido la institución.
- La estructura jerárquica que tiene o ha tenido la institución.
- El marco legal, económico o político que afecta o ha afectado al funcionamiento de la institución.
  - Los factores críticos o debilidades que tiene o ha tenido la institución.
  - Las funciones, actividades y operaciones que realiza o ha realizado la institución.
  - Los flujos y procesos de negocio que gestiona o ha gestionado la institución.
  - Los tipos de documentos que gestiona o ha gestionado la institución vinculados a los flujos de sus procesos.
- El sistema o sistemas de gestión de documentos que utiliza o ha utilizado la institución.

El resultado de este análisis exhaustivo será el conocimiento integral de los requisitos y necesidades que posee la institución. Este conocimiento se conoce como organización del fondo documental y ofrece una presentación absoluta del fondo documental de dicha institución. Con esta institución se podrán diseñar las herramientas fundamentales en los respectivos procesos de gestión de documentos (cuadros de clasificación, tablas de valoración o retención documentación, disposición de documentos, ordenación de series, etc.).

### **Recomendaciones**

1. Para poder llevar a cabo una Política de Gestión de Documentos eficaz, es necesario que la identificación sea siempre la actividad previa a cualquier otra, con el fin de poder diseñar e implantar un sistema de gestión adaptado a la estructura y necesidades que se hayan identificado.
2. La recopilación de información debe ser sistemática y debe recoger fuentes de diversas procedencias, como el análisis de documentación normativa, el análisis de la documentación producida por la propia institución, entrevistas con el personal de la institución, etc. Cuantas más fuentes de información se recopilen, mayor será el nivel de conocimiento de la institución.
3. Se considera recomendable sistematizar todas las categorías administrativas en que se sustenta la estructura de una institución, así como las categorías funcionales, ya que de esa forma quedará reflejada toda la institución desde el punto de vista documental. Esta sistematización es

conocida como principio de procedencia y permite organizar toda la documentación de una institución de la forma más eficaz posible, evitando la mezcla de documentos de diversas categorías y su descontextualización.

4. Se recomienda realizar la identificación partiendo de varios elementos fundamentales y no necesariamente consecutivos:

a. Identificación del organismo. Consiste en el estudio de la institución que gestiona los documentos. Para llevarlo a cabo, lo más aconsejable es recopilar toda la legislación existente y extraerla siguiendo criterio homogéneo. Con la legislación, se podrá obtener el conocimiento de la estructura orgánica y sus funciones fundamentales, así como la evolución de ambas a lo largo del tiempo. También puede completarse esta identificación orgánica con el estudio de la documentación y las entrevistas con el personal, pero este tipo de fuentes resultan más provechosas para identificar otros elementos.

b. Identificación de las funciones. Consiste en el estudio de las funciones, actividades o procesos de una institución. Partiendo de la recopilación legal, se obtiene el conocimiento de las funciones básicas de la institución, que deberá ser complementado con los niveles inferiores de cada función (actividades, procesos y acciones). Dichas actuaciones no aparecen en el marco legal pero sí se pueden conocer a través del análisis de la documentación y las entrevistas con el personal.

c. Identificación de los documentos. Consiste en el estudio de los tipos y series documentales de una institución. A partir de todo el conocimiento extraído en la identificación orgánica y funcional, es necesario comprobar su reflejo en los documentos que la institución mantiene. Por tanto, la fuente principal para llevar a cabo este elemento de la identificación es el análisis directo de la documentación que la institución gestiona (tipos documentales o conjuntos de documentos producidos en el desarrollo de una misma actividad).

## **2.2. Clasificación documental**

### **Definición de Clasificación documental:**

*Proceso operativo básico para diseñar el conjunto de actuaciones o estrategias en materia de gestión documental dentro de una institución, puesto que su resultado ofrece un valor añadido esencial para poder planificar y determinar numerosas actuaciones posteriores, como el establecimiento de períodos de conservación de los documentos, la metodología de acceso a la información o la posibilidad de recuperar la información y los documentos dentro del conjunto de documentos.*

### **Descripción de la buena práctica**

De acuerdo con las principales referencias técnicas y normativas en materia de gestión documental, se considera buena práctica que las instituciones elaboren un cuadro de clasificación de documentos que refleje todas las actividades de la institución y se utilice como soporte para todos los procesos de gestión de documentos.

El cuadro de clasificación es la herramienta fundamental para el funcionamiento ordinario de cualquier institución así como para poder desarrollar cualquier proceso de gestión de documentos.

Concretamente, disponer de un cuadro de clasificación ofrece a su institución las siguientes ventajas:

- Establece vínculos entre la documentación que se gestiona en la institución.
- Garantiza que los documentos se denominan de una forma coherente a lo largo del tiempo.
- Ayuda a recuperar la información y los documentos que la contienen.
- Permite la definición de niveles de seguridad y acceso a conjuntos de documentos clasificados por series documentales.
- Permite la atribución de permisos de acceso a personas para acceder.
- Distribuye la responsabilidad de la gestión de las agrupaciones documentales.
- Distribuye los documentos para la realización eficaz de las tareas en la institución.
- Facilita el establecimiento de plazos y medidas para la valoración (de conservación o eliminación) apropiadas para cada documento.

El cuadro de clasificación debe estar basado en las funciones o actividades que se desarrollan en la institución. Un sistema de clasificación basado en funciones puede proporcionar un marco sistemático y efectivo para la gestión de documentos. El análisis de las funciones realizado en el momento preliminar de identificación de la institución permite conocer todas las actividades de la institución y situarlas en el contexto de los objetivos y estrategias planteadas por la dirección de la institución.

El cuadro de clasificación es una herramienta que refleja las funciones, actividades y operaciones de una institución y dicha herramienta puede ser utilizada para desarrollar otras de vital importancia en los demás procesos de gestión de documentos y archivos de una institución (tesauros, reglas de indización, repertorios de series, tablas de acceso y valoración, eliminación y conservación de documentos, etc.).

### **Recomendaciones**

1. Un cuadro de clasificación puede reflejar la simplicidad o la complejidad de cualquier institución. Por ello, es necesario que la identificación preliminar que se haya realizado previamente de la institución sea lo más exhaustiva posible, en aras de conseguir el mayor nivel de conocimiento de las actividades y documentos que se gestionan.

2. El cuadro de clasificación debe concebirse en colaboración con las personas que crean o gestionan los documentos ya que son aquellas personas las que mejor conocen el funcionamiento diario de sus respectivas actuaciones.

3. El cuadro de clasificación debe revisarse de forma periódica con el fin de incluir las necesidades cambiantes que sufre la institución, garantizando que su estructura se mantiene actualizada y refleja las modificaciones que puedan producirse en sus funciones o actividades.

4. La estructura de un cuadro de clasificación suele ser jerárquica y reflejarse del siguiente modo:

- a. El primer nivel refleja la función.
- b. El segundo nivel refleja las actividades que constituyen la función.
- c. El tercer nivel refleja los grupos de operaciones o procedimientos que forman parte de cada actividad.

Pueden definirse más niveles en función de la complejidad de las funciones de una institución. El grado de precisión de un cuadro de clasificación debe ser elegido por la institución a la que representa y debería reflejar la complejidad de cada una de las funciones que se llevan a cabo en ella.

5. Las personas responsables de elaborar el cuadro de clasificación pueden comprobar que su herramienta funciona de forma adecuada si cumple con los siguientes puntos:

- a. Si el cuadro toma las denominaciones que aparecen en su estructura de las funciones y actividades y no de las unidades que componen la institución.
- b. Si el cuadro es propio de su institución y procura de forma coherente la vinculación entre las diversas unidades que comparten información y agrupaciones documentales debido a la interrelación de sus funciones.
- c. Si la estructura jerárquica del cuadro de clasificación va del concepto más general al más específico, es decir desde las funciones de alto nivel de la institución hasta las operaciones o acciones más concretas.
- d. Si los términos que se emplean en el cuadro son unívocos y reflejan la práctica diaria de la institución.
- e. Si están formados por un número suficiente de agrupaciones en las que se contemplen todas las funciones que generen o gestionen documentos.

---

### **2.3. Descripción de documentos**

---

#### **Definición de Descripción de documentos:**

*Función esencial en el tratamiento de la información archivística, mediante la que se facilita el acceso a los archivos y a la información sobre los documentos mediante instrumentos descriptivos,*

*así como la comprensión del contexto y contenido de los documentos, su procedencia, las funciones de las que son reflejo, los asuntos de los que tratan, sus características y volumen.*

---

#### **Descripción de la buena práctica**

La descripción archivística se liga de manera directa con los procesos previos de identificación y clasificación, pues únicamente es posible describir información que se encuentre debidamente organizada. Asimismo, que un archivo esté bien organizado no garantiza sólo por ello que se pueda acceder y consultar la información que contiene. Para ello es necesario describir su contenido.

Por lo tanto, la descripción es una condición esencial necesaria para la realización de otros procesos, como aquellos asociados a la valoración documental y a la difusión y servicios de referencia y consulta de los archivos. No podrá valorarse, conservarse y difundirse apropiadamente un fondo documental si no se conoce su contenido, su procedencia institucional y las funciones que dieron lugar a su creación y utilización.

#### **Recomendaciones**

1. Los documentos de archivo deben ser representados de manera comprensible, dando información sobre su contexto de creación, su institución y su contenido.
2. Uno de los principales objetivos al implementar la función técnica de la descripción es el de facilitar el acceso a los documentos.
3. La correcta descripción de la información contenida en los documentos permitirá verificar la autenticidad de la procedencia de esos mismos documentos de archivo.
4. Antes de abordar cualquier acción referida al ámbito de la descripción archivística será preciso realizar un estudio de diagnóstico de la situación.
5. Las autoridades públicas propondrán acciones para el diseño de la política descriptiva de sus instituciones o sistema de archivos.
6. Se establecerá un Plan de descripción archivística en las instituciones o sistemas institucionales de archivos.
7. Se adoptarán políticas archivísticas definidas para toda institución o sistema de archivos, en sintonía con las directrices que marquen los respectivos entes directores en materia de archivos.

### **CAPÍTULO 3. VALORACIÓN, TRANSFERENCIA Y ELIMINACIÓN DE DOCUMENTOS**

#### **3.1. Valoración de documentos.**

#### **3.2. Transferencia de documentos.**

#### **3.3. Eliminación de documentos.**

---

##### **Definición de Valoración de Documentos:**

*Fase del tratamiento archivístico que consiste en analizar y determinar los valores primarios y secundarios de las series documentales, fijando los plazos de transferencia, acceso y conservación o eliminación total o parcial.*

---

##### **Definición de Calendario de Conservación:**

*Instrumento resultante de la valoración de las series documentales producidas por una institución. En el mismo se identifican las series y tipos documentales, así como los documentos calificados como esenciales, se asignan los plazos de conservación y se procede a la normalización de soportes de conservación.*

---

#### **Descripción de la buena práctica**

Se considerará una buena práctica que la institución diseñe e implemente un sistema de valoración, incluyendo varios procesos que comprenden la identificación de las series y, por tanto, de las actividades que testimonian, el análisis de los valores de los documentos para proponer su selección planificando su conservación permanente o su eliminación y sus plazos.

La valoración se inserta de lleno en las políticas y sistemas de gestión de los documentos y de la información.

La base de cualquier sistema de valoración debe situarse en tres aspectos: en primer lugar, debe contar con una norma de regulación; en segundo lugar, debe haber una atribución de potestades y responsabilidades, es decir, una autoridad; y por último, es preciso que produzca y aplique unos acuerdos, normalmente reflejados en lo que se conoce como calendarios de valoración.

En este apartado se agrupan aquellas buenas prácticas que permitirán optimizar este procedimiento.

### **Recomendaciones**

1. La dirección del organismo debe aprobar las normas de valoración. La destrucción irregular de documentos comporta, en algunos casos, graves sanciones económicas e, incluso en algunos países, procesos de carácter penal. Es esencial que la institución se dote de normas para la aprobación de plazos de conservación de sus documentos y de sistemas regularizados de destrucción.

2. El objeto de la valoración propiamente dicho son las series documentales, entendidas como el conjunto de documentos simples o compuestos producidos por una institución que son reflejo de una o varias actividades o procesos desarrollados en el ejercicio de sus competencias. No se valoran unidades documentales sueltas ni archivos o fondos archivísticos en general.

3. La valoración afecta a los documentos administrativos y a sus contextos de producción, porque lo que trata de discernir es no solo la inutilidad administrativa sino su permanencia como testimonio y memoria.

4. La valoración afecta por igual a los documentos en papel y electrónicos.

5. En la valoración se identifican las series que contiene información esencial para la institución, asegurando de esta forma su adecuada protección, conservación y preservación; así como también aquellos documentos que justifican derechos y deberes tanto de la propia institución como de terceras partes.

6. La destrucción no es el fin de la valoración sino un medio, no se pretende eliminar en razón del volumen documental sino prescindir de lo inútil buscando la conservación de la memoria.

7. Es necesario asegurar la conservación a largo plazo de los documentos que ayudarán a explicar en el futuro la evolución de una sociedad o de un organismo desde diversos ámbitos (social, político, económico, tecnológico, etc.).

8. Se debe establecer un procedimiento de valoración que delimite en qué momento de su ciclo vital los documentos pueden ser consultados por las personas, y bajo qué circunstancias y condicionantes, siempre según la legislación vigente y en particular de acuerdo con las disposiciones de la ley especial de acceso a la información pública.

9. La base de cualquier sistema de valoración debe situarse en tres aspectos: en primer lugar, debe contar con una normativa de regulación; en segundo lugar, debe haber una atribución de potestades y responsabilidades, es decir, una autoridad; y por último, es preciso que produzca y aplique unos acuerdos, normalmente reflejados en lo que se conoce como calendarios de conservación o tablas de retención documental.

10. Dada la responsabilidad sobre la eliminación, dentro de la institución deben crearse órganos o entidades específicas que sancionen, controlen y cuantifiquen la valoración, por ejemplo un Comité de Valoración institucional. Para ello se deben establecer criterios y procedimientos para ejercer dicha responsabilidad dentro de la institución.

11. La responsabilidad del proceso de valoración documental debe estar compartida por gestores administrativos, gestores documentales, archiveros, abogados y usuarios.

12. Es imprescindible documentar todas las operaciones derivadas de la valoración. De esta manera el proceso de valoración y eliminación se enmarca en un sistema transparente y fiable, alineándose con los sistemas de calidad e integrando al archivo en los sistemas de gestión de la institución.

13. El formulario de valoración de series documentales persigue poner a disposición de los miembros del órgano o comisión dedicada a sancionar y controlar la valoración la mayor información posible, al objeto de juzgar el valor de los documentos que componen la serie documental objeto de valoración.

14. Los elementos que integran el calendario de conservación deberían ser, como mínimo, los siguientes:

a. Datos de la serie documental. Los cumplimenta el Archivo, e incluye los siguientes datos:

- denominación de la serie, unidad productora, objeto de la gestión administrativa,
- años que abarca la serie,
- tipo de soporte,
- volumen de la serie,
- documentos que integran la serie,
- ordenación,
- legislación y normativa,
- procedimiento administrativo,
- ubicación de la serie,
- series antecedentes o relacionadas,
- documentos recapitulativos y duplicados,
- propuesta de valoración,
- propuesta de accesibilidad por parte de los usuarios,
- propuesta de resolución y observaciones.

b. Datos a cumplimentar por la comisión de valoración una vez que ha tenido lugar la sesión de este órgano colegiado que dictamina la valoración. Incluye los siguientes datos:

- resolución de la valoración,
- resolución de accesibilidad,
- resolución de normalización de procedimiento administrativo, en su caso, y
- observaciones.

c. Datos del expediente de valoración de series documentales o certificación. Incluye:

- número de dictamen,
- sesión de aprobación,
- fecha del acuerdo y
- firmas de los responsables.

15. La valoración no ha de aguardar al ingreso de los documentos en los archivos, sino que ha de adelantarse, incluso, a la producción de los documentos. Si partimos de la racionalización de su producción y de su uso, llegaremos a la normalización de los procedimientos y se evitará la producción de documentos inútiles, determinando también el control y regulación del acceso.

16. La incorporación de los criterios de valoración en la fase de diseño, rediseño o producción de los documentos electrónicos es fundamental. Por ello es imprescindible la implicación de los proveedores de información o productores de documentos.

### **3.2. Transferencia de documentos**

---

#### **Definición de Transferencia de Documentos:**

*Procedimiento habitual de ingreso de fondos en un archivo mediante traslado de las fracciones de series documentales, una vez que éstas han cumplido el plazo de permanencia fijado por las normas establecidas en la valoración para cada una de las etapas del ciclo vital de los documentos.*

---

#### **Descripción de la buena práctica**

Se considerará una buena práctica que las instituciones diseñen e implementen un procedimiento de transferencia de documentos de archivo, de acuerdo con los resultados de la fase de valoración, que considere las principales actividades del proceso, independientemente del formato del documento.

#### **Recomendaciones**

1. Una vez transcurrido un plazo determinado de conservación en las unidades productoras, los documentos deben transferirse al Archivo, al objeto de reducir el espacio que las oficinas dedican a la conservación de los documentos y mejorar la eficacia de la gestión de los documentos de uso poco frecuente, inclusive mientras aquéllos mantienen su valor administrativo.

2. El calendario de transferencias es el instrumento de gestión que rige el traslado físico de los documentos a los depósitos gestionados por el Archivo. De acuerdo con este calendario, cada unidad tiene asignado un plazo para hacer efectiva la transferencia de los documentos.

3. El plazo de conservación de los documentos en las unidades productoras viene fijado por el Comité de Valoración u órgano competente sobre la base del análisis de cada una de las series documentales y de la normativa pertinente.

4. Con carácter general, la fecha de transferencia anual se establece por mutuo acuerdo entre el responsable de cada unidad y el responsable del Archivo, de modo que la operación de transferencia interfiera lo mínimo posible en el desarrollo de las actividades habituales de la oficina productora.

5. Toda transferencia de documentación irá acompañada de una relación de entrega o formulario de transferencia que debe facilitar la información necesaria sobre la documentación que se transfiere.

6. En la relación de entrega se describirá el contenido de los documentos de forma identificable, exhaustiva y pertinente, pues de lo contrario no será posible controlar si un expediente concreto ha sido transferido o no, ni permitir una recuperación eficiente de la documentación.

7. En el archivo receptor se cotejarán o verificarán los datos consignados en la relación de entrega, para comprobar que la información que aparece corresponde con los documentos que se reciben, ya que, a partir de ese momento, el archivo se hace responsable de ellos. Una vez verificado, se incluyen los datos que debe cumplimentar el archivo y se firmará la relación, dando a entender el visto bueno del responsable del archivo.

8. La relación de entrega o formulario de transferencia se redactará por triplicado para devolver una de las copias a la unidad o archivo remitente y conservar las otras dos en el archivo receptor, una en el registro general de ingresos y otra en el registro de unidades remitentes.

9. En los sistemas de gestión de documentos electrónicos también se realizan transferencias (aunque no se trate de un traslado físico de documentación) e implican una serie de cambios fundamentales:

- a. El ingreso de la documentación en el archivo lleva consigo un cambio de responsabilidad, que pasa del gestor al archivero;
- b. A partir del momento de transferencia, se aplicarán las políticas de acceso, migración, acciones de conservación y destrucción, siguiendo lo establecido en la comisión de valoración competente.

10. Cuando la transferencia es de documentos electrónicos y se realiza de un sistema de gestión documental a otro, se debe prever:

- a. La compatibilidad de formatos
- b. La compatibilidad del soporte.

11. Los metadatos del documento electrónico deben ser transferidos asociados al documento para permitir su identificación, así como su autenticidad y los procedimientos de conservación que puedan ser necesarios en el futuro.

12. La documentación electrónica ingresará en el archivo junto con sus metadatos y las correspondientes firmas. El archivo puede añadir un sello o firma que servirá para asegurar la integridad y autenticidad del documento a lo largo de su vida, lo que puede liberar de la tarea de mantener el sistema de verificación de firmas.

13. Además de los metadatos y las firmas correspondientes, los documentos deben ir acompañados de otra documentación complementaria como:

- a. Indicaciones de los procedimientos de privilegios de uso y acceso;
- b. Indicaciones de los procedimientos para prevenir, corregir y descubrir pérdidas de información o alteración de los mismos; y
- c. Indicaciones de los procedimientos de conservación en relación al deterioro de los soportes y a la obsolescencia tecnológica.

### 3.3. Eliminación de documentos

#### **Definición de Eliminación de Documentos:**

*Proceso consistente en la destrucción de documentos o en la baja o borrado de un sistema informático, una vez analizados sus valores (administrativo, jurídico, informativo, histórico, testimonial) que permitan constatar su inutilidad a todos los efectos.*

#### **Descripción de la buena práctica**

Se considerará una buena práctica que las instituciones diseñen e implementen la eliminación de unidades y series documentales en el marco del procedimiento archivístico que identifica aquellos documentos que se van a destruir conforme a los plazos establecidos en la fase de valoración. La destrucción física siempre se hará de aquellas unidades o series documentales que hayan perdido su valor administrativo, probatorio o constitutivo o extintivo de derechos y que no hayan desarrollado ni se prevea que vayan a desarrollar valores históricos o testimoniales significativos.

#### **Recomendaciones**

1. La destrucción física de unidades o series documentales sólo debe realizarse una vez que ha perdido completamente su valor y su utilidad administrativos y no presentan valor histórico que justifique su conservación permanente y siempre fruto de una eliminación reglada y autorizada.

2. La destrucción física se llevará a cabo por el órgano responsable del archivo u oficina pública en que se encuentren, empleando cualquier método que garantice la imposibilidad de reconstrucción de los mismos y su posterior utilización, así como la recuperación de cualquier información contenida en ellos.

3. Los documentos que incluyan datos de carácter personal o confidencial deben eliminarse de acuerdo con un procedimiento que garantice la preservación de su información y la imposibilidad de recomposición.

4. El método más adecuado de eliminación de la documentación en papel es la trituración mediante corte en tiras o cruzado. El papel se hace tiras o partículas, cuyo tamaño se elegirá en función del nivel de protección requerido por la información contenida en los documentos a destruir.

5. Los documentos electrónicos poseen unas características específicas que deben tenerse en cuenta de cara a su eliminación:

- a. se almacena en soportes de almacenamiento con un formato específico;
- b. el contenido informativo es independiente del soporte y el formato;
- c. los soportes son generalmente reutilizables;
- d. su vida útil es corta comparada con la de un soporte en papel;
- e. los procedimientos de destrucción deberán tener en cuenta las características de los soportes más adecuados para la conservación de los documentos electrónicos; y
- f. pueden existir múltiples copias, no siempre controladas, de los documentos.

6. Atendiendo a estas características de la documentación electrónica se propone emplear los términos borrado, entendido como el procedimiento de eliminación de los datos o ficheros de un soporte o conjunto de soportes, permitiendo su reutilización, y destrucción, entendido como el proceso de destrucción física de un soporte de almacenamiento que contenga documentos electrónicos.

7. Se debe identificar las técnicas de borrado apropiadas para cada soporte (si es óptico, magnético, memorias externas, etc.) y tipo de información y dejar constancia de los procedimientos de borrado realizados.

8. Los documentos que se van a destruir deben estar protegidos frente a posibles intromisiones externas hasta su destrucción.

9. Todas las operaciones de manejo y transporte de los documentos durante el traslado y hasta el momento de la destrucción deben ser realizadas por personal autorizado e identificable. El transporte debe estar dedicado exclusivamente a documentos que se van a eliminar y ser directo hasta el lugar donde se va a destruir.

10. La contratación de una empresa especializada en servicios de destrucción de documentos puede resultar, en función del volumen de documentación y de los medios técnicos exigidos, una opción aconsejable. Pero en este caso hay que ser especialmente cuidadoso con el proceso de destrucción:

- a. Se debe exigir que un representante del responsable de los documentos presencie la destrucción de los documentos y compruebe las condiciones en que se realiza y los resultados.
- b. Se debe garantizar la destrucción de los documentos en sus instalaciones y con medios propios, sin subcontratos que conlleven el manejo de los documentos por parte de otras empresas sin conocimiento del responsable de los documentos.
- c. Se debe exigir un certificado de destrucción de los documentos donde conste que la información ya no existe, y dónde, cuándo y cómo ha sido destruida.

11. El lugar o los contenedores donde se almacenan los documentos que se van a eliminar requieren medidas de seguridad eficaces frente a posibles intromisiones exteriores. No deben permanecer al descubierto en el exterior de los edificios. Tampoco deben amontonarse en lugares de paso, ni en locales abiertos.

12. El proceso de eliminación debe siempre documentarse a través de un Acta de Eliminación.

13. El órgano responsable de la custodia de la documentación, una vez sea ejecutiva la autorización obtenida, abrirá un expediente de eliminación de los documentos o series documentales de que se trate.

## **CAPÍTULO 4. ACCESO Y SEGURIDAD DE LA INFORMACIÓN**

### **4.1. Acceso a los documentos públicos.**

### **4.2. Análisis de la accesibilidad legal a los documentos.**

### **4.3. Gestión de las solicitudes de acceso a documentos.**

### **4.4. Restricciones y control de acceso.**

### **4.5. Medidas mínimas de seguridad para documentación con datos de carácter personal.**

### **4.6. Ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición de los datos de carácter personal.**

### **4.7. Seguridad de la información.**

### **4.8. Reutilización de la información pública.**

---

#### **Definición de Acceso a la Información Pública:**

*Derecho fundamental de las personas a consultar la información que esté en posesión, custodia o control de cualquier sujeto obligado producida o recibida por las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones que no esté sujeta al régimen de excepciones. En la medida en que dicha información se encuentra registrada en forma de documentos, se habla también de derecho de acceso a los documentos públicos comprendiendo toda información archivada en cualquier formato o medio.*

En este apartado se desarrollan las buenas prácticas relacionadas con una de las funciones archivísticas más importante, como es la del acceso. Esta materia se aborda desde una triple perspectiva: la política de acceso a los documentos públicos, la reutilización de la información desde el ámbito público y/o la activa participación ciudadana. La implementación de estas buenas prácticas garantizará la transparencia y el acceso a la información pública.

#### **Descripción de la buena práctica**

El acceso a los documentos públicos constituye uno de los principales retos de las instituciones públicas en general, y de las instituciones archivísticas, en particular. No en vano, se trata de hacer efectivo un derecho de las personas, reconocido en tratados internacionales y en muchas de nuestras constituciones y legislaciones nacionales. Y, en consecuencia, su garantía obliga a los poderes públicos, como una de las principales herramientas para su transparencia y rendición de cuentas y, por

ende, para el gobierno abierto. Se considera, por tanto, que las políticas de gestión de documentos y archivo deben incorporar, a su vez, una política de acceso a los documentos públicos.

### **Recomendaciones**

1. Las buenas prácticas internacionales recomiendan la aprobación, al más alto nivel de responsabilidad, de una política de acceso a los documentos públicos y una guía de implementación de la misma congruente con el marco jurídico vigente.

2. El documento en el que se plasme esta política contendrá, como mínimo:

- a. Una declaración de principios de la institución con respecto al acceso a los documentos públicos y una relación de compromisos en el mismo sentido. Dicha declaración de principios y compromisos debe reconocer claramente el derecho de las personas a acceder a los documentos públicos de la forma más amplia posible, en términos de igualdad e imparcialidad, e incluyendo la posibilidad de reclamar las denegaciones de acceso.
- b. Información clara sobre las restricciones existentes, sus razones y sus fundamentos (normativa legal y reglamentaria, resoluciones judiciales, políticas y reglamentos internos, acuerdos con los donantes o depositantes de documentos).
- c. Información clara sobre el procedimiento administrativo necesario, en su caso, para solicitar el acceso: autoridad competente, plazo para resolver, régimen de impugnaciones establecido, formulario de solicitud.
- d. Definición de una serie de indicadores relativos al ejercicio del derecho de acceso, para la evaluación periódica del grado de cumplimiento de la política.

3. Se recomienda evaluar periódicamente (al menos, con carácter anual) el grado de cumplimiento de la política y se establezcan mecanismos para corregir las disfunciones o mejoras en la misma, así como la utilización de una serie de indicadores que sirvan para su evaluación.

4. El documento de política de acceso tendrá la mayor difusión pública posible, se actualizará periódicamente y estará disponible en el sitio web corporativo.

5. La guía de implementación de la política de acceso definirá los procesos técnicos y administrativos necesarios para hacer efectivos las obligaciones legales y los compromisos especificados en aquella y el reparto de responsabilidades y funciones en materia de acceso de sus miembros.

6. Se recomienda que la declaración de principios de la institución con respecto al acceso a los documentos públicos asuma como propios o se base en los Principios de acceso a los archivos aprobados por el Consejo Internacional de Archivos en su Asamblea General el 24 de agosto de 2012, basados en normas y buenas prácticas internacionales, así como en los principios éticos relativos al acceso incluidos en el código deontológico profesional.

7. Como uno de estos principios, se garantizará el acceso por parte de las víctimas de graves crímenes para el derecho internacional a los archivos y documentos que contengan la evidencia necesaria para hacer valer sus derechos humanos y para documentar las violaciones de los mismos, incluso cuando se trate de documentos o archivos no accesibles para el público en general.

8. La Guía técnica para la gestión de archivos de uso restringido del ICA (2014) ofrece un conjunto de recomendaciones basadas en prácticas internacionalmente reconocidas de cara a implementar las restricciones al acceso necesarias para salvaguardar otros derechos y bienes jurídicos dignos de protección reconocidos en las normas legales y reglamentarias.

---

### **4.2. Análisis de la accesibilidad legal a los documentos**

#### **Definición de Accesibilidad Legal:**

*Posibilidad de consulta de los documentos de archivo de conformidad con la normativa vigente.*

---

#### **Descripción de la buena práctica**

El análisis de la accesibilidad legal y reglamentaria es el proceso técnico que se ocupa de identificar, para cada serie documental, aquellas categorías de contenidos que puedan ser causa de una restricción al acceso a los documentos recogida en alguna norma legal, y determinar, de conformidad

con dichas normas, los plazos legales de acceso que, en su caso, pudieran aplicarse; las medidas de seguridad apropiadas para garantizar la confidencialidad en aquellos casos previstos en la Ley; y los posibles medios para facilitar el acceso total o parcial a los documentos cuando esto sea necesario para cumplir una disposición legislativa. Sus resultados, plasmados en distintos instrumentos del sistema (en especial, la tabla de acceso y seguridad) permiten informar –junto con los correspondientes permisos de usuario- los controles de acceso pertinentes y los procesos de toma de decisiones con respecto al acceso.

### **Recomendaciones**

1. Se considera buena práctica que la ejecución de este proceso parta de un análisis previo del marco normativo de la institución (centrado en los principios generales sobre los derechos, condiciones y restricciones de acceso propios del marco jurídico en el que la institución realiza sus actividades, así como en las disposiciones recogidas en la legislación específica sobre privacidad, seguridad de la información, derecho de acceso y archivos); del análisis de la actividad de la institución; y de una evaluación de los riesgos derivados del acceso y uso de documentos y sistemas.

2. El proceso puede ser realizado de forma independiente o como parte de los procesos de identificación y valoración; bien con carácter previo, durante la fase de creación, o sobre fondos acumulados.

3. Es recomendable el empleo de formularios estructurados que recojan de forma normalizada los datos del análisis.

4. En la medida de lo posible, el contenido de los análisis de la accesibilidad legal y reglamentaria de las series documentales será objeto de difusión para su conocimiento por parte de la comunidad profesional y de los usuarios potenciales.

5. En el mismo sentido, se considera también una buena práctica el establecimiento de mecanismos de comunicación y participación por parte de dichas comunidades, durante la ejecución o la validación de este proceso o a posteriori, para su revisión. Estos mecanismos pueden ser tanto formales (por ejemplo, a través de Comités de valoración) como informales (comentarios públicos a través de la web).

6. Se considera una buena práctica la elaboración de cuadros o tablas de acceso y seguridad. La tabla de acceso y seguridad es el instrumento formal de identificación de los derechos de acceso y del régimen de restricciones aplicables a los documentos, y consiste en una clasificación de categorías de documentos en función de sus restricciones de acceso y condiciones de seguridad.

7. Los resultados del análisis pueden formar parte, además, de otros instrumentos del sistema: pueden incorporarse a los estudios de identificación y valoración de series (especialmente, cuando el análisis de la accesibilidad se realice conjuntamente con este proceso); en los calendarios de conservación (entendidos, de este modo, como calendarios de conservación y acceso); y en los sistemas de descripción archivística. En este sentido, las normas internacionales de descripción archivística contemplan elementos destinados a informar sobre la accesibilidad de los documentos de archivo y sus agrupaciones.

8. Tanto la relación de las distintas categorías de protección como las medidas asociadas a la misma son elementos dinámicos, que varían en función de la consideración social de los mismos, los cambios legislativos o reglamentarios, y el avance en su definición por parte de la doctrina jurídica, los precedentes administrativos y la jurisprudencia. El seguimiento continuo de estas cuestiones permite la actualización de los distintos instrumentos en que se plasman los resultados del análisis de accesibilidad legal y los controles derivados de los mismos, garantizando, con ello, un cumplimiento óptimo de las obligaciones legales y compromisos éticos del archivo.

9. En determinados contextos legales, el análisis facilitará la resolución de los procedimientos administrativos de acceso a la información pública, proporcionando a la autoridad competente criterios necesarios para la toma de decisiones al respecto.

10. Se considera una buena práctica el empleo de este análisis para identificar y proponer mejoras en el diseño de los documentos, de manera que no incorporen más datos susceptibles de protección que los necesarios para documentar adecuadamente la actividad o proceso que evidencian.

### 4.3. Gestión de las solicitudes de acceso a documentos

---

#### Descripción de la buena práctica

La normativa que regula el acceso a la información pública y a los archivos se implementará a través de procedimientos reglados. Las buenas prácticas que recogemos se refieren al proceso técnico de gestión de estas solicitudes y no tanto al procedimiento administrativo.

#### Recomendaciones

1. La institución debe proporcionar información de referencia sobre sus documentos - incluyendo aquellos sujetos a algún tipo de restricción- y el procedimiento para solicitar el acceso a los mismos. La política de acceso a los documentos deberá ser públicamente difundida, y estar a disposición de los usuarios en todo momento y ser compatible con la legislación vigente.

2. Se proporcionará un acceso directo, sin necesidad de tramitar procedimiento alguno, a aquellos documentos de series calificadas de acceso libre tras el proceso de análisis de la accesibilidad; o a los usuarios internos o legalmente autorizados para acceder a los documentos restringidos. Todo ello, sin perjuicio de los controles de acceso y seguridad oportunos.

3. Constituye una buena práctica la puesta a disposición del público de formularios normalizados de solicitud de acceso.

4. Se proporcionará, además, la asistencia necesaria al usuario para cumplimentar su solicitud, de conformidad con los contenidos y formalidades exigidas por la normativa aplicable.

5. Cuando la solicitud se refiera a documentos que no obren en poder de la institución, se remitirá a la que corresponda. El sujeto obligado que recibió la solicitud deberá notificar al solicitante que la misma ha sido remitida a otro sujeto obligado a fin de poder ser atendida [art. 25 (2) Ley Modelo]. Cuando no sea posible, se ofrecerán las orientaciones necesarias para que el usuario pueda satisfacer su necesidad de información.

6. Todas las solicitudes serán respondidas por escrito en el menor plazo de tiempo posible, y dentro de los plazos establecidos en la Ley incluidas aquellas que sean inadmitidas en correspondencia con la normativa vigente. Las respuestas favorables al acceso recogerán la forma y las condiciones para hacer efectivo dicho acceso. Las respuestas negativas deberán sustentarse en el régimen de excepciones e informarán claramente al solicitante el estimado razonable del volumen de material que se considera reservado; la descripción específica de las disposiciones de la Ley empleada para la reserva; su derecho a interponer una apelación y cualquier otra información requerida en la Ley.

7. Se recomienda la utilización de un registro o sistema de tramitación de las solicitudes, preferiblemente automatizado, que controle el flujo de tareas necesarias para el acceso a los documentos públicos, documente los procesos llevados a cabo para su satisfacción, incluida la toma de decisiones, y permita ofrecer datos cuantitativos sobre la gestión. Obligación correspondiente con lo dispuesto en la Ley Modelo.

8. Se considera una buena práctica la participación de los profesionales de la gestión de documentos y los archivos en los procesos de toma de decisiones sobre el acceso. En especial, para informar a la autoridad encargada de decidir sobre el acceso sobre el contenido de los documentos objeto de solicitud y las posibles causas de restricción.

9. Los informes técnicos que se emitan al respecto de la accesibilidad de documentos objeto de una determinada solicitud se fundamentarán, cuando sea posible, en los análisis de la accesibilidad de las series documentales implicadas. El informe constará, al menos, de los siguientes contenidos:

- a. Indicación del tipo de datos incluidos en el documento o documentos que puedan ser susceptibles de protección, de acuerdo con la normativa vigente.
- b. Condiciones específicas de acceso a los mencionados datos, cuando estén contempladas en la normativa, y criterios objetivos que puedan matizar la decisión de la autoridad competente. Especialmente, se advertirán aquellos casos en que los datos susceptibles de protección tienen un carácter manifiestamente público (por ser objeto de publicidad activa por indicación legal o por su conocimiento general a través de otros medios) o han dejado de requerir tal protección (por el transcurso de plazos legales o por cese de la existencia del bien a proteger).

- c. Posibilidad y modalidad propuesta de disociación de datos, despersonalización o acceso parcial, sin que resulte una información distorsionada o que carezca de sentido.

10. Se publicarán –previa disociación de los datos de carácter personal o de cualquier otra índole que pudieran ser objeto de protección- las respuestas a solicitudes de acceso, en especial aquellas que ofrezcan criterios para interpretar solicitudes futuras referidas a documentos con contenidos similares o equivalentes.

11. Periódicamente (al menos, con carácter anual) se publicarán las estadísticas de acceso a los documentos públicos. En especial, se difundirán, para cada periodo determinado:

- a. Número de solicitudes de acceso recibidas.
- b. Número de solicitudes de acceso respondidas en plazo / fuera de plazo.
- c. Número de solicitudes pendientes de respuesta.
- d. Número de solicitudes no admitidas; las causas principales de la denegación; las secciones específicas de la ley que fueron invocadas para denegar la información - en su totalidad o en parte- y con qué frecuencia fueron invocadas.
- e. Apelaciones interpuestas contra la negativa a comunicar información.
- f. Los costos cobrados por las solicitudes.
- g. Cualquier otra información requerida por la legislación vigente.

#### **4.4. Restricciones y control de acceso**

---

##### **Definición de Restricción de Acceso:**

*Exclusión de determinadas informaciones del régimen general de libre acceso, sujeta a un claro y preciso régimen de excepciones establecidas por la normativa legal, para proteger los intereses públicos y privados (seguridad nacional, privacidad, etc.). En virtud de dicha normativa, el acceso a los documentos que contienen la información afectada se encuentra limitado –con carácter general, por un periodo de tiempo específico- a determinadas personas autorizadas, salvo cuando sea posible ofrecer un acceso parcial.*

---

##### **Descripción de la buena práctica**

Se considera una buena práctica que las instituciones públicas implementen, en relación con su sistema de gestión de documentos y archivo, las medidas de seguridad y los controles de acceso necesarios para garantizar, de acuerdo con los derechos y restricciones legales vigentes, la confidencialidad debida frente a accesos no autorizados. Ello incluye las medidas necesarias para proporcionar, cuando sea posible, un acceso parcial a los documentos o que oculte determinados datos, informando al usuario de tal circunstancia y en concordancia con las disposiciones legales correspondientes.

##### **Recomendaciones**

1. Las medidas de seguridad y los controles relativos al acceso a los documentos se establecerán de conformidad con la normativa legal y técnica aplicable y, en especial, con la política de seguridad de información de la institución.

2. Como uno de los principales instrumentos para el control de acceso, se recomienda el establecimiento de un registro de permisos de usuario. Dicho instrumento supone una categorización de los usuarios en función de sus derechos de acceso. Su elaboración consiste en:

- a. Identificar las necesidades de acceso de las distintas áreas funcionales de la institución.
- b. Identificar distintos perfiles de usuario.
- c. Identificar los usuarios que tienen acceso a grupos concretos de documentos.
- d. Asignar perfiles de usuario tanto a los usuarios internos como a los externos.

3. El control de acceso a los documentos consistirá en aplicar a cada documento las condiciones de acceso correspondientes a su clase de acuerdo con la tabla de acceso y seguridad; y permitir a cada usuario el acceso y uso de los mismos de acuerdo con dichas condiciones y los permisos que tienen asignados en el registro de permisos de usuario.

4. Todos los usuarios del sistema de gestión de documentos y archivo deberán mostrar algún tipo de identificación y proporcionar unos datos personales y de contacto mínimos para acceder a los documentos. Cuando el acceso se refiera a documentos restringidos, puede requerirse otro tipo de credenciales suficientes para acreditar la autorización de acceso.

5. Se establecerán las medidas necesarias para controlar el acceso físico a los locales donde se encuentran instalados los documentos –en especial los restringidos- o los equipos y sistemas que los almacenan, para prevenir entradas no autorizadas.

- a. En el caso de documentos en soportes tradicionales, lo anterior puede implicar la instalación de los documentos restringidos en dependencias separadas del resto del depósito e incluso en muebles especiales de seguridad.
- b. En el caso de documentos electrónicos, puede requerirse el establecimiento de cortafuegos seguros y dispositivos o espacios de almacenamiento físico independientes.

6. Se recomienda la implantación de mecanismos de trazabilidad de los documentos, esto es, de un sistema de supervisión del acceso, uso o manipulación de los mismos mediante la creación, incorporación y conservación de información sobre estos procesos.

- a. La institución debe mantener un registro de los accesos a documentos –en especial, a los de carácter restringido.
- b. En sistemas de información electrónicos, implica la implantación de pistas de auditoría que registre las actividades realizadas por los usuarios en relación con los documentos y/o con el propio sistema de gestión.

7. Se establecerán los mecanismos necesarios para permitir un acceso parcial a los documentos u ocultando determinados datos, informando previamente al usuario de tal circunstancia. Se contemplan los siguientes procedimientos:

- a. Enmascaramiento de datos: operación que consiste en generar una copia de un documento, sobre la cual se han hecho ocultado los datos confidenciales o restringidos.
- b. Despersonalización o anonimización: elaboración de una nueva versión de un documento, sobre la que se han ocultado los datos que permiten identificar a personas concretas.
- c. Acceso parcial a expedientes: retirada u ocultación temporal de determinados documentos restringidos, para permitir el acceso al resto, indicándose al usuario cuáles son los documentos excluidos; el motivo concreto de tal exclusión; el estimado razonable del volumen de material que se encuentra reservado; las disposiciones legales específicas en las que se basa la reserva y cualquier otra información requerida por la ley.

#### **4.5. Medidas mínimas de seguridad para documentación con datos de carácter personal**

---

##### **Definición de Datos de Carácter Personal:**

*Toda información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo sobre una persona física identificada o identificable, cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente mediante un número de identificación o uno o varios elementos específicos, característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social.*

---

##### **Descripción de la buena práctica**

Se considera una buena práctica que las instituciones públicas implementen medidas para evitar la divulgación de datos personales sensibles, así como prever los riesgos de seguridad. En este sentido, las autoridades públicas adoptarán medidas que protejan la seguridad de los datos personales y eviten su alteración, pérdida, transmisión y acceso no autorizado.

##### **Recomendaciones**

1. El archivo de los soportes o documentos se realizará de modo que se garantice la correcta conservación de los documentos, la localización y consulta de la información y se posibilite el ejercicio del derecho de acceso.
2. El sujeto obligado deberá designar uno o varios responsables de seguridad encargados de coordinar y controlar la aplicación de las medidas de seguridad.
3. Sobre las funciones y obligaciones del personal:

- a. Las funciones y obligaciones de cada uno de los usuarios o perfiles de usuarios con acceso a estos expedientes estarán claramente definidas y documentadas por la institución, motivando las causas por las que debe acceder a esta documentación.
  - b. El responsable de seguridad adoptará las medidas necesarias para que el personal conozca de una forma comprensible las normas de seguridad que afecten al desarrollo de sus funciones, así como las consecuencias en que pudiera incurrir en caso de incumplimiento.
4. Sobre la gestión de la copia o reproducción de documentos con datos de carácter personal:
- a. La generación de copias o la reproducción de los documentos con datos de carácter personal únicamente podrá ser realizada bajo el control del personal autorizado por el responsable de seguridad.
  - b. Deberá procederse a la destrucción segura de las copias o reproducciones desechadas de forma que se evite el acceso a la información contenida en las mismas o su recuperación posterior.
  - c. En el caso de documentación con datos de carácter personal en soporte electrónico, deberá conservarse una copia de respaldo de los datos y de los procedimientos de recuperación de los mismos en un lugar diferente de aquel en que se encuentren los equipos informáticos que los tratan, cumpliendo en todo caso las medidas de seguridad que garanticen la integridad y recuperación de la información.
5. Sobre el acceso a la documentación:
- a. El acceso a la documentación se limitará exclusivamente al personal autorizado.
  - b. Será necesario identificar correctamente a cada persona autorizada que solicite acceso a la documentación con datos de carácter personal.
  - c. Se establecerá un registro de usuarios y de los accesos que realicen los mismos, que permita identificar qué persona autorizada ha accedido a documentación con datos de carácter personal, indicando la fecha.
  - d. Si se solicita un préstamo de documentación, se deberá hacer constar la fecha prevista de devolución de la documentación. Una vez que se supera esta fecha de devolución, el responsable designado para ello deberá exigir al usuario que proceda a su reintegro, haciendo constar cualquier incidente en el registro de accesos.
  - e. Exclusivamente el personal autorizado para ello podrá conceder, alterar o anular el acceso autorizado sobre los recursos, conforme a los criterios establecidos por la institución.
  - f. En caso de que exista personal ajeno a la institución que tenga acceso a los recursos, deberá estar sometido a las mismas condiciones y obligaciones de seguridad que el personal propio.
6. Se implementarán procedimientos que permitan garantizar la integridad de la documentación mediante un índice de documentos o numeración secuencial de las páginas que contiene.
7. Se realizará un documento de seguridad donde se recojan las medidas, normas y procedimientos de actuación.
8. Sobre la gestión del documento de seguridad:
- a. El responsable de seguridad elaborará un documento de seguridad que recogerá las medidas de índole técnica y organizativa que serán de obligado cumplimiento para el personal con acceso a la información con datos de carácter personal.
  - b. El documento deberá contener, como mínimo, los siguientes aspectos:
    - Ámbito de aplicación con especificación detallada de los recursos protegidos.
    - Medidas, normas, procedimientos de actuación, reglas y estándares encaminados a garantizar el nivel de seguridad.
    - Funciones y obligaciones del personal en relación con el acceso a los documentos.
    - Descripción del procedimiento de acceso a la información.

- En su caso, descripción de los sistemas de información.
  - Procedimiento de notificación, gestión y respuesta ante las incidencias.
  - Identificación del responsable de seguridad.
  - Controles periódicos que se deban realizar para verificar el cumplimiento de lo dispuesto en el propio documento.
- c. Cuando exista un tratamiento de datos por cuenta de terceros, el documento de seguridad deberá contener la identificación de los tratamientos con referencia expresa al contrato o documento que regule las condiciones del encargo, así como de la identificación del responsable y del período de vigencia del encargo.
- d. El documento de seguridad deberá mantenerse en todo momento actualizado y será revisado siempre que se produzcan cambios relevantes en el sistema de tratamiento empleado. En todo caso, se entenderá que un cambio es relevante cuando pueda repercutir en el cumplimiento de las medidas de seguridad implantadas.
- e. El contenido del documento de seguridad deberá adecuarse, en todo momento, a las disposiciones vigentes en materia de seguridad de los datos de carácter personal.
- f. Los diferentes perfiles de usuarios autorizados a acceder a los documentos con datos de carácter personal tendrán conocimiento, al menos, de las medidas de seguridad que deben aplicar y de las funciones y obligaciones a que están sujetos.

9. En la gestión de **documentos electrónicos con datos de carácter personal**, y en lo referente a la seguridad informática, cabrá velar por las amenazas y el estado cambiante de la tecnología.

10. Sobre la identificación y autenticación de usuarios en el ámbito de documentos electrónicos:

- a. La institución, responsable de los sistemas de información con datos de carácter personal, deberá adoptar las medidas que garanticen la correcta identificación y autenticación de los usuarios.
- b. La institución establecerá un mecanismo que permita la identificación de forma inequívoca y personalizada de todo aquel usuario que intente acceder al sistema de información y la verificación de que está autorizado.
- c. Cuando el mecanismo de autenticación se base en la existencia de contraseñas existirá un procedimiento de asignación, distribución y almacenamiento que garantice su confidencialidad e integridad.

Se establecerá la periodicidad con la que tienen que ser cambiadas las contraseñas que, mientras estén vigentes, se almacenarán de forma ininteligible.

d. La institución establecerá un mecanismo que limite la posibilidad de intentar reiteradamente el acceso no autorizado al sistema de información.

11. La transmisión de datos relativos a documentación con datos de carácter personal a través de redes públicas o redes inalámbricas de comunicaciones electrónicas se realizará cifrando dichos datos o bien utilizando cualquier otro mecanismo que garantice que la información no sea inteligible ni manipulada por terceros.

#### **4.6. Ejercicio de los derechos de acceso, rectificación y cancelación de los datos de carácter personal**

---

##### **Definición de Derechos ARCO:**

*Los denominados derechos ARCO (acceso, rectificación, cancelación y oposición) son el conjunto de acciones a través de las cuales una persona física puede ejercer el control sobre sus datos personales.*

---

##### **Descripción de la buena práctica**

Ante la existencia de documentación con datos personales sensibles de las personas y el derecho a que se respete su carácter confidencial, las instituciones son responsables de adoptar

procedimientos adecuados para recibir y responder las solicitudes de acceso, rectificación y cancelación de datos personales, así como procurar que los datos sean exactos y estén actualizados.

En esta situación, los titulares de los datos personales o sus representantes, previa acreditación, podrán solicitar a las instituciones la información contenida en documentos sobre su persona, información sobre la finalidad para la que se ha recabado tal información, la consulta directa de documentos que contengan sus datos, y la rectificación, actualización, confidencialidad o cancelación de la información que le concierna.

### **Recomendaciones**

1. Sobre la gestión del derecho de información de las personas:
  - a. Los usuarios a los que se soliciten datos personales que se incluirán en sus expedientes deberán ser previamente informados de modo expreso, preciso e inequívoco:
    - De la existencia de un tratamiento de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de éstos y de los destinatarios de la información.
    - Del carácter obligatorio o facultativo de su respuesta a las preguntas que les sean planteadas.
    - De las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos.
    - De la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación y cancelación.<sup>60</sup>
    - De la identidad y dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, de su representante.
  - b. Cuando se utilicen cuestionarios u otros impresos para la recogida de datos personales, figurarán en los mismos, en forma claramente legible, la información a que se refiere el apartado anterior.
2. Sobre la gestión del derecho de acceso a los propios expedientes:
  - a. En este contexto, el derecho de acceso es el derecho de los usuarios a obtener información sobre si sus propios datos de carácter personal están siendo objeto de tratamiento y a poner a disposición del solicitante para consulta directa los documentos que forman parte de sus expedientes o expedir copia de parte o de la totalidad de dichos expedientes.
  - b. El costo por la reproducción y copia de los documentos solicitados será sufragada por el solicitante, de acuerdo a lo dispuesto por la ley.
  - c. Si se facilitan copias magnéticas o electrónicas y el interesado aporta el medio de almacenamiento de la información, la reproducción será gratuita.
  - d. En virtud del derecho de acceso, el usuario podrá obtener del responsable del tratamiento información relativa a datos concretos o a la totalidad de sus datos sometidos a tratamiento.
3. Sobre el derecho de rectificación de datos personales:
  - a. El derecho de rectificación es el derecho del usuario a que se modifiquen los datos de sus expedientes que resulten ser inexactos o incompletos.
  - b. La solicitud de rectificación deberá indicar a qué datos se refiere y la corrección a realizar y deberá ir acompañada de la documentación justificativa de lo solicitado.
4. Sobre el derecho de cancelación de datos personales:
  - a. El ejercicio del derecho de cancelación dará lugar a que se supriman los datos que resulten ser inadecuados o excesivos.
  - b. En la solicitud de cancelación, el usuario deberá indicar a qué datos se refiere, aportando al efecto la documentación que lo justifique, en su caso.
  - c. Es el personal que consigna datos en los expedientes el que decide acerca de la cancelación de los datos solicitada.

---

<sup>60</sup> En el marco de esta Propuesta de Ley Modelo, se considera oportuno descartar la mención al derecho de oposición al quedar exento en el ámbito de las administraciones públicas.

5. Los derechos de acceso, rectificación y cancelación son personalísimos y serán ejercidos por su titular o por su representante, en cuyo caso será necesario que acredite tal condición.

6. Cuando el usuario no reciba contestación al ejercicio de derecho ejercitado frente a la institución, podrá recurrir a los procedimientos de apelación interna y externa previstos en la Ley.

#### **4.7. Seguridad de la información**

##### **Definición de Seguridad de la Información:**

*Preservación de la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de la información, que también puede involucrar a otras propiedades como la autenticidad, la trazabilidad, el no repudio y la fiabilidad.*

##### **Descripción de la buena práctica**

Se considerará una buena práctica, dentro del ámbito de la Administración Electrónica, la creación de las condiciones necesarias de confianza en el uso de los medios electrónicos, a través de medidas para garantizar la seguridad de los sistemas, los datos, las comunicaciones, y los servicios electrónicos, que permita a las personas y a las administraciones públicas, el ejercicio de derechos y el cumplimiento de deberes a través de estos medios.

En este contexto se entiende por seguridad de las redes y de la información, la capacidad de las redes o de los sistemas de información de resistir, con un determinado nivel de confianza, los accidentes o acciones ilícitas o malintencionadas que comprometan la disponibilidad, autenticidad, integridad y confidencialidad de los datos almacenados o transmitidos y de los servicios que dichas redes y sistemas ofrecen o hacen accesibles.

Las medidas de seguridad serán proporcionales a la relevancia y categoría del sistema de información a proteger.

Las medidas de seguridad se pueden dividir en tres grupos:

- Marco organizativo. Constituido por el conjunto de medidas relacionadas con la organización global de la seguridad.
- Marco operacional. Formado por las medidas a tomar para proteger la operación del sistema como conjunto integral de componentes para un fin.
- Medidas de protección. Se centran en proteger activos concretos, según su naturaleza y la calidad exigida por el nivel de seguridad de las dimensiones afectadas.

##### **Recomendaciones**

1. Se aprobarán normas jurídicas y técnicas para que las personas y las administraciones públicas en sus relaciones electrónicas puedan tener seguridad y confianza.
2. Se debe fundamentar la confianza en que los sistemas de información prestarán sus servicios y custodiarán la información de acuerdo con sus especificaciones funcionales, sin interrupciones o modificaciones fuera de control, y sin que la información pueda llegar al conocimiento de personas no autorizadas.
3. Se debe gestionar la seguridad de la información dentro de la administración y mantener la seguridad de los recursos y de los activos de información que son accesibles por externos.
4. Todo el personal que acceda a los activos debe:
  - a. Conocer y aceptar su responsabilidad en materia de seguridad.
  - b. Estar formado adecuadamente sobre cuestiones de seguridad y responsabilidad.
  - c. Mantener el secreto profesional y no divulgar información de acceso restringido, respetando la confidencialidad.
  - d. Informar rápidamente sobre cualquier debilidad del sistema, mediante procedimientos formales.
5. Se deben proteger los activos, así como las infraestructuras, mediante mecanismos de control de acceso y protección contra contingencias externas.

6. Debe protegerse la información contra modificaciones no deseadas, mediante mecanismos que aseguren su integridad.

7. Se debe establecer un plan de acción para minimizar los efectos de una catástrofe, para cubrir la integridad, la disponibilidad y la conservación de la información.

8. Se debe evaluar el riesgo e impacto asociados a la ausencia de continuidad de los sistemas de información, así como cumplir con el marco normativo sobre estándares de seguridad y hacer efectivos procesos de auditorías.

9. La explotación de la infraestructura se realizará de manera segura, mediante la supervisión de su estado y el reporte de incidencias, estableciendo rutinas para la monitorización de registro de eventos y fallos.

10. Cualquier sistema debe considerar los requisitos de seguridad durante todo el ciclo de vida de los documentos.

11. Se establecerá un proceso de mejora continua sobre la gestión de incidentes.

#### **4.8. Reutilización de la información**

---

##### **Definición de Reutilización de la Información del Sector Público:**

*Uso por parte de terceras personas (físicas o jurídicas) de información del sector público con fines comerciales o no, siempre que dicho uso no constituya una actividad administrativa.*

---

##### **Descripción de la buena práctica**

La reutilización de la información del sector público consiste en el uso, por parte de personas físicas o jurídicas, ya sea con fines venales o sin ánimo de lucro, de información generada o custodiada por organismos del sector público, con fines distintos de su propósito inicial.

La reutilización de esta información del sector público ofrece un importante potencial económico y un valor añadido, ya que facilita el desarrollo y creación de nuevos productos, servicios y mercados. La reutilización de la información del sector público puede realizarse por otras administraciones distintas a las que han generado la información, por personas y empresas. Adicionalmente, la puesta a disposición de la información pública por parte de las administraciones públicas incrementa la transparencia administrativa, reforzando los valores democráticos y el derecho al conocimiento y habilitando la participación ciudadana en las políticas públicas.

##### **Recomendaciones**

1. Crear un marco legal consistente con un ámbito objetivo y subjetivo de aplicación, así como todas las normas de desarrollo que sean necesarias para que la información pública que pueda ser objeto de reutilización, se ponga a disposición de cualquier persona física o jurídica, ya sea ésta, privada o pública.

2. Armonizar las disposiciones sobre reutilización de la información de las administraciones públicas con el marco normativo general de acceso a la información.

3. Limitar el ámbito de aplicación, enumerando aquellos documentos o categorías de documentos que no se encuentran afectados por la reutilización de la información del sector público (por ejemplo, documentos e información que afecte a la seguridad del Estado, documentos sometidos a derechos de propiedad intelectual o industrial, etc, de acuerdo con el régimen de excepciones vigente.

4. En el caso que se autorice la reutilización de documentos que tengan derechos de propiedad intelectual, comprobar que se dispone de la preceptiva y suficiente cesión de los derechos de explotación por parte de las personas titulares de los mismos.

5. Articular un régimen de reutilización que garantice el pleno respeto de los principios que consagran la protección de datos de carácter personal como un derecho fundamental de las personas. Cuando sea posible, ponderar la disociación o desagregación de los datos de carácter personal que puedan afectar a derechos de terceros, siempre y cuando los medios técnicos y económicos lo permitan.

6. Las condiciones de reutilización deben ser claras, justas y transparentes y no discriminatorias, así como atender al principio de libre competencia y de servicio público.

7. Es conveniente incluir entre las condiciones de reutilización aspectos tales como la garantía de que los documentos no serán modificados y la información no será falseada, tergiversada o desnaturalizada, la indicación de la fuente, etc.

8. Adecuarse a las normas y buenas prácticas sobre competencia limitando, en la medida de lo posible, acuerdos exclusivos y relegar los mismos a casos y excepciones muy concretas.

9. Ponderar y diseñar estrategias específicas de reutilización para documentos e información conservada en archivos, bibliotecas, museos y otros centros culturales.

10. Promover la puesta a disposición de los documentos por medios electrónicos, sedes electrónicas o páginas de Internet, propiciando el desarrollo de la sociedad de la información y el conocimiento.

11. Fomentar el uso de datos y formatos abiertos y los metadatos pertinentes asociados a los documentos y armonizar lo dispuesto sobre reutilización de la información del sector público con los procedimientos de administración electrónica.

## CAPÍTULO 5. CONSERVACIÓN Y GESTIÓN DE CONTINGENCIAS

### 5.1. Elaboración de un Plan Integrado de Conservación de Documentos.

### 5.2. Custodia y control de las instalaciones.

### 5.3. Control ambiental.

### 5.4. Elaboración de un Plan de Gestión de Contingencias.

### 5.5. Evaluación de riesgos.

En este apartado se desarrollan las buenas prácticas relacionadas con los procesos que integran un plan de conservación y gestión de contingencias en las instituciones.

#### 5.1. Elaboración de un Plan Integrado de Conservación de Documentos

---

##### **Definición de Plan:**

*Modelo sistemático de actuación que se elabora anticipadamente con el fin dirigir o encauzar la política de una institución.*

##### **Definición de Conservación:**

*Conjunto de procedimientos y medidas destinadas a asegurar, por una parte, la preservación o la prevención de posibles alteraciones físicas en los documentos, y, por otra, la restauración de éstos cuando la alteración se ha producido.*

---

##### **Descripción de la buena práctica**

El plan integrado de conservación se desarrolla en tres aspectos estrechamente relacionados, como son: la programación de la custodia y control de los documentos, la autorización e inspección de los depósitos y su ubicación y construcción.

La preservación de la documentación debe formar parte de todo objetivo integral de cualquier institución y, por ende, de su estrategia global.

##### **Recomendaciones**

1. La institución debe disponer de un plan de conservación que le otorgue una continuidad y coherencia en el tiempo.

2. Las decisiones que adopte el organismo respecto de la conservación preventiva, en el marco de la gestión documental, deben ser documentadas, debidamente motivadas y posteriormente difundidas.

3. La institución debe evaluar sus necesidades, mediante la elaboración de estudios sobre el estado de la conservación de sus fondos y la situación ambiental de sus instalaciones que fundamentarán el plan de conservación.

4. De manera general, la institución debe priorizar la implementación de medidas preventivas, como medida precautoria ante la necesidad de medidas reparadoras.

5. Los estudios sobre el estado del arte de la conservación en la institución, elaborados por personal experto, deben contemplar: el ambiente, el almacenamiento, la seguridad, el acceso, el mantenimiento, los tratamientos de conservación y las prácticas y las políticas de conservación.

6. La institución debe establecer prioridades al respecto de las acciones preventivas a implementar, según criterios de impacto, viabilidad y urgencia. Para ello, es necesaria la existencia de un responsable de la implementación del Plan de Conservación que figure en el organigrama y sea reconocido en todo el centro.

7. La aplicación de una conservación preventiva corresponde e incumbe a todas las personas y todas las actividades que se desarrollan en una institución. Es vital la participación activa de todo el personal de la institución mediante el conocimiento de las funciones que tiene que desarrollar según su capacitación y sus funciones.

8. En el caso de gestión y custodia de documentos electrónicos, la institución debe incluir en su plan de conservación las medidas necesarias que aseguren la integridad, accesibilidad, confidencialidad, autenticidad, fiabilidad e identidad de los documentos, diseñadas con la colaboración de un equipo interdisciplinar formado por especialistas en tecnologías de la información, gestores de documentos y archiveros.

---

## **5.2. Custodia y control de las instalaciones**

---

### **Definición de Custodia:**

*Responsabilidad jurídica que implica por parte de la institución archivística el control y la adecuada conservación de los fondos, cualquiera que sea la titularidad de los mismos.*

---

### **Descripción de la buena práctica**

Se considerará una buena práctica, en el ámbito de la gestión documental, que la institución se responsabilice de contemplar la conservación de sus fondos documentales como un requisito indispensable para preservar la memoria institucional y disponer de instrumentos útiles para la toma de decisiones sobre su negocio.

### **Recomendaciones**

1. La institución debe prestar atención a las condiciones técnicas y ambientales necesarias para albergar sus fondos documentales, como requisito previo a la elección o construcción del edificio donde vayan a residir. Para ello, debe conocer aspectos como la contaminación, especial motivo de atención en medios urbanos, por la alta concentración de partículas de combustión y gases contaminantes. Otros factores a considerar, en cuanto a la evaluación de riesgos a los que se somete el material, serán la proximidad de conducciones de agua o gas, así como de depósitos de combustible.

2. La institución debe garantizar que los arquitectos o ingenieros implicados en la construcción del edificio que se destine como archivo de sus fondos deben tener preciso conocimiento técnico de las necesidades que implica ese servicio.

3. En el apartado de los servicios y las instalaciones del centro, se deben examinar las características y estado de las conducciones de agua, gas y electricidad, iluminación artificial, sistema de ventilación, calefacción, alarmas y sistemas de detección y extinción de incendios. La identificación, el examen de la antigüedad y el cumplimiento de las normas técnicas son imprescindibles. Merecen especial atención:

- a. Las conducciones de agua y eléctricas que atraviesen los depósitos de archivo.
  - b. La existencia de filtros en los sistemas de ventilación.
  - c. La regulación del sistema de humedad relativa y temperatura.
  - d. La renovación o reciclaje del aire contaminado.
  - e. La detección de posibles puntos de entrada de aire contaminado.
  - f. El estado y funcionamiento de las alarmas contra robo.
4. Los depósitos que custodian documentos de archivo deben:

- a. Disponer de sistemas de seguridad.
  - b. Estar alejados de las salas de maquinaria del edificio, así como de las instalaciones eléctricas o tuberías de agua que lo atraviesen.
  - c. Contar con ventanas protegidas para paliar el efecto nocivo de la luz solar sobre los documentos.
  - d. Disponer de un sistema de detección y alarmas de incendios y demás equipos de protección.
  - e. Garantizar una ventilación constante para reducir las fluctuaciones de la humedad relativa y la temperatura.
5. La institución garantizará que la selección del adecuado mobiliario de archivo contribuya a una mejor preservación de los fondos custodiados. Para ello:
- a. No se utilizarán estanterías de madera, menos resistentes al peso y más combustibles, además de ser más susceptibles a un ataque biológico. Son preferibles los acabados en aluminio o acero, de superficies lisas, no abrasivas, sin fondo, no combustibles y de bordes romos para evitar roturas en la documentación.
  - b. Las estanterías se instalarán separadas de las paredes, sin llegar al techo y con los entrepaños inferiores alejados del suelo. Esto facilitará la circulación del aire, limitará la acción de la humedad y facilitará la limpieza.
  - c. Los pasillos entre las estanterías deben facilitar el acceso y el trabajo mediante una separación suficiente entre los muebles.
6. Las cajas y carpetas de almacenamiento de mala calidad pueden repercutir negativamente en la seguridad de los objetos que deben proteger, por lo que la institución garantizará que la composición química de dichos elementos será la correcta y así contribuir a la mayor perdurabilidad de los fondos custodiados.
7. La institución debe solucionar adecuadamente el problema de conservación que presentan los documentos fotográficos, audiovisual y de gran formato, mediante la utilización de los muebles (horizontal o especial) y contenedores (cajas, estuches o encapsulación especiales) pertinentes.
8. En aquellas instituciones que custodien documentos electrónicos, se debe diseñar una Política de Gestión de Documentos electrónicos que se aplique desde el mismo momento de la captura del documento por el sistema y se extienda a lo largo de todo su ciclo de vida, mediante:
- a. La creación de repositorios electrónicos.
  - b. El análisis de los riesgos que afectan a una correcta conservación de sus documentos electrónicos: obsolescencia, fallo de sistemas, falta de copias de seguridad, corrupción de datos o accesos no permitidos.
  - c. La redacción de planes de contingencia que aseguren la integridad, accesibilidad, confidencialidad, autenticidad, fiabilidad e identidad de los documentos; en su caso, también debe planificar acciones correctoras, como copias electrónicas auténticas con cambio de formato.
  - d. La implementación de mecanismos de conservación que contemplen cuestiones relativas a las copias de seguridad, los sistemas de réplica y los sistemas de protección de la información propios de las aplicaciones.

---

### **5.3. Control Ambiental**

---

#### **Definición de Control Ambiental:**

*En el ámbito de la gestión de documentos, se entiende como la inspección, vigilancia y aplicación de medias necesarias para disminuir o evitar el deterioro de los fondos documentales.*

---

#### **Descripción de la buena práctica**

La evaluación de los parámetros medioambientales, mediante herramientas de medición y análisis, y su posterior comparativa con las recomendaciones sobre sus valores adecuados, justificará o no la necesidad de actuaciones.

### Recomendaciones

1. El periódico registro de la temperatura y la humedad relativa (HR) debe asegurar la ausencia de fluctuaciones en sus mediciones. Por ello, la instalación de controles adecuados de clima y su capacidad para mantener las normas estándar de conservación retardarán considerablemente el deterioro de los fondos.
2. La institución debe proteger sus fondos ante los posibles daños que puedan derivar de una inadecuada exposición a la intensidad de la luz, siguiendo las normas estándar de conservación.
3. La institución debe proteger sus fondos ante los posibles efectos negativos que deriven de agentes contaminantes, en forma de gases o partículas, por lo que garantizará el control de la calidad del aire de sus depósitos de archivo.
4. La institución debe tender a considerar el control integral de plagas, que consiste en el uso de medios no químicos (control climático, fuentes de alimentos y puntos de entrada al edificio), como estrategia global frente la infestación.
5. El uso de tratamientos químicos sólo se efectuará en situaciones de crisis que amenacen pérdidas aceleradas o cuando los insectos no se eliminen con los métodos más conservadores.
6. La institución debe considerar que un archivo y manipulación adecuados es una forma práctica y económica de extender la vida útil de los fondos custodiados.
7. Los procedimientos de limpieza deben seguir los estándares de conservación y técnicas de manipulación pertinentes, difundidos por la institución entre el personal que componga su equipo de limpieza.
8. La limpieza debe hacerse regularmente, con la frecuencia que determine la rapidez con la que el polvo y la suciedad se acumulen en los depósitos.

---

#### 5.4. Elaboración de un Plan de Gestión de Contingencias.

---

##### Definición de Plan de Contingencias:

*Instrumento cuyo objetivo es corregir deficiencias, actuar con eficacia en la prevención de desastres y definir los objetivos, los riesgos y los responsables.*

---

##### Descripción de la buena práctica

La elaboración de un plan de gestión de contingencias en los centros de archivos es una recomendación prioritaria para la adecuada preservación y protección de los fondos custodiados. Aunque muchos siniestros no se puedan evitar, sus consecuencias pueden reducirse con la existencia de un plan, con la subsiguiente atenuación de los riesgos y los daños que puedan sufrir los documentos.

### Recomendaciones

1. Un plan de gestión de contingencias se desglosa en tres partes:
  - a. Planificación. Definición de objetivos, necesidades y recursos para establecer protocolos que se documentan.
  - b. Protección. Uso de todos los recursos que eviten o minimicen el impacto.
  - c. Reacción y recuperación. Protocolos diseñados para salvar los fondos del desastre.
2. La definición de las responsabilidades y su asunción por el organismo son imprescindibles para el establecimiento de un plan de gestión de contingencias. En el reparto de las responsabilidades se establecerá quién debe planificar y quién debe ejecutar los trabajos de salvamento y evacuación.
3. El nombramiento de un Comité de contingencias permite reunir a especialistas de diferentes disciplinas (mantenimiento de edificios, expertos en seguridad, peritos de seguros, entre otros). Tiene un carácter asesor y es el responsable de la puesta en marcha del plan, medidas correctoras y prioridades, además de protocolos de actuación.
4. El Equipo de contingencias es quien debe actuar, informar y evaluar situaciones en caso de riesgos.

5. La brigada de salvamento debe intervenir en la evacuación de los fondos documentales afectados en caso de siniestro, siempre después de que los técnicos de seguridad hayan garantizado la estabilidad ambiental en el edificio afectado.

6. A todos los miembros que participan del Plan se les convocará a cursos de formación sobre cuestiones de manipulación y rescate de documentos.

7. El Plan de gestión de contingencias deberá consignar la siguiente información:

- a. Planos del edificio, con información respecto de los documentos esenciales, los extintores y vías de evacuación.
- b. Cadenas de comunicación para activar en caso de emergencia, que se deben tener actualizadas (empresas, técnicos, etc.).
- c. Instrucciones para el personal, con las actuaciones básicas a desarrollar, protocolos específicos orientados al coordinador y equipos, además de procedimientos de evacuación y reubicación de los fondos.
- d. Formularios para la evaluación de los daños y el análisis de la respuesta.
- e. Póliza de seguros e información sobre redes institucionales (técnicos, empresas de transporte y empresas suministradoras).

### **5.5. Evaluación de riesgos**

---

#### **Definición de Evaluación de riesgos:**

*Proceso de comparar el riesgo estimado con un criterio preestablecido para determinar su importancia. El riesgo se expresa en términos que combinen la probabilidad con las consecuencias de un evento no deseado.*

---

#### **Descripción de la buena práctica**

La evaluación de los riesgos debe ser una medida previa al desarrollo de protocolos de actuación, al permitir un conocimiento de las necesidades reales de la institución. El estudio de esas necesidades permitirá conocer las fortalezas y debilidades en materia de protección y por lo tanto evaluar los riesgos reales.

#### **Recomendaciones**

1. Comparar los diferentes valores de riesgo obtenidos para disponer de un instrumento que permita a la institución determinar los riesgos prioritarios y, por lo tanto, merecedores de mayor atención.
2. Evaluar los riesgos de una institución mediante el estudio de las siguientes variables:
  - a. Análisis de los factores climáticos y geológicos de la región.
  - b. Situación del edificio.
  - c. Actualización de los planos de los espacios del edificio, reflejando las vías de evacuación, la red eléctrica y la canalización del agua.
  - d. Localización de productos tóxicos.
  - e. Realización de un examen del estado del edificio, las instalaciones y los fondos.
3. La materialización de esta información se da en forma de un mapa de riesgos, que es una guía para el seguimiento y establecimiento de rutinas de inspección, al reflejar la probabilidad y gravedad de las amenazas. El mapa de riesgos es de actualización obligada y permite crear prioridades en la actuación.
4. Ante una recuperación de emergencia la institución debe dotarse de: una respuesta inicial oportuna, un plan detallado frente a desastres, personal capacitado, una administración comprometida, una comunicación eficaz y, unas decisiones rápidas e informadas.

## CAPÍTULO 6. DIFUSIÓN Y SERVICIOS DE ATENCIÓN A LOS USUARIOS

### 6.1. Difusión.

### 6.2. Atención a la Administración por los servicios de archivo.

### 6.3. Atención al público.

En este apartado se desarrollan las buenas prácticas relacionadas con los servicios proporcionados por el Archivo, que deben ajustarse a la política de información establecida en la institución.

#### 6.1. Difusión

---

##### **Definición de Difusión:**

*Proceso archivístico que busca promover la utilización de los documentos producidos o recibidos por una institución, permitiendo el acercamiento a los usuarios y mejorando su reconocimiento, presencia y credibilidad como unidades de gestión administrativa y cultural.*

---

##### **Descripción de la buena práctica**

Se considera una buena práctica, en el ámbito de un servicio de archivo, difundir el contenido de su centro: sus fondos documentales, las instituciones productoras de documentos y, en general, la información contenida en los documentos.

La finalidad de la difusión es concienciar a la persona y a la sociedad en general sobre la trascendental importancia que desarrollan los archivos, su utilidad y los servicios que brindan en beneficio de la comunidad.

##### **Recomendaciones**

1. Involucrar a otros profesionales como educadores, diseñadores gráficos, pedagogos, comunicadores, artistas e informáticos, entre otros.
2. Se debe aprovechar el potencial pedagógico y educativo de los archivos, a tenor de la rentabilidad social y cultural.
3. Es imprescindible disponer de un servicio y de personal especializado en las tareas de difusión.
4. Realizar un proyecto de difusión en el que se definan los objetivos y misión del proyecto y se ajuste a la política de información establecida dentro de la institución.
5. Identificar los tipos de usuario a los que se va a dirigir principalmente el proyecto. Un proyecto de difusión podría prestar atención a cualquier tipo de usuario, pero se puede buscar una difusión dirigida a determinados ámbitos como, por ejemplo, a las escuelas o a la universidad.
6. Seleccionar y preparar las colecciones, exposición o documentos, si procede, que se van a integrar en el proyecto de difusión.
7. Las acciones de difusión pueden ser diversas, ir desde acciones de amplio espectro, necesidades económicas y recursos elevados a acciones de difusión de bajo coste y sencillas. Podemos enumerar algunas de estas acciones:
  - a. Exposiciones. Pueden ser de dos tipos: virtuales y reales.
    - Las virtuales están diseñadas para ser accesibles a través de Internet, en el sitio web del archivo o bien en soportes digitales (CD o DVD).
    - Las reales se dividen en permanentes, temporales e itinerantes.
  - b. Visitas guiadas, tanto presenciales como virtuales, a través de la página Web del archivo.
  - c. Publicaciones: guía de archivo, inventarios, catálogos, cuadros de clasificación, estudios, proyectos, guías temáticas, etc.
  - d. Creación de un perfil o de una página en una red social.
  - e. Creación de una cuenta de documentación gráfica: aportación de contenidos gráficos en Flickr, Photobucket o similar.

- f. Creación de un canal de vídeo: aporte de vídeos propios o selección de vídeos de terceros, con canales, como en Youtube o Vimeo.
  - g. Otras acciones de difusión pueden ser las siguientes: servicios educativos, vídeos, jornadas de puertas abiertas, folletos, boletines, concursos y turismo histórico, entre otras.
8. Obtener datos estadísticos sobre visitantes y su nivel de satisfacción, así como otros datos que nos pueden dar información importante para la validación del proyecto y su adaptación (número de seguidores en redes sociales, repercusión mediática, número de publicaciones, etc.).

---

## 6.2. Atención a la Administración por los servicios de archivo

---

### Definición de Atención a la Administración:

*Servicio que presta una institución a usuarios internos con el objetivo de satisfacer sus necesidades mediante las actividades que desempeña.*

---

### Descripción de la buena práctica

Se considerará una buena práctica, en el marco de un servicio de archivo, la completa atención a las propias oficinas productoras como un aspecto fundamental en el desarrollo normal de sus funciones.

Se puede considerar el servicio de atención a la organización productora como uno de los procesos básicos relacionados con los servicios que un archivo puede ofrecer a sus usuarios internos, entendiendo en este caso como usuarios internos al conjunto de unidades que componen la organización de la que el archivo forma parte como responsable de la custodia de sus documentos.

### Recomendaciones

1. El servicio del archivo debe mantener a disposición de la administración que ha generado y ha transferido sus series documentales la disponibilidad de los documentos, así como responder a las consultas sobre antecedentes remitidas por la administración productora.
2. El servicio de archivo debe proporcionar, en la medida de lo posible, diversos tipos de servicios de atención a la institución productora de los documentos:
  - a. Diseño y seguimiento de planes de gestión documental.
  - b. Capacitación del personal de la institución en materia de gestión documental.
  - c. Asistencia a la institución en la gestión diaria de documentos.
  - d. Transferencias de documentos al archivo desde las diversas unidades administrativas.
  - e. Gestión de préstamos administrativos de documentos custodiados por el archivo.
3. Los trámites de consulta y préstamo por parte de la administración productora deben ser procedimientos reglados.
4. Para evitar graves incidencias y problemas en los préstamos administrativos con los cambios de responsabilidad que supone, es conveniente aplicar una serie de recomendaciones:
  - a. Todo préstamo administrativo debe ir acompañado de una relación de entrega específica que indique el documento que es objeto de préstamo temporal y quién será la persona responsable de su custodia fuera de la unidad de archivo.
  - b. Los préstamos administrativos deben ser responsabilidad directa de una persona dentro de la unidad administrativa que solicita el préstamo, dejando constancia de dicha responsabilidad en la relación de entrega del préstamo y ejerciendo de contacto en caso de posibles incidencias.
  - c. Para evitar la mala práctica de incorporar documentos prestados a nuevos procedimientos administrativos, debe tenerse en consideración el volumen de préstamos administrativos la hora de realizar la valoración y planificación de los calendarios de transferencias desde las unidades administrativas al archivo. Cuantos menos préstamos administrativos se produzcan, se podrán realizar las transferencias de forma más eficaz.
  - d. Deberían aplicarse mecanismos de control eficaz de los niveles de acceso y seguridad sobre las unidades administrativas, para distinguir qué unidades administrativas pueden acceder a los diversos documentos custodiados, en función de su nivel de acceso.

## 6.4. Atención al público

---

### **Definición de Atención al Público:**

*Servicio que presta una institución a usuarios externos con el objetivo de satisfacer sus necesidades mediante las actividades que desempeña.*

---

### **Descripción**

Se considerará una buena práctica que los archivos de las instituciones públicas cuenten con un servicio de atención que actúe como intermediario entre los usuarios y los documentos y la información archivística, tanto de forma presencial como, especialmente, de forma no presencial.

Una de las principales funciones archivísticas es la de informar a la sociedad sobre el patrimonio documental que se custodia en sus centros y facilitar su acceso a las personas que son ajenas a la institución, siguiendo los criterios existentes de accesibilidad a dicha documentación.

Por este motivo, es necesario que cualquier archivo, sea del tipo que sea, disponga de un servicio de atención al público, desde el cual se puedan coordinar las actividades que el archivo debe realizar para:

- La atención de consultas de información archivística.
- El acceso a los documentos.
- La reproducción de documentos.

### **Recomendaciones**

1. La relación de servicios de atención al público ofertados por el archivo, así como las normas y condiciones para acceder y hacer uso de los mismos estará disponible por escrito y se difundirá de la forma más amplia posible y, especialmente, a través del sitio web institucional.

2. La relación de servicios se recogerá en forma de carta de servicios, incluyendo una serie de compromisos de calidad en relación con la prestación de dichos servicios, indicadores que permitan evaluar su cumplimiento, y un mecanismo para canalizar las quejas y sugerencias de los usuarios. La carta de servicios estará igualmente disponible por escrito y se difundirá de la forma más amplia posible y, especialmente, a través del sitio web institucional y en la sala de consulta del archivo.

3. Es apropiado establecer un servicio multicanal de atención de consultas de información archivística: de forma presencial, telefónica, por correspondencia (postal o electrónica) o mediante servicios basados en la web (servicios de mensajería instantánea, formularios asociados a sistemas CRM, etc.):

- a. La atención de consultas de forma diferida (consultas por correspondencia o formularios web) estará sometida a unos plazos adecuados y claramente definidos en la carta de servicios.
- b. La atención de consultas de forma inmediata (consultas presenciales, telefónicas o mediante servicios de mensajería instantánea) se realizará en un horario lo más amplio posible y públicamente difundido.
- c. Preferiblemente, la gestión de las consultas de información archivística se realizará de forma centralizada, quedando registrados los siguientes tipos de datos: datos personales y de contacto del solicitante; datos sobre la consulta (fecha y forma, archivero responsable, fecha de la respuesta); datos sobre su objeto (tema o asunto, agrupaciones documentales referidas); y el contenido de la respuesta emitida a la consulta.

4. Se establecerán otras vías de interacción con los usuarios, principalmente a través de perfiles institucionales en redes sociales.

5. Se proporcionará el mayor acceso posible por vía telemática y directa a copias o versiones electrónicas de difusión de los documentos que no estén sujetos a ningún tipo de restricción legal o reglamentaria, en forma de objetos digitales disponibles en el sitio web institucional, preferiblemente a través de sistemas de descripción archivística o cualquier otro sistema que permita la recuperación de la información mediante procesos de búsqueda, y la representación de la misma de forma contextualizada.

6. El acceso de forma presencial a los documentos se realizará en instalaciones adecuadas, con los medios apropiados y con la mediación del personal técnico y administrativo suficiente, previo registro del usuario e información al mismo de las normas vigentes.

7. El archivo ha de disponer de una sala de lectura con un número de puestos suficientes para atender a sus usuarios presenciales potenciales. Se recomienda que dicha sala cuente, en particular, con los siguientes elementos:

- a. Mesas e iluminación adecuadas para la lectura de documentos.
- b. Dispositivos para la consulta de documentos originales o copias (atriles, lectores de microfilm, computadoras...).
- c. Puntos de acceso a los sistemas de descripción archivística (inventarios e instrumentos de descripción tradicionales en papel, computadoras con acceso a sistemas de información electrónicos).
- d. Biblioteca de referencia: enciclopedias y obras de referencia, repertorios de legislación.
- e. Tomas de corrientes suficientes, asociadas a los puestos de lectura, para la alimentación de dispositivos electrónicos (computadoras portátiles, tabletas, teléfonos inteligentes, etc.).
- f. Estanterías para depositar las unidades archivísticas, con diferenciación de los espacios destinados a aquellas que aún no han sido objeto de consulta o se reservan durante un plazo convenido, y a aquellas que ya han sido objeto de consulta y pueden ser devueltas al depósito de almacenamiento por parte del personal del archivo.

8. El acceso a la sala de lectura y a los propios documentos se realizará de conformidad con unas normas recogidas por escrito y difundidas de la forma más amplia posible, que se darán a conocer al usuario. Ejemplares impresos de estas normas estarán disponibles de forma visible en lugares estratégicos de la sala.

9. Los usuarios contarán en todo momento con la asistencia de personal técnico que estará encargado, en particular, de:

- a. Proporcionar información sobre los servicios ofertados por el archivo, las condiciones y normas que regulan el acceso y uso adecuados de los documentos, el manejo de los instrumentos y sistemas de descripción, la solicitud de copias y otros servicios proporcionados por el archivo.
- b. Realizar entrevistas de referencia, que permitan al técnico interpretar las necesidades de información del usuario y ofrecerle los recursos necesarios para satisfacerlos.
- c. Gestionar las solicitudes de acceso a los documentos.
- d. Participar en las acciones de formación a los usuarios.
- e. Recibir y tramitar las quejas y sugerencias referidas al servicio.

10. El archivo contará con el personal y los medios adecuados para proporcionar un servicio de reproducción de documentos, de conformidad con unas normas recogidas por escrito y difundidas de la forma más amplia posible.

## **CAPÍTULO 7. ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA**

### **7.1. Interoperabilidad.**

### **7.2. Metadatos.**

### **7.3. Digitalización de documentos.**

En este apartado se desarrollan las buenas prácticas relacionadas con los procesos que determinarán una adecuada gestión en el marco de la administración electrónica.

---

## 7.1. Interoperabilidad

---

### Definición de Interoperabilidad:

*Habilidad de los sistemas TIC, y de los procesos de negocio a los que dan soporte, de intercambiar datos y posibilitar el intercambio de información y conocimiento.*

---

### Descripción de la buena práctica

Se considerará una buena práctica, dentro del ámbito de la Administración Electrónica, la incorporación del concepto de interoperabilidad, como requisito para que los sistemas de información y los procedimientos soportados compartan datos y posibiliten el intercambio de información y conocimiento entre ellos. Comprende:

- **Interoperabilidad Técnica**, relacionada con la interconexión de ordenadores a través del acuerdo sobre los estándares para presentar, recoger, intercambiar, procesar y transportar datos;
- **Interoperabilidad Semántica**, que tratará de asegurar que los datos transportados comparten el mismo significado para sistemas ligados;
- **Interoperabilidad Organizacional**, que trata de organizar los procesos de negocio y institución interna para un mejor intercambio de datos.

### Recomendaciones

1. La institución se debe dotar de una política de interoperabilidad que debe responder a los siguientes principios básicos: cualidad integral, carácter multidimensional y enfoque de soluciones multilaterales.
2. La interoperabilidad se define como multilateral, por la exigencia de compartir, reutilizar y colaborar. El grado de cooperación determinará el nivel de éxito de las iniciativas.
3. La interoperabilidad debe comprender una triple dimensión: organizativa, semántica y técnica. Además, existe una cuarta dimensión, la temporal, que exige a la institución una garantía de acceso a la información durante todo el ciclo de vida de los documentos electrónicos.
4. La interoperabilidad organizativa promueve que las instituciones:
  - a. Establezcan y publiquen las condiciones de acceso y utilización de los servicios prestados en su administración electrónica.
  - b. Simplifiquen su complejidad organizativa.
  - c. Actualicen públicamente los procedimientos administrativos que desarrollan y los servicios que prestan.
  - d. Publiquen y actualicen su estructura orgánica, con especial indicación de su registro y punto de atención a la persona.
5. La interoperabilidad semántica exige la elaboración e implementación de un modelo de datos de intercambio, de aplicación para intercambios de información.
6. La interoperabilidad técnica exige a las instituciones:
  - a. La utilización de estándares abiertos, así como el uso complementario de aquellos estándares de uso general por parte de las personas.
  - b. Una neutralidad tecnológica, garantizando la libre elección de alternativas por parte de las personas y evitando cualquier tipo de discriminación tecnológica.
  - c. La publicación de una relación de los estándares abiertos y de los complementarios admitidos para facilitar la interoperabilidad.
  - d. Tender a enlazar sus infraestructuras con las de otras instituciones, para facilitar la interoperabilidad de información y servicios.

---

## 7.2. Metadatos

---

### Definición de Metadatos:

*En el ámbito de la gestión de documentos, se entiende por metadatos a los datos que describen el contexto, el contenido y la estructura de los documentos y su gestión a lo largo del tiempo.*

---

### **Descripción de la buena práctica**

Se considerará una buena práctica, en el marco de la Administración electrónica, la adecuada implementación de los metadatos como necesaria información contextual de los documentos y expedientes electrónicos.

### **Recomendaciones**

1. Las instituciones deben garantizar la disponibilidad e integridad de los metadatos de sus documentos electrónicos.
2. La implementación de metadatos en los documentos y expedientes electrónicos debe:
  - a. Asegurar el registro en los documentos de la información contextual adecuada.
  - b. Ayudar a la localización y recuperación de documentos mediante la aplicación de vocabularios controlados, esquemas de valores y otros esquemas descriptivos normalizados.
  - c. Mejorar la difusión de la información.
  - d. Controlar el acceso a los documentos.
  - e. Facultar el acceso o transferencia de documentos entre instituciones.
  - f. Posibilitar la ejecución de las acciones dictaminadas sobre los documentos.
  - g. Asegurar la conservación de los documentos esenciales.
  - h. Asegurar la preservación de la información a lo largo del tiempo.
  - i. Estandarizar las descripciones.
  - j. Ayudar a la planificación de la migración de datos y otras necesidades de conservación.
  - k. Proporcionar una referencia para evaluar la calidad de la gestión de documentos.
  - l. Integrar eficazmente la información acerca de documentos electrónicos en los sistemas de control intelectual.
  - m. Asegurar, al fin y al cabo, la interoperabilidad.
3. Los metadatos de gestión de documentos electrónicos deben articularse en esquemas de metadatos, que respondan a las particularidades y necesidades de gestión de cada institución. Se aconseja adaptar un esquema de metadatos ya diseñado para que cada institución cree su perfil de aplicación.
4. El perfil y el esquema de metadatos deben contemplar tres categorías: metadatos obligatorios, complementarios y opcionales.
5. El esquema de metadatos debe definir con precisión la descripción de todos sus elementos y sub-elementos.
6. Se deberán incorporar a los gestores documentales aquellos metadatos complementarios que la institución identifique necesarios para sus procesos de gestión documental.

---

### **7.3. Digitalización de Documentos**

---

#### **Definición de Digitalización:**

*Proceso técnico que se basa en la generación y posterior tratamiento de una imagen digital a partir del soporte no digital de un documento original. Quedarán excluidos del concepto de digitalización los documentos generados originalmente en formato digital.*

---

#### **Descripción de la buena práctica**

Se considerará una buena práctica, en el marco de la gestión documental, que los requisitos mínimos a establecer sobre las imágenes electrónicas resultantes de las digitalizaciones se definan a través de la normalización de los parámetros básicos de dichos procesos, permitiendo la flexibilidad necesaria para su aplicación por parte de las diferentes Administraciones públicas, pero siempre bajo la premisa de obtener imágenes electrónicas íntegras y fieles a su documento original.

### **Recomendaciones**

1. El proceso de digitalización debe estar recogido en un procedimiento formal que se ponga en conocimiento del personal de la institución relacionado con la producción documental.
2. El proceso de digitalización debe contemplar la normalización de los formatos, los niveles de calidad, las condiciones técnicas y los metadatos asociados.
3. Se debe entender que los componentes digitales de un documento electrónico fruto de un proceso de digitalización son: la imagen electrónica, los metadatos y la firma electrónica, si procede.
4. La imagen electrónica obtenida del proceso de digitalización debe ser fiel al contenido original y garantizar su integridad, garantizar la legibilidad de la imagen electrónica obtenida, respetar las proporciones del documento origen y no añadir caracteres que no aparecieran en el original.
5. La externalización del servicio de digitalización no exime a la institución de la responsabilidad de garantizar la integridad del resultado de dicho proceso.
6. El registro de metadatos en un proceso de digitalización debe incluir no sólo los mínimos obligatorios sino también los complementarios necesarios que reflejen características del mismo proceso de digitalización.
7. Se debe tender, en la medida de lo posible, a la automatización en la captura de los metadatos, siempre que los mecanismos de digitalización permitan su configuración.
8. El proceso de digitalización debe acompañarse de un mantenimiento preventivo y comprobaciones rutinarias que garanticen la calidad de la imagen y de sus metadatos, desarrollando un programa de control continuo de calidad que verifique la consistencia de la producción.

## **CAPÍTULO 8. PERFILES Y CAPACITACIÓN DEL PERSONAL CON RELACIÓN A LA GESTIÓN DE DOCUMENTOS**

### **8.1. Alta dirección.**

### **8.2. Mandos intermedios.**

### **8.3. Técnicos de archivo.**

### **8.4. Plan de Comunicación.**

### **8.5. Concienciación del equipo de trabajo.**

### **8.6. Plan de Formación Continua.**

---

#### **Definición de Perfil de Puestos de Trabajo:**

*Método de recopilación de los requisitos y cualificaciones personales exigidos para el cumplimiento satisfactorio de las tareas de un empleado dentro de una institución: nivel de estudios, experiencia, funciones del puesto, requisitos de instrucción y conocimientos, así como las aptitudes y características de personalidad requeridas.*

---

#### **Descripción de la buena práctica**

Las instituciones deben definir las responsabilidades y las competencias de todo el personal implicado en la Política de Gestión de Documentos. El objetivo de la definición de responsabilidades, competencias y sus interrelaciones es establecer y mantener un adecuado régimen de gestión de documentos que satisfaga las necesidades de las partes interesadas, tanto internas como externas. La definición de responsabilidades y competencias deberán articularse mediante la aplicación de prácticas normalizadas o reglas de la institución.

La institución debería establecer un programa de concienciación y formación continua en materia de gestión de documentos. Los programas destinados a la formación sobre los requisitos de la gestión de documentos y su aplicación práctica deberán dirigirse a todo el personal, ya sea interno o externo, que esté encargado de la totalidad o parte de una actividad o implicado en la creación, mantenimiento y control de los documentos que se incorporen a los sistemas de gestión de documentos.

### **Recomendaciones**

1. Se deben establecer categorías para definir las competencias, responsabilidades y funciones de todo el personal implicado en la gestión de documentos.
2. Es necesario que la dirección ejecutiva de la institución asuma el más alto nivel de responsabilidad con el fin de garantizar el éxito del plan de actuación en el ámbito de la gestión documental mediante la provisión de recursos a los niveles inferiores, el fomento del cumplimiento de los procedimientos de gestión de documentos en todos los niveles de la institución y la consolidación de un marco normativo adecuado.
3. Es conveniente que los jefes de las unidades de gestión o de las agrupaciones organizativas intermedias sean responsables de garantizar que el personal a su cargo genere y mantenga los documentos de los que es responsable como parte integrante de su trabajo y de acuerdo con las políticas, procedimientos y normas establecidas.
4. Es necesario que los gestores, técnicos informáticos y los profesionales de archivos altamente cualificados asuman la responsabilidad de planificar e implementar a nivel práctico y técnico los procedimientos y procesos necesarios para una correcta gestión de documentos y establecer las normas técnicas necesarias para la correcta administración de la Política de Gestión de Documentos.
5. Establecer equipos de trabajo multidisciplinares de los técnicos cualificados para planificar la Política de Gestión de Documentos, para lo que hay que involucrar a diferente personal de la institución:
  - a. Con obligaciones específicas en seguridad, diseño y sistemas relacionados con las tecnologías de la información y comunicación.
  - b. Con obligaciones en verificar y sancionar el cumplimiento de las normas.
  - c. Que crea, recibe y mantiene documentos como parte de su labor diaria, para que lo haga de acuerdo con las políticas, procedimientos y normas establecidas.
6. Es importante garantizar que si el plan de gestión de documentos de la institución es llevado a cabo por contratistas externos, éstos deben cumplir las normas establecidas en las políticas de la institución y en el marco legal existente.

#### **8.4. Plan de Comunicación.**

#### **8.5. Concienciación del equipo de trabajo.**

---

##### **Definición de Plan de Comunicación:**

*Instrumento que recoge las políticas, estrategias, recursos, objetivos y acciones de comunicación, tanto internas como externas, que se propone realizar una institución.*

---

##### **Descripción de la buena práctica**

Un Plan de Comunicación debe garantizar que los procedimientos y beneficios de la gestión de documentos y archivos se comprendan por toda la institución. Debe explicar de manera clara las directrices en materia de gestión de documentos y situar los procedimientos y procesos en un contexto que permita a todo el personal entender las razones que la hacen necesaria.

El Plan de Comunicación debe articular procedimientos para que los documentos fundamentales relativos a la Política de Gestión de Documentos y archivos de la institución sean accesibles y lleguen a todos sus integrantes y todos conozcan su importancia y relevancia.

### **Recomendaciones**

1. El Plan de Comunicación debe ser proactivo y elaborar los instrumentos necesarios para concienciar e implicar a todo el equipo humano en el cumplimiento de los requisitos de la gestión de documentos y archivos, en este sentido son útiles las directrices, recomendaciones, guías de buenas prácticas, etc.
2. El Plan de Comunicación puede articularse en sinergia con ciertos aspectos del Plan de Formación Continua y utilizar el sistema de encuestas en áreas de la institución en las que se identifique un cumplimiento precario de los procedimientos establecidos.

3. Pueden elaborarse o adoptarse Códigos Éticos o de Conducta específicos para los técnicos de archivos y gestión documental dada la relevancia de sus competencias en materia de gestión y tratamiento archivístico de los documentos dentro de la institución.

4. El Plan de Comunicación puede incluir mecanismos para que todos los miembros del equipo de trabajo retroalimenten la política de gestión y su implementación, aspecto especialmente útil cuando se planifique una revisión y evaluación de la citada política.

5. Concienciar en todo momento a los empleados de la institución y fomentar entre los mismos el respaldo y consecución de la Política de Gestión de Documentos.

## **8.6. Plan de Formación Continua**

---

### **Descripción de la buena práctica**

Se considerará una buena práctica que las instituciones públicas formen a todo el personal de la institución que asuma cualquier tipo de responsabilidad en materia de gestión de documentos, así como a los usuarios, tanto internos como externos, de los servicios del archivo.

### **Recomendaciones**

1. La institución debe determinar el nivel de capacitación necesario de su personal para el desempeño de los procesos de gestión de documentos y archivos, estableciendo las acciones de formación necesarias para proporcionar dicha capacitación.

2. Se recomienda la implementación de un Plan de formación del personal para la capacitación y actualización de conocimientos y habilidades en materia de gestión de documentos y archivos.

a. El Plan de formación debe ser aprobado y gestionado desde los niveles directivos de la institución, y dotado de los recursos apropiados.

b. Debería explicar las políticas en materia de gestión de documentos y situar los procedimientos y procesos en un contexto que permita al personal entender las razones que la hacen necesaria.

3. El Plan de formación del personal tendrá como ámbito de aplicación a todo el personal de la institución que asuma cualquier tipo de responsabilidad en materia de gestión de documentos. No obstante, contemplará acciones diferenciadas, adecuadas a las necesidades de grupos concretos o, en determinados casos, a miembros individuales del personal. En particular, las acciones se dirigirán a:

a. Personal directivo.

b. Especialistas en archivos y gestión de documentos.

c. Personal en general que tenga la responsabilidad de crear o usar documentos.

d. Empresas de servicios externos, becarios y voluntarios.

4. Del mismo modo, se recomienda la planificación de la formación de los usuarios de los servicios del archivo, abarcando tanto a los usuarios internos como a los externos.

a. Corresponderá al servicio de atención del archivo proporcionar a los usuarios de una formación inicial básica sobre el acceso y uso adecuados de los documentos, así como sobre el manejo los instrumentos y sistemas de descripción, la solicitud de copias y otros servicios proporcionados por el archivo.

b. Dentro de las actividades de difusión del archivo se contemplarán acciones de concienciación y formación en materia de archivos.

5. Las actividades de formación del personal y de los usuarios habrán de incorporar contenidos de concienciación sobre la importancia y la relevancia de los archivos públicos y los procesos de gestión de documentos, las responsabilidades de los actores implicados y los derechos de las personas al respecto.

6. Las instituciones públicas deberán promover campañas de alfabetización informacional que permitan mejorar las habilidades de las personas con respecto al acceso a los archivos y documentos públicos. En particular, lo relativo:

- a. Descubrimiento y uso de sistemas de información archivística.
  - b. Procedimiento de solicitud de acceso a documentos.
  - c. Uso de la información.
7. En la medida de lo posible, se pondrán a disposición del público a través del sitio web corporativo los materiales formativos adecuados a cada tipo de usuario.
  8. Reflexionar sobre una metodología de formación interna y/o externa y los instrumentos que esta metodología debe incluir.
  9. Proporcionar programas de formación sobre los requisitos y prácticas de la gestión documental a todos los niveles de la plantilla de la institución, incluyendo, cuando sea pertinente, a los contratistas y/o plantilla de otras instituciones implicadas en los procesos.
  10. Utilizar procedimientos de evaluación para contrastar los niveles de competencia del personal frente a los objetivos fijados en el programa de formación.
  11. Revisar periódicamente la eficacia y efectividad de los programas de formación mediante informes de resultados para promover los ajustes necesarios y alcanzar una mejora continua.
  12. Evaluar el nivel de satisfacción de las personas que hayan participado en las actividades de formación, mediante encuestas o entrevistas.
  13. Diseñar mecanismos para que el personal ya formado se beneficie de las mejoras introducidas en las actividades de formación.

\* \* \*

## BIBLIOGRAFÍA Y RECURSOS

### CAPÍTULO 1. POLÍTICA DE GESTIÓN DE DOCUMENTOS

#### Bibliografía

- CRUZ MUNDET, J. R. 2006. *La gestión de documentos en las organizaciones*. Madrid: Ed. Pirámide.
- INTERNATIONAL STANDARD ORGANIZATION. 2011a. *ISO 30300:2011. Information and documentation. Management system for records. Fundamentals and vocabulary*.
- INTERNATIONAL STANDARD ORGANIZATION. 2011b. *ISO 30301:2011. Information and documentation. Management system for records. Requirements*.
- INTERNATIONAL STANDARD ORGANIZATION. 2016. *ISO 15489-1:2016. Information and documentation. Records management. Part I: Concepts and principles*.
- INTERNATIONAL STANDARD ORGANIZATION. 2008. *ISO/TR. 2008 26122:2008. Information and documentation. Work process analysis for records*.
- INTERNATIONAL STANDARD ORGANIZATION. 2009. *ISO 23081-2:2009. Information and documentation. Managing metadata for records: Part II: Conceptual and implementation issues*.
- INTERNATIONAL STANDARD ORGANIZATION. 2011a. *ISO 30300:2011. Information and documentation. Management system for records. Fundamentals and vocabulary*.
- INTERNATIONAL STANDARD ORGANIZATION. 2011b. *ISO 30301:2011. Information and documentation. Management system for records. Requirements*.
- INTERNATIONAL STANDARD ORGANIZATION. 2011c. *ISO/TR 23081-3:2011. Information and documentation. Managing metadata for records: Part III: Self-assessment method*.
- INTERNATIONAL STANDARD ORGANIZATION. 2017. *ISO 23081-1:2017. Information and documentation. Records Management processes. Metadata for records: Part I: Principles*.

## Recursos

- COLOMBIA. ARCHIVO GENERAL DE LA NACIÓN. Programa de Gestión Documental. Disponible en: <http://www.archivogeneral.gov.co/transparencia/gestion-informacion-publica/Programa-de-Gestion-Documental-PGD>.
- COLOMBIA. CONTADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. 2013. *Programa de gestión documental de la UAE Contaduría General de la Nación*. Disponible en: <http://www.contaduria.gov.co/wps/wcm/connect/65155c34-4a85-4096-a06a-47b53b6b42e0/GESTION+DOCUMENTAL+VERSI%C3%93N+2.pdf?MOD=AJPERES>
- ECUADOR. PERERO GONZÁLEZ, Ginna Isabel. 2012. *Modelo de un sistema de gestión documental para el manejo de archivos administrativos, dirigido al Gobierno Autónomo Descentralizado Parroquial de José Luis Tamayo, provincia de Santa Elena, año 2013*. La Libertad.

## CAPÍTULO 2. IDENTIFICACIÓN, CLASIFICACIÓN Y DESCRIPCIÓN DE DOCUMENTOS

### Bibliografía

- BARBADILLO ALONSO, J. Clasificaciones y relaciones funcionales en los documentos de archivos. *Tábula: revista de archivos de Castilla y León*, 13, pp. 95-104.
- BARBADILLO ALONSO, J. 2011. *Las normas de descripción archivística. Qué son y cómo se aplican*. Gijón: Trea.
- BONAL ZAZO, J. L. 2001. *La descripción archivística normalizada. Origen, fundamentos, principios y técnicas*. Gijón: Trea.
- BONAL ZAZO, J. L.; GENERELO LANASPA, J. J.; TRAVESÍ DE DIEGO, C. 2006. *Manual de Descripción Multinivel. Propuesta de adaptación de las normas internacionales de descripción archivística* [en línea]. 2ª ed. Valladolid: Junta de Castilla y León. Disponible en: [http://www.aefp.org.es/NS/Documentos/NormasDescriptivas/MDM2\\_2006.pdf](http://www.aefp.org.es/NS/Documentos/NormasDescriptivas/MDM2_2006.pdf)
- COMISIÓN DE NORMAS ESPAÑOLAS DE DESCRIPCIÓN ARCHIVÍSTICA, NEDA-MC. *Modelo conceptual de descripción archivística: entidades, relaciones y atributos*, Madrid, 2017. Disponible en: <https://sede.educacion.gob.es/publiventa/d/20886C/19/0>
- COMISIÓN SUPERIOR CALIFICADORA DE DOCUMENTOS ADMINISTRATIVOS, *Cuadro de Clasificación de Funciones Comunes de la Administración General del Estado*, Madrid, 2018. Disponible en: <https://www.mecd.gob.es/dam/jcr:4889f307-13b0-460a-88c4-5f930c4ac204/ultima-version-ccf-20180110.pdf>
- CRUZ MUNDET, J. R. 2005. *Manual de Archivística*. Edición corregida y actualizada. Madrid: Fundación Germán Sánchez Ruipérez.
- CRUZ MUNDET, J. R. 2006. *La Gestión de documentos en las organizaciones*. Madrid: Ediciones Pirámide.
- DELGADO GÓMEZ, Alejandro, “Sistemas de clasificación en múltiples dimensiones: la experiencia del Archivo Municipal de Cartagena”, *Innovar o morir. En torno a la clasificación*, Revista Tábula: Revista de Archivos de Castilla y León, 13, 2010, pp. 125-136.
- DELGADO GÓMEZ, A. 2004. *Normalización de la descripción archivística: Introducción a Encoded Archival Description (EAD)* [en línea]. Cartagena: Archivo Municipal; Archivo 3000. Disponible en: [http://iibi.unam.mx/archivistica/alejandro\\_delgado-ead\\_espanol.pdf](http://iibi.unam.mx/archivistica/alejandro_delgado-ead_espanol.pdf)
- DÍAZ RODRÍGUEZ, A. La clasificación como proceso de gestión de documentos. En *Tábula: revista de archivos de Castilla y León*, 13, pp. 79-94.
- FOSCARINI, F. 2010. La clasificación de documentos basada en funciones. *Revista Tábula: revista de archivos de Castilla y León*, 13, pp. 41-58.
- FRANCO ESPINO, Beatriz; PÉREZ ALCÁZAR, Ricard (coords.). *Modelo de Gestión de Documentos y Administración de Archivos para la Red de Transparencia y Acceso a la Información* [en línea]. RTA, 2014. Disponible en: <http://mgd.redrta.org/>. Con especial atención a G04/O. *Guía de Implementación Operacional: Control intelectual y representación. G04/D01/O. Directrices: Identificación y Clasificación. G04/D02/O. Directrices: Descripción archivística.*

- GÓMEZ, R.; BRIGAS, R. 2005. Normalización y requisitos funcionales de la descripción archivística: una propuesta metodológica. *Scire*, 11, (1), pp. 103-112.
- HEREDIA HERRERA, A. 1991. *Archivística General: Teoría y práctica*. Sevilla: Diputación Provincial de Sevilla.
- HEREDIA HERRERA, A. 2010. Clasificación, Cuadros de Clasificación y e-gestión documental. *Tábula: revista de archivos de Castilla y León*, 13, pp. 139-152.
- HEREDIA HERRERA, A. 2011. *Lenguaje y vocabulario archivísticos. Algo más que un diccionario*. Sevilla: Junta de Andalucía.
- HERNÁNDEZ OLIVERA, L. (ed.). 2008. Ahogados en un mar de siglas. Estándares para la gestión, descripción y acceso a los recursos archivísticos. *Tábula*, 11. [Actas del V Congreso de Archivos de Castilla y León, León, 1-3 de octubre de 2008].
- INTERNATIONAL STANDARD ORGANIZATION. 2016. *ISO 15489-1:2016. Information and documentation. Records management. Part 1: Concepts and principles*.
- LA TORRE, J. L.; MARTÍN-PALOMINO, M. 2000. *Metodología para la identificación y valoración de fondos documentales (Escuela Iberoamericana de Archivos: Experiencias y materiales)*. Madrid: Ministerio de Educación, Cultura y Deporte de España.
- LERESCHE, F. 2008. *Las bibliotecas y los archivos: compartir normas para facilitar el acceso al patrimonio* [en línea]. Traducción de Elena Escolano. En: *Conferencia 74 Congreso General de IFLA: Quebec, 10-14 agosto 2008*. Disponible en: <http://archive.ifla.org/IV/ifla74/papers/156-Leresche-trans-es.pdf>
- PITTI, D. V. 2004. Creator Description. Encoded Archival Context [en línea]. En: TAYLOR, A. G.; TILLET, B. B. (eds.). *Authority Control in Organizing and Accessing Information: Definition and International Experience*. Nueva York: The Haworth Information Press, pp. 201-226. Disponible en: [http://eprints.rclis.org/4181/1/pitti\\_eng.pdf](http://eprints.rclis.org/4181/1/pitti_eng.pdf)
- RAMÍREZ DELEÓN, J. A. 2011. *Descripción archivística: diseño de instrumentos de descripción*. [en línea]. México: Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos; Archivo General de la Nación. Gestión de Documentos y Administración de Archivos: Colección Cuadernos Metodológicos. Cuaderno 4. Disponible en: <http://inicio.ifai.org.mx/Publicaciones/cuaderno4.pdf>
- VILLASECA REYES, O. 2012a. *Directrices para la organización documental*. Santiago de Chile: Archivo Nacional de Chile. Serie Directrices y Normas Técnicas para la gestión de archivos.
- VILLASECA REYES, O. 2012b. *Directrices para la identificación de fondo documental*. Santiago de Chile: Archivo Nacional de Chile. Serie Directrices y Normas Técnicas para la gestión de archivos.
- VV.AA. 1992. *Actas de las Primeras Jornadas sobre metodología para la identificación y valoración de fondos documentales de las Administraciones Públicas (20-22 de marzo de 1991)*. Madrid: Ministerio de Cultura.

### **CAPÍTULO 3. VALORACIÓN, TRANSFERENCIA Y ELIMINACIÓN DE DOCUMENTOS**

#### **Bibliografía**

- AENOR. UNE-EN 15713: 2010. *Destrucción segura del material confidencial. Código de buenas prácticas*.
- AUSTRALIA. NORTHERN TERRITORY GOVERNMENT. 2010. *Guidelines for the destruction of a public sector organisation's temporary value records (Issued November 2010)*. Disponible en: [http://www.nt.gov.au/dcis/info\\_tech/records\\_policy\\_standards/tempo\\_value\\_records\\_disposal.shtml](http://www.nt.gov.au/dcis/info_tech/records_policy_standards/tempo_value_records_disposal.shtml)

- AUSTRALIA. STATE RECORDS AUTHORITY OF NEW SOUTH WALES. 2010a. *Guideline 3: Destruction*. Disponible en: <https://www.prov.vic.gov.au/sites/default/files/2016-05/1013g3%20v1.1%20ST%2020130717.pdf>
- AUSTRALIA. STATE RECORDS AUTHORITY OF NEW SOUTH WALES. 2010b. *Destruction of Records*. Sydney. Disponible en: <https://www.records.nsw.gov.au/recordkeeping/advice/retention-and-disposal/destruction-of-records>
- CANADÁ. UNIVERSITY OF BRITISH COLUMBIA. InterPARES 2 Project. 2010. *Creator Guidelines - Making and Maintaining Digital Materials: Guidelines for Individuals - Guía del Preservador - Preservación de Documentos de Archivos Digitales: Lineamientos Para los Organizaciones*. Traducción al español: Juan Voutssás. Disponible en: [http://www.interpares.org/ip2/display\\_file.cfm?doc=ip2\(pub\)guia\\_del\\_preservador.pdf](http://www.interpares.org/ip2/display_file.cfm?doc=ip2(pub)guia_del_preservador.pdf)
- CASELLAS I SERRA. L. E. 2010. *La valoración de documentos electrónicos*. Disponible en: [http://ibi.unam.mx/archivistica/valoracion\\_casellas-barnard.pdf](http://ibi.unam.mx/archivistica/valoracion_casellas-barnard.pdf) Con resultados del Subgrupo de documentos electrónicos que forma parte del Foro Iberoamericano de Evaluación Documental (FIED).
- CERMENO, L.; RIVAS, E. 2011. Valoración, selección y eliminación. En CRUZ MUNDET, J.R. (Dir.) *Administración de documentos y archivos. Textos documentales*. Madrid: Coordinadora de Asociaciones de Archivos. Disponible en: <http://www.archiveros.net/LIBRO.ARCHIVOS.IBEROAMERICANOS.pdf>
- CHILE. ARCHIVO NACIONAL DE CHILE. 2012. *Instructivo para transferencias de documentos tradicionales al Archivo Nacional de Chile*. Santiago de Chile. Serie Protocolos de Trabajo y Mejores Prácticas para la gestión de archivos
- DORANTES CACIQUE, M.T. 2011. *La valoración documental en el siglo XXI. El principio pro homine en la archivística: valoración documental, valoración de la información y derechos*. México. Disponible en: <http://www.te.gob.mx/documentacion/3seminario/files/t9/dorantes.pdf>
- ESPAÑA. COMISIÓN SUPERIOR CALIFICADORA DE DOCUMENTOS ADMINISTRATIVOS, Recomendaciones para el borrado lógico de documentación electrónica y destrucción física de soportes informáticos de la Administración General del Estado, Madrid, 2017. Disponible en: <http://www.mecd.gob.es/dam/jcr:8a4186d5-73cc-4eb8-b5de-c1272ab8da7c/recomendaciones-destruccion.pdf>
- ESPAÑA. GENERALITAT DE CATALUNYA. 2012. *Metodologia per a l'elaboració de propostes d'avaluació i accés documental*. Aprobado en la reunión de 18 de diciembre de 2012. Disponible en: [http://cultura.gencat.cat/web/.content/dgpc/arxiu\\_i\\_gestio\\_documental/03\\_cnaatd/03\\_Avaluacio\\_disposicio/avaluacio\\_i\\_acces/metodol\\_dipleg\\_04.pdf](http://cultura.gencat.cat/web/.content/dgpc/arxiu_i_gestio_documental/03_cnaatd/03_Avaluacio_disposicio/avaluacio_i_acces/metodol_dipleg_04.pdf)
- ESPAÑA. MINISTERIO DE EDUCACIÓN, CULTURA Y DEPORTE. 2003. *Criterios generales para la valoración de los documentos de la Administración General del Estado*. (Documento aprobado por la Comisión Superior Calificadora de Documentos Administrativos, en sesión de 27 de noviembre de 2003.) Disponible en: <http://www.mcu.es/archivos/docs/MetodologiaComSup.pdf>
- ESPAÑA. MINISTERIO DE INDUSTRIA, COMERCIO Y TURISMO. INTECO. 2011. *Guía sobre almacenamiento y borrado seguro de información*. Disponible en: [http://www.inteco.es/guias\\_estudios/guias/guia\\_borrado\\_seguro](http://www.inteco.es/guias_estudios/guias/guia_borrado_seguro)
- FENOGLIO, N. C. 2010. *Proyecto: Evaluación de documentos en Iberoamérica. Antecedentes y perspectiva*. Disponible en: <http://blogs.ffyh.unc.edu.ar/evaluaciondedocumentos/files/2012/06/Norma-C.-Fenoglio1.pdf>
- FRANCO ESPÍÑO, Beatriz; PÉREZ ALCÁZAR, Ricard (coords.), *Modelo de Gestión de Documentos y Administración de Archivos para la Red de Transparencia y Acceso a la Información* [en línea]. RTA, 2014. Disponible en: <http://mgd.redrta.org/>. Con especial atención a G05/O. *Guía de Implementación Operacional: Valoración; G05/D01/O. Directrices: Instrumentos para la valoración;*

G05/D02/O. Directrices: *Transferencia de documentos*; G05/D03/O. Directrices: *Eliminación de documentos*.

- INTERNATIONAL COUNCIL ON ARCHIVES. *Parliamentary institutions: the criteria for appraising and selecting documents. Las instituciones parlamentarias: criterios para la evaluación y selección de documentos*. Trabajos de la Sección de archivos y archivistas de parlamentos y partidos políticos.

- INTERNATIONAL COUNCIL ON ARCHIVES. 2005. *Manual on appraisal (Draft)*. Committee on Appraisal. Disponible en: <https://www.ica.org/en/draft-manual-appraisal>

- INTERNATIONAL COUNCIL ON ARCHIVES. 2013. *Guidelines on Appraisal and Disposition of Student Records*. Section on University and Research Institutions Archives. Disponible en: [https://www.ica.org/sites/default/files/SUV\\_Appraisal\\_disposition\\_student\\_records\\_EN.pdf](https://www.ica.org/sites/default/files/SUV_Appraisal_disposition_student_records_EN.pdf)

- INTERNATIONAL COUNCIL ON ARCHIVES / INTERNATIONAL RECORDS MANAGEMENT TRUST. *Managing public sector records: a study programme. Building Records Appraisal Systems*. Disponible en:

[http://www.irmt.org/documents/educ\\_training/public\\_sector\\_rec/IRMT\\_build\\_rec\\_appraisal.pdf](http://www.irmt.org/documents/educ_training/public_sector_rec/IRMT_build_rec_appraisal.pdf)

- INTERNATIONAL STANDARD ORGANIZATION. 2016. *ISO 15489-1:2016. Information and documentation. Records management. Part 1: Concepts and principles*.

- LA TORRE, J. L.; MARTÍN-PALOMINO, M. 2003. *Metodología para la identificación y valoración de fondos documentales*. Madrid: Subdirección General de los Archivos Estatales.

- MILLARUELO, A.; PÉREZ DE LEMA, A. 2014. *Destrucción o eliminación segura de documentación electrónica y soportes informáticos*. En MINISTERIO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS, 2016. *Política de gestión de documentos electrónicos*. 2ª edición. Madrid: 2016. Disponible en:

<http://www.minhfp.gob.es/Documentacion/Publico/SGT/POLITICA%20DE%20GESTION%20DE%20DOCUMENTOS%20MINHAP/politica%20de%20gestion%20de%20documentos%20electronicos%20MINHAP-ponencias%20complementarias%20al%20documento.pdf>

- PARADIGM PROJECT: *Appraisal and disposal Workbook on Digital Private Papers*. Disponible en: [http://www.paradigm.ac.uk/workbook/pdfs/04\\_appraisal\\_disposal.pdf](http://www.paradigm.ac.uk/workbook/pdfs/04_appraisal_disposal.pdf)

- TÁBULA: REVISTA DE ARCHIVOS DE CASTILLA Y LEÓN. 2003. 6. *El Refinado arte de la destrucción: la selección de documentos*.

- TORREBLANCA, A.; CONDE, M. L. 2003. *Sistemas de eliminación de documentos administrativos*. Murcia: Dirección General de Cultura.

#### Recursos

- COLOMBIA. ARCHIVO GENERAL DE LA NACIÓN. Tablas de retención documental. Disponible en: <http://www.archivogeneral.gov.co/transparencia/gestion-informacion-publica/Tablas-de-Retencion-Documental-TRD>

- ESPAÑA. MINISTERIO DE EDUCACIÓN, CULTURA Y DEPORTE. Comisión Superior Calificadora de Documentos Administrativos. Grupo de Trabajo de Series y Funciones Comunes. Estudios de identificación y valoración. Disponible en: <http://www.mcu.es/archivos/MC/CSCDA/EstudiosIdentificacion.html>

- ESPAÑA. MINISTERIO DE EDUCACIÓN, CULTURA Y DEPORTE. Comisión Superior Calificadora de Documentos Administrativos. Formularios. Disponible en: <http://www.mcu.es/archivos/MC/CSCDA/Formularios.html>

## CAPÍTULO 4. ACCESO Y SEGURIDAD DE LA INFORMACIÓN

### Bibliografía

- ALBERCH I FUGUERAS, R. 2008. *Archivos y derechos humanos*. Gijón: Trea.

- BETHAULT, D. 2012. El modelo francés de reutilización de la información del sector público. En: *II Jornada sobre la reutilización de la información del sector público: acceso y uso de la información: Madrid, 15 y 16 de febrero de 2012*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.
- CANCIO, J. 2012. Marco legal en España: Real decreto 1495/2011. En: *II Jornada sobre la reutilización de la información del sector público: acceso y uso de la información: Madrid, 15 y 16 de febrero de 2012*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.
- CENTRO DE ARCHIVOS Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA (CAinfo). 2012. *Seguridad nacional y acceso a la información en América Latina: estado de situación y desafíos* [en línea]. Documento preparado por Centro de Archivos y Acceso a la Información Pública (CAinfo) con la asistencia técnica del Centro de Estudios para la Libertad de Expresión y Acceso a la Información (CELE) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo, Argentina. Montevideo: CAinfo. Disponible en: <http://www.palermo.edu/cele/pdf/NS-AI.pdf>
- CLAPTON, G.; HAMMOND, M.; POOLE, N. 2011. *PSI re-use in the cultural sector. Final report*. Londres: Curtis+Cartwright Consulting. Disponible en: [http://ec.europa.eu/information\\_society/newsroom/cf/itemdetail.cfm?item\\_id=9020](http://ec.europa.eu/information_society/newsroom/cf/itemdetail.cfm?item_id=9020)
- COLLADO, L. 2012. "Usos potenciales de los mapas, directorios y otros productos informativos de la información pública". En: *II Jornada sobre la reutilización de la información del sector público: acceso y uso de la información: Madrid, 15 y 16 de febrero de 2012*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.
- COMISIÓN EUROPEA. 2001. Decisión 2001/264/CE del Consejo, de 19 de marzo de 2001, por la que se adoptan las normas de seguridad del Consejo. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001D0264&qid=1401793082125&from=EN>
- COMISIÓN EUROPEA. 2003. Directiva Europea 2003/98/CE, de 17 de noviembre de 2003, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la reutilización de la información del sector público. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:02003L0098-20130717&qid=1401779418320&from=EN>
- COMISIÓN EUROPEA. 2013. *Opinion 06/2013 on open data and public sector information ('PSI') reuse*. Disponible en: [http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2013/wp207\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2013/wp207_en.pdf)
- CHILE. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. 2012. *Manual de Buenas Prácticas para la Tramitación de Solicitudes de Acceso a la Información. Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública* [en línea]. Santiago de Chile: Contraloría General de la República. Disponible en: [http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4\\_chl\\_bue\\_acc.pdf](http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_chl_bue_acc.pdf)
- DAVARA FERNÁNDEZ DE MARCOS, I. 2011. *Hacia la estandarización de la protección de datos personales. Propuesta sobre una «tercera vía o tertium genus» internacional*. Madrid: La Ley.
- DUCHEIN, M. 1983. *Los obstáculos que se oponen al acceso, a la utilización y a la transferencia de la información conservada en los archivos: Un estudio del RAMP* [en línea]. Programa General de Información y Unisist. París: UNESCO. Disponible en: <http://unesdoc.unesco.org/images/0005/000576/057672so.pdf>
- ESPAÑA. GOBIERNO VASCO. 2010. Manual de seguridad. Disponible en: [https://euskadi.net/contenidos/informacion/bp\\_segurtasuna/es\\_dit/adjuntos/MSPLATEA\\_c.pdf](https://euskadi.net/contenidos/informacion/bp_segurtasuna/es_dit/adjuntos/MSPLATEA_c.pdf)
- ESPAÑA. MINISTERIO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. 2013. *Guía de aplicación de la Norma Técnica de Interoperabilidad de Reutilización de Recursos de Información*. Disponible en: [http://administracionelectronica.gob.es/pae\\_Home/pae\\_Estrategias/pae\\_Interoperabilidad\\_Inicio/pae\\_Normas\\_tecnicas\\_de\\_interoperabilidad.html#REUTILIZACIONRECURSOS](http://administracionelectronica.gob.es/pae_Home/pae_Estrategias/pae_Interoperabilidad_Inicio/pae_Normas_tecnicas_de_interoperabilidad.html#REUTILIZACIONRECURSOS)

- FERNÁNDEZ CUESTA, F. 2012. Al servicio de la transparencia. El papel de los archiveros y la gestión documental en el acceso a la información pública. *Métodos de información* [en línea], 3 (5), pp. 153-166. Disponible en: <http://www.metodosdeinformacion.es/mei/index.php/mei/article/view/IIMEI3-N5-153166/768>
  - FERNÁNDEZ CUESTA, F. 2011. *Protección de datos en archivos públicos: introducción a su estudio* [en línea]. HERNÁNDEZ OLIVERA, L. (dir.). Trabajo Grado de Salamanca, Universidad de Salamanca. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10366/111529>
  - FRANCO ESPÍÑO, Beatriz; PÉREZ ALCÁZAR, Ricard (coords.), *Modelo de Gestión de Documentos y Administración de Archivos para la Red de Transparencia y Acceso a la Información* [en línea]. RTA, 2014. Disponible en: <http://mgd.redrta.org/>. Con especial atención a G02/G. *Guía de Implementación Gerencial: Gobierno Abierto y Transparencia. G02/D01/G. Directrices: Acceso a los documentos públicos. G02/D03/G. Directrices: Reutilización de la información. G06/O. Guía de Implementación Operacional: Control de acceso y G06/D01/O. Directrices: Requisitos de seguridad y acceso. G06/D02/O. Directrices: Gestión de solicitudes de acceso. G06/D03/O. Directrices: Restricciones y control de acceso.*
  - FUMEGA, S. 2014. *El uso de las tecnologías de información y comunicación para la implementación de leyes de acceso a la información pública* [en línea]. Santiago de Chile: Consejo para la Transparencia. Disponible en: [http://redrta.cplt.cl/\\_public/public/folder\\_attachment/55/1a/1a3b\\_6f48.pdf](http://redrta.cplt.cl/_public/public/folder_attachment/55/1a/1a3b_6f48.pdf)
  - GLOVER, M. et al. 2006. *Freedom of information: history, experience and records and information management implications in the USA, Canada and the United Kingdom*. Pittsburgh: ARMA International Educational Foundation. Disponible en: [http://armaedfoundation.org/wp-content/uploads/2016/12/Freedom\\_of\\_Information\\_in\\_US\\_UK\\_and\\_Canada.pdf](http://armaedfoundation.org/wp-content/uploads/2016/12/Freedom_of_Information_in_US_UK_and_Canada.pdf)
  - GÓMEZ, R. [et. al.]. 2010. Metodología y gobierno de la gestión de riesgos de tecnologías de la información. *Revista de Ingeniería* [en línea], 31, pp. 109-118. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=121015012006>
  - GÓMEZ FERNÁNDEZ, L.; ANDRÉS ÁLVAREZ, A. 2012. *Guía de aplicación de la Norma UNE-ISO/IEC 27001 sobre seguridad de sistemas de información para PYMES*. 2ª ed. Madrid: AENOR.
  - GONZÁLEZ QUINTANA, A. 2010. Archivos y derechos humanos. Recomendaciones desde el Consejo Internacional de Archivos. En: BABIANO MORA, J. (coord.). *Represión, derechos humanos, memoria y archivos. Una perspectiva latinoamericana*. Madrid: Fundación 1º de mayo, pp. 189-199.
  - INTERNATIONAL COUNCIL ON ARCHIVES. 2012. *Principios de acceso a los archivos*. Trad. de Esther Cruces Blanco. París: ICA. Disponible en: [https://www.ica.org/sites/default/files/ICA\\_Access-principles\\_SP.pdf](https://www.ica.org/sites/default/files/ICA_Access-principles_SP.pdf)
  - INTERNATIONAL COUNCIL ON ARCHIVES. 2014. *Principios de acceso a los archivos. Guía técnica para la gestión de archivos de uso restringido*. París: ICA. Disponible en: [https://www.ica.org/sites/default/files/Technical%20Guidance%20on%20Managing%20Archives%20with%20restrictions\\_SP.pdf](https://www.ica.org/sites/default/files/Technical%20Guidance%20on%20Managing%20Archives%20with%20restrictions_SP.pdf)
  - INTERNATIONAL COUNCIL ON ARCHIVES (ICA). 2014. *Guía técnica para la gestión de archivos de uso restringido* [en línea]. París: ICA. Disponible en: [https://www.ica.org/sites/default/files/Technical%20Guidance%20on%20Managing%20Archives%20with%20restrictions\\_SP.pdf](https://www.ica.org/sites/default/files/Technical%20Guidance%20on%20Managing%20Archives%20with%20restrictions_SP.pdf)
- NOTA: La traducción al español de este documento cuenta con algunos errores, por lo que recomendamos, en la medida de lo posible, acudir a la versión original en inglés: INTERNATIONAL COUNCIL ON ARCHIVES (ICA). 2014. *Technical Guidance on Managing Archives with Restrictions* [en línea]. París: ICA. Disponible en: <https://www.ica.org/en/technical-guidance-managing-archives-restrictions-0>
- INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION (ISO). 2010. *ISO 16175-3:2010: Information and documentation - Principles and functional requirements for records*

*in electronic office environments - Part 3: Guidelines and functional requirements for records in business systems*. Ginebra: ISO.

- INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION (ISO). 2011. *ISO 16175-2:2011: Information and documentation - Principles and functional requirements for records in electronic office environments - Part 2: Guidelines and functional requirements for digital records management systems*. Ginebra: ISO.

- INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION (ISO). 2016. *ISO 15489-1:2016: Information and documentation - Records management - Part 1: Concepts and principles*. Ginebra: ISO.

- INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION (ISO). 2013. *ISO/IEC 27001:2013. Information technology -- Security techniques -- Information security management systems*. Ginebra: ISO.

- JOYANES AGUILAR, L. 2012. Ciberespacio y libre acceso a la información. En: *II Jornada sobre la reutilización de la información del sector público: acceso y uso de la información: Madrid, 15 y 16 de febrero de 2012*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.

- ORENGA, L.; SOLER, J. 2010. *Com es fa un Quadre de Seguretat i Accés?* [presentación en línea]. Material docente del curso homónimo celebrado los días 10 y 17 de noviembre de 2010 en Tarragona y Barcelona, para la Associació d'Arxivers de Catalunya. Disponible en:

<http://www.slideshare.net/JoanSolerJimnez/com-es-fa-un-quadre-de-seguretat-i-accs>

- ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (OEA). 2010a. *Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública* [en línea]. AG/RES. 2607 (XL-O/10). Disponible en: [http://www.oas.org/dil/esp/AG-RES\\_2607-2010.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2607-2010.pdf)

- ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (OEA). 2010b. *Comentarios y guía de implementación para la Ley modelo interamericana sobre acceso a la información* [en línea]. CP/CAJP-2841/10. Disponible en:

[http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES\\_2841\\_XL-O-10\\_esp.pdf](http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES_2841_XL-O-10_esp.pdf)

- PARLAMENTO EUROPEO. 2013. Directiva 2013/37/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013, por la que se modifica la Directiva 2003/98/CE relativa a la reutilización de la información del sector público. Disponible en:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013L0037&qid=1401780323623&from=EN>

- PELEGRÍN, J. 2012. La revisión de la Directiva europea 2003/98 sobre reutilización de la Información del Sector Público. En: *II Jornada sobre la reutilización de la información del sector público: acceso y uso de la información: Madrid, 15 y 16 de febrero de 2012*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.

- RAMÍREZ DELEÓN, J. A. 2007. *Archivos gubernamentales: Un dilema de la transparencia*. México: INFODF. Disponible en:

[http://www.cevat.org.mx/retaip/documentos/material\\_apoyo/ensayo/Ensayo2.pdf](http://www.cevat.org.mx/retaip/documentos/material_apoyo/ensayo/Ensayo2.pdf)

- RAMOS SIMÓN, L. F.; MENDO CARMONA, C.; ARQUERO AVILÉS, R. 2009. La producción informativa y documental del Estado: hacia un inventario de los recursos públicos. En: *Revista española de documentación científica*, (32), 1, p. 40–59.

- SCARENSE, M. J. 2014. La legislación archivística y el acceso a la información en América Latina. En: TORRES, N. (comp.). *Hacia una política integral de gestión de la información pública. Todo lo que siempre quisimos saber sobre archivos (y nunca nos animamos a preguntarle al acceso a la información)* [en línea]. Buenos Aires: Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información (CELE); Universidad de Palermo, p. 109-154. Disponible en:

[http://www.palermo.edu/cele/pdf/Hacia\\_una\\_politica\\_integral-kk.pdf](http://www.palermo.edu/cele/pdf/Hacia_una_politica_integral-kk.pdf)

- SERRA SERRA, J. 2013. Una interpretación metodológica de la norma ISO 15489 para la implantación de un sistema de gestión de documentos. En: *Jornadas Ibéricas de Arquivos Municipais: Políticas, Sistemas e Instrumentos nos Arquivos Municipais, 04 e 05 de Junho 2013* [en línea]. Lisboa: Arquivo Municipal. Disponible en: [http://arquivomunicipal.cm-lisboa.pt/fotos/editor2/j\\_serra.pdf](http://arquivomunicipal.cm-lisboa.pt/fotos/editor2/j_serra.pdf)

- TORRES, N. (comp.). [2013]. *Acceso a la información y datos personales: una vieja tensión, nuevos desafíos* [en línea]. Buenos Aires: Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información (CELE). Disponible en: [http://www.palermo.edu/cele/pdf/DatosPersonales\\_Final.pdf](http://www.palermo.edu/cele/pdf/DatosPersonales_Final.pdf)
- TRONCOSO RAIGADA, A. 2009. Reutilización de información pública y protección de datos personales. En: *Revista general de información y documentación*, 19, pp. 243–264.
- VALENTÍN RUIZ, F. J.; BUENESTADO DEL PESO, R. 2012. Aproximación al panorama actual de la reutilización de la información del sector público. En *Textos universitaris de Biblioteconomia i Documentació*, 29.
- VRIES, M. 2012. El proyecto ePSIplatform en sus últimos desarrollos. En: *II Jornada sobre la reutilización de la información del sector público: acceso y uso de la información: Madrid, 15 y 16 de febrero de 2012*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.

#### Recursos

- COMISIÓN EUROPEA. Digital Agenda for Europe. A Europe 2020 Initiative. Revision of the PSI Directive. Disponible en: <http://ec.europa.eu/digital-agenda/news/revision-psi-directive>
- COMISIÓN EUROPEA. Digital Agenda for Europe: key initiatives. Disponible en: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-10-200\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-10-200_en.htm)
- COMISIÓN EUROPEA. Legal Aspects of Public Sector Information (LAPSI) thematic network outputs. Disponible en: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/legal-aspects-public-sector-information-lapsi-thematic-network-outputs>
- ESPAÑA. GOBIERNO DE ESPAÑA. datos.gob.es. Disponible en: <http://datos.gob.es/es>
- ESPAÑA. GOBIERNO VASCO. Open Data Euskadi. Disponible en: <http://opendata.euskadi.eus/inicio/>
- ESPAÑA. MINISTERIO DE ENERGÍA, TURISMO Y AGENDA DIGITAL. Plan Avanza. Disponible en: <http://www.agendadigital.gob.es/agenda-digital/planes-anteriores/Paginas/plan-avanza.aspx>
- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Acceso a la información. Disponible en: [http://www.oas.org/es/sla/ddi/acceso\\_informacion\\_ley\\_modelo.asp](http://www.oas.org/es/sla/ddi/acceso_informacion_ley_modelo.asp)

## CAPÍTULO 5. CONSERVACIÓN DE DOCUMENTOS Y GESTIÓN DE CONTINGENCIAS

### Bibliografía

- BELLO, C.; BORRELL, À. 2008. *Los documentos de archivo: cómo se conservan*. Gijón: Trea.
- CALDERÓN DELGADO, Marco. *Conservación Preventiva de documentos*. Archivo Nacional. Costa Rica. Disponible en: [http://www.archivonacional.go.cr/pdf/conservacion\\_preventiva\\_documentos.pdf](http://www.archivonacional.go.cr/pdf/conservacion_preventiva_documentos.pdf)
- COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. 2016. *Guía para la conservación de documentos*. Bogotá. Disponible en: <http://es.presidencia.gov.co/dapre/DocumentosSIGEPRE/G-GD-01-conservacion-documentos.pdf>
- FRANCO ESPÍÑO, Beatriz; PÉREZ ALCÁZAR, Ricard (coords.), *Modelo de Gestión de Documentos y Administración de Archivos para la Red de Transparencia y Acceso a la Información* [en línea]. RTA, 2014. Disponible en: <http://mgd.redrta.org/>. Con especial atención a G07/O. *Guía de Implementación Operacional: Control físico y conservación y G07/D01/O. Directrices: Plan integrado de conservación. G07/D02/O. Directrices: Custodia y control de las instalaciones.*
- HAEBERLEN, T.; LIVERI, D.; LAKKA, M. 2013. *Good Practice Guide for securely deploying Governmental Clouds*. European Union Agency for Network and Information Security. Disponible en:

<http://www.enisa.europa.eu/activities/Resilience-and-CIIP/cloud-computing/good-practice-guide-for-securely-deploying-governmental-clouds>

- MARTÍNEZ REDONDO, Piedad, *Plan de conservación documental. Estrategias y procesos de conservación para asegurar el adecuado mantenimiento de los documentos en soporte papel*. UPRA. Colombia. Disponible en:

<http://www.upra.gov.co/documents/10184/18526/Plan+de+Conservaci%C3%B3n+Documental+-+UPRA+-+version+1.0+Final.pdf/c1821ed8-5c0e-400f-b4c1-31b79d31c471>

- MILLARUELO, A. 2014. Estrategia de conservación de documentos en repositorio, conforme al calendario de conservación. Ponencia nº 5. En MINISTERIO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS, 2016. *Política de gestión de documentos electrónicos*. 2ª edición. Madrid: 2016. Disponible en:

<http://www.minhfp.gob.es/Documentacion/Publico/SGT/POLITICA%20DE%20GESTION%20DE%20DOCUMENTOS%20MINHAP/politica%20de%20gestion%20de%20documentos%20electronicos%20MINHAP-ponencias%20complementarias%20al%20documento.pdf>

- OGDEN, S. 1998. *El manual de preservación de bibliotecas y archivos del Northeast Document Conservation Center*. Santiago de Chile: DIBAM. Disponible en: <http://www.dibam.cl/Recursos/Publicaciones/Centro%20de%20Conservaci%C3%B3n/archivos/OGDEN.PDF>

- ROTAECHE GONZÁLEZ DE UBIETA, M. 2007. *Transporte, depósito y manipulación de obras de arte*. Madrid: Editorial Síntesis.

- SÁNCHEZ HERNAN PÉREZ, A. 1999. *Políticas de Conservación en Bibliotecas. Instrumenta Bibliológica*. Madrid: Arco Libros.

- TACÓN CLAVAÍN, J. 2008. *La conservación en archivos y bibliotecas: prevención y protección*. Madrid: Ollero y Ramos.

- TACÓN CLAVAÍN, J. 2011. *Soportes y técnicas documentales: causas de su deterioro*. Madrid: Ollero y Ramos.

- SASTRE NATIVIDAD, Garazi. *Preservación y conservación de documentos digitales* [en línea]. En: ArchivPost. Salamanca: Asociación de Archiveros de Castilla y León, 2015. Disponible en: <http://www.acal.es/index.php/archivpost-a-fondo>

## CAPÍTULO 6. DIFUSIÓN Y SERVICIOS DE ATENCIÓN A LOS USUARIOS

### Bibliografía

- ALBERCH I FUGUERAS, R. 2003. La dinamización cultural en el archivo, un reto futuro. En: *VII Jornadas Archivísticas. Aprender y enseñar con el archivo*. Huelva, pp. 127-135.

- ALBERCH, R.; BOIX, L.; NAVARRO, N.; VELA, S. 2001. *Archivos y cultura: manual de dinamización*. Gijón: Trea.

- CAMPOS, J. 2009. *La difusión en los archivos: importante herramienta de proyección ante la sociedad* Disponible en:

<http://eprints.rclis.org/20236/1/La%20difusi%C3%B3n%20en%20los%20archivos%20importante%20herramienta%20de%20proyecci%C3%B3n%20ante%20la%20sociedad.pdf>

- CERDÁ DÍAZ, J. 2008. Las exposiciones documentales. Técnicas y tendencias. En: *Tábula: Revista de Archivos de Castilla y León*, 11, pp. 359-384.

- CERDÁ DÍAZ, J. 2010. Los archivos, un lugar para descubrir. Experiencias de dinamización cultural. En: GONZÁLEZ CACHAFEIRO, J. (Coord.). *3ª Jornadas Archivando. La difusión en los archivos. Actas de las Jornadas. León 11 y 12 noviembre de 2010*. Disponible en:

[http://archivo.sierrapambley.files.wordpress.com/2011/01/actas\\_jornadas\\_2010.pdf](http://archivo.sierrapambley.files.wordpress.com/2011/01/actas_jornadas_2010.pdf)

- COX, R.J. *Machines in the archives: Technology and the coming transformation of archival reference*. *First Monday*.

- CRYMBLE, A. 2010. An Analysis of Twitter and Facebook Use by the Archival Community. En *Archivaria*, 70 Disponible en: <http://journals.sfu.ca/archivar/index.php/archivaria/article/view/13298>
- DUFF, W.; FOX, A. 2006. 'You're a guide rather than an expert': Archival reference from an archivist's point of view. *Journal of the Society of Archivists*.
- ESPAÑA. JUNTA DE CASTILLA Y LEÓN. 2006. *Manual de archivo de oficina*. Valladolid: Junta de Castilla y León.
- ESPAÑA. MINISTERIO DE EDUCACIÓN CULTURA Y DEPORTE. 2003. *Archivo de oficina*. Madrid: Ministerio de Educación, Cultura y Deporte. Disponible en: <https://www.mecd.gob.es/cultura-mecd/dms/mecd/cultura-mecd/areas-cultura/archivos/recursos-profesionales/documentos-tecnicos/archivo-de-oficina.pdf>
- FERNÁNDEZ CUESTA, F. 2008. *Archiblogs: el blog como nueva herramienta de difusión del archivo*. En: Jornadas Archivando. Un nuevo paradigma en la gestión de archivos. Disponible en: <http://www.slideshare.net/pacofernandez/jornadas-archivamos-presentation>
- FERNÁNDEZ GIL, Paloma. 1996. Archivos de Oficina: la Teoría Archivística y la Práctica. En: *La organización de documentos en los archivos de oficina: XI Jornadas de Archivos Municipales (Aranjuez, 23-24 Mayo 1996)*. Madrid: Dirección General del Patrimonio Cultural: Ayuntamiento del Real Sitio y Villa de Aranjuez, Archivo Municipal: Grupo de Archiveros Municipales de Madrid, pp. 155-160.
- FRANCO ESPÍÑO, Beatriz; PÉREZ ALCÁZAR, Ricard (coords.), *Modelo de Gestión de Documentos y Administración de Archivos para la Red de Transparencia y Acceso a la Información* [en línea]. RTA, 2014. Disponible en: <http://mgd.redrta.org/>. Con especial atención a G08/O. *Guía de Implementación Operacional: Servicios de Archivo y G08/D03/O. Directrices: Difusión. G08/D01/O. Directrices: Atención a la Administración. G08/D02/O. Directrices: Atención al público.*
- JAÉN, L. F. 2006. *La Difusión de Archivos: estrategias para su proyección*. Convención Internacional de Archivistas. Mar del Plata, Argentina.
- NAVARRO BONILLA, D. 2001. El servicio de referencia archivístico: retos y oportunidades. *Revista española de Documentación Científica*, 24 (2), pp. 178-197. Disponible en: <http://redc.revistas.csic.es/index.php/redc/article/viewFile/49/109>
- SIERRA, L. F. 2011. Difusión en archivos: una visión integradora. En: *Códices* (7), 2. Universidad Lasalle, Colombia. Disponible en: [http://eprints.rclis.org/20000/1/Difusi%C3%B3n%20en%20archivos\\_una%20visi%C3%B3n%20integradora.pdf](http://eprints.rclis.org/20000/1/Difusi%C3%B3n%20en%20archivos_una%20visi%C3%B3n%20integradora.pdf)
- YAKEL, E. 2000. Thinking inside and outside the boxes: archival reference services at the turn of the Century. *Archivaria*, 49, pp. 140-160. Disponible en: <http://journals.sfu.ca/archivar/index.php/archivaria/article/viewFile/12742/13927>

## Recursos

- CHILE. ARCHIVO NACIONAL DE CHILE. Material educativo. Disponible en: [http://www.archivonacional.cl/616/w3-propertyvalue-38641.html?\\_noredirect=1](http://www.archivonacional.cl/616/w3-propertyvalue-38641.html?_noredirect=1)
- COLOMBIA. ARCHIVO NACIONAL DE LA NACIÓN. AGN para niños, niñas y adolescentes. Disponible en: <http://www.archivogeneral.gov.co/Conozcanos/agn-para-ninos>
- ESPAÑA. MINISTERIO DE EDUCACIÓN, CULTURA Y DEPORTE. Exposiciones y visitas virtuales de los Archivos. Disponible en: <http://www.mecd.gob.es/cultura-mecd/areas-cultura/archivos/exposiciones-y-visitas-virtuales.html>
- MÉXICO. ARCHIVO GENERAL DE LA NACIÓN. Actividades de difusión. Disponible en: <http://www.agn.gob.mx/menuprincipal/difusion/difusion.html>

## CAPÍTULO 7. ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA

### Bibliografía

- AUSTRALIA. NATIONAL ARCHIVES OF AUSTRALIA. 2010. *Australian Government Recordkeeping Metadata Standard Implementation Guidelines: Exposure Draft*.
- AUSTRALIA. NATIONAL ARCHIVES OF AUSTRALIA. 2011. *Australian Government Recordkeeping Metadata Standard Implementation Guidelines. Version 2.0*.
- AUSTRALIA. DEPARTMENT OF FINANCE AND ADMINISTRATION. 2006. Australian Government Information Interoperability Framework. Disponible en: [https://www.finance.gov.au/publications/agimo/docs/Information\\_Interoperability\\_Framework.pdf](https://www.finance.gov.au/publications/agimo/docs/Information_Interoperability_Framework.pdf)
- BROWN, A. 2008. *Digital Preservation Guidance Note 2: Selecting Storage Media for Long-Term Preservation*. Londres: The National Archives  
<http://www.nationalarchives.gov.uk/documents/selecting-storage-media.pdf>
- COMISIÓN EUROPEA. 2008. *MoReq2 Specification. Model Requirements for the Management of Electronic Records*.
- COMISIÓN EUROPEA. 2008. *Semantic Interoperability Centre Europe. A Study on Good Practices in Existing Repositories*.
- ESPAÑA. MINISTERIO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS, 2016c. *Esquema de Metadatos para la Gestión del Documento Electrónico (e-EMGDE). Versión 2.0. Documentación complementaria a la Norma Técnica de Política de gestión de documentos electrónicos*. Madrid: 2016. Disponible en: [https://www.administracionelectronica.gob.es/pae/Home/pae\\_Estrategias/Archivo\\_electronico/pae\\_Metadatos.html](https://www.administracionelectronica.gob.es/pae/Home/pae_Estrategias/Archivo_electronico/pae_Metadatos.html)
- FRANCO ESPÍÑO, Beatriz; PÉREZ ALCÁZAR, Ricard (coords.), *Modelo de Gestión de Documentos y Administración de Archivos para la Red de Transparencia y Acceso a la Información* [en línea]. RTA, 2014. Disponible en: <http://mgd.redrta.org/>. Con especial atención a G03/G. *Guía de Implementación Gerencial: Administración electrónica y G03/D01/G. Directrices: Interoperabilidad. G03/D02/G. Directrices: Administración de documentos electrónicos*.
- INTERNATIONAL FEDERATION OF LIBRARY ASSOCIATIONS AND INSTITUTIONS. 2005. Directrices para proyectos de digitalización de colecciones y fondos de dominio público, en particular para aquellos custodiados en bibliotecas y archivos, marzo de 2002. Madrid: Ministerio de Cultura. Disponible en: <https://www.ifla.org/files/assets/preservation-and-conservation/publications/digitization-projects-guidelines-es.pdf>
- INTERNATIONAL STANDARD ORGANIZATION. 2009. *ISO 23081-2:2009. Information and documentation. Records Management process Metadata for records: Part II: Conceptual and implementation issues*.
- INTERNATIONAL STANDARDS ORGANIZATION. *ISO/TR 18492:2005. Long-Term Preservation of Electronic Document-Based Information*.
- INTERNATIONAL STANDARDS ORGANIZATION. 2009. *ISO/TR 15801:2009. Document management -- Information stored electronically -- Recommendations for trustworthiness and reliability*.
- INTERNATIONAL STANDARDS ORGANIZATION. 2010a. *ISO 16175-1:2010. Principles and functional requirements for records in electronic office environments. Part 1: Overview and statement of principles*.
- INTERNATIONAL STANDARDS ORGANIZATION. 2010b. *ISO 16175-2:2010. Principles and functional requirements for records in electronic office environments. Part 2: Guidelines and functional requirements for digital records management systems*.
- INTERNATIONAL STANDARDS ORGANIZATION. 2010c. *ISO 16175-3:2010. Principles and functional requirements for records in electronic office environments. Part 3: Guidelines and functional requirements for records in business systems*.

- INTERNATIONAL STANDARD ORGANIZATION. 2011a. *ISO 30300:2011. Information and Documentation. Management system for records. Fundamentals and vocabulary.*
- INTERNATIONAL STANDARD ORGANIZATION. 2011b. *ISO 30301:2011. Information and Documentation. Management system for records. Requirements.*
- INTERNATIONAL STANDARD ORGANIZATION. 2011c. *ISO 23081-3:2011. Information and documentation. Records Management process Metadata for records: Part III: Self-assessment method.*
- INTERNATIONAL STANDARD ORGANIZATION. 2016. *ISO 15489-1:2016. Information and documentation. Records management. Part I: Concepts and principles.*
- INTERNATIONAL STANDARD ORGANIZATION. 2017. *ISO 23081-1:2017. Information and documentation. Records Management processes. Metadata for records: Part I: Principles.*
- JIMÉNEZ GÓMEZ, C. E. 2012. *Elementos relevantes en la transposición e implantación de los marcos nacionales de interoperabilidad.* XVII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Cartagena, Colombia, 30 oct. - 2 nov. 2012. Disponible en: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2311879](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2311879)

### Recursos

- AUSTRALIA. DEPARTMENT OF FINANCE. Australian Government Information Interoperability Framework. Disponible en: <http://www.finance.gov.au/policy-guides-procurement/interoperability-frameworks/information-interoperability-framework/>
- AUSTRALIA. The Australian Government Information Management Office Archive. Digitisation of Records: Better Practice Checklist. Disponible en: <http://www.finance.gov.au/agimo-archive/better-practice-checklists/digitisation.html>
- BRASIL. CONSELHO SUPERIOR DA JUSTIÇA DO TRABALHO. 2012. Sustentabilidad. Justicia de trabajo. Disponible en: [http://www.tst.jus.br/documents/1692526/0/Cat%C3%A1logo\\_Ingl%C3%AAs\\_Espanhol\\_web.pdf](http://www.tst.jus.br/documents/1692526/0/Cat%C3%A1logo_Ingl%C3%AAs_Espanhol_web.pdf)
- CANADÁ. THE UNIVERSITY OF BRITISH COLUMBIA. InterPARES Project. International Research on Permanent Authentic Records in Electronic Systems. Disponible en: <http://www.interpares.org/welcome.cfm>
- COMISIÓN EUROPEA. ISA. Interoperability Solutions for European Administrations. Disponible en: [https://ec.europa.eu/isa2/home\\_en](https://ec.europa.eu/isa2/home_en)
- COMISIÓN EUROPEA. CEF Building Blocks for a Digital Connected Europe. Disponible en: <https://ec.europa.eu/cefdigital/wiki/display/CEFDIGITAL/About+CEF+building+blocks>
- COMISIÓN EUROPEA. General Model of Electronic Archiving. Disponible en: <http://kc.dlmforum.eu/gm3>
- NUEVA ZELANDA. ARCHIVES NEW ZEALAND. Digitisation guidance - what's current and what's happening?. Disponible en: <https://records.archives.govt.nz/toolkit-blog/digitisation-guidance-whats-happening/>
- PREMIS. Preservation Metadata Maintenance Activity. Disponible en: <http://www.loc.gov/standards/premis/>
- REINO UNIDO. Digital Preservation Coalition. Disponible en: <https://dpconline.org/>
- UNIÓN EUROPEA. ePractice.eu. Observatorio Europeo de la Administración Electrónica. Disponible en: <http://www.epractice.eu/en/home/>
- UNIÓN EUROPEA. Portal Europeo de Justicia. Disponible en: <https://e-justice.europa.eu/home.do?action=home&plang=es>

## CAPÍTULO 8. PERFILES Y CAPACITACIÓN DEL PERSONAL CON RELACIÓN A LA GESTIÓN DE DOCUMENTOS

### Bibliografía

- ALBERCH, R.; COROMINAS, C.; MARTÍNEZ, M. C. 1997. El personal de los Archivos. *Función archivística y su plantilla. Lligall. Revista catalana d'arxivística*, 11, p. 221-252

Disponible en:

<https://www.um.es/adegap/docsinfo/archivistica.pdf>

- ESPAÑA. MINISTERIO DE HACIENDA Y FUNCIÓN PÚBLICA, 2016a. *Política de gestión de documentos electrónicos. Guía de aplicación de la Norma Técnica de Interoperabilidad*. 2ª edición. Madrid: 2016. Disponible en:

[http://www.administracionelectronica.gob.es/pae\\_Home/pae\\_Estrategias/pae\\_Interoperabilidad\\_Inicio/pae\\_Normas\\_tecnicas\\_de\\_interoperabilidad.html#POLITICAGESTION](http://www.administracionelectronica.gob.es/pae_Home/pae_Estrategias/pae_Interoperabilidad_Inicio/pae_Normas_tecnicas_de_interoperabilidad.html#POLITICAGESTION)

- INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION. 2010. ISO/TC46/SC11, *Preservación de documentos digitales. Guía "Cómo empezar"*. Disponible en: <https://committee.iso.org/sites/tc46sc11/home/projects/published/digital-records-processes-and-se.html>

- INTERNATIONAL STANDARD ORGANIZATION. 2011a. *ISO 30300:2011. Information and Documentation. Management system for records. Fundamentals and vocabulary*.

- INTERNATIONAL STANDARD ORGANIZATION. 2011b. *ISO 30301:2011. Information and Documentation. Management system for records. Requirements*.

- INTERNATIONAL STANDARD ORGANIZATION. 2016. *ISO 15489-1:2016. Information and documentation. Records management. Part I: Concepts and principles*.

- LLANSÓ, J.; COSTANILLA, L.; GARCÍA, O.; ZABALZA, I. 2013. *Buenas prácticas en gestión de documentos y archivos. Manual de normas y procedimientos archivísticos de la Universidad Pública de Navarra*. Pamplona: Servicio de Publicaciones.

- MÉXICO. INSTITUTO NACIONAL DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES. Lineamientos generales para la organización y conservación de los archivos de la Administración Pública General. <http://cevi fai privada.ifai.org.mx/swf/cursos/archivos/introduccion.html>

Elaborado bajo la dirección del Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos, OEA. Consultores:

Beatriz Franco Espiño, Jefa del Servicio de Valoración y Tratamiento Documental. Subdirección General de los Archivos Estatales. Ministerio de Educación, Cultura y Deporte de España.

Ricard Pérez Alcázar, Jefe de Departamento del Área de Programación y Coordinación Archivística. Subdirección General de los Archivos Estatales. Ministerio de Educación, Cultura y Deporte de España.

\* \* \*



## **CAPÍTULO III**



**ACTIVIDADES REALIZADAS POR EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO  
DURANTE EL AÑO 2020-**

**A. Participación de los Presidentes del Comité Jurídico Interamericano ante Asamblea General de la OEA y la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos**

Documentos

CJI/doc. 612/20 Informe de la doctora Ruth Correa Palacio, Presidenta del Comité Jurídico Interamericano ante la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos – CAJP (Sesión virtual, 14 de mayo de 2020)

CP/CAJP/INF. 774/20

Presentación del Informe Anual del Comité Jurídico Interamericano por parte de su Presidenta, doctora Ruth Correa Palacio ante la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos  
(Documento elaborado por el Departamento de Derecho Internacional)

CJI/doc. 626/20 Informe del Presidente del Comité Jurídico Interamericano ante la Quincuagésima Sesión de la Asamblea General de la OEA (Sesión virtual, 21 de octubre de 2020)

(presentado por el doctor Luis García-Corrochano Moyano)

\* \* \*

Con fecha 14 de mayo de 2020, la Presidenta del Comité, doctora Ruth Stella Correa Palacio, realizó una presentación del Informe Anual del Comité – 2019 ante la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos (CAJP) del Consejo Permanente de la OEA, la cual tuvo lugar de manera virtual el 14 de mayo de 2020 (documento CJI/doc. 612/20), ocasión en que pudo dar a conocer la adopción por parte del Comité de la Propuesta de Ley Modelo Interamericana 2.0 sobre Acceso a la Información Pública. También se refirió a los desarrollos de la página *web* del Comité accesibles al público, tal como, los recientes informes del Comité, así como los cursos de derecho internacional desde 1974 hasta el presente.

Explicó haber solicitado un aumento del presupuesto para el Comité con el objeto de recuperar el cargo de Secretario permanente en la ciudad de Rio de Janeiro. El intercambio con los delegados de las Misiones Permanentes ha sido registrado en un documento elaborado por el Departamento de Derecho Internacional (CP/CAJP/INF. 774/20).

Con fecha 21 de octubre de 2020, el nuevo Presidente del Comité, doctor Luis García-Corrochano Moyano, presentó el Informe Anual ante la Asamblea General - 2019, reunida de manera virtual. En dicha ocasión el Presidente hizo hincapié en los instrumentos adoptados por el Comité en los dos últimos años, tales como la “Guía sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales en las Américas”, la “Propuesta de Ley Modelo 2.0 sobre Acceso a la Información Pública”, que responde a un mandato de la Asamblea General de la OEA; las “Directrices para los Acuerdos Vinculantes y No Vinculantes”; y el informe sobre el “Derecho Internacional y Operaciones Cibernéticas del Estado”.

A continuación, se incluyen las presentaciones en cada instancia, junto a la síntesis de la sesión en el seno de la CAJP:

**CJI/doc. 612/20**

**INFORME DE LA DOCTORA RUTH STELLA CORREA PALACIO,  
PRESIDENTA DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO ANTE LA  
COMISIÓN DE ASUNTOS JURÍDICOS Y POLÍTICOS – (CAJP)  
(14 de mayo 2020)**

Su Excelencia, Sr Embajador Carlos Alberto Játiva; señoras y señores miembros de la CAJP, quiero manifestarle en nombre del Comité Jurídico Interamericano (CJI) nuestro agradecimiento por brindarnos este espacio, que nos permite, desde la distancia, presentar el informe anual de las acciones realizadas por el CJI en el año 2019. Dichas acciones también están detalladas en el informe anual, distribuido por el Consejo Permanente como documento CP/doc. 5600/20, y el mismo se encuentra igualmente en la página web del Comité.

El CJI es uno de los órganos principales por medio de los cuales la OEA realiza sus fines; sirve de cuerpo consultivo de la Organización en asuntos jurídicos; promueve el desarrollo progresivo y la codificación del Derecho Internacional; y estudia los problemas jurídicos referentes a la integración y armonización de las legislaciones nacionales.

### **Mandatos y sesiones de trabajo**

En el año 2019, el CJI celebró dos períodos ordinarios de sesiones en su sede en la ciudad de Rio de Janeiro, Brasil, del 18 al 22 de febrero y del 31 de julio al 9 de agosto.

En estos últimos meses el CJI adoptó dos instrumentos de relevancia internacional: una Guía sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales en las Américas y una propuesta de ley modelo 2.0 sobre acceso a la información pública.

La “Guía sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales en las Américas” busca contribuir a la armonización del derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales en la región, y para ello propone recomendaciones particulares a los diferentes actores a nivel interno, legisladores, órganos jurisdiccionales y partes en un contrato, las cuales se pueden aplicar independientemente del régimen jurídico que prevalezca en cada uno de nuestros países. La Guía del CJI retoma conceptos contenidos en la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (“Convención de México” de 1994), así como los subsecuentes desarrollos en la materia recogidos principalmente en los Principios del Derecho Aplicable en Materia de Contratos Comerciales Internacionales adoptados en 2015, por la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado.

Desde su adopción, la Guía ha sido objeto de una amplia difusión entre expertos, académicos y organizaciones internacionales quienes la han acogido expresamente de manera positiva y han reconocido la importante contribución que puede tener no sólo en la región sino a nivel mundial. Sin duda alguna esto refuerza la relevancia del papel de la OEA para el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional. Tanto el doctor José Moreno, quien fue relator del tema, como el Departamento de Derecho Internacional, en su calidad de Secretaría Técnica del CJI, han hecho esfuerzos por difundir la Guía, a través de presentaciones, sólo por mencionar algunas, ante la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado y las Misiones Permanente ante la OEA, en la sede de la Organización. Esta última sesión informativa tuvo lugar en enero del presente año.

Sea la oportunidad para hacer un llamado a los Estados Miembros a través de ustedes, con la comedida petición de que difundan la Guía lo más ampliamente entre sus autoridades y actores relevantes, para que el trabajo del CJI logre su propósito de contribuir al fortalecimiento del desarrollo económico en la región, aspecto en el que resulta estructural la claridad en el tratamiento del régimen aplicable en los contratos internacionales.

También durante nuestro período de sesiones de marzo de 2020, el CJI aprobó una “Propuesta de Ley Modelo 2.0 sobre Acceso a la Información Pública”, en respuesta a un mandato de la Asamblea General de la OEA. Este documento es el fruto de una amplia consulta realizada por el Departamento de Derecho Internacional con los órganos garantes de la región en esta materia, legisladores, poderes judiciales, sociedad civil, académicos y otros actores sociales que trabajan en el tema. No voy a detenerme en los detalles de este proceso que el doctor Dante Negro, Director del Departamento de Derecho Internacional ya expuso ante esta Comisión el pasado 23 de abril, pero quiero resaltar algunos aspectos sustantivos

La propuesta de Ley Modelo 2.0 concibe el acceso a la información pública como una herramienta que incrementa los niveles de transparencia en la gestión pública; permite una efectiva lucha contra la corrupción; promueve la competencia abierta, las inversiones y el crecimiento económico; empodera a diversos sectores de la población, incluidos aquellos que están en situación de

vulnerabilidad; y es un componente fundamental del ejercicio de la democracia. Es una herramienta que además contribuye, en la forma en que ha sido diseñada, a la transversalización de la perspectiva de género.

Ya hemos hecho llegar esta propuesta al Consejo Permanente para que sea remitida a la Asamblea General tal como lo solicita la resolución aprobada por dicho órgano el año pasado. Su aprobación marcaría una nueva etapa en la consolidación del acceso a la información pública en el hemisferio, a diez años de la adopción de la primera ley modelo, que tuvo un gran impacto en la reforma y modernización de tantos países en la región. Este es un tema cuyo desarrollo debe enorgullecer a la Organización pues diversos foros mundiales han subrayado la contribución de nuestro hemisferio en esta área, con experiencias y buenas prácticas que se han estado repitiendo en otras latitudes. La adopción de esta propuesta de Ley Modelo no sólo mantendrá a la OEA a la vanguardia de esta temática, sino que colmará las expectativas de innumerables actores en la región que están a la espera de este nuevo instrumento de soft law como marco de referencia para sus trabajos, en particular, los diversos Órganos Garantes del hemisferio.

En relación con la agenda actual del CJI es importante anotar que está constituida de doce temas. Tres de ellos corresponden a mandatos recibidos de la Asamblea General, a saber: “Recibos electrónicos para productos agrícolas”, “Protección de datos personales”, y “Uso de fuegos artificiales, sea para uso personal o en espectáculos pirotécnicos masivos”. Por otra parte, cuatro temas fueron incluidos por iniciativa propia en el curso del año 2019: “Lineamientos para un desarrollo normativo ulterior del asilo diplomático”; “Fraude electoral como ilícito internacional del sistema interamericano”; “Derecho internacional consuetudinario particular en el contexto del Continente americano”; y “Aspectos jurídicos de la deuda externa de los Estados”. Asimismo, el Comité mantiene en su agenda el tratamiento de los siguientes cinco temas: “Aplicación del principio de convencionalidad”; “Acuerdos vinculantes y no vinculantes”; “Eficacia de las decisiones judiciales extranjeras a la luz de la Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros”; “Ciberseguridad (seguridad cibernética)”, e “Interferencia extranjera en el proceso electoral de un Estado: una amenaza a la democracia y la soberanía de los Estados, respuestas del Derecho Internacional”.

Igualmente es oportuno hacer un respetuoso llamado a los Estados que aún no han respondido a las consultas que hemos realizado en los temas de “acuerdos vinculantes y no vinculantes” y de “ciberseguridad”, para que nos envíen sus contribuciones y aportes en ambos temas, lo cual permitirá que los informes que realice el CJI en estas materias tan importantes, reflejen la mayor cantidad de puntos de vista en la región.

Aprovecho esta presentación para invitarlos a consultar los desarrollos de nuestros trabajos en la página web del CJI. Con el apoyo del Departamento de Derecho Internacional se ha reorganizado la información para su mejor comprensión y es posible consultar los informes que hacen parte de la agenda actual del CJI así como los trabajos culminados recientemente. De igual manera, se puede acceder a todos los informes anuales a partir de 1994 hasta el presente. En la misma línea se ha incluido la publicación de todos los Cursos de Derecho Internacional desde sus inicios. Con ello esperamos poder dar a conocer mejor la obra del Comité, la cual es constantemente consultada. Sólo en 2019, se descargaron de dicha página 13,718 documentos en español y 3,378 documentos en inglés.

### **Temas Varios**

Como en años anteriores, el CJI celebró su tradicional Curso de Derecho Internacional, con el apoyo del Departamento de Derecho Internacional, en Rio de Janeiro, Brasil, entre el 22 de julio y el 9 de agosto de 2019. Se contó con la presencia de 43 alumnos provenientes de 14 países del hemisferio, quienes financiaron su participación, puesto que una vez más el Curso no contó con el financiamiento que permitiera conceder las becas respectivas. Cabe remarcar que el evento se celebró en las instalaciones de la Facultad de Derecho de la *Universidade Federal do Rio de Janeiro* gracias al apoyo del Núcleo Interamericano de Derechos Humanos (NIDH) de dicha Universidad.

Durante el 2019 el CJI recibió a representantes de diversas instituciones que solicitaron reunirse con nosotros. Ello demuestra el enorme interés que ha despertado el trabajo del CJI en organismos tan relevantes como el Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), y la Comisión de Derecho Internacional de la Unión Africana. Ambas instituciones propusieron temas específicos de trabajo conjunto para un futuro inmediato. El CJI también recibió la visita del Secretario General de la

Organización, Sr. Luis Almagro, quien sostuvo un conversatorio con los miembros del CJI en torno a la agenda jurídica de la Organización.

Señor Presidente, quiero reiterar la disponibilidad del CJI de continuar dando respuesta a los mandatos de los órganos políticos de la Organización de manera seria, rigurosa y expedita con productos jurídicos de alta relevancia para la región. Esto requiere sin embargo de varias condiciones mínimas, entre ellas, mantener por lo menos el presupuesto actual del CJI que permita a este Órgano seguir sesionando cada año, como mínimo una semana en el primer semestre y diez días en el segundo semestre. Igualmente necesitamos fortalecer nuestra Secretaría Técnica. Quiero dejar constancia de la incansable contribución del Departamento de Derecho Internacional a los trabajos del CJI, la cual realiza además y sin perjuicio de sus múltiples obligaciones en la sede de la OEA. Desde hace tiempo venimos solicitando que se restablezca la posición de Secretario del CJI, lo que permitirá no sólo que el CJI deje de ser el único órgano del sistema que no cuenta con un cargo de esta naturaleza sino que permitirá al Departamento de Derecho Internacional contar con un abogado más que colabore en el apoyo permanente que presta a las labores del CJI.

Señor Presidente, señores delegados, gracias por la oportunidad que me brindan de dirigirme a ustedes en mi calidad de presidenta del CJI. Pongo como siempre a disposición de los Estados Miembros de la OEA los trabajos y el esfuerzo de este Órgano y de su Secretaría Técnica.

Muchas gracias.

\* \* \*

#### CP/CAJP/INF. 774/20

### PRESENTACIÓN DEL INFORME ANUAL DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO POR PARTE DE SU PRESIDENTA, DOCTORA RUTH CORREA PALACIO ANTE LA COMISIÓN DE ASUNTOS JURÍDICOS Y POLÍTICOS

(Documento elaborado por el Departamento de Derecho Internacional)

#### **I. Introducción**

El jueves 14 de mayo de 2020, la Presidenta del Comité Jurídico Interamericano, doctora Ruth Correa Palacio, presentó, desde Bogotá, Colombia, el Informe Anual de las actividades del Comité Jurídico Interamericano durante el año 2019, ante la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos que celebró una sesión virtual debido a la pandemia del Coronavirus.

Su exposición verbal es una síntesis del Informe anual publicado como documento CP/doc. 5600/20, que puede ser consultado en [http://www.oas.org/es/sla/cji/informes\\_anuales.asp](http://www.oas.org/es/sla/cji/informes_anuales.asp) en español, y en [http://www.oas.org/en/sla/iajc/annual\\_reports.asp](http://www.oas.org/en/sla/iajc/annual_reports.asp) en inglés.

La sesión fue presidida por el Embajador Carlos Alberto Játiva, Representante Permanente de Ecuador ante la OEA y estuvieron presente vía *streaming* representantes de las siguientes veinte y tres Misiones Permanentes ante la OEA: Antigua y Barbuda, Argentina, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, Guyana, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Santa Lucía, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.

#### **II. Presentación de la doctora Ruth Correa Palacio**

La Presidenta del Comité en un primer momento dio a conocer los dos instrumentos jurídicos adoptados por el CJI en el último año, una Guía sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales en las Américas y una propuesta de Ley Modelo 2.0 sobre acceso a la información pública, esta última elaborada en función de un mandato de la Asamblea General.

Explicó que la Guía, adoptada en marzo de 2019, propone recomendaciones destinadas a promover la armonización jurídica en materia de contratos comerciales a la luz de los avances que ha tenido esta área desde la adopción de la Convención de México en 1994, y cuya redacción permite su aplicación en todos los Estados de la OEA, independientemente del régimen jurídico. También reveló los esfuerzos de promoción del Comité Jurídico y de su Secretaría Técnica, el Departamento de

Derecho Internacional, así como el reconocimiento acordado a la Guía por prestigiosas instituciones especializadas en contratos internacionales.

Acto seguido, destacó los beneficios de la “Propuesta de Ley Modelo 2.0 sobre Acceso a la Información Pública”, adoptada en marzo del presente año, que surge de la experiencia y las buenas prácticas de los Estados y pretende, entre otros, brindar una mayor protección a la población en general, transparentar la gestión pública, promover las inversiones, y servir de guía a los órganos garantes del derecho de acceso a la información de nuestro hemisferio, pudiendo contribuir a la lucha contra la corrupción y al mejor ejercicio de la democracia. La Presidenta del Comité aclaró que la Propuesta es el fruto del trabajo de actualización realizado por el Departamento de Derecho Internacional y que había sido enviada al Consejo Permanente para su consideración y aprobación por la Asamblea.

En relación a la agenda actual del CJI, la doctora Correa presentó a grandes rasgos los doce temas que conforman dicha agenda, y advirtió que tres de ellos provienen de la Asamblea General: Recibos electrónicos para productos agrícolas”, “Protección de datos personales”, y “Uso de fuegos artificiales, sea para uso personal o en espectáculos pirotécnicos masivos”. En la oportunidad, invitó muy respetuosamente a los Estados a responder a los cuestionarios y consultas realizadas por el Comité en el ámbito de los “acuerdos vinculantes y no vinculantes” y en el de “ciberseguridad” para tener en consideración la opinión del mayor número de Estados en cada caso.

Acto seguido, la Presidenta del Comité se refirió a los esfuerzos de promoción de los trabajos del Comité en la página *web* desarrollados con el apoyo del Departamento de Derecho Internacional que han permitido poner en línea los trabajos del Comité, tales como los informes anuales e incluso los desarrollos de las relatorías en curso abiertas al público así como todos los Cursos de Derecho Internacional, identificó a modo de ejemplo que en el último año casi 14000 documentos en español fueron descargados de dicha página *web*.

Respecto al Curso anual de Derecho Internacional observó que por segundo año consecutivo el Comité no obtuvo el financiamiento que permitía en el pasado la presencia de becarios, y por ende los estudiantes tuvieron que financiar su presencia y participación al mismo. El evento se celebró en la Facultad de Derecho de la *Universidade Federal do Rio de Janeiro* y contó con 43 alumnos provenientes de 14 países del hemisferio.

En relación al presupuesto del Comité la Presidenta manifestó su preocupación sobre la ausencia del cargo de secretario en dicho órgano y solicitó atentamente mantener los montos acordados en el presente año, los cuales permiten las condiciones mínimas para la celebración de dos sesiones anuales.

Al culminar su presentación, la Presidenta del Comité reiteró la intención de seguir sirviendo el mejor interés de los Estados con aportes relevantes para la región en concordancia con la agenda jurídica de la OEA. Al constatar la positiva valoración de expertos a los dos instrumentos no vinculantes que el Comité pone a la disposición de los Estados y el interés de representantes de organismos internacionales especializados en derecho internacional en los trabajos del Comité, la doctora Correa manifestó la voluntad de los miembros del Comité a continuar contribuyendo al desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional.

### **III. Consideración al informe anual del Comité Jurídico Interamericano a la luz de la presentación de la doctora Ruth Correa Palacio**

El Presidente de la CAJP le agradeció a la doctora Ruth Correa por su presentación y la asistencia del Departamento de Derecho Internacional en su calidad de Secretaria Técnica del Comité. Dicho reconocimiento a la Presidenta del Comité fue manifestado por todas las delegaciones que tomaron el uso de la palabra durante dicha sesión.

La delegación de Ecuador afirmó la importancia de los temas en la agenda del CJI tanto para la región como para su país. Explicó que su país había respondido a los dos cuestionarios del Comité, tanto al relativo a los “Acuerdos vinculantes y no vinculantes” como al de “ciberseguridad” e incluso había presentado comentarios respecto a cuatro temas que fueran objeto del informe del Comité en el 2019: protección de datos personales, acceso a la información pública, control de la convencionalidad y ciberseguridad (tema en el que se ha solicitado una reunión con el relator para facilitar la identificación de normas y la eventual elaboración de un “concepto nacional”). En relación a la

Propuesta de Ley Modelo 2.0 sobre acceso a la información pública dijo estar a la espera de la decisión del Consejo Permanente. Al terminar su exposición encomió las contribuciones al Comité en su calidad de miembro de dicho órgano del Dr. Salvador Crespo, actual Procurador General de Ecuador.

La delegación de México tomó nota del informe del Comité y constató el dinamismo de su agenda a pesar de los límites presupuestarios. La Embajadora de México ante la OEA elogió al Comité y a su Presidenta por su elección, siendo la primera mujer que preside dicho órgano, lo cual se inscribe en la línea de la política feminista del Ministerio de Relaciones Exteriores de su país, e impulsó a los Estados a contribuir a la igualdad sustantiva en ocasión de la sumisión de las candidaturas para las próximas elecciones en el seno del Comité. Instó, además, a fortalecer el presupuesto del Comité de manera prioritaria en concordancia con el nivel de responsabilidades que le compete al órgano encargado del desarrollo progresivo y de la codificación en el sistema. Entre los temas de la agenda del Comité, destacó la iniciativa de trabajar en el asilo diplomático y la visión actualizada del planteamiento en materia de control de convencionalidad. Finalmente, celebró la dimensión práctica y la contribución a la protección de las libertades de los ciudadanos por parte de la Propuesta de Ley Modelo 2.0 sobre acceso a la información pública, la cual amerita el apoyo de la Organización. Culminó instando a garantizar la autonomía técnica e imparcialidad del Comité por medio del respeto de su integridad presupuestal.

La delegación de Chile saludó a la Presidenta del Comité y le agradeció por su dedicado trabajo. El Embajador de Chile ante la OEA indicó que el informe contribuye un valioso aporte para los Estados, identifica elementos que deben ser considerados junto con proveer alternativas frente a los desafíos actuales en el ámbito del derecho internacional. Entre los logros, constató que la Guía de contratos comerciales internacionales estimula la integración económica y participa en la armonización de las normas, mientras que la Propuesta de Ley Modelo 2.0 sobre Acceso a la Información Pública tiene una relevancia significativa en los tiempos en que vivimos. Manifestó que hará llegar observaciones de su delegación en relación a los “acuerdos vinculantes y no vinculantes” y la “protección de datos personales”. Finalmente, se refirió al mandato de la Asamblea General que solicita al Comité la elaboración de una ley modelo sobre el “Uso de fuegos artificiales, sea para uso personal o en espectáculos pirotécnicos masivos” que corresponde originalmente a una iniciativa de Chile, a la luz de la positiva experiencia de la normativa en su país que prohíbe la venta y el uso de fuegos artificiales y fija una regulación para espectáculos pirotécnicos en función de niveles de seguridad. En el desarrollo del tema, cuyo objeto principal es proteger la niñez, sugirió al Comité la realización de un estudio comparado que implique el envío de un cuestionario a fin de facilitar el mejor conocimiento de la situación en los Estados de la Organización.

La delegación de Estados Unidos agradeció a la Presidenta por su liderazgo frente a la laboriosa producción del Comité en el último año. Indicó que su país sigue de cerca los desarrollos del Comité, y presentará comentarios sobre cada tema en la agenda del Comité a medida que progresen. Extendió palabras de felicitaciones al Comité por el informe sobre contratos comerciales internacionales. En relación al desarrollo en materia de acuerdos vinculantes y no vinculantes solicitó un tiempo adicional, superior a los dos meses propuestos, para presentar comentarios que permitan una revisión concienzuda del trabajo del relator cuenta tenida la envergadura del trabajo y los atrasos que ha ocasionado el Coronavirus en las Cancillerías, ello independientemente del mandato del relator actual que llega a su fin. En cuanto al tema del acceso a la información pública, señaló que la delegación de Estados Unidos remitirá comentarios con sus respectivas preocupaciones, tales como por ejemplo en lo relativo aspectos prácticos de su implementación que podría sobrecargar los sistemas y ser contraproducente a la transparencia que se busca obtener. En este contexto, la delegación de Estados Unidos manifestó su intención de solicitar ante el Consejo Permanente que dicho instrumento sea discutido en el seno de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, y que se permita incluso formular enmiendas al documento adoptado por el Comité Jurídico Interamericano, previo a su remisión a la Asamblea General. En el tema de la ciberseguridad se instó al Comité a mantener el objeto original de identificar las posiciones de un mayor número de Estados, dando la oportunidad a quienes no han respondido al cuestionario con el fin de promover la transparencia y no expandir este proyecto fuera de la región o intentar sintetizar las posiciones de los Estados mientras no se cuente con las respuestas de otros Estados Miembros. Cabe hacer notar que la identificación de los desafíos en la capacidades legales y técnicas fueron apreciadas.

En otro orden de ideas, recordó que existen tres vacantes para el presente año en el Comité, una de ellas corresponde al espacio que dejará la partida del Profesor Duncan Hollis de Estados Unidos quien a pesar de contar con el apoyo de su país se retirará al finalizar su mandato. En este sentido, declaró la intención de su país de presentar la candidatura de un experto calificado. Finalmente, manifestó su aprecio por el dialogo que el Comité ha llevado adelante con los consultores jurídicos haciendo votos para que dicho encuentro sea realizado en el presente año de manera virtual o en persona.

La delegación de Costa Rica resaltó el tema de la paridad en la composición de los órganos y actividades de la OEA, y felicitó la presencia de la doctora Correa resaltando que es la primera presidenta en la historia del Comité. Asimismo, requirió de los Estados respetar la paridad en la nominación y elección de los futuros miembros del Comité. Entre los temas estudiados por el Comité, indicó el interés de su país en reforzar capacidades frente a la implementación de operaciones cibernéticas, así como iniciativas tendientes a elaborar normas internas para hacer frente a las amenazas cibernéticas. En el contexto actual que impone el Coronavirus exhortó al Comité a prestar asistencia en función de las contribuciones que el derecho internacional público como privado ha realizado a la humanidad.

La delegación de Colombia transmitió sus felicitaciones al Comité, y tomó nota de los instrumentos adoptados en el último año, tales como la “Guía sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales en las Américas” y la “Propuesta de Ley Modelo 2.0 sobre acceso a la información pública”, además de distinguir los avances de los trabajos en la agenda actual, tales como “acuerdos vinculantes y no vinculantes” así como la “seguridad cibernética”. Resaltó la labor de la Presidenta del Comité, la doctora Ruth Correa, y su trayectoria en su país como en el ámbito internacional. Señaló los aportes históricos del Comité y la transcendencia que este órgano y otras instituciones especializadas en el derecho internacional pueden tener para responder a la crisis que aflige al mundo en la actualidad. En este sentido, hizo un llamado para que la labor del CJI siga siendo respaldada política como financieramente, además de identificar temas que se basen en su tradición histórica y fortalezcan el estado de derecho en el hemisferio.

La delegación de Brasil felicitó el trabajo del Comité además de manifestar el honor de ser la sede del Comité Jurídico Interamericano en Rio de Janeiro. Remarcó la importancia del trabajo desarrollado históricamente, realizando la adopción de la “Guía sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales en las Américas”. Invitó a los Estados a fortalecer el presupuesto del Comité en función de sus importantes logros.

La delegación de República Dominicana reconoció el trabajo del Comité resaltando la importancia de la elaboración de la “Guía sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales en las Américas”. Respeto de los desarrollos actuales de interés para su delegación saludó los avances en el ámbito de la “seguridad cibernética” y de la “protección de datos personales”. Culminó felicitando el Comité por la utilidad que resulta la inclusión del tema “fraude electoral como ilícito del sistema interamericano”.

El Embajador Carlos Alberto Játiva a título de Presidente de la CAJP, tomó nota de la presentación del Informe Anual 2019 del Comité Jurídico Interamericano a cargo de su Presidenta, así como de los comentarios expresados por las Delegaciones, informando que estos serán transmitidos al Consejo Permanente para que se eleven a la consideración de la Asamblea General en el 50º período ordinario de sesiones. Propuso otorgarles la más amplia difusión a los recientes trabajos adoptados por el Comité, la Guía sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales en las Américas y la Propuesta de Ley Modelo Interamericana 2.0 sobre acceso a la información pública. En este último caso sugirió llamar la atención del Consejo Permanente para facilitar su adopción en el próximo período ordinario de sesiones de la Asamblea General. Alentó a los Estados a responder a las consultas del Comité en relación a “acuerdos vinculantes y no vinculantes” y de “ciberseguridad”. Finalmente, se comprometió a remitir a la Comisión de Asuntos Administrativos y Presupuestarios una nota junto al informe de la Presidenta del Comité Jurídico Interamericano, para que dicha Comisión tenga debidamente en cuenta la solicitud que este Órgano realiza con relación a la reinstauración permanente del cargo de Secretario del Comité Jurídico Interamericano.

**CJI/doc. 626/20****INFORME DEL PRESIDENTE DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO  
ANTE LA ASAMBLEA GENERAL DE LA OEA  
(Sesión virtual, 21 de octubre de 2020)**

(presentado por el doctor Luis García Corrochano Moyano)

Señor Presidente, Ministro Darren A. Henfield, quiero empezar agradeciendo la posibilidad de realizar desde mi país vía virtual, una breve presentación del Informe Anual del Comité Jurídico Interamericano correspondiente a sus actividades en 2019 e incluir algunos desarrollos realizados también este año.

En el curso del año 2019, el CJI celebró dos períodos ordinarios de sesiones en su sede, la ciudad de Río de Janeiro, Brasil, en los meses de febrero y julio-agosto.

**El trabajo de codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional del CJI**

En el 2019, el CJI adoptó un instrumento de relevancia en el ámbito del derecho internacional privado: la “Guía sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales en las Américas”. Esta Guía propone recomendaciones a los diferentes actores a nivel interno, legisladores, órganos jurisdiccionales y partes en un contrato, con el propósito de lograr la armonización regional en la materia ya que las propuestas se pueden aplicar independientemente del régimen jurídico adoptado en cada uno de nuestros países. La Guía del CJI retoma conceptos contenidos en la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales de 1994, así como los subsecuentes desarrollos en la materia como por ejemplo los Principios elaborados por la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado en 2015. Desde su adopción, la Guía ha sido objeto de una amplia difusión entre expertos, académicos y organizaciones internacionales quienes la han acogido de manera positiva y han reconocido la importante contribución que puede tener no sólo en la región sino a nivel mundial. Actualmente, la Guía se encuentra disponible la página web del CJI en inglés, portugués y español.

Asimismo, en marzo de 2020, el CJI aprobó una “Propuesta de Ley Modelo 2.0 sobre Acceso a la Información Pública”, en respuesta a un mandato de la Asamblea General de la OEA. Esta propuesta de ley modelo concibe el acceso a la información pública como una herramienta tendiente a aumentar los niveles de transparencia en la gestión pública; combatir la corrupción; promover la competencia abierta, las inversiones y el crecimiento económico; empoderar a diversos sectores de la población, incluidos aquellos que están en situación de vulnerabilidad; siendo al mismo tiempo un componente fundamental del ejercicio de la democracia. La propuesta de Ley Modelo es uno de los primeros instrumentos internacionales que incorporó la perspectiva de género desde su diseño.

No quiero pasar por alto el manifestar que los dos instrumentos antes referidos tienen capital importancia en la época de pandemia que estamos viviendo. La Guía sobre Contratos Internacionales puede orientar a los usuarios en aquellas situaciones en que la contratación internacional se ha visto interrumpida a causa del Covid-19 con las implicancias económicas que ello representa. La propuesta de Ley Modelo sobre Acceso a la Información Pública por su parte incluye parámetros importantes y actualizados que facilitarán la transparencia y la confianza en las decisiones de emergencia que se adopten para combatir este flagelo.

Asimismo, quiero dejar constancia de dos documentos adoptados recientemente por el CJI en su sesión de agosto pasado. En dicha ocasión el CJI aprobó unas “Directrices para los Acuerdos Vinculantes y No Vinculantes” que ofrecen un conjunto concreto y detallado de definiciones, puntos de entendimiento y prácticas óptimas para el uso de los Estados en la negociación, adopción o aplicación de diferentes tipos de acuerdos internacionales y en su interacción con los diversos actores que se encargan de ello (Estados, entidades gubernamentales y unidades territoriales). Dichas directrices propician un mejor conocimiento en estas áreas y reducen el riesgo de futuras dificultades con otros Estados de la región y del mundo entero.

En el ámbito de la ciberseguridad, el Comité Jurídico tuvo en cuenta la necesidad de brindar a los Estados Miembros de la OEA parámetros claros sobre la aplicación del derecho internacional al ciberespacio con el propósito de limitar los riesgos de escalada o conflicto involuntario. Así, con base en las propuestas contenidas en el informe titulado “Derecho Internacional y Operaciones Cibernéticas del Estado”, el CJI está recomendando a la Asamblea General de la OEA que apoye la aplicabilidad del derecho internacional a las operaciones estatales en el ciberespacio a través de una declaración incluida en el texto de la resolución aprobada por el CJI.

Quiero aprovechar esta ocasión para hacer un respetuoso llamado a los Estados Miembros a considerar y dar la más amplia difusión entre sus autoridades y actores relevantes de los instrumentos antes señalados y, en el caso concreto de la propuesta de Ley Modelo 2.0 sobre Acceso a la Información Pública, adoptarla.

Además de los temas antes señalados, la agenda del CJI está compuesta por temas que corresponden a mandatos de la Asamblea General tales como: “Recibos electrónicos para productos agrícolas”, “Protección de datos personales”, y “Uso de fuegos artificiales”. Otros temas han sido incluidos por iniciativa propia tales como los referidos al “asilo diplomático”, “el fraude electoral”, “el derecho internacional consuetudinario”, “los aspectos jurídicos de la deuda externa de los Estados”, “inversiones extranjeras”, “empresas y derechos humanos”, “el principio de convencionalidad”, “la eficacia de las decisiones judiciales extranjeras”, “la interferencia extranjera en el proceso electoral de un Estado”, y la “seguridad cibernética”.

Aprovecho esta presentación para invitar a los presentes a consultar los desarrollos de nuestros trabajos en la página web del CJI la cual, con el apoyo del Departamento de Derecho Internacional que es la Secretaría Técnica del Comité Jurídico Interamericano, se actualiza y reorganiza constantemente.

#### **Difusión del derecho internacional**

Como en años anteriores, el CJI celebró su tradicional Curso de Derecho Internacional, con el apoyo del Departamento de Derecho Internacional, en Rio de Janeiro, Brasil en 2019. También recibió a representantes de diversas instituciones lo que demuestra el enorme interés que ha despertado el trabajo del CJI en organismos tan relevantes como el Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) y la Comisión de Derecho Internacional de la Unión Africana. El CJI también recibió la visita del Secretario General de la Organización, Sr. Luis Almagro, quien sostuvo un conversatorio con los miembros del Comité Jurídico en torno a la agenda jurídica de la Organización. Cabe señalar que la Reunión Conjunta entre el CJI y los Consultores Jurídicos de los Ministerios de Relaciones Exteriores de los Estados Miembros programada originalmente para agosto del presente año ha sido postergada para agosto de 2021, en su sede Rio de Janeiro, Brasil, debido a la pandemia COVID-19. Estas reuniones son altamente importantes para el CJI y también para los Consultores Jurídicos por lo que alentamos a los Estados Miembros a seguir facilitando dicha participación.

#### **Asuntos Presupuestarios**

Un último tema al cual quiero referirme es a la situación presupuestaria del CJI. Agradecemos a todas aquellas delegaciones que constantemente apoyan al Comité Jurídico Interamericano de manera que su presupuesto no sea recortado. Actualmente el CJI cuenta con los recursos financieros suficientes para llevar adelante sus labores, aunque no así con los recursos humanos en su Secretaría Técnica que es el Departamento de Derecho Internacional. Estos recursos humanos se han venido recortando progresivamente en los últimos años. Solicito atentamente a los Estados Miembros considerar esta situación que impacta en el desarrollo efectivo de las labores del CJI pese a los grandes esfuerzos de dicho Departamento por seguir apoyando nuestros trabajos. Ahora bien, por otro lado, cualquier nueva disminución adicional, por mínima que fuera, si atentaría definitivamente contra la posibilidad de que el CJI siga cumpliendo de manera eficiente y oportuna, como lo ha venido haciendo hasta el momento, con los mandatos de la Asamblea General. Estos mandatos aumentan año a año ante la creciente necesidad de los Estados Miembros de contar con los aportes de este Órgano en materia de codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional.

Señor Presidente, señoras y señores delegados, gracias por la oportunidad que me brindan de dirigirme a ustedes en mi calidad de Presidente del Comité Jurídico Interamericano. Pongo como siempre a disposición de los Estados Miembros de la OEA los trabajos y el esfuerzo de este Órgano y

de su Secretaría Técnica, el Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos.

Muchas gracias

\* \* \*

## **B. Curso de Derecho Internacional**

Por la primera vez en cuarenta y siete años, el Curso de Derecho Internacional originalmente programado para realizarse del 20 julio al 7 de agosto en Rio de Janeiro, Brasil, no tuvo lugar debido a la pandemia COVID-19, y fue postergado para el próximo año.

En materia de promoción del derecho internacional, el Secretario de Asuntos Jurídicos explicó en la sesión de agosto del Comité que su dependencia ha puesto en marcha desde el mes de mayo de 2020 foros virtuales con invitados de alto nivel en el campo académico, contando entre los ponientes a Presidentes de Cortes Supremas de Justicia, miembros del CJI y juristas del Caribe. En este contexto, invitó a los miembros considerar participar en futuros foros tendientes a informar sobre la agenda actual del Comité, comenzando por aquellos que culminaron sus respectivas relatorías en el presente año. Información sobre los webinar se puede encontrar en el siguiente enlace: [http://www.oas.org/es/sla/foro\\_virtual.asp](http://www.oas.org/es/sla/foro_virtual.asp)

\* \* \*

## **C. Relaciones de cooperación con otros organismos interamericanos y con organizaciones regionales o mundiales similares**

### **Encuentros realizados por el Comité Jurídico Interamericano durante el 96° período ordinario de sesiones celebrado en Rio de Janeiro, Brasil:**

- 1) 3 de marzo de 2020: Videoconferencia con Marek Dubuvec - Director Ejecutivo del *National Law Center* de Estados Unidos, tal como se describió en el desarrollo en torno al tema de recibos electrónicos para productos agrícolas.
- 2) 4 de agosto de 2020: Videoconferencia con Ignacio Tirado - Secretario General de UNIDROIT, Roma, Italia.

El doctor José Moreno invitó al doctor Ignacio Tirado a explicar recientes desarrollos en el seno de UNIDROIT en temas que podrían ser de interés para el Comité.

El doctor Ignacio Tirado explicó en primer lugar la Guía sobre el proceso civil internacional que, habiendo congregado distintas perspectivas de derecho, tanto civil como del *common law*, podría ser un marco general a ser desarrollado a nivel regional. En este sentido, la propuesta de la OEA abre la posibilidad de hacer en las Américas algo similar con lo realizado con el *European Law Institute*. Considerando que los principios están determinados, lo que se requiere es elaborar reglas detalladas que cubran la región de las Américas. Este proyecto ha sido aceptado en UNIDROIT y, por ende, el próximo paso es definir su contenido con personas de la OEA y del CJI, que elaboren algo concreto que justifique la viabilidad y necesidad del proyecto. Acotó que si bien UNIDROIT no dispone de la capacidad financiera para dar seguimiento a este tipo de proyectos sería pertinente establecer un primer contacto entre los secretariados de cada institución.

Acto seguido, el doctor Tirado se refirió a una propuesta de ley modelo sobre certificados de depósitos electrónicos (*warehouse receipts*), respecto a la cual manifestó que UNCITRAL y UNIDROIT están a la espera de la confirmación de sus respectivos órganos ejecutivos para determinar el ámbito de trabajo.

Finalmente, en lo relativo a la elaboración de una guía de mejores prácticas sobre ejecución de decisiones judiciales y garantías reales, el doctor Tirado declaró que es un proyecto que surgió en el Banco Mundial. Decisiones en esta área tienden a entrar en conflicto con otras áreas del derecho cuando

se encuentran en el ámbito de la ejecución, y, por ende, la intención es analizar la situación actual e identificar dónde están las fallas y las mejores prácticas (algo que debería contar con un fuerte componente electrónico). Constató que el proyecto de ejecución está sujeto a un examen de un grupo de trabajo que se abocaría a la elaboración de una guía legislativa de mejores prácticas (con recomendaciones) pero no una ley modelo por ahora, por falta de consenso.

La Presidenta agradeció al doctor Tirado su explicación, que calificó de clara y directa, respecto de las posibilidades de un trabajo conjunto para la consideración del Comité.

\* \* \*



## ÍNDICES



## INDICE ONOMÁSTICO

ARAÚJO, Nadia de	55
ARRIGHI, Jean-Michel	16, 19, 37, 40, 183, 186, 192
BAENA SOARES, João Clemente	27, 199, 204
BERTRAND-GALINDO ARRIAGADA, Milenko	16, 19
CEVALLOS ALCÍVAR, Juan	199
COLLOT, Gélín Imanès	27
CORREA PALACIO, Ruth Stella	16, 19, 22, 28, 40, 42, 52, 122, 202, 471, 474
DUBUVEC, Marek	113, 477
ESPECHE-GIL, Miguel Angel	16, 19, 39, 58, 120, 190
FUJIMORI, Alberto	190
GALINDO, George Bandeira	16, 19, 39, 41, 60, 77, 187, 208
GARCÍA-CORROCHANO MOYANO, Luis	16, 19, 12, 20, 78, 80, 188, 192, 207, 359, 363, 471, 478
HERNÁNDEZ GARCÍA, Joel	30, 36, 55, 203
HOLLIS, Duncan B.	16, 19, 20, 60, 113, 123, 147, 191, 197, 201, 211, 209, 285
MATA PRATES, Carlos Alberto	28, 77, 203
MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio	16, 19, 20, 52, 59, 112, 196, 204, 211
MORENO-VALLE, Jaime	19
NEGRO, Dante M.	16, 19, 53, 75, 121, 190, 359, 362
PARADA, Eduardo	19
PICHARDO OLIVIER, Miguel Aníbal	29
RICHARD, Alix	19, 21, 60, 183, 190
RUDGE, Erick P.	16, 19, 59, 120, 192, 208
SALAZAR ALBORNOZ, Mariana	19, 41, 60, 75, 78, 81, 122, 210, 362
SALINAS BURGOS, Hernán	29, 183
SALVADOR CRESPO, Iñigo	19, 22, 20
SOUZA GOMES, Maria Conceição de	16, 19
STEWART, David P.	27, 111
TIRADO, Ignacio	478
TORO UTILLANO, Luis	16, 19, 209
TRAMHEL, Jeannette	59, 111, 114
VIEIRA, Maria Lúcia Iecker	16, 18
VILLALTA VIZCARRA, Ana Elizabeth	32, 199



**INDICE POR ASUNTO**

Asilo	
Derecho internacional	185
Acciones simplificada	
Ciberseguridad	115, 123, 147, 182
Comité Jurídico Interamericano	
cooperación	480
estructura	15
fecha y sede	17
observadores	471, 475, 613
temario	16, 19
actividades	471
Contratos - acuerdos	197, 211, 284, 285
Curso, Derecho Internacional	480
Democracia	183
Derecho a la información	
Acceso a la información	359, 363, 364
datos personales	75, 81, 85
Derechos humanos	
principio de convencionalidad	27, 42
empresas	196
Derecho internacional consuetudinario	187
Deuda externa	196
Fraude	190
Fuegos artificiales –v. Piroctenia	193
Homenajes	18, 20, 21, 22
Inversiones extranjeras	196
Piroctenia	193
Proceso electoral	183
Recibos electrónicos	111
Sentencias extranjeras	52, 611

\* \* \*